

Il *drafting* legislativo e la riforma del codice civile*

Sommario: 1. La qualità delle leggi: un breve *excursus*; 2. Disordine delle fonti e disordine delle parole; 3. Le stagioni del codice civile; 4. Una pagina del passato; 5. Le riforme annunciate e il linguaggio del legislatore.

1. La qualità delle leggi: un breve *excursus*

L'attenzione per la qualità della normazione dura da tempo¹. Se ai giorni nostri si moltiplicano i corsi universitari e post universitari sul *drafting* legislativo, sul piano dell'organizzazione del processo legislativo questa attenzione è documentata sin dagli anni venti e quaranta del secolo scorso con l'istituzione ed il rafforzamento dell'ufficio legislativo dell'allora Ministero di Grazia e Giustizia, pensato in origine come "ufficio generale di legislazione" e provvisto di una rilevanza esterna, come tale in teoria aperto alla presenza anche di personale esterno alla magistratura ordinaria, ben prima che si prevedesse in seno alla Presidenza del Consiglio dei Ministri un apposito dipartimento per gli affari giuridici e legislativi².

Questi primi accorgimenti sul piano organizzativo si sarebbero rivelati insufficienti, se è vero che la denuncia delle leggi scritte male si sarebbe confermata ed anzi accentuata con il tempo, originando una corrente di studi, specie al principio degli anni '60, incline a fondare una nuova

*Lo scritto, riproduce, con alcune modificazioni e l'aggiunta delle note, una relazione tenuta al convegno di studi <Il drafting normativo e la revisione del codice civile> promosso dall'Associazione dei civilisti italiani (Roma, 25 gennaio 2019). Una prima versione di questo lavoro, priva di note, è già apparsa sulla rivista *Questione giustizia*, il 13 febbraio 2019. La presente tiene conto anche del d.d.l. S 1151 frattanto presentato al Senato.

¹ Come ricorda R.Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2001, 8 ss, le critiche e lamentele sull'abbondanza delle leggi e sul loro "inquinamento" risalgono addirittura all'antichità e (con Bodin, Montaigne, Bacone, Hobbes, Montesquieu e Rousseau) attraversano l'intero evo moderno fino a diventare, nell'opera di Ludovico Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), oggetto di un'indagine specifica e, per molti versi, ancora attuale.

² Per maggiori riferimenti v. F.Curcuruto, *Il ruolo dell'ufficio legislativo del ministro di grazia e giustizia*, in *Foro it.*, 1985, V, 234 ss.

“scienza della legislazione” (secondo la proposta di Longo che diede avvio ad un dibattito che vide gli interventi, tra gli altri, di Carnelutti, Chiarelli, Lucifredi, Mortati, Sandulli)³.

Lungo un itinerario assai ricco il punto di svolta, nella consapevolezza dei problemi e nella ricerca delle soluzioni possibili, può essere individuato nella presentazione alle Camere, il 16 novembre del 1979, del Rapporto Giannini, dal nome dell’allora ministro della funzione pubblica, nonché uno dei grandi maestri del diritto pubblico italiano, Massimo Severo Giannini. In esso, come noto, una parte non secondaria dei mali della pubblica amministrazione era fatta discendere proprio dalla cattiva qualità della legislazione, in particolare di quella amministrativa, tacciata di oscurità e sovrabbondanza. Ne sarebbe derivata una intensa stagione contrassegnata da ricerche, iniziative e proposte i cui effetti si sono irradiati in diverse direzioni, sino ai giorni nostri⁴.

Del 1986 sono le prime circolari redatte congiuntamente dai presidenti di Camera e Senato e dal Presidente del Consiglio dei Ministri, sulle modalità di scrittura delle norme di legge, dove ad esempio si raccomandava l’uso dell’indicativo presente e della forma attiva del verbo, sconsigliando invece l’uso dei verbi modali e della doppia negazione, dove si raccomandava di numerare i commi degli articoli di legge e di specificare quali fossero le norme abrogate come anche, nel richiamarsi o nel fare rinvio ad altre disposizioni, di indicarne sinteticamente l’oggetto e non solamente gli estremi. Circolari che sarebbero state modificate ed aggiornate nel 2001 e che

³ V., tutti pubblicati sulla rivista *Dir. Economia*, del 1960, 583 e ss., gli interventi di M.Longo, *Per la fondazione di una scienza della legislazione*; F.Carnelutti, *Scienza o arte della legislazione*; A.Chiarelli, *I problemi della legislazione*; C.Mortati, *Perplexità e riserve in merito alla fondazione di una scienza della legislazione*; R.Lucifredi, *Miglioramento della tecnica legislativa e illusorietà di una scienza della legislazione*; A.M.Sandulli, *Conoscere per legiferare*.

⁴ Il Rapporto Giannini, discusso dal Parlamento, condusse all’approvazione di un ordine del giorno del Senato, il 10 luglio 1980, a seguito del quale venne istituita una “Commissione di studio per la semplificazione delle procedure e la fattibilità e l’applicabilità delle leggi nonché l’approntamento sei conseguenti schemi normativi”, presieduta dal prof. Barettoni Arleri, la cui relazione fu presentata il 17 giugno 1981. Fecero seguito ulteriori iniziative, durante il Governo Craxi, come ad esempio la cd. sottocommissione presieduta dal prof. S.Cassese. Tra i contributi di quegli anni, con riferimento alla tecnica legislativa, v. G.U.Rescigno, *Note preliminari sulle principali manchevolezze della tecnica legislativa*, in AA.VV., *Fattibilità ed applicabilità delle leggi*, Rimini, 1983; S.Bartole (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988.

furono accompagnate da iniziative non dissimili anche a livello regionale, ad esempio ad opera della regione Toscana con i suoi “Suggerimenti per la redazione dei testi normativi”⁵.

Di quegli anni sono anche le modifiche apportate alle modalità di pubblicazione delle leggi sulla Gazzetta ufficiale (con la l. 839 del 1984 e il testo unico di cui al d.p.r. 1092 del 1985), con particolare riguardo ai testi coordinati dei decreti legge convertiti in legge con modifiche, ai fini di una loro più agevole consultazione, segno di una nuova attenzione per la documentazione giuridica e per le novità apportate dall’informatica.

A livello di fonti primarie, al rafforzamento del Governo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri a partire dalla legge 400/1988 si accompagnò la previsione, al suo interno, di un ufficio per il coordinamento dell’iniziativa legislativa e dell’attività normativa: quello che poi sarebbe divenuto l’attuale DAGL, istituito nel 1994 e disciplinato compiutamente dall’art. 6 del d.lgs. 303/1999.

L’attenzione del legislatore non si sarebbe fermata alla qualità della legislazione intesa come buona scrittura delle leggi. Il tema del *drafting* è divenuto parte di un discorso più ampio, che supera la prospettiva della sola qualità formale guardando alla progettazione legislativa e all’intero “ciclo della regolazione” e di cui sono parte gli istituti, introdotti a cavallo del nuovo millennio in attuazione delle raccomandazioni dell’OCSE, dell’analisi *ex ante* sull’impatto della regolamentazione (AIR), dell’analisi tecnica normativa (ATN), della valutazione *ex post* sull’impatto della regolazione (VIR). Misure che nell’insieme sono volte a saggiare la conformità e la coerenza delle nuove disposizioni – in progettazione ovvero di recente approvate – rispetto ai diversi parametri normativi, nazionali e internazionali, rilevanti in un determinato ambito, nonché a valutarne l’incidenza e gli effetti, in una parola le ricadute, nei confronti di cittadini ed imprese

⁵ Su cui v. G.Marziale, *I <Suggerimenti per la redazione dei testi normativi> della regione Toscana: un esempio da imitare*, in *Foro it.*, 1985, V, 265.

L'estendersi dei compiti e il moltiplicarsi dei parametri, non più solo giuridici ma riguardanti anche profili e conoscenze diverse, spesso eminentemente tecniche, hanno spostato l'attenzione dal *drafting* ai *draftsmen*, ossia ai soggetti chiamati ad assumerne il peso quotidiano. E ci si è cominciati a chiedere se, attraverso i nuovi strumenti, si annunciassero la fine del monopolio dei giuristi; se l'approccio multidisciplinare dovesse significare il necessario coinvolgimento, anche nel momento della scrittura, di esperienze e matrici differenti⁶.

L'obiettivo della qualità della normazione, fin qui perseguito per lo più a livello di staff e di uffici governativi (dove qualificazione professionale e scelta fiduciaria non sempre convivono al meglio)⁷, come dimostra l'art. 13 bis aggiunto alla l. 400/1988 e recante, non senza enfasi, "principi generali per la produzione normativa", ha visto naturalmente il necessario coinvolgimento anche del Parlamento attraverso, in particolare, la modifica dei regolamenti e l'istituzione di nuovi uffici come nel caso del Comitato per la legislazione sul finire degli anni '90.

Parlamento e Governo sono stati impegnati in un vasto programma di redazione di testi unici e di codici di settori avviato e perseguito nel corso degli ultimi venti anni, nel quadro di un disegno più generale di riordino normativo avviato a partire dalla l. 59 del 1997 in chiave di semplificazione, razionalizzazione e sistematizzazione della disciplina di singole materie o partizioni dell'ordinamento (ad esempio i testi unici in materia di documentazione amministrativa, di edilizia, di espropriazione, delle società a partecipazione pubblica; i codici in materia di protezione dei dati personali, beni culturali e del paesaggio, delle assicurazioni private, del consumo, dei contratti pubblici, in ultimo il d.lgs. 14/2019 recante il codice della crisi e dell'insolvenza).

⁶ Per un approfondimento di questo specifico tema, peraltro cruciale, v. M.De Benedetto, M.Martelli, N.Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, spec. 160 ss.

⁷ Cfr. B.G.Mattarella, *Il ruolo degli uffici legislativi dei Ministeri nella produzione normativa*, in *Nomos*, 1993, 143 ss. Altrove (in *La Trappola delle leggi*, Bologna, 2011, 83) lo stesso A. ha sottolineato come i migliori esperti di tecnica legislativa si trovino tra i funzionari parlamentari, soltanto che il progressivo esautoramento del Parlamento, dal processo legislativo, ha finito per limitarne l'apporto.

L'obiettivo della qualità della normativa chiama in causa, tuttavia, anche altri organi dello Stato.

Il Presidente della Repubblica, con i suoi rinvii (più frequenti con Ciampi, come avvenne ad esempio al tempo della riforma dell'ordinamento giudiziario nel 2004)⁸ e con i suoi messaggi alle Camere (come avvenuto più spesso con Napolitano) in occasione della promulgazione di leggi non immuni da critiche in fatto di coerenza e chiarezza; o anche, attraverso la sua *moral suasion*, in occasione ad esempio dell'autorizzazione dei disegni di legge o, soprattutto, dell'emanazione dei decreti legge.

La Corte costituzionale, il cui ruolo si è manifestato sin dalla storica pronuncia 364/1988 sulla scusabilità dell'ignoranza inevitabile della legge penale che - vi si legge nella motivazione, al punto 27 - può derivare dalla "assoluta oscurità del testo legislativo", e di cui in tempi recenti con sempre maggiore insistenza si è invocato un sindacato più forte sulla chiarezza e sulla qualità delle leggi, per il tramite dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza (è il tema, ancora piuttosto discusso, della "giustiziabilità" della violazione delle regole di *drafting* su cui si veda, ad esempio, la sentenza 200/2012 riguardante un decreto legge con cui si era stabilita la soppressione di tutta la normativa con esso incompatibile, senza che fosse minimamente chiaro quale e quanta fosse)⁹.

Infine il Consiglio di Stato, nell'esercizio della sua funzione consultiva attraverso pareri resi in occasione di regolamenti o anche di codici di settore e, più di recente, di linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici.

L'insieme delle novità così brevemente ricordate, sollecitate in origine dagli studiosi, anche in chiave comparativa, hanno alimentato a loro volta nuove riflessioni da parte della dottrina. Il tema della oscurità della legge e dello scadimento del linguaggio normativo, più in generale ancora

⁸ Il rinvio datato 16 dicembre 2004, avente ad oggetto un disegno di legge composto di soli due articoli, il secondo dei quali constava di 49 commi, fu accompagnato da un espresso richiamo all'art. 72 Cost., dove è scritto che ogni legge deve essere approvata "articolo per articolo e con votazione finale".

⁹ Tra i primi ad approfondire il tema della giustiziabilità, attraverso il sindacato di costituzionalità, M.Ainis, *La legge oscura*, Bari, 1997, 113 ss.

dell'incertezza e della imprevedibilità del diritto, è divenuto assolutamente centrale nella discussione degli ultimi anni.

2. Disordine delle fonti e disordine delle parole

La coerenza e l'efficacia del disegno sin qui brevemente tratteggiato ha dovuto fare i conti con i cambiamenti che hanno attraversato e segnato il procedimento legislativo in Italia, modificandone profondamente i meccanismi e le tecniche, sebbene la Costituzione formale sia rimasta per lo più immutata da questo punto di vista.

Si è osservato come per diversi decenni, almeno sino al punto di svolta del 1992, il modo di fare le leggi abbia riflettuto il dato sostanziale, "politico", costituito dalla partecipazione tendenzialmente paritaria delle forze politiche, tanto di maggioranza quanto di minoranza, al procedimento legislativo; quasi in prosecuzione del patto fondativo, e del compromesso costituzionale all'origine della Repubblica, sottoscritto tra i partiti antifascisti¹⁰.

Di questa tendenziale parità i luoghi e gli istituti più importanti furono, a livello parlamentare, le commissioni in sede deliberante nel procedimento decentrato e le votazioni a scrutinio segreto; tali da determinare la necessità di ricercare sui singoli progetti di legge un consenso che non fosse chiuso all'interno del perimetro della sola maggioranza parlamentare a sostegno del governo.

Dopo il 1992 e la crisi dei partiti, mutato radicalmente il contesto "politico", sposato un bipolarismo tanto rigido quanto fragile, il procedimento legislativo non è stato più lo stesso. La tendenza a legiferare a maggioranza si è rafforzata e ha finito per divenire la regola; il baricentro tra Governo e Parlamento si è incrinato sempre di più in favore del primo.

Le conseguenze sono state, per un verso, il dilagare della decretazione d'urgenza su materie le più varie, i cui contenuti sono destinati ad ampliarsi a dismisura in sede di conversione e dove il

¹⁰ Cfr. N.Lupo, *"Dal regolamento alla legge". Semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?*, in *Dir. e soc.*, 2006, 399, spec. 417 ss.

confronto in Parlamento è “strozzato” dalla prassi di maxi emendamenti sui quali il Governo pone sempre più spesso la questione di fiducia¹¹; e, per altro verso, il ricorso alla delegazione con leggi di delega che contengono criteri direttivi generici, talvolta poco più dell’oggetto, e che già prevedono in partenza la necessità di decreti correttivi¹².

In questo modo la regola di cui all’art. 70 Cost., secondo cui la funzione legislativa è esercitata dalle Camere, è andata erodendosi sempre più, come anche l’altra previsione che equipara il Governo a ciascun membro delle Camere quanto all’iniziativa legislativa.

Al di là dei profili che attengono più da vicino al disegno costituzionale della funzione legislativa e dei rapporti tra Governo e Parlamento, al mutato sistema delle fonti del diritto il cui accresciuto pluralismo (peraltro incoraggiato in più direzioni dalla stessa Costituzione) ha finito per “detronizzare” la legge (per riprendere un’espressione di Zagrebelsky)¹³, le tendenze appena ricordate si riflettono sul tema più specifico del *drafting* normativo.

L’urgenza, la fretta e l’episodicità che accompagnano il processo legislativo poco o nulla si conciliano con il ciclo della regolazione incentrato sugli strumenti dell’AIR e dell’ATN prima ricordati e che, in occasione dei decreti legge, o sono sacrificati del tutto oppure ricevono applicazione solo formale.

L’esperienza dei decreti legge *omnibus* rende del tutto recessivo lo sforzo e l’impegno verso la chiarezza e la coerenza degli atti normativi. Non di rado, attraverso il combinarsi e il succedersi

¹¹ Nell’ambito di una letteratura molto vasta si segnala, in particolare, il lavoro di A.Celotto, *L’<abuso>del decreto-legge*, Padova, 1997.

¹² L’accentuazione dell’utilizzo della delega legislativa, anche in ragione del divieto posto alla reiterazione dei decreti legge con la sentenza 360/1996 della Corte costituzionale, ha reso la contestazione del suo esercizio e quindi il sindacato di costituzionalità più frequenti, come sottolineato tra gli altri da R.Chieppa, *Controllo di legittimità costituzionale e delega legislativa*, in S.Traversa (a cura di), *Scienza e tecnica della legislazione. Lezioni*, Napoli, 2006, 19 ss.

¹³ G.Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 114. Sulla crisi della legge, nel quadro di una letteratura ricchissima, F.Modugno-D.Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1989. Sempre in tema, allargando lo sguardo anche alle fonti di produzione privata, volendo, H.Simonetti, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009.

di deleghe legislative e di decreti leggi, si assiste ad una duplice opera di composizione e di scomposizione del sistema normativo.

Prima, con la delega e i decreti delegati, si batte (anche mediaticamente) la via del riordino normativo e talvolta persino della ricodificazione; salvo poi, in occasione di successivi decreti legge, autorizzare interventi modificativi, derogatori o integrativi a quanto appena disciplinato che, se non restituiscono nuove incertezze, in ogni caso come minimo mettono in luce l'instabilità di quel riordino, sul quale non è dato confidare più di tanto¹⁴.

L'ipertrofia normativa, già denunciata dal Rapporto Giannini quaranta anni fa e da allora proseguita, va messa in stretta relazione con la tendenza ad "amministrare per legge"; ossia a quel fenomeno per cui il momento attuativo delle previsioni di legge, che sarebbe demandato all'azione delle pubbliche amministrazioni e rimesso al loro prudente apprezzamento, è invece avvocato dal legislatore che, per lo più attraverso la decretazione d'urgenza, sceglie lui come (e in favore di chi) si deve provvedere, al di fuori delle garanzie del procedimento amministrativo, lasciando all'amministrazione un compito meramente esecutivo che non ne impegna la responsabilità¹⁵.

E' così che, nella concretezza degli interventi del *welfare state* e nel quadro di una legislazione disordinata e caotica, la legge si arricchisce di contenuti nuovi, rispetto a quelli tradizionali della fattispecie e dell'effetto da essa ricavabile, attraverso - per riprendere l'elencazione dello storico del diritto Umberto Vincenti - "descrizioni di situazioni, argomenti giustificativi, dichiarazioni di intenti, fissazioni di scopi da perseguire" (l'inesorabile "al fine di..." che segna da tempo l'*incipit* innaturale di molte disposizioni). Il tutto si traduce in un'abbondanza

¹⁴ Esemplare, quando parliamo di precarietà della codificazione (di nuovo conio), la vicenda della disciplina dei contratti pubblici passata, nel giro di appena un decennio, da un *primo* codice (nel 2006, con il d.lgs. 163), soggetto a numerosi rimaneggiamenti e deroghe, ad un *secondo* codice (nel 2016, con il d.lgs. 50), a sua volta rivisto e "corretto" in più di un'occasione, e di cui peraltro è stata appena annunciata la possibilità di un'abrogazione o comunque di una revisione "integrale", che potrebbe quindi condurre ad un *terzo* codice, avendo il Governo presentato, di recente, un disegno di legge delega in tal senso.

¹⁵ Il tema è particolarmente approfondito, nei suoi molteplici aspetti, da S.Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

di parole che, “prima di normare, vogliono spiegare, giustificare, introdurre, suggestionare e illudere”, rivelando l’inarrestabile politicizzazione del linguaggio normativo¹⁶.

Fin qui il discorso in generale sul *drafting* legislativo.

3. Le stagioni del codice civile

Venendo ora a trattare più da vicino i temi della possibile riforma del codice civile, muovo dalla considerazione secondo cui la codificazione per definizione è all’insegna dell’unità e della certezza dell’ordinamento; laddove, al contrario, il moto verso la legislazione speciale riflette la dinamica degli interessi emergenti nella (e dalla) società.

L’unità e l’unificazione si estendono anche al linguaggio, concettuale ed astratto, proprio della codificazione¹⁷.

La frase di Stendhal, in una lettera indirizzata a Balzac, a proposito della sua abitudine di leggere ogni mattina qualche pagina del codice civile francese, per trovare il tono giusto prima di cominciare a scrivere, è tra le più note e più frequentemente ricordate, stamane anche dal Prof. Ainis nel suo intervento, per elogiare la tecnica di redazione di quel testo.

Si è posto in luce il dato storico per cui il codice civile italiano del 1942, che condivide con quello francese il giudizio pressoché unanime quanto alla raffinata tecnica della sua scrittura, sia nato, nel segno dell’unificazione della disciplina dei rapporti civili e di quelli commerciali, mentre un regime moriva: il fascismo. Sopravvivendogli e affrancandosene. Al punto che, subito dopo la guerra, le proposte di abrogazione furono poche e molto flebili¹⁸.

Si potrebbe molto discutere se vi sopravvisse perché non ne era stato contaminato, in quanto ancorato ad una visione liberale dei processi economici che nell’Italia repubblicana sarebbe

¹⁶ U.Vincenti, voce “Linguaggio normativo”, in *Enc. Dir., Annali VII*, 2014.

¹⁷ Sul linguaggio della codificazione v. A.Belvedere, *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni*, in *Trattato diritto civile* diretto da P.Rescigno, Torino, 1987.

¹⁸ N.Irti, *I cinquant’anni del codice civile*, in *Codice civile e società politica*, Bari, 1999, 55 ss. Il dibattito sulla ricodificazione, all’indomani della caduta del fascismo, è sintetizzato da G.Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2009, 323 ss.

prontamente riemersa, secondo la tesi prevalente, che ha un che di consolatorio e di autoassolutorio¹⁹; oppure perché anche attraverso i codici, compreso quello civile, si è trasmessa e si è perpetuata la “continuità” dello Stato e dei suoi apparati, lungo una vicenda storica che dallo stato liberale attraverso il fascismo conduce alla Repubblica, secondo un diverso orientamento che è proprio di una parte autorevole della storiografia del novecento (e di cui la voce più limpida rimane quella di Claudio Pavone)²⁰.

La Costituzione, e in particolare il principio di uguaglianza che la ispira, ha incoraggiato la differenziazione e la tendenza alla decodificazione. Ne sono stati esempi nei primi decenni gli interventi sulla proprietà, sulle locazioni, sui contratti agrari, soprattutto sulla disciplina dei rapporti di lavoro²¹; prima ancora che l’armonizzazione avviata a livello europeo, attraverso soprattutto le direttive (ad esempio dir. 90/314/CEE in materia di contratto di viaggio; dir. 93/13/CEE in materia di clausole abusive e vessatorie; dir. 99/44/CEE sulla vendita di beni di consumo; dir. 2008/122/CE in materia di multiproprietà), avviasse una nuova stagione all’insegna della riscoperta degli status e della pluralità dei soggetti, per compensare vecchie e nuove debolezze. La differenziazione coinvolge anche i linguaggi delle leggi speciali, la cui comprensione è resa più difficile dalla frammentazione degli interventi e dall’utilizzo di formule e stili più tecnici e pragmatici a confronto con quelli del codice. Si parla di tecnolinguaggio; e si distingue tra termini tecnici e termini pseudo-tecnici.

¹⁹ “Per negare le influenze del regime del tempo, si negò al codice carattere di sostanziale novità, rispetto alle codificazioni dell’ottocento ed alla tradizione che vi si era formata”, così P. Rescigno, nelle pagine introduttive del suo *Manuale del diritto privato italiano*, IX ed, Napoli, 1991, 76. Che il codice non risentisse dell’ideologia del regime è un giudizio largamente condiviso, anche sull’assunto che “i giuristi che ne idearono l’architettura e ne realizzarono le strutture portanti avevano scarse o nulle simpatie per il regime”, come scrive F. Marinelli, *Gli itinerari del codice civile*, Milano, III ed., 2008, 9.

²⁰ Mi riferisco in particolare al lungo saggio di C. Pavone, *La continuità dello stato. Istituzioni e uomini* (1974) ripubblicato in *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, 1995, 70 ss.

²¹ Sulla differenza tra uguaglianza-differenziazione, nel senso di adeguatezza alle situazioni concrete, e uguaglianza-omologazione, come pari soggezione alla medesima legge, generale ed astratta, cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 216-217.

Il recepimento delle direttive si è tradotto, tra le altre cose, nell'assimilazione della tecnica normativa propria del legislatore europeo; una tecnica che vede il ricorso ad elenchi di definizioni (ad esempio, per quanto riguarda le nozioni di consumatore, professionista, produttore, prodotto) e l'utilizzo di un linguaggio semplificante, impermeabile a molte delle categorie giuridiche della tradizione degli stati membri²².

L'abbandono o la dimenticanza delle categorie giuridiche accomuna il legislatore ai giudici dell'Unione europea, per quanto il fenomeno fosse già da tempo in atto, come sottolineato nei suoi scritti da Aurelio Gentili²³. Le sentenze della Corte di giustizia si muovono con molta e forse troppa disinvoltura nel campo del diritto sostanziale come anche di quello processuale, approfittando della mancanza di codici europei. Sebbene non siano mancati progetti e proposte dottrinali espressione della società civile, come i *Principi* redatti dalla commissione Lando, parte autorevole di quel secondo "mondo" che viene comunemente indicato come il diritto comune europeo dei contratti, dove invece l'approccio, liberato dalla ricerca del compromesso politico, è più meditato e più attento alla storia e alla comparazione giuridica²⁴.

Nel primo "mondo", quello del diritto comunitario dei contratti, l'utilizzo di definizioni legali e l'impostazione pragmatica ed anticoncettualistica sono spiegati in nome dell'esigenza di garantire quanto più possibile l'uniformità del diritto (positivo) europeo, nella ricerca ogni volta di un punto comune e di una sintesi tra esperienze in origine così diverse. Un ruolo importante è giocato, inoltre, dalle esigenze legate alla traduzione (e alla traducibilità) dei testi normativi in lingue diverse, il che incoraggia l'impiego di un linguaggio volutamente atecnico. Tanto più che la

²² Per questo giudizio, largamente condiviso, si fa rinvio alle dense pagine di L.Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, 209 ss.

²³ Parte significativa dei quali raccolti nel volume *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

²⁴ Tra i progetti elaborati in ambito accademico vanno ricordati, quanto meno, O.Lando-H.Beale (a cura di), *Principles of European Contract Law*, I e II, Den Haag-London-Boston, 2000, trad. it. *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C.Castronovo, Milano, 2001. In una prospettiva ancora più ambiziosa e unificante vale citare il *Draft of Common Frame of Reference (DCFR)*, che si compone di dieci libri e che comprende anche il diritto delle obbligazioni, dell'illecito civile, delle donazioni, del trust.

prevalenza della lingua inglese, che è pur sempre la lingua della *common law*, deve conciliarsi con un substrato che riflette invece soprattutto i modelli francese e germanico.

Dello scarto che separa i due mondi, della non impeccabile (per non dire scadente) qualità del *drafting* delle direttive si è mostrata consapevole la stessa Commissione, come si ricava da una serie di sue comunicazioni dei primi anni 2000, contenenti linee di azione tese all'elaborazione di un "quadro di riferimento comune" dei concetti e delle categorie rilevanti.

Tornando alla Costituzione italiana, l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale ha determinato nel tempo un movimento verso la legislazione speciale che ha spezzato e rotto l'unità del sistema. La stagione del disgelo costituzionale e della sua attuazione ha visto erodersi lo spazio del codice civile, in quella che è stata denominata e noi tutti conosciamo da tempo come l'età della decodificazione, secondo la fortunata definizione di Natalino Irti²⁵.

4. Una pagina del passato

Da una certa epoca in poi, sul finire della cd. Prima repubblica, il rapporto tra Costituzione e codice si è andato capovolgendo.

La contestazione alla (e della) Costituzione nata dalla Resistenza, le critiche al compromesso costituzionale, da sminuire già solo perché frutto di un compromesso, le riforme realizzate male e quelle rovinosamente fallite, hanno finito per indebolirne il carattere fondativo nei confronti dell'ordinamento repubblicano; mentre con il nuovo millennio il Codice civile riacquistava forza, grazie alla sua presunta neutralità²⁶.

Nella frammentazione della disciplina di settore, soggetta a ricorrenti modificazioni, il Codice è apparso un porto dove rifugiarsi, un approdo sicuro, un presidio di ordine e di stabilità.

²⁵ N.Irti, *L'età della decodificazione*, (1978), 4° ed., Milano, 1999.

²⁶ Id., *Codice civile e plusvalore politico*, in *Codice civile e società politica*, cit., 13.

Ed è in questo quadro, di rinnovata (o forse mai davvero interrotta) centralità del Codice, che si torna a discutere di una sua riforma, all'interno di un più vasto movimento di ricodificazione del diritto privato, specie di quello contrattuale, che negli ultimi anni ha condotto alla riscrittura, per citare gli esempi maggiori, di parti importanti dei codici tedesco (2002) e francese (2016).

Nel nostro Paese per trovare un tentativo simile di riforma complessiva si deve tornare al lontano 1963 quando, con il disegno di legge delega n. 557/c, il Governo del tempo, presieduto da Giovanni Leone, annunciò un intervento che avrebbe dovuto comportare la modifica organica del codice civile. L'annuncio non ebbe praticamente seguito ma gli studiosi dell'epoca, e tra loro Pietro Rescigno in particolare, definirono come velleitaria, se non persino arrogante, la pretesa di mettere mano al codice. Pretesa che, peraltro, non era rivolta a modificare neppure tutti i suoi libri ma, per lo più, il primo ed il quinto, evidentemente perché giudicati, non a torto se solo pensiamo all'allora diritto di famiglia, come più bisognosi di modifiche.

In pagine di consueta eleganza Rescigno spiegava la propria avversione al progetto con una difesa convinta del Codice civile del 1942 che all'epoca aveva da poco compiuto venti anni, avendo avuto però cura di precisare come non fossero da accogliere le pregiudiziali chiusure formulate in passato da chi (come Vittorio Emanuele Orlando) si era fatto vanto di non avere mai avanzato proposte di riforma dei codici, benché fosse stato più volte ministro della giustizia, o ancora da chi (come Alfredo De Marsico) aveva espresso l'opinione che solamente i regimi forti e le dittature fossero in grado di dedicarsi a progetti di codificazione²⁷.

A riprova di uno sfavore diffuso tra i giuristi dell'epoca, i punti salienti della relazione di accompagnamento al Disegno di legge, dove la necessità della riforma organica era messa in relazione “alle nuove prospettive della società italiana”, al “radicale evolversi della situazione giuridica familiare e delle comunità economiche”, ai fenomeni di “ampliamento dei mercati interni

²⁷ P. Rescigno, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 209 ss; ora in *Codici. Storia e geografia di un'idea*. Bari, 2013, 34ss..

ed internazionali”, erano sottoposti a critica da Michele Giorgianni, nella convinzione che sarebbe stata sufficiente l’opera di rilettura e adeguamento svolta dalla dottrina e la giurisprudenza²⁸.

5. Le riforme annunciate e il linguaggio del legislatore

Ai giorni nostri – ora che il Codice di anni ne ha più di settanta, per quanto portati bene - i propositi di riforma per il codice italiano, propugnati ad esempio proprio dalla Associazione dei civilisti, rilanciati in alcune interviste dall’attuale Presidente del Consiglio dei Ministri e da ultimo tradottisi nella presentazione al Senato di un disegno di legge di revisione, potrebbero dirigersi, in primo luogo, verso l’ammodernamento della disciplina delle associazioni e delle fondazioni e degli enti senza personalità giuridica, che il legislatore ha sin qui colpevolmente trascurato in occasione delle riforme negli anni duemila delle società di capitali e del terzo settore. In un inventario delle materie possibili, più controverso sarebbe intervenire nuovamente in tema di diritto di famiglia, questa volta per disciplinare la possibilità di accordi prematrimoniali e in costanza di matrimonio, come anche su taluni aspetti della disciplina delle successioni, a cominciare da quella necessaria, da tempo considerati più vetusti. Ma è probabile che le attenzioni e gli sforzi maggiori si dirigano verso il libro IV e verso il diritto dei contratti, per rivederne, in particolare, il procedimento di formazione, il regime delle nullità, la disciplina delle sopravvenienze, taluni profili della responsabilità, alla luce in primo luogo di quanto emerso, in questi ultimi anni, nel diritto contrattuale europeo e nel diritto comparato²⁹.

²⁸ M. Giorgianni, in AA.VV., *La riforma del codice civile*, Roma, 1966, 17.

²⁹ Il disegno di legge presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro della Giustizia, il 19 marzo 2019 al Senato (Atto S.1151), recante *Delega al Governo per la revisione del codice civile*. Il d.d.l. consta di un solo articolo il cui primo comma delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile nel rispetto di una serie di principi e criteri direttivi elencati nelle lettere da a) a p) riguardanti, in particolare: la disciplina delle associazioni e delle fondazioni, da coordinare con quella del terzo settore; gli accordi tra i coniugi, i nubendi, nonché le parti di un’unione civile, volti a regolamentare i rapporti personali e quelli patrimoniali; la successione cd. necessaria e i patti successori; la formazione del contratto sotto diversi aspetti, compreso il regime della invalidità, generalizzando l’istituto della nullità di protezione; la disciplina delle sopravvenienze nella fase esecutiva del contratto prevedendo un rimedio di carattere generale; la disciplina di nuovi schemi contrattuali che vantino una sufficiente tipizzazione sociale; il coordinamento delle diverse forme di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale; la razionalizzazione delle ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale; la disciplina di nuove forme di garanzie del credito e delle modalità di costituzione e funzionamento del trust cd. interno.

Così facendo potrebbe mutare il rapporto tra legge e giurisprudenza: prima ancora, il progetto stesso di riforma, preceduto dal dibattito degli ultimi anni su “La crisi della fattispecie” e sulla “Eclissi del diritto civile”, per citare i titoli di due scritti (rispettivamente di Irti e di Castronovo)³⁰ che tutti abbiamo presente, registra probabilmente la reazione della dottrina dinanzi ad una giurisprudenza che era andata conquistando negli anni scorsi uno spazio molto (e forse troppo) ampio. Le teorie sulla cd. giurisprudenza normativa e una certa inclinazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ad indulgere nella elaborazione speculativa, nel “fare dottrina” – paradigmatica la pronuncia sulle nullità contrattuali a fine 2014 – ne sono la dimostrazione.

Dietro il proposito-bandiera di modernizzare il diritto civile mi sembra quindi che vi sia il disegno, più sostanzioso, di ripristinare il codice civile come la fonte primaria del diritto contrattuale. Nei confronti sia dei microsistemi sorti in passato alla periferia del Codice, che del ruolo sempre più creativo ed evolutivo assunto dalla giurisprudenza³¹.

Quanto ai primi si discute da tempo del possibile inserimento nel codice civile dei loro principi generali “settoriali”, nel segno di una revisione per principi, che sembra preferibile alla proposta alternativa di introdurre dentro il codice civile per intero le discipline di derivazione eurounitaria (in particolare quelle attualmente raccolte nel codice del consumo), con il rischio che la loro instabilità finisca poi per contagiare il codice.

Quanto alla giurisprudenza il trasferimento nel codice degli orientamenti più consolidati, sperimentati attraverso il dosaggio delle clausole generali e il richiamo ai valori costituzionali, potrebbe servire a isolare taluni eccessi dettati da una sorta di paternalismo giudiziario, come è avvenuto per la regola di buona fede se pensata come uno strumento a disposizione del giudice in

³⁰ N.Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 38 ss; C.Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

³¹ Una reazione, forse, a quella condizione di “giurisprudenza creativa e dottrina remissiva”, denunciata da Castronovo (*Eclissi, cit.*, 85 ss).

funzione demolitoria di un contratto “ingiusto” (mi riferisco, in primo luogo, alle ordinanze della Corte cost., nn. 248/2013 e 77/2014)³².

I vantaggi della codificazione del diritto giurisprudenziale, sull’esempio di quanto avvenuto di recente in Francia con la riscrittura del *Code Napoléon*, sono individuati nella accresciuta legittimazione della regola, nella trasparenza e nella maggiore certezza giuridica. Dove la certezza si lega alla chiarezza e insieme rispondono ad una domanda di sicurezza, anche giuridica, che di questi tempi è molto avvertita e chiama in causa il fondamento stesso della sovranità statale, come sottolineato da Massimo Luciani³³.

Tra le possibili poste negative di una simile operazione va messo in conto il rischio che la traduzione in norma scritta del diritto giurisprudenziale non sia esatta o sia fatta con troppa fretta, prima che quel diritto si sia consolidato attraverso l’evoluzione giurisprudenziale (e in taluni casi, prima ancora, di quella scientifica)³⁴. Un rischio che, peraltro, vale tanto per la codificazione ad opera del legislatore quanto per la nomofilachia delle corti superiori, tutte le volte in cui la decisione delle Sezioni Unite o dell’Adunanza plenaria interrompa troppo precipitosamente, strozzandole sul nascere, le voci discordanti dei giudici delle corti inferiori.

Sul piano del metodo andrà valutato quale debba essere il posto dei principi generali all’interno di un Codice che, ideato e organizzato come un fitto reticolo di regole, ha sempre mostrato una certa ritrosia nel farne espressa menzione (se si eccettua l’art. 12 delle preleggi con il suo datato richiamo ai principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato, per molto tempo

³² Ampliamente discusse e commentate, per lo più criticamente, tra gli altri da C.Castronovo, *Eclissi*, cit., 47 ss. Quanto all’argomentazione giuridica della Corte di Cassazione degli ultimi anni, al rapporto tra giurisprudenza e dottrina, si segnalano i contributi di V.Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss; e R.Pardolesi, *Un nuovo superpotere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, I, 2041 ss. Sul rapporto tra dottrina e giurisprudenza nell’ambito del diritto (e del processo) amministrativo, dove il problema è non meno avvertibile, cfr A.Travi, *Per un nuovo dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss.

³³ M.Luciani, *Le istituzioni e la certezza del diritto*, in *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni*, a cura di Italiadecide, Bologna, 2018, 207.

³⁴ Una critica più profonda è quella di chi dubita che i codici civili del ventunesimo secolo possano o debbano limitarsi a una riformulazione del diritto giurisprudenziale, cfr P.Sirena, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano?*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, II, Napoli, 2018, 1912.

quello di parità di trattamento in tema di società cooperative, di cui all'art. 2516, ha rappresentato uno dei rari casi di principi espressi), se il riferimento debba estendersi anche ai diritti fondamentali e, ancora, se, nel nuovo regolamento di confini tra la legge e la giurisprudenza, si intenderà procedere ad una specificazione di clausole generali quali l'abuso del diritto e la buona fede.

La gamma dei principi e dei diritti fondamentali è quanto mai vasta, avendo origine in fonti e sistemi diversi, che si sovrappongono: la Costituzione, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'efficacia e l'applicabilità diretta di tali principi – che seguono le modalità del “più o meno”, piuttosto che la forma del “tutto o niente” che Dworkin applicava invece alle regole³⁵ - è fortemente discussa nei rapporti tra privati³⁶.

Se questi possono dirsi i principali nodi da sciogliere di una riforma per ora solamente annunciata, andrà valutata la coerenza del disegno complessivo e sorvegliato lo stile del legislatore. Più spesso il timore che denunciavamo, nei comuni discorsi sul *drafting*, è quello di un legislatore frettoloso e sciatto, che fa incetta di vocaboli generici. E' probabile – per quanto non sia sicuro – che in occasione della riforma del Codice civile simili pericoli saranno scongiurati. Ma altre insidie si intravedono all'orizzonte. Ricordava Pietro Rescigno, ancora pochi anni fa, come ci sono termini e formule che appartengono al linguaggio della dottrina, chiamata a costruire concetti e categorie e a darne un ordine sistematico, ma non al vocabolario del legislatore³⁷.

³⁵ R.Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, spec. 93. Secondo L.Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, (1992), ora in *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, 239 ss, la modalità del “più o meno”, e quindi la tecnica del bilanciamento, varrebbe peraltro solo per i principi problematici o dialettici ma non per quelli dogmatici, come ad esempio il principio del rispetto della dignità dell'uomo.

³⁶ Il merito di avere definito la categoria dei principi generali del diritto, riconoscendo loro valenza comunque normativa (“i principi stanno alle norme come il più sta al meno”) si deve, soprattutto, a Vezio Crisafulli, a partire dal contributo *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, a cura dell'Università di Pisa, 1943, 176-271. Sul dibattito successivo si v. la voce di S.Bartole, *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Diritto*, XXXV, Milano, 1986, 494-533. Con riferimento al diritto privato si segnala, più di recente, il volume curato da G.Alpa-G.Conte, *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018.

³⁷ P.Rescigno, *Codificazione civile. Drafting delle leggi*, in G.Alpa-V.Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Bari, 2013, 318 ss.

Come a dire che la lingua della dottrina e quella del codice sono e dovrebbero restare distinti; che il legislatore non deve atteggiarsi a tecnico.

E' accaduto tuttavia – e potrebbe accadere ancora - che il legislatore confondendo i ruoli si faccia prendere la mano e mutui il linguaggio della dottrina, appropriandosi delle sue categorie; oppure che ad imitazione dei considerando delle fonti comunitarie, indulga nel richiamo a principi generali, per fare sfoggio di erudizione o anche per furbesca malizia, tutte le volte in cui la sostanza sia diversa da ciò che appare e si voglia tenerla nascosta. Si avverte da sempre un certo scarto tra mondo e linguaggio che pervade non di rado i testi legislativi; ma da quando la comunicazione, politica in primo luogo, ha preso il sopravvento su tutto il resto e il legislatore si presenta talvolta come un oratore o come un tribuno, questa distanza si è fatta più vistosa, ponendo nuovamente al centro dell'attenzione “il problema della verità” ancora di recente indicato da Nicola Lipari nel suo studio sulle categorie giuridiche³⁸. Un discorso di verità si usa dire sempre, per lo più riferendosi al piano politico delle cose, nei commenti degli addetti ai lavori più attenti. Non di meno, e così concludo, di un simile discorso avremmo bisogno anche dalle parti della legislazione.

Hadrian Simonetti

Consigliere di Stato

³⁸ N.Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 13-14.