

SALVATORE PATTI (*)

Prof. ord. dell'Università di Roma «La Sapienza»

RICODIFICAZIONE

SOMMARIO: 1. L'anniversario del codice civile portoghese nel quadro delle codificazioni europee. – 2. Segni di crisi: l'«età della decodificazione». – 3. L'incompletezza dei codici civili e i c.d. codici del consumo. – 4. Recenti esempi di ricodificazione sistematica in Europa. – 5. Giudice e legislatore nell'opera di ricodificazione. – 6. L'attuale dibattito sul ruolo del giudice nella formazione della norma giuridica. – 7. Il ruolo della dottrina. – 8. Conclusioni: il passaggio dalla codificazione «espressione di una ideologia» alla codificazione «forma» della legge.

1. – L'importante anniversario del codice civile portoghese offre l'occasione per riflettere sulla evoluzione dei codici civili in Europa e sul significato della codificazione nei primi anni del nuovo millennio⁽¹⁾.

La codificazione portoghese risale all'Ottocento. Precisamente, il codice di commercio è entrato in vigore nel 1883, quello civile nel 1867 ed è quindi soltanto di due anni più giovane del primo codice civile dell'Italia unita. In entrambi i casi il modello è stato il *Code civil* francese⁽²⁾, ma mentre nel caso del codice civile italiano si parla di (poco più che) una traduzione, lo stesso non può dirsi per il codice civile portoghese, soprattutto con riguardo al diritto della famiglia e a quello delle successioni a causa di morte nonché, in termini generali, per quanto concerne il linguaggio, chiara espressione del lavoro di un teorico⁽³⁾.

(*) Il saggio riproduce con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note il testo della relazione svolta al Convegno sul cinquantenario del *Código civil* portoghese (Lisbona, Università Cattolica, 9-10 marzo 2017). È destinato agli Studi in onore di Carlo Castronovo.

(1) Occorre avvertire che si farà prevalentemente riferimento al concetto di «codificazione» come sinonimo di codice, ma altresì ricordare che in alcune esperienze giuridiche il termine è usato in un senso più ampio, fino a ricomprendere qualsiasi testo di legge, soprattutto quando incorpora regole sviluppate dalla giurisprudenza: sul duplice uso del termine cfr. U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, München 2015, p. 407 ss.

(2) Sull'inizio, con il codice civile napoleonico, della moderna codificazione del diritto privato in Europa, v. U. WESEL, *Geschichte des Rechts in Europa*, München 2010, p. 522 ss. Su meriti e conseguenze negative della codificazione v., tra gli altri, R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 2^a ed. it. a cura di R. Sacco, Padova 1973, p. 56 ss.

(3) K. ZWEIFERT-H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2^a ed., I, Tübingen 1984, p. 125 s.

Come è avvenuto in altri paesi europei, la codificazione portoghese ha inteso superare le consuetudini locali ma non eliminare la tradizione del *ius commune* e del diritto dotto⁽⁴⁾, ed anche questo aspetto accomuna l'esperienza portoghese e quella italiana nonché di altri ordinamenti giuridici che si basano sul diritto romano.

Il codice civile portoghese vigente risale al 1967 e determina un notevole progresso, perché, pur mantenendo un carattere «conservativo», che si manifesta – tra l'altro – nella esclusione del diritto commerciale e del diritto del lavoro, tiene conto delle codificazioni tedesca, svizzera e italiana, distaccandosi in alcune materie dal modello del *Code civil*⁽⁵⁾.

Negli ultimi decenni, anche il legislatore portoghese si è trovato di fronte all'imperativo di attuare le direttive europee e in particolare alla scelta se inserire le nuove norme nel codice civile, cercando di coordinarle con il vecchio tessuto normativo o se, preso atto della insanabile diversità di alcune scelte di fondo, collocarle in un «codice» nuovo, chiamato ad affiancare il codice civile e destinato ai consumatori, cioè ai principali protagonisti del moderno diritto dei contratti, sconosciuti al codice di cui ricorre il cinquantenario. Conformemente a quanto è accaduto nella maggior parte dei paesi europei, in Portogallo è stata seguita la seconda soluzione.

2. – Dei codici civili festeggiamo gli anniversari con il rispetto che si deve a opere d'arte di altri tempi, mentre il comparatista avverte che la codificazione non deve essere vista come una forma di legislazione ma piuttosto come espressione di un'ideologia⁽⁶⁾, e lo storico ricorda le ragioni della formazione dei codici europei e il ruolo che hanno svolto in epoche per molti aspetti definitivamente superate⁽⁷⁾.

(4) Cfr. A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino 1996, p. 398 s.

(5) ZWEIGERT-KÖTZ, *op. cit.*, p. 126. Ricorda che il codice italiano del 1942 e quello portoghese del 1967 appartengono alla seconda generazione dei codici civili europei, L.D. PICAZO, *Il codice civile italiano e la ricodificazione*, in *Per i cinquant'anni del codice civile*, a cura di M. Sesta, Milano 1994, p. 268 s., secondo cui la codificazione costituisce in primo luogo un tentativo di razionalizzare il mondo giuridico.

(6) J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition*, 2^a ed., Stanford 1985, p. 26 ss. Nel senso che il quadro dottrinario (che ispira il codice) «affonda le radici in una triplice ideologia: della società, della legge, dell'interpretazione», v. N. IRTI, *I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in *Quadrimestre*, 1984, p. 229.

(7) P. GROSSI, *Percorsi nel giuridico pos-moderno*, Napoli 2017, p. 10 ss.; e, più ampiamente, Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, 3^a ed., Milano 2007, p. 85 ss.

Peraltro, ancor prima della formazione di un diritto dei consumatori in parte retto da principi diversi da quelli dei codici civili, con riferimento ad alcune materie è stata segnalata una «fuga» dal codice o comunque una «crisi» dell'antico strumento di regolamentazione dei rapporti privatistici.

Sotto il profilo in esame deve essere ricordata l'idea della «decodificazione». Sono trascorsi circa quaranta anni da quando un acuto osservatore della realtà giuridica ha denunciato l'invecchiamento del codice civile ed il suo progressivo svuotamento ad opera di leggi speciali che, seguendo logiche e finalità diverse rispetto a quelle del «sistema» espresso nel codice, finivano per creare degli autonomi «sottosistemi», retti da nuovi principi, trasformando lo strumento centrale della disciplina dei rapporti privatistici in un diritto «residuale»⁽⁸⁾, una «vetrina di modelli stanchi ed inutilizzati»⁽⁹⁾.

Il saggio sulla «decodificazione» si riferisce quasi esclusivamente al diritto italiano, ma la codificazione rappresenta un fenomeno che ha interessato l'Europa e il mondo. Di conseguenza alcuni atti normativi (importanti ma) di respiro locale, quali la legislazione in materia di contratti agrari o di locazioni, innalzati a indici sicuri di un irreversibile tramonto del codice, perdono in parte la loro rilevanza se inseriti in un contesto più ampio. Allo stesso modo un «principio generale», tratto dalla legislazione speciale, quello dell'«equo canone», pur rappresentando un profondo segnale di rottura rispetto alla concezione dell'autonomia contrattuale accolta nel codice, non sembra possa essere posto sullo stesso piano dei principi generali comuni alla tradizione del continente⁽¹⁰⁾.

Nel contempo, la riflessione sulla «decodificazione» rende consapevoli di un processo che non è soltanto italiano⁽¹¹⁾ ma riguarda tutti i codici, essendo per certi versi connesso alla stessa concezione di codice. Basti ricordare che in un noto saggio, dedicato ai codici europei e alle loro alterne fortune negli ultimi due secoli, era stata segnalata la crisi dell'«idea di codificazione», riconducibile al ruolo sempre più significativo dei par-

⁽⁸⁾ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Dir. e soc.*, 1978; Id., *L'età della decodificazione*, 4^a ed., Milano 1999, p. 40.

⁽⁹⁾ IRTI, *op. cit.*, p. 43.

⁽¹⁰⁾ Sul problema, in termini generali, v. C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice l'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, p. 20 ss.

⁽¹¹⁾ B. OPPETT, *La décodification du droit commercial français*, in *Études offertes à R. Rodière*, Paris 1981, p. 197 ss., il quale, tuttavia, riferisce il fenomeno soltanto al diritto commerciale, mentre in generale vede «une évolution plutôt favorable à la codification» (p. 198).

lamenti e al rafforzarsi del sistema democratico, come pure al superamento della concezione di un sistema giuridico legato al testo di un codice «valido» senza limiti temporali⁽¹²⁾. Ed era stato altresì messo in luce il peso della legislazione che continuamente si sviluppa al di fuori del codice per disciplinare nuove materie o per modificare la regolamentazione codicistica⁽¹³⁾. Si tratta in definitiva di una trasformazione che ha caratterizzato la vita dei codici e che negli ultimi decenni è divenuta particolarmente evidente per la maggiore complessità delle situazioni che richiedono un intervento del legislatore e in termini generali risulta accentuata a seguito dell'avvento del diritto dei consumatori.

In ogni caso, posto che la codificazione deve essere vista come una «operazione»⁽¹⁴⁾ storicamente europea, occorre guardare al vecchio continente per valutare se il classico strumento del sistema privatistico è destinato a sopravvivere al mutare delle stagioni e precisamente se gli ordinamenti europei hanno ritenuto di continuare ad utilizzarlo quale asse portante della legislazione o di abbandonarlo al suo destino, consegnandolo all'interesse esclusivo dello storico del diritto⁽¹⁵⁾.

3. – La codificazione degli ultimi due secoli ha rappresentato il fenomeno legislativo più importante, tale da segnare un'epoca, in quanto pienamente rispondente alle caratteristiche ed alle esigenze della società degli anni successivi alla rivoluzione francese e alla formazione degli stati nazionali⁽¹⁶⁾.

Ad essa – come detto – è seguita la decodificazione ma altresì la ricodificazione e l'analisi di questo continuo processo deve muovere da

⁽¹²⁾ Cfr. F. WIEACKER, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, in *Festschrift für G. Boehmer*, Bonn 1954, p. 34 ss., spec. p. 43 ss. Per analoghe considerazioni, con riferimento al codice civile italiano, v. P. RESCIGNO, in P. RESCIGNO-S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna 2017, p. 113, il quale segnala comunque «una legislazione speciale divenuta sempre più soffocante rispetto alla trama che si conserva estremamente esile e scarna nel codice civile».

⁽¹³⁾ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2ª ed., Paris 1948, p. 17 ss.; Id., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2ª ed., Paris 1951, p. 16 ss., p. 39.

⁽¹⁴⁾ Adopero il termine privilegiato da GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 105.

⁽¹⁵⁾ Si chiede se l'idea della codificazione sia ancora «valida» P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, p. 92.

⁽¹⁶⁾ Cfr., tra gli altri, J.L. HALPÉRIN, *Profils des mondialisation du droit*, Paris 2009, p. 163 ss., il quale ricorda che il *Code Napoléon* è stato sovente considerato «il codice per eccellenza», ma lo pone al fianco degli altri «monumenti» costituiti dal codice generale prussiano (ALR del 1794) e dal codice civile austriaco ABGB del 1811); K. SCHMIDT, *Die Zukunft der Kodifikationsidee*, Heidelberg 1985, p. 11 ss.

alcuni dati. Un primo dato appare non controvertibile: i codici civili tendevano alla completezza⁽¹⁷⁾. Le materie lasciate fuori dal codice venivano considerate marginali o comunque non compatibili con il sistema del codice e soprattutto con le idee basilari in esso accolte.

Oggi l'incompletezza rappresenta una caratteristica non eliminabile e tende ad accentuarsi. Alle ragioni indicate dallo studioso della «decodificazione» si è aggiunta quella attinente al diritto di provenienza europea. Invero, alcune delle norme di attuazione delle direttive sono state in Italia prontamente inserite nel codice civile, creando ad esempio un apposito capo sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori posto alla fine del titolo II del quarto libro, cioè dopo la disciplina del contratto in generale, ma oggi ridotto ad una norma di rinvio a seguito del trasferimento delle nuove norme all'interno del c.d. codice del consumo⁽¹⁸⁾.

La diversa ispirazione delle disposizioni di provenienza europea, e in particolare l'implicito presupposto secondo cui impresa e consumatori non sono contraenti «uguali», aveva infatti creato una frattura a livello sistematico che aveva indotto a parlare di una «decodificazione interna», per alcuni aspetti più insidiosa della decodificazione «esterna» causata dalle leggi speciali⁽¹⁹⁾.

Il tentativo di salvare l'unità del codice e di rispettare l'idea di completezza è rapidamente naufragato e sia in Italia che in Portogallo – come in altri paesi europei – si è privilegiata la strada dei codici del consumo, raccolte di leggi caratterizzate da una certa coerenza, già per il fatto di muovere dalla considerazione della necessità di tutelare un soggetto «debole», ma che ben poco presentano in comune con l'ideologia e la tecnica di redazione dei codici della tradizione europea.

Viviamo pertanto l'inizio di un nuovo millennio che appare caratterizzato da tre fenomeni: il primo consiste nella necessità di ricodificare i

⁽¹⁷⁾ Cfr. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., p. 5: «senza di essa il codice sarebbe come un deserto senza sabbia... l'aspirazione alla completezza è funzionale al desiderio del codice di imporsi, di dominare, di considerarsi per sua natura o vocazione l'epicentro dell'ordinamento giuridico». In termini analoghi anche il giurista di *common law*: cfr. L.G. SCARMAN, *Codification and Judge Made Law*, in 42 *Indiana L.J.* (1967), p. 355: il quale definisce il codice «a species of enacted law: which purposes to formulate the law so that it becomes within its field of authoritative comprehensive and exclusive source of law».

⁽¹⁸⁾ Su questo aspetto della ricodificazione del codice civile, in termini positivi si era espresso M. HESSELINK, *The new european legal culture*, Deventer 2001, p. 43.

⁽¹⁹⁾ S. PATTI, *Tradizione civilistica e codificazioni europee*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 521 ss., spec. p. 524. Sottolinea la «carente dimensione sociale» del codice civile, che ignora la «disparità socioeconomica dei contraenti», C.M. BIANCA, *Dimensione europea e dimensione sociale (riflessioni sul codice civile)*, in *Vita not.*, 1983, p. 6 ss.

codici civili, o almeno le disposizioni relative al diritto del contratto e delle obbligazioni, nonché di creare apposite normative di tutela per i consumatori. Il secondo nell'elaborazione, ad opera di gruppi di studiosi, di principi europei di diritto contrattuale o addirittura di un codice civile europeo. Il terzo riguarda la presa di coscienza di una «gerarchia» dei diritti nazionali e di una concorrenza normativa tra i diversi ordinamenti, che ha spinto tra l'altro a riformare il *Code civil* per renderlo più attraente e competitivo nel quadro internazionale⁽²⁰⁾.

Un ulteriore dato deve essere segnalato: i codici civili intendevano garantire certezza nei rapporti dei consociati, sia mediante il superamento del pluralismo giuridico, posto che al legislatore viene affidato un «monopolio giuridico»⁽²¹⁾, sia perché essi identificavano e cristallizzavano la norma giuridica in quella dettata dal legislatore⁽²²⁾. La certezza prodotta dalla legge e in particolare dai codici era vista quindi come un insopprimibile principio dell'ordinamento giuridico, indispensabile per garantire un ordinato svolgimento della vita sociale ed economica⁽²³⁾.

Caratteristica essenziale della certezza, intesa anche come (fonte di) «sicurezza» (*sécurité, Sicherheit*) era considerata la chiarezza del dettato e la stabilità della norma in grado di facilitare la costanza nel tempo della interpretazione giudiziale, disciplinata da norme giuridiche e tendenzialmente fedele alla lettera della legge, necessaria per determinare l'affidamento circa la tutela dei propri diritti e consentire la programmazione degli operatori economici nonché la prevedibilità delle sentenze⁽²⁴⁾. Ma la suddetta visione o forse illusione – come è noto – era stata prontamente criticata già dal celebre avversario della codificazione tedesca, il quale si opponeva alla formazione di un codice unico per la Germania ma soprattutto manifestava la sua sfiducia nei confronti della codificazione intesa come attività del legislatore, a cui non riconosceva l'idoneità per la «creazione» del diritto, considerando quest'ultimo espressione della cultura del popolo⁽²⁵⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr. O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris 2016, p. 3.

⁽²¹⁾ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 98.

⁽²²⁾ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 111.

⁽²³⁾ Nella società descritta da Stefan Zweig nel libro sul «mondo di ieri», le cui prime pagine sono dedicate alla *Sicherheit* dei rapporti sociali ed alla *Rechtssicherheit* di quelli giuridici.

⁽²⁴⁾ V. soprattutto G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, in *Rassegna forense*, 2006, p. 307 ss., spec. 314; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2015, p. 1115 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, p. 146.

⁽²⁵⁾ F. K. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*,

Gli ultimi decenni hanno indubbiamente conosciuto, o perlomeno visto accentuare, due ragioni di incertezza: un rilevante aumento degli atti normativi che hanno in parte reso marginale il codice civile e la «sicurezza» che da esso promanava, nonché, soprattutto, la sempre maggiore imprevedibilità delle sentenze, di frequente opera di giudici ben consapevoli e non timorosi di affermare il loro «potere creativo» di diritto⁽²⁶⁾.

La «consolidazione» dei risultati a cui è pervenuta la giurisprudenza – come è avvenuto con la *Modernisierung* tedesca e la *Réforme* francese – rappresenta sotto questo profilo il tentativo del legislatore, non nuovo nella storia degli ordinamenti giuridici ma oggi molto evidente, di riappropriarsi del ruolo di garante della norma e della stabilità del diritto, affidando alla centralità del codice civile le nuove regole elaborate dal giudice.

Il fenomeno, in definitiva, sia pure con alcune caratteristiche originali, si ripete: a periodi di «crisi» del codice, che come sistema «chiuso» inevitabilmente frena l'evoluzione del diritto, sono sempre seguite riforme, più o meno vaste ed incisive, che periodicamente hanno consentito di raccogliere i frutti dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, riassorbendo all'interno del codice quanto di utile si era sviluppato al suo esterno⁽²⁷⁾.

4. – L'idea di codice induce a guardare al passato ma l'esperienza dei due grandi ordinamenti giuridici, che hanno offerto i modelli in grado di influenzare maggiormente la codificazione di molti paesi europei e di altri continenti, spinge a pensare al futuro del classico strumento normativo. Il riferimento è, ovviamente, alla Francia e alla Germania⁽²⁸⁾.

La recente riforma francese del diritto dei contratti, del regime generale e della prova delle obbligazioni⁽²⁹⁾ dimostra la perdurante rilevanza

Heidelberg 1814, p. 16 ss. Su analoghe critiche che si sono succedute nel tempo, v. R. ZIMMERMANN, *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni?*, in *Annuario di diritto tedesco 2001*, a cura di S. Patti, Milano 2002, p. 55 ss., spec. 65 ss.

⁽²⁶⁾ V. soprattutto i saggi raccolti nel numero monografico di *Questione giustizia*, 2016, fasc. 4, *Il giudice e la legge*.

⁽²⁷⁾ S. PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *R. d. comm.*, 1984, p. 85 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. RESCIGNO, in P. RESCIGNO-S. PATTI, *op. cit.*, p. 89 s.; il codice francese apre l'Ottocento e quello tedesco lo chiude: «due culture ed esperienze componenti della civiltà europea».

⁽²⁹⁾ Ordonnance n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 «portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations». Su cui v. i commenti di G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *Giustizia civile.com*, Editoriale del 3 maggio 2016; D. MAZEAUD, *Prime note*

del codice quale strumento di regolamentazione dei rapporti di diritto privato. La finalità principale della riforma era infatti quella di restituire al *Code civil* la «leggibilità» che la moltiplicazione delle leggi speciali e soprattutto delle nuove regole giurisprudenziali gli avevano progressivamente sottratto⁽³⁰⁾.

Finalità analoga era stata perseguita alcuni anni prima dal legislatore tedesco con la *Modernisierung* del diritto delle obbligazioni e della prescrizione contenuto nel BGB, entrata in vigore nel 2002⁽³¹⁾.

Le riforme attuate in Germania e in Francia, come le altre realizzate in altri paesi europei, tra cui l'Olanda⁽³²⁾, non soltanto confermano la tesi secondo cui codificazione e ricodificazione rappresentano un processo continuo e ineliminabile⁽³³⁾, ma – e si tratta di un elemento di novità – hanno determinato una significativa «convergenza» del diritto privato vigente in Europa. Ciò è conseguenza del fatto che molte delle nuove norme rappresentano attuazione di direttive europee, nonché della maggiore attenzione per il diritto comparato e per le esigenze di armonizzazione del diritto⁽³⁴⁾.

sulla riforma del diritto francese dei contratti nell'ordinamento francese, in questa *Rivista*, 2016, p. 432 ss.; Francesca BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 627 ss.; L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 1543 ss.; L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del code civil: l'ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contratto e impr. Eur.*, 2016, p. 311 ss.

⁽³⁰⁾ Così, DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *op. cit.*, p. 1.

⁽³¹⁾ Sulla riforma dello *Schuldrecht* v. i saggi raccolti da *Contratto e impr./Europa*, 2004, p. 625 ss., in particolare i contributi di R. ZIMMERMANN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*; C. HATTENHAUER, *La storia della Schuldrechtsmodernisierung ed i compiti del legislatore*; U. MAGNUS, *La riforma tedesca del diritto delle obbligazioni: la fattispecie unitaria della violazione dell'obbligo ed il sistema dei rimedi contro la violazione del contratto*; H.-W. MICKLITZ, *Riforma della vendita e tutela del consumatore*; A. JANSSEN, *I termini della direttiva 1999/44/CE ed il loro recepimento nel diritto tedesco con particolare riguardo alla convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*; H. DÖRNER, *L'integrazione delle leggi per la tutela del consumatore all'interno del BGB*; H.C. GRIGOLEIT, *La riforma del codice civile tedesco in sintesi: un bilancio positivo*; e S. PATTI, *Conclusioni: luci e ombre nella riforma dello Schuldrecht*.

⁽³²⁾ Sul nuovo codice civile olandese v. gli scritti raccolti in F. BYDLINSKI, T. MAYER-MALI, J.W. PICHLER (Hrsg.), *Renaissance der Idee der Kodifikation*, Wien-Köln-Weimar, 1991; E. IORIATTI, *Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi fra soluzioni originali e circolazione dei modelli*, in questa *Rivista*, 1992, I, p. 117 ss.; D. TALLON, *The New Dutch Civil Code in a Comparative Perspective - A French View-Point*, in 1 *Eur. Rev. Private L.* (1993), p. 189 ss.

⁽³³⁾ PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, cit., p. 118 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2008, p. 735 ss.

Il BGB, come il *Code civil*, aveva conosciuto numerose modifiche ma soltanto una vera e propria riforma, quella del libro sul diritto della famiglia, attuata in gran parte nel 1976, che – come è avvenuto in altri paesi europei in quel periodo storico – era servita in primo luogo ad adeguare i rapporti familiari al principio di eguaglianza sancito dalla legge fondamentale (art. 3, II, GG.)⁽³⁵⁾. La riforma, ponendo fine alla posizione di preminenza del marito aveva peraltro accresciuto la coerenza sistematica del codice, che nell'eguaglianza dei soggetti vedeva uno dei suoi principi basilari⁽³⁶⁾.

Una parziale rinuncia al disegno sistematico è stata invece la inevitabile conseguenza della riforma dello *Schuldrecht*. Il progetto iniziale prevedeva infatti una rielaborazione del codice che servisse ad integrare alcune leggi speciali e soprattutto il poderoso contributo offerto dalla giurisprudenza nell'elaborazione del diritto vivente. Nella fase finale dei lavori, tuttavia, sulla spinta di alcune importanti direttive, tra cui quella in tema di vendita, era emersa la necessità di modernizzare il diritto tedesco alla luce di quello europeo, tenendo conto in primo luogo delle esigenze di tutela del consumatore⁽³⁷⁾. Occorre ricordare che la direttiva in tema di vendita di beni di consumo si differenzia da altre direttive che riguardano il diritto dei contratti e dei consumatori in quanto – al pari di quella sulle clausole abusive – concerne elementi di rilievo centrale della materia e rende necessarie ulteriori modifiche dell'antica disciplina.

Si pose quindi il dubbio se la soluzione migliore fosse quella di limitarsi ad un recepimento di alcune direttive, eventualmente apportando le necessarie modifiche del BGB (c.d. *kleine Lösung*) oppure quella di riscrivere il secondo libro del codice, con un intervento tendente ad una revisione sistematica dell'intera materia all'interno del BGB. Come è noto, è stata preferita la soluzione più ambiziosa (c.d. *große Lösung*), che probabilmente rappresenta l'esempio più significativo di ricodificazione di un codice europeo, un'opera che molto deve al contributo della dottrina. Si noti, ad esempio, che l'inserimento nel codice della legge sulle condizioni generali di contratto (*AGB-Gesetz* del 1976) non è avvenuto mediante un semplice trasferimento «in blocco» dei suoi articoli (come in Italia con gli

⁽³⁵⁾ S. PATTI, *Cento anni del codice civile tedesco. Il diritto di famiglia*, in questa *Rivista*, 1997, I, p. 677 ss.; Id. *100 Jahre BGB: das Familienrecht*, in *FamRZ*, 2000, p. 1 ss. In senso analogo v. ZIMMERMANN, *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni?*, cit., p. 67 s.

⁽³⁶⁾ Sulla eguaglianza quale principio del diritto privato nella storia della codificazione, v. P. CARONI, *Gesetz und Gesetzbuch*, Basel-Genf-München 2003, p. 115 ss.

⁽³⁷⁾ S. PATTI, *I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca*, in *Europa e dir. privato*, 2003, p. 503 ss.

artt. 1469 *bis* e segg., in occasione dell'attuazione della direttiva sulle clausole abusive) ma a seguito, anzitutto, di un «frazionamento» secondo il criterio delle problematiche disciplinate e l'inserimento di gruppi di articoli nelle corrispondenti parti del codice⁽³⁸⁾.

La concezione accolta dal legislatore della riforma del BGB, che ha consentito di evitare una (più grave) frattura della coerenza sistematica, è quella secondo cui il diritto dei contratti del consumatore non si pone al di fuori del diritto privato generale ma lo presuppone e lo integra, poiché serve ad evitare «disturbi» della eguaglianza dei contraenti e garantisce un effettivo funzionamento dell'autonomia contrattuale. Da un lato le norme di diritto contrattuale dei consumatori possono essere correttamente applicate soltanto tenendo conto di quelle previste nella parte del codice dedicata al contratto in generale, dall'altro esse incidono su molteplici aspetti in modo innovativo: obblighi di informazione, diritto di ripensamento (coordinato con quello di recesso)⁽³⁹⁾, controllo contenutistico, inefficacia parziale, ecc., determinando nel complesso nuovi limiti dell'autonomia privata. In definitiva, la protezione del consumatore non è stata ritenuta estranea al codice civile, data la sua rilevanza per tutti i consociati, considerando che una codificazione del diritto civile non può soddisfare le proprie finalità se non contiene disposizioni che trovano quotidiana applicazione⁽⁴⁰⁾. Oggi il diritto dei contratti si presenta soprattutto come diritto dei consumatori, poiché i contratti che vedono come parte un consumatore sono quelli che vengono conclusi più di frequente⁽⁴¹⁾.

La scelta del legislatore tedesco ha invero determinato una non facile coesistenza di due diverse concezioni dell'autonomia contrattuale, poiché alla classica visione di un'autonomia basata sulla dichiarazione di volontà e quasi priva di limiti si è sovrapposta quella di un'autonomia costretta entro confini precisi al fine di tutelare uno dei contraenti. Si è quindi creato un distacco dalle linee di fondo del vecchio codice liberale, accentuato da un progressivo aumento di norme imperative⁽⁴²⁾, ma il bilancio deve comun-

⁽³⁸⁾ G. DE CRISTOFARO, *L'inserimento nel Bgb della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 667 ss.

⁽³⁹⁾ S. LORENZ, *Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf*, in *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, a cura di R. Schulze e H. Schulte-Nölke, Tübingen 2001, p. 329 ss.

⁽⁴⁰⁾ P. BÜLOW, *Kreditvertrag und Verbraucher kreditrecht in BGB*, in *Die Schuldrechtsreform*, cit., p. 215 s.

⁽⁴¹⁾ Cfr. H. DÖRNER, *Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB*, in *Die Schuldrechtsreform*, cit., p. 177.

⁽⁴²⁾ Cfr. G. WAGNER, *Zwingendes Privatrecht*, in Eidenmüller et al. (Hrsg.), *Revision des Verbraucher – acquis*, Tübingen 2011, p. 24, il quale ravvisa di conseguenza una «pie-

que considerarsi positivo. Nel BGB riformato, ad una autonomia contrattuale spesso soltanto formale si è sostituita un'autonomia più limitata ma effettiva per entrambi i contraenti⁽⁴³⁾; e la giurisprudenza svolge da allora il compito di precisare le regole di convivenza dell'antico sistema con il nuovo ordine di valori efficacemente trapiantato nel codice. D'altra parte l'integrazione del concetto di consumatore nel diritto civile ha senso soltanto se il diritto dei consumatori non costituisce un *Sonderprivatrecht*, cioè un diritto privato speciale ed il consumatore agisce alla stregua di ogni altro contraente⁽⁴⁴⁾. E, ovviamente, la ricodificazione del BGB rappresenta un processo continuo, che di recente ha contemplato l'inserimento di una nuova disciplina in materia di responsabilità del medico (§ 630 e segg.)⁽⁴⁵⁾.

I lavori di ricodificazione del *Code civil* hanno ricevuto in Italia minore attenzione di quella dedicata alla *Modernisierung* tedesca, ma sono molto importanti sia per l'influenza storicamente esercitata dal codice francese sulla codificazione italiana, sia per la maggiore considerazione del diritto privato europeo. Mentre nella riforma tedesca il diritto europeo compare soltanto durante la fase finale dei lavori, nell'*Avant-projet Catala* del 2005, in parte superato dall'*Avant-projet Terré*, illustrando i motivi dell'iniziativa si osserva che «il diritto comunitario tende ora a penetrare nei settori più tradizionali del diritto privato europeo. In questa prospettiva la Francia deve proporsi un codice civile adatto per la sua epoca se vuole mantenere un ruolo nel concerto europeo»⁽⁴⁶⁾. La prospettiva del riformatore sembra quindi, in primo luogo, quella di accogliere le istanze provenienti dal

trificazione» del diritto dei contratti. In argomento v. anche S. PATTI, *Il contratto tra «autonomie de la volonté» e il moderno «zwingendes Vertragsrecht»*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2015, p. 369 ss.

⁽⁴³⁾ V. soprattutto C.W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner «Materialisierung»*, in *AcP* 200 (2000), p. 273 ss.; nonché, nella nostra dottrina, A. di MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 797 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. PFEIFFER, *Der Verbraucher nach § 13 BGB*, in *Die Schuldrechtsreform*, cit., p. 133 s.

⁽⁴⁵⁾ In argomento v. C. KATZENMEIER, *Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB*, in *NJW*, 2013, p. 817 ss. Nella dottrina italiana, R. FAVALE, *L'inserimento nel BGB della disciplina della responsabilità del medico*, in *Studi in onore di A. Gambaro*, II, Milano 2017, p. 1577 ss.

⁽⁴⁶⁾ Sul progetto di P. Catala e su quello di F. Terré, anche per il rilievo attribuito alla comparazione, v. G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *R. crit. d. priv.*, 2015, p. 177 ss. Sul tema, in termini generali, v. già H. STOLL, *La rilevanza della comparazione in un sistema privatistico codificato*, in *Annuario di diritto tedesco 2004*, a cura di S. Patti, Milano 2006, p. 19 ss.

contesto europeo per offrire all'Europa e al mondo un modello che tenga conto della tradizione francese. Già la legge del 17 giugno 2008 (Loi n. 2008-561) aveva realizzato una parte significativa del progetto di riforma modificando radicalmente l'antica disciplina della prescrizione⁽⁴⁷⁾. Ad essa ha fatto seguito la più ampia *Réforme* del 2016, che non rappresenta un'opera di rottura perché spesso i redattori si sono limitati ad una riformulazione di norme già presenti nel codice, e soprattutto perché in molti casi è stata incorporata nel codice la giurisprudenza della *Cour de cassation*: si tratta pertanto di un'opera di consolidazione. Nei primi commenti si osserva in tal senso che si avvertiva il bisogno di una sistemazione del diritto vigente, nel segno di una continuità non puramente formale, ma con l'introduzione di alcune norme nuove come ad esempio quelle in tema di clausole «*excessives*» contenute nei contratti d'adesione o sulle conseguenze di imprevedibili circostanze sopravvenute e, ancora, sui contratti in materia di prova⁽⁴⁸⁾.

La redazione dei nuovi articoli si caratterizza per uno stile sobrio e per la formulazione in termini molto generali delle previsioni normative, probabilmente dovuta all'esempio fornito dai progetti europei. In termini critici si riscontra invece una mancanza di «audacia», che ha condotto al mantenimento di alcuni vecchi istituti, come ad esempio il giuramento⁽⁴⁹⁾.

In ogni caso sia la ricodificazione tedesca che quella francese devono valutarsi anche sotto l'angolo di visuale del diritto privato europeo. In entrambi i casi, tra l'altro, sono state accolte alcune soluzioni elaborate nei principi di diritto contrattuale della Commissione Lando, nella Convenzione di Vienna o nei Principi Unidroit: così, ad esempio, nella riforma dello *Schuldrecht*, la disciplina del recesso dal contratto. L'antico impianto dei codici risulta pertanto sensibile alle mutevoli esigenze dell'economia e dei rapporti contrattuali, filtrate dal lavoro di esperti giuristi nell'ottica di un'armonizzazione del diritto privato europeo.

Può invece osservarsi che l'oggetto della riforma, in entrambi i casi sopra esaminati limitato ad una parte dei rapporti patrimoniali, non ha consentito di spostare l'attenzione del legislatore della riforma verso i diritti della persona, ponendo quest'ultima al centro dell'impianto del

⁽⁴⁷⁾ S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2010, p. 21 ss.

⁽⁴⁸⁾ Così, DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *op. cit.*, p. 4 s. Sulla riforma della disciplina in materia di prove, v. S. PATTI, *Il nuovo diritto delle prove nel Code civil*, in *R. trim. d. proc. civ.* (in corso di pubblicazione).

⁽⁴⁹⁾ DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *op. cit.*, p. 6; J.S. BORGHETTI, *Le nouveau droit français des contrats, entre continuité et européanisation*, in *Annuario del contratto*, 2016, p. 3 ss.

codice, come almeno in parte è avvenuto nel caso del nuovo codice civile argentino, entrato in vigore nel 2016⁽⁵⁰⁾.

5. – Rispetto alle antiche codificazioni, le moderne ricodificazioni denunciano l'abbandono di antiche concezioni e l'accoglimento di nuovi valori. Come è noto, i migliori giuristi del secolo scorso avevano concordemente affermato che il legislatore tedesco aveva sancito il trionfo del momento individualistico lasciando fuori dal codice l'aspetto sociale del diritto privato⁽⁵¹⁾. I soggetti del BGB sono infatti «uguali»; il codice rispetta e tutela le scelte dell'individuo purché effettuate nei limiti indicati dalla legge. Ma già alcuni anni prima della *Modernisierung* del 2002 nella parte del BGB dedicata ai soggetti entra un nuovo protagonista, il consumatore (§13): un segnale dell'accoglimento di nuove concezioni che dovevano presto condurre a forme di tutela dei contraenti posti in situazione di inferiorità economica e culturale, tendenti a garantire la «giustizia» del contratto mediante strumenti estranei alla logica del vecchio codice che privilegiava una libertà delle parti quasi sottratta ad ogni forma di controllo giudiziale.

Peraltro, l'evoluzione del diritto privato mostra con chiarezza un importante tratto distintivo, che potrebbe apparire sorprendente: per molti versi il protagonista principale non è più il legislatore, che tra l'inizio dell'Ottocento e quello del Novecento aveva affermato il suo primato, bensì il giudice. In un certo senso può dirsi che la moderna ricodificazione rende manifesto un capovolgimento dei ruoli. I codici ottocenteschi intendevano relegare il giudice a «*bouche de la loi*», la ricodificazione del nuovo millennio assegna al legislatore il modesto compito di collocare alcune leggi speciali all'interno del codice e soprattutto di far propri i risultati cui il giudice è pervenuto⁽⁵²⁾. Il legislatore è divenuto «*bouche de la jurisprudence*», e oggi si tratta di una realtà, non della illusione ottocentesca.

Ovviamente, il contributo creativo del giudice è maggiore e più evidente in alcuni settori del diritto privato, tra cui la responsabilità civile. Ma è proprio in questi settori che l'allontanamento del giudice dalla norma

⁽⁵⁰⁾ *Codigo civil y comercial de la nacion.*

⁽⁵¹⁾ In argomento v. F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der moderner Gesellschaft*, Karlsruhe 1953, p. 9 ss.

⁽⁵²⁾ Non a caso, con un gioco di parole ben consentito dalla lingua tedesca, si parla da alcuni anni di un passaggio da uno stato di diritto ad uno stato dei giudici: cfr. B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*², Tübingen 2015.

scritta ha spinto alcuni ordinamenti – in primo luogo quello tedesco – ad attuare riforme legislative che – pur rappresentando a volte una vera e propria «*neue Kodifikation*»⁽⁵³⁾ – dal punto di vista del contenuto delle norme costituiscono soltanto una mera consolidazione delle regole elaborate dalla giurisprudenza⁽⁵⁴⁾.

Particolarmente significativa, nella materia indicata, l'esperienza francese. Già circa cinquant'anni addietro un attento civilista aveva paragonato l'opera compiuta dai tribunali in materia di responsabilità per danno cagionato da cose ad una piramide rovesciata il cui vertice poggiava su un frammento di norma, quello offerto dal primo *alinéa* dell'art. 1384 *Code civil*⁽⁵⁵⁾. Ed oggi, valutando la recente *Réforme* si sottolinea in termini generali che molte delle nuove regole sono note perché «*incorporent dans le code la jurisprudence de la Cour de cassation*»⁽⁵⁶⁾, mentre con riferimento al nostro ordinamento si osserva che la responsabilità civile «staticamente sistemata nel Codice Civile» è stata «radicalmente rinnovata dalla dottrina civilistica degli anni Sessanta e, poi, da una coraggiosa giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale⁽⁵⁷⁾».

Il capovolgimento di ruoli, di cui il legislatore è ormai cosciente, si spiega in base ad un elementare rilievo: è profondamente cambiata la società in cui la norma giuridica è chiamata ad operare. L'«*accélération de l'histoire*»⁽⁵⁸⁾ ha raggiunto ritmi frenetici e il legislatore è costretto ad inseguire radicali mutamenti sociali ed evoluzioni della tecnica che, tra l'altro, rendono in molti casi evanescenti le antiche barriere costituite dai confini nazionali. La risposta del giudice, perfino negli ordinamenti giuridici caratterizzati da una esasperante lentezza del sistema giudiziario, è più rapida ed è *necessaria*, anche quando il caso non risulta disciplinato da una norma speci-

⁽⁵³⁾ Cfr. U. DIEDERICHSEN, *Zur gesetzliche Neuordnung des Schuldrechts*, in *AcP* 182 (1982), p. 101.

⁽⁵⁴⁾ Nel senso che la riforma della responsabilità civile, per lungo tempo programmata dal legislatore tedesco, avrebbe incontrato difficoltà a modificare le regole a cui era pervenuta la giurisprudenza, v. H. STOLL, *Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts*, Heidelberg 1984, p. 46.

⁽⁵⁵⁾ G. CORNU, *La lettre du Code à l'épreuve du temps*, in *Mélanges R. Savatier*, Paris 1965, p. 165.

⁽⁵⁶⁾ DESHAYES-GENICON-LAITHIER, *op. cit.*, p. 4. In senso analogo D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in questa *Rivista*, 2016, p. 434.

⁽⁵⁷⁾ P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2016, p. 1150.

⁽⁵⁸⁾ L'espressione si trova in R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1re série, *Panorama des mutations*, Paris 1948, p. 3.

fica, posto che comunque la decisione deve essere presa, ed a volte rimane l'unica a causa della perdurante inerzia degli organi legislativi.

Il legislatore, spesso, ha così tacitamente rinunciato al ruolo di unico creatore della norma, accettando che sia il giudice a reperire nell'ordinamento giuridico la norma del caso. Inoltre, in sede di ricodificazione, prende atto delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza, a volte delle vere e proprie deroghe del diritto scritto, e si limita a farle proprie. Inevitabilmente, il diverso procedimento di formazione della norma dimostra ben limitate ambizioni del moderno legislatore, mentre si conferma la caducità della regola legislativa, soggetta ad essere rimodellata dalla giurisprudenza per renderla conforme alle mutevoli esigenze della società. Può quindi condividersi la conclusione secondo cui «i Codici che costruiremo (...) non avranno né potranno avere la valenza del *Code civil* e dei grandi Codici ottocenteschi»⁽⁵⁹⁾.

6. – La storia, soprattutto quella recente, conferma pertanto che il rinnovamento dei codici non è soltanto il frutto dell'opera episodica del legislatore ma altresì del continuo apporto creativo del giudice.

L'evoluzione del diritto dovuta alla giurisprudenza ha posto il problema, in diversi ordinamenti europei, dei limiti costituzionali della *Rechtsfindung* giudiziale. Giudice e legislatore si alternano e si sovrappongono: spesso la legge fa propria la regola giurisprudenziale – come è avvenuto con la riforma del *Code civil* – a volte la corregge⁽⁶⁰⁾.

Nel primo caso può parlarsi di leggi «confermative» della giurisprudenza, secondo la terminologia anglosassone «*statutes in the affirmative*» o nel linguaggio tedesco «*bestätigenden Reformgesetze*», che non modificano il diritto vivente.

⁽⁵⁹⁾ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 123. Sul problema v. anche U. BRECCIA, *L'interpretazione tra codice e nuove leggi civili*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, I, Milano 1983, p. 237 ss., spec. 242 ss. Conviene peraltro ricordare l'ammonimento di chi, criticando la giurisprudenza della corte suprema tedesca, secondo cui la libertà di giudizio del magistrato si estenderebbe «fino a una illimitata funzione rinnovatrice», avvertita circa il rischio di «passare da un diritto libero a un diritto fuori dalla legge»: V. COLESANTI, *Poteri del giudice e cosiddetto «fondamento» del negozio (a proposito di un libro di K. Larenz)*, in *Jus*, 1958, p. 392 ss. (424).

⁽⁶⁰⁾ Per alcuni esempi, relativi all'esperienza tedesca, soprattutto in materia societaria, v. H. FLEISCHER-F. WEDEMANN, *Kodifikation und Derogation von Richterrecht*, in *AcP* 209 (2009), p. 597 ss. Ma, in termini generali v. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss., spec. 12 s.; M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *F. it.*, 1978, V, c. 161 ss.; K. ADOEMEIT, *Positivismus, Gesetzgebung und Methodenlehre*, in *JZ*, 1978, p. 1 ss.

I vantaggi di una codificazione del diritto giurisprudenziale sono stati individuati in una accresciuta «legittimazione», nella trasparenza e nella certezza giuridica. Tra gli svantaggi viene indicata l'interruzione, da parte del legislatore, di un processo di formazione della norma compiuto (dalla dottrina e) dalla giurisprudenza, a volte prima del suo compimento. Un prematuro intervento del legislatore può ostacolare o bloccare una evoluzione scientifica e giurisprudenziale⁽⁶¹⁾.

Secondo alcuni, il legislatore, per evitare incertezze, dovrebbe cercare di non modificare la regola giurisprudenziale, neanche a livello linguistico e terminologico, tranne che ricorra la necessità di aggiornare o di perfezionare⁽⁶²⁾. Il diritto giurisprudenziale svolge comunque un ruolo decisivo per l'interpretazione della norma che lo ha codificato.

In altri casi, invece, le leggi modificano il diritto giurisprudenziale (*statutes in the negative*), e ovviamente non si configura alcun problema di ordine costituzionale. Possono tuttavia sussistere ragioni di opportunità per evitare o circoscrivere le innovazioni, soprattutto in materie tecniche, come il diritto societario⁽⁶³⁾.

Un peculiare problema si pone – come testimonia l'esperienza italiana – nell'ipotesi di sentenze che, colmando una lacuna, individuano la norma da applicare per decidere fattispecie in cui è evidente e preponderante la rilevanza dei valori attribuiti alla persona, come in materia di «fine vita». Emblematica, da questo angolo di visuale, la nota vicenda Englaro, risolta da un esemplare arresto della Corte di cassazione che si basa soprattutto su norme della Costituzione⁽⁶⁴⁾.

Il dibattito, in termini generali riguarda il ruolo del giudice. Nell'esperienza tedesca si è posto l'interrogativo se lo Stato di diritto, a seguito di una «segreta rivoluzione» non si sia trasformato in uno Stato in cui il diritto viene creato dai giudici⁽⁶⁵⁾. Lo stesso interrogativo si pone nell'esperienza italiana e si avverte l'esigenza di verificare se, in effetti, nell'attuale evoluzione degli ordinamenti giuridici, il ruolo del giudice non sia

⁽⁶¹⁾ R. KREILE, *Festschrift für H. v. Wallis*, Bonn 1985, p. 183, spec. 186, secondo cui con la codificazione si determina il vincolo giuridico della legge che sostituisce la rilevanza del precedente giurisprudenziale. Il diritto legislativo offre, inoltre, maggiore trasparenza.

⁽⁶²⁾ H. FLEISCHER-F. WEDEMANN, *op. loc. cit.*

⁽⁶³⁾ H. FLEISCHER-F. WEDEMANN, *op. loc. cit.*

⁽⁶⁴⁾ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *F. it.*, 2007, I, c. 3025 ss., con nota di G. CASABURI, ove si afferma il principio secondo cui tra i compiti dell'ordinamento giuridico vi è quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza.

⁽⁶⁵⁾ B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen 2014.

soltanto quello che gli viene attribuito in base al principio della separazione dei poteri⁽⁶⁶⁾.

7. – Nel processo di ricodificazione è presente anche la dottrina, il cui ruolo – soprattutto in alcune esperienze giuridiche – sembra tuttavia aver perso la centralità che aveva rivestito al tempo delle grandi codificazioni⁽⁶⁷⁾. Si impone pertanto una riflessione sul compito della dottrina nel processo di ricodificazione degli antichi codici europei e di elaborazione del diritto privato europeo.

A mio avviso, il compito del moderno civilista europeo consiste anzitutto nell'amalgamare nuove esigenze e molteplici influenze – derivanti anche dalla cultura nordamericana e dalla globalizzazione – con la tradizione del diritto europeo.

Come è avvenuto in passato, anche le moderne opere di ricodificazione si collocano in un contesto storico-politico e mirano a soddisfare esigenze di regolamentazione attinenti ad esigenze economiche ma anche – ed in misura crescente – ai valori della persona, ormai racchiusi nei testi fondamentali dell'Unione europea.

Il civilista europeo è chiamato ad operare in un contesto che vede la continua evoluzione degli ordinamenti nazionali, fedeli alla propria tradizione giuridica ma soggetti all'incidenza delle norme di matrice europea nonché a stimoli e influenze provenienti da un'economia e da una cultura globalizzata.

Attenzione non significa peraltro subordinazione. L'orgogliosa affermazione del civilista francese, che valorizza il risultato della recente *Réforme* anche sul piano della competizione tra gli ordinamenti⁽⁶⁸⁾, conferma che il diritto europeo non deve inevitabilmente e definitivamente considerarsi fortemente influenzato dal modello proveniente dagli Stati Uniti⁽⁶⁹⁾. La circostanza che alcuni istituti del diritto nordamericano siano entrati

⁽⁶⁶⁾ Cfr. RESCIGNO, in P. RESCIGNO-S. PATTI, *op. cit.*, p. 56: il quale si interroga «sull'opportunità di inserire nel discorso sulle fonti la giurisprudenza pratica e la stessa dottrina».

⁽⁶⁷⁾ Il ruolo marginale della dottrina nell'elaborazione del diritto vivente era stato autorevolmente segnalato da R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare*, in questa *Rivista*, 1983, I, p. 134. Sul rapporto tra dottrina e giurisprudenza, v. soprattutto F.D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina – Considerazioni in margine al revirement della cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata»*, in questa *Rivista*, 2013, p. 1519 ss.

⁽⁶⁸⁾ MAZEAUD, *op. cit.*, p. 433.

⁽⁶⁹⁾ Sulle ragioni della diffusione del *common law* americano v. U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino 1992, p. 3 ss.

negli ordinamenti europei, anche a seguito del predominio economico di società multinazionali e dei loro studi legali, può e deve essere interpretato come conseguenza di una cultura fedele ad una ricca e non eguagliabile tradizione giuridica ma attenta ad esperienze variegata ed utili in un mondo sempre più piccolo e tendente alla uniformità di scelte economiche e di tecniche di regolamentazione dei rapporti sociali.

Se da un lato, quindi, può sottolinearsi la perdurante esportazione della cultura giuridica europea (spesso italiana) in altri continenti⁽⁷⁰⁾, deve valutarsi come segno di arroganza culturale l'isolamento del giurista americano che guarda sempre meno alla tradizione giuridica del vecchio continente – da cui ha ricevuto linfa essenziale non soltanto alle origini di quell'ordinamento ma anche in occasione della seconda guerra mondiale – e non si interessa all'evoluzione del pensiero giuridico europeo⁽⁷¹⁾.

8. – La continua opera di innovazione dei codici compiuta dal giudice e dal legislatore come pure le riforme del BGB e del *Code civil* dimostrano che il codice civile, pur non essendo ormai identificabile con il diritto civile, è ancora considerato un insopprimibile strumento di regolamentazione dei rapporti privatistici.

L'elaborazione di molti istituti si deve alla giurisprudenza e la ricodificazione operata dal legislatore presenta in genere un carattere meramente sistematico, poiché si accoglie nel testo legislativo la regola dettata dal giudice senza apportare significative modifiche. Peraltro, non sempre il «trapianto» risulta agevole, come – nell'esperienza tedesca – è testimoniato dalla difficoltà incontrate nel formulare la norma in tema di responsabilità precontrattuale (§ 311 BGB), che ha codificato la lunga e complessa elaborazione giurisprudenziale della *culpa in contraendo*⁽⁷²⁾. In altri casi il legislatore deve compiere una scelta non semplice tra un recepimento della regola «formata» dalla giurisprudenza e non univoche indicazioni provenienti dalla dottrina. Ad esempio, nel caso dell'accoglimento nel BGB della *Geschäft-*

⁽⁷⁰⁾ Negli ultimi anni soprattutto nella Repubblica popolare cinese. Per un giudizio positivo sulla legge in materia di contratti, v. P. RESCIGNO, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano 2002, p. 175 s.

⁽⁷¹⁾ R. HYLAND, *Shall we dance*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., p. 377.

⁽⁷²⁾ Cfr. E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen «zwischen» Vertrag und Delikt*, in AcP, 183 (1983), p. 369 ss.; J. KÖNDGEN, *Die Positivierung der culpa in contrahendo als Frage der Gesetzgebungsmethodik, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, cit., p. 231 ss.; G. HOHLOCH, *La codificazione degli obblighi di protezione e della responsabilità per culpa in contrahendo*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco*, a cura di G. Cian, Padova 2004, p. 243 ss.

sgrundlage, istituto richiamato dalla dottrina italiana negli studi in tema di «base negoziale», presupposizione o clausola *rebus sic stantibus*, abbandonando la tradizionale tesi di Larenz, è stata privilegiata un'unica fattispecie di *Störung der Geschäftsgrundlage*, in grado di ricomprendere sia l'errore sulle circostanze che costituiscono il presupposto del contratto, sia il mutamento delle circostanze sopravvenuto dopo la conclusione del contratto⁽⁷³⁾.

In entrambe le ipotesi, accomunate dalla inesigibilità dell'adempimento, sono stati previsti gli stessi rimedi, consistenti in primo luogo nell'adeguamento del regolamento contrattuale (*Anpassung*) e, nel caso di impossibilità o inesigibilità dell'adeguamento, nel diritto di recesso a favore della parte danneggiata nonché nel risarcimento del danno se il «disturbo» della base negoziale sia imputabile alla controparte. In definitiva, le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza, che ha applicato la clausola generale di buona fede (§ 242 BGB), con riferimento ad un'ampia gamma di fattispecie, hanno costituito oggetto di un'opera di razionalizzazione e di sistemazione all'interno del codice.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento alla recente riforma francese che, allontanandosi dal solco della tradizione ha codificato anche alcuni tipi contrattuali di derivazione anglosassone.

Le esperienze del nuovo millennio confermano in definitiva il sintetico giudizio del Maestro che, a proposito della «teorizzazione di un presunto tramonto del codice», chiariva che si trattava semplicemente della «crisi di una certa idea di codice, di passaggio ad un'altra idea puramente tecnica e non più rivestita dei significati ideologico-politici propri dell'ottimismo ottocentesco della codificazione»⁽⁷⁴⁾. Codice, quindi, come «forma» e tecnica di legislazione e non più come «espressione di un'ideologia», secondo la formula adoperata dal grande comparatista statunitense recentemente scomparso⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷³⁾ P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage in La riforma dello Schuldrecht tedesco*, cit., p. 101 ss. Per un confronto con il diritto francese, v. W. DORALT, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage – Altes und Neues zur theorie de l'imprevisión in Frankreich*, in *RabelsZ* 76 (2012), p. 761 ss.

⁽⁷⁴⁾ L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1984, p. 321 ss. Ha perso, quindi, almeno in parte di attualità quanto nel 1934 scriveva Cesare Vivante nella Introduzione alla quinta edizione del suo *Trattato di diritto commerciale*, a proposito della «Differenza di metodo nella codificazione civile e commerciale» (pag. 2): «Il metodo con cui si elabora il contenuto dei due codici nei lavori legislativi è assolutamente diverso, come l'indole mentale dei collaboratori. Nella preparazione di un codice di commercio prevale lo studio talvolta empirico dei fenomeni tecnici; in quello del diritto civile prevalgono le esigenze di una profonda coesione e di una disciplina sistematica dei concetti più generali».

⁽⁷⁵⁾ MERRYMAN, *op. cit.*, p. 26 s.

