

DAL 'FITNESS CHECK' ALLA RIFORMA DEL CODICE CIVILE

PROFILI METODOLOGICI DELLA RICODIFICAZIONE

a cura di

Pietro Sirena

estratto



JOVENE EDITORE 2019

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2019

ISBN 978-88-243-2609-4

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

FRANCESCA BARTOLINI

LA SELEZIONE DELLA 'GIURISPRUDENZA'
NELLA VALUTAZIONE DI ATTUALITÀ DELLA LEGGE

SOMMARIO: 1. La valutazione della norma nel conflitto: questioni preliminari. – 2. Segue. Primo *caveat*: unità del codice, varietà delle regole. – 3. Segue. Secondo *caveat*: funzione della regola e ruolo del conflitto. – 4. Giurisprudenza, ma 'di chi'? Il nuovo catalogo degli 'operatori del conflitto'. – 5. Selezionare le decisioni rilevanti per la valutazione di attualità?

1. *La valutazione della norma nel conflitto: questioni preliminari.*

Nella valutazione di attualità di una disposizione – specie se inserita in un codice – appare senz'altro sensato, intuitivamente, verificare la 'portata applicativa' con riferimento ai conflitti da questa generati, e attraverso questa risolti¹.

Se la regola serve a prevenire un conflitto, o a risolverne uno già nato, quale momento può essere più significativo, se non quello della disputa, definita attraverso la regola².

¹ Si v. anche quanto ha già osservato D. ACHILLE, *Efficacia e attualità della norma. Il conflitto come strumento di misurazione della giuridicità*, in questo volume.

² Qui si fa riferimento alla funzione di 'norma di giudizio' (consentire al giudice di applicare il diritto nel conflitto) di impostazione hartiana (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1994, 97); funzione che pare erodere, secondo un recente studio, spazi della tipica funzione 'di riconoscimento' (G. PINO, *Norme primarie, norme secondarie, norma di riconoscimento*, in T. MAZZARESE [a cura di], *Teoria generale del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di G. Gavazzi*, Torino, 2012, 183 ss., in partic. 192). In questa prospettiva, valgono le parole di C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in AA.Vv., *Estudios de derecho civil en honor de J. Castan Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, 61 ss. (ora in C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, Milano, 2002, 35 ss.).

Tuttavia, passando dall'intuizione a un pensiero costruttivo, già la fase zero di questo procedimento, ossia quella che ne individua l'oggetto, cristallizzata nel quesito 'quale conflitto occorre misurare?' innescava alcune questioni destinate a minare la linearità del percorso intrapreso. La regola serve al conflitto, e il conflitto si serve di essa; tuttavia, la regola (e, quindi, la sua espressione contenuta nella disposizione codicistica) ben può vivere al di fuori del conflitto: come guida per le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata – ad es. nel costruire il regolamento contrattuale, servendosi delle regole dispositive; come supporto per consentire all'atto espressione della libertà contrattuale di sopravvivere anche se ambiguo nel suo significato – regole sull'interpretazione –, o per integrarne le lacune – regole di integrazione suppletiva –. La regola può essere attuale anche se non è protagonista di un conflitto, se non ne genera uno significativo. In prima battuta l'interprete impegnato a valutare l'attualità della regola sa, allora, che il conflitto può (deve) essere un parametro utile, ma sa che la valutazione non può arrestarsi al dato giurisprudenziale, per le ragioni che si indicheranno, pur brevemente, nei §§ 2 e 3. D'altra parte, subito si pone un'ulteriore questione: le disposizioni del codice civile sono strumentario in uso a una serie ampia di 'decisori', in un quadro assai più complesso rispetto a quello di riferimento al momento della sua entrata in vigore. È opportuno optare per una selezione di questi nuovi 'operatori del conflitto', oppure il panorama delle decisioni deve essere il più completo possibile, prescindendo dalle peculiarità dell'organo decisore? (§ 4). E, infine, conseguentemente, un altro problema si impone: il tipo di atto attraverso il quale si esprime il conflitto (non più solo sentenza, ma anche decisione, delibera ecc.) porta con sé un diverso impatto della disposizione che ci si appresta a valutare? E il tipo di giudizio (di fatto/di diritto)? (§ 5).

2. *Segue. Primo 'caveat': unità del codice, varietà delle regole.*

Una prima questione attiene alla natura del codice civile. Un contenitore che di per sé aspira all'unità e tende alla completezza³ ma,

³Nel delineare i passaggi del fenomeno della ricodificazione, che interessa l'Europa dei nostri giorni, S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 435 ss.

come scrive efficacemente Hugh Collins, è anche esatto dire che «i codici tradizionali promettono sempre più di quello che possono offrire»⁴.

Infatti il codice (anche quello che nasce con le migliori intenzioni e coi migliori padri) finisce inevitabilmente scontrandosi con la complessità, aspirando a disciplinare un'intera area del diritto le cui parti (famiglia, successioni, contratto, diritti reali, responsabilità etc.), però, vivono di vita e problemi tutti propri⁵; una complessità di cui l'osservatore non può non tener conto⁶. L'operazione che si realizza codificando comporta certamente un tentativo di superare la specialità dei fenomeni regolati, soprattutto in un contesto, quello italiano, nel quale l'unificazione dei codici comportava una risistemazione della materia⁷, certamente condizionata anche dalle contingenze politiche in cui il codice era stato concepito⁸. La costruzione di un rete 'generale' (di categorie, di principi, di regole) è aspirazione di ogni nuovo codice⁹, ma in quello del 1942 sembra prevalere, già nella sua stessa articolazione strutturale, l'ottica 'specialistica' su quella 'generalista', nel senso che, forse proprio con lo scopo di sottrarre il nuovo codice a

parte dalla caratteristica essenziale della completezza dei codici al tempo della loro emanazione, per osservare come oggi proprio l'incompletezza ne sia aspetto ineliminabile e in costante ascesa (*ivi*, 439).

⁴ H. COLLINS, *Il codice civile europeo. La via da seguire*, Napoli, 2013, 209.

⁵ Segnalando l'ambiguità del termine 'codice', offre un'analisi in chiave storico-comparatistica di questo strumento, improntato all'unità, in relazione alle dinamiche processuali, di ieri e di oggi, A. GAMBARO, *Codici e diritto giurisprudenziale*, in P. CAPPELLINI - B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 26-28 ottobre 2000)*, Milano, 2002, 507 ss.

⁶ Un ottimo esempio di osservatore attento alla complessità lo offre S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 17 s., nt. 33, servendosi del dato numerico per segnalare l'evolversi, nel senso dell'ampliamento, del conflitto in tema di responsabilità civile, ma sottolineando il limite che una 'ricerca su repertori' sconta in termini di osservazione qualitativa.

⁷ Cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992, in partic. 55 ss.

⁸ Sulle ragioni 'politiche' dell'unificazione del diritto privato, v. R. TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano, 1992, che dimostra, efficacemente, le influenze del regime sulla costruzione del codice del 1942. Ma cfr., sul punto, F. GALGANO, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, 1979, 31 ss.

⁹ Cfr. ancora P. RESCIGNO, *Introduzione cit.*, 23 ss., sul ruolo delle preleggi e dei principi generali nel codice vigente.

un'influenza troppo marcata e marcante del contesto politico nel quale esso maturava, si è preferito rinunciare all'idea di una parte generale comune¹⁰, volendo invece articolare tante parti generali per le diverse materie. Anche il ricorso alle clausole generali¹¹ ha dato luogo a quel fenomeno di supplenza giurisprudenziale che, in fondo, ha garantito la sopravvivenza del codice civile ai mutamenti assiologici e tecnici sopravvenuti alla sua entrata in vigore¹².

In un codice aperto al mutamento, l'autosufficienza – che, pure, rimane un'aspirazione comune – può conseguirsi non già attraverso una disciplina troppo dettagliata o troppo legata a un contesto socio-politico necessariamente destinato a mutare; se così fosse, infatti, molte regole rischierebbero di nascere già morte. L'autosufficienza, nel codice civile vigente, si realizza invece attraverso una sapiente «scelta delle modalità integratrici»¹³ che, più opportunamente, affida ad altri (ai giudici, anzitutto) il compito di mantenere in vita il codice, facen-

¹⁰ P. RESCIGNO, *Rilettura del codice civile*, in AA.VV., *I cinquant'anni del codice civile, Atti del convegno (Milano, 4-6 giugno 1992)*, I, Milano, 1992, 9 ss., in partic. 23 ricorda, tra le poste positive del bilancio del codice: « ... l'aver abdicato all'idea di dettare una 'parte generale' di stampo tedesco ..., ma articolando disciplina di carattere generale per molteplici materie, e soprattutto facendo ricorso a 'clausole generali' che hanno costituito uno degli strumenti più incisivi del lavoro dell'interprete». Scrive R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 240 ss., in partic. 246: «Si riuscì anzitutto a neutralizzare il tentativo, propugnato da molte parti, e purtroppo anche da qualche giurista, di codificare i 'principi generali' dell'ordinamento giuridico fascista come premessa al codice civile, tentativo maldestro e intimamente contraddittorio che avrebbe portato soltanto alla enunciazione di formule astratte e demagogiche, buone per un manifesto politico e non per una seria opera legislativa».

¹¹ A proposito del codice del 1942 scrive S. PATTI, *Codificazioni e evoluzione del diritto privato*, Bari, 1999, 29: «Che cosa caratterizza in quegli anni l'evoluzione del diritto tedesco rispetto all'evoluzione del diritto italiano? Uno dei tratti più interessanti riguarda l'uso delle clausole generali ... ».

¹² Appare calzante, a questo proposito, l'osservazione di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, IX: «Possiamo immaginare (o paventare) una società, in cui non ci siano norme con rigide fattispecie, né si svolgano giudizi sussuntivi, e invece si realizzino 'valori' e 'clausole generali' e principi di giustizia materiale, ma non una società senza decisioni. Una società immersa nel dubbio, lieta della propria problematicità e del perenne disputare, è soltanto un mito estetizzante. Bisogna 'tagliar corto', e proseguire alacri nel cammino».

¹³ Così scrive N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Bari, 1995, 33.

dolo sopravvivere al trascorrere del tempo e al mutare delle circostanze. Si tratta di «dispositivi di flessibilità»¹⁴ su cui occorre ragionare per misurare il tasso di invecchiamento di un codice e che, in fondo, sono segno di quel «disegno architettonico eccellente»¹⁵ generalmente riconosciuto al codice del 1942¹⁶; un codice flessibile – in un sistema sempre più aperto alle intromissioni dall'esterno¹⁷ – può durare di più e meglio (anche se, chiaramente, le singole disposizioni, soprattutto quelle più rigide, possono risultare troppo vecchie).

Ne deriva, ai fini di questa indagine, che se il codice è, davvero, «un sistema di sistemi»¹⁸, un'analisi che voglia misurarne l'attualità deve modulare l'approccio investigativo a seconda del contesto in cui una determinata regola si colloca, perché, per le ragioni sinteticamente esposte, ogni regola risente dell'area (del diritto privato e del codice civile) cui appartiene; e non tutte le aree del diritto privato sono esposte a un analogo tasso di invecchiamento, perché diversa è l'incidenza, su ogni settore, dell'evoluzione socio-economica della società, dell'impatto delle nuove tecnologie, del sorgere di nuovi valori, dell'influenza dei modelli imposti dalla globalizzazione; e, d'altra parte, la diffusione dentro il codice dei suddetti «dispositivi di flessibilità» non è uguale in ogni area, potendosi dunque distinguere settori del diritto – e del codice civile – più impermeabili all'adeguamento giurisprudenziale (o, comunque, a integrazioni di fonte esterna al codice) e settori, invece, più permeabili a esso, e costruiti, fin dall'inizio, come esposti a un alto tasso di integrazione¹⁹. Bisogna allora prepararsi a disegnare una «storia effettuale» degli istituti, e delle singole disposizioni che concorrono a disegnarne le strutture, con la quale guardare al modo con cui il testo è stato «modellato dal diritto applicato (nella connessione testo-inter-

¹⁴ Ancora N. IRTI, *Codice civile*, cit., 35.

¹⁵ R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, cit., 247.

¹⁶ Il Codice vive più che come complesso di regole, come complesso di valori: F. SANTORO PASSARELLI, *Il codice e il mantenimento dei valori essenziali*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, 31 ss., in partic. 39 s.

¹⁷ In questa prospettiva v. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 105 ss.

¹⁸ Come scrive S. CAPRIOLI, *Codice civile. Strutture e vicende*, Milano, 2008, 11.

¹⁹ Per es., la responsabilità civile è affidata a poche disposizioni che «racchiudono in breve spazio ardui ed amplissimi problemi»: così S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 48.

pretazione) da parte dei giudici»²⁰. Una «rilettura umile e paziente»²¹ del codice civile, che valorizzi l'indice di attualità delle regole, ma che salvaguardi quei valori che, ancora oggi, sono alla base dell'esigenza di un diritto privato comune. Il testo (della disposizione oggetto di analisi) è solo un punto di partenza (ma anche un punto di arrivo, come è stato efficacemente rilevato²²) che avvia un percorso con diversi possibili sbocchi.

3. *Segue. Secondo 'caveat': funzione della regola e ruolo del conflitto.*

D'altra parte, non è solo l'eterogenea natura delle disposizioni a dover indurre alla prudenza.

Varia è altresì la funzione delle disposizioni e delle aree del diritto privato a cui le singole disposizioni appartengono²³: certe dettano una regola e la corredano di una sanzione, e allora il conflitto sembra offrire davvero il parametro giusto per una verifica di attualità.

Valgano due esempi.

L'art. 1328 cod. civ. sanziona con l'inefficacia la revoca della proposta successiva alla conclusione del contratto: il senso di questa re-

²⁰ Così G. ALPA, in P. CAPPELLINI - B. SORDI (a cura di), *Codici*, cit., 188.

²¹ Sono parole di P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Bari, 2013, 109.

²² Scrive G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2009, 313: «Ora, muovendo dal testo, non si deve credere che si muova dal punto di partenza: si parte dal punto di arrivo per pervenire a un altro punto di arrivo. Il testo è il punto di arrivo della tradizione pregressa, e contiene innovazioni rispetto a essa, altrimenti non si tratterebbe di un 'nuovo testo'. In direzione analoga N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, 15, secondo cui «l'esegesi del testo – ecco il nodo della rivoluzione di metodo – non esaurisce il compito del giurista: essa è parziale, frammentaria, incapace di cogliere l'unità degli istituti nella varietà dei casi particolari, e perciò di guadagnare principi suscettibili di applicazione a ipotesi non disciplinate».

²³ Un esempio. Il tema della funzione è oggi tornato al centro della riflessione scientifica (e giurisprudenziale) in relazione alla responsabilità civile, di cui è stata riconosciuta, accanto a quella compensativa, anche la funzione sanzionatoria (Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1787); è chiaro che anche la 'funzione' dell'area cui una disposizione appartiene può essere tenuta in considerazione per misurare l'attualità della singola disposizione (appunto: rispetto alla sua idoneità a perseguire la funzione del gruppo di disposizioni cui appartiene).

gola e i suoi problemi applicativi non si potrebbero comprendere se non a partire dall'ondivaga giurisprudenza che nel corso dei decenni si è avvicinata finendo col plasmarne il significato; l'adesione, infatti, all'uno o all'altro indirizzo interpretativo ha un effetto immediato sulla soluzione del singolo conflitto²⁴.

La natura delle disposizioni sull'interpretazione del contratto (art. 1362 ss. cod. civ.) è molto discussa, ma, certamente, si riconosce che esse sono anzitutto regole, oggi ritenute certamente vincolanti²⁵, destinate ai giudici e alle parti, offrendo, appunto, «tecniche»²⁶ all'interprete che cerca di (ri)costruire un significato ragionevole per un contratto, o per singole parti di esso, sul cui senso è sorta una disputa; per queste disposizioni, l'analisi delle decisioni può costituire il giusto modo per capire se le tecniche di interpretazione legislativamente definite sono effettivamente utilizzate dai giudici per risolvere i casi loro sottoposti e, nell'ambito della pluralità dei criteri interpretativi, quali siano più utilizzati, quali meno (e la questione, qui, potrebbe perfino estendersi sulla stessa opportunità di codificare strumenti di interpretazione del contratto, sempre ragionando a partire dall'osservazione dei conflitti risolti – o non risolti – sulla base di queste disposizioni).

²⁴ L'esempio della revoca della proposta contrattuale è appropriato: l'ambiguità della formulazione dell'art. 1328, comma 1, cod. civ. determina che se si aderisce all'idea che la revoca sia un atto non recettizio (efficace se spedita prima della ricezione dell'accettazione da parte del proponente: es. Cass., 15 aprile 2016, n. 7543), il proponente che revoca può vedersi riconosciuta una vittoria processuale di fronte all'oblato che pretende il contratto; se, invece, si aderisce all'idea che la revoca sia un atto recettizio (Cass., 16 maggio 2000, n. 6323), efficace se giunta all'oblato prima che il proponente abbia ricevuto l'accettazione, il proponente che revoca rischia una sconfitta processuale di fronte all'oblato che può vedersi riconosciuta l'inefficacia della revoca tardiva. In questo caso, tutto nasce dall'ambiguità di una formula legislativa, che ha lasciato, forse volutamente, spazio a diverse ricostruzioni interpretative, con ciò rilevando, però, una sua originaria inefficienza che può indurre a una sua eventuale riscrittura. Sul tema è sufficiente vedere la ricostruzione, ricca di spunti comparatistici, di A.M. BENEDETTI - F.P. PATTI, *La revoca della proposta: atto finale? La regola migliore, tra storia e comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1293 ss.

²⁵ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, cit., 1339 ss. e V. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 440 s.

²⁶ V. su questo A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, 511 ss.

In altri casi, la disposizione contiene uno strumento offerto ai privati per raggiungere determinati obiettivi, e allora non ha molto senso, ai nostri fini, valutarne numericamente il tasso di conflittualità, essendo semmai preferibile provarne a misurare il successo 'pratico', osservando se questo strumento è stato o non è stato utilizzato dai privati (e se è stato utilizzato, in che misura).

Un altro esempio. Il codice dedica oltre cinquecento articoli ai contratti tipici, molti dei quali, certamente la maggior parte, costituiti da norme dispositive; in questo settore, occorre un'indagine che, più che dal conflitto, parta dalla valutazione dell'attualità (economica) del tipo contrattuale, dal confronto fra gli schemi codicistici e le clausole utilizzate nella prassi commerciale. Il conflitto, certo, può essere un dato di partenza, ma da solo non può bastare a dire se una disposizione serve ancora al suo scopo, oppure no; se il tipo contrattuale è un «modello di operazione economica, attuata mediante contratto, nota e diffusa nella vita di relazione»²⁷, le disposizioni che cercano di configurarne una struttura normativa (per quanto flessibile, o aperta, comunque, all'integrazione) dimostrano la loro efficienza, almeno in termini di attualità, solo sulla base di considerazioni extragiuridiche, legate, cioè, all'individuazione del rapporto tra inevitabile staticità della disposizione e continua tendenza della prassi alla frammentazione, all'erosione, alla disaggregazione. Se tipizzare vuol dire, anche, cristallizzare clausole²⁸ per offrirle all'attività dei contraenti, l'indagine non potrà esimersi, qui, dall'estendersi proprio alla prassi negoziale, per individuare l'emersione di nuove clausole che, in un'ottica ricodificatoria, potrebbero aspirare a una nuova tipizzazione legislativa²⁹.

²⁷ La definizione è proposta da V. ROPPO, *Il contratto*², Milano, 2011, 398.

²⁸ Cfr., sul punto, C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. Roppo*, Milano, 2006, in partic. 196.

²⁹ Sul *continuum* tipico/atipico può vedersi G. DE NOVA, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, cit., 1408 ss. L'autore evoca l'immagine della «vasta area continua, rappresentata dai possibili contratti atipici, punteggiata di isolotti, costituiti dalle aree dei contratti tipici» (*ivi*, 1410). Se questa immagine rappresenta fedelmente il mondo dei tipi contrattuali, un'indagine sull'attualità delle oltre cinquecento disposizioni che seguono l'art. 1470 cod. civ. deve spingersi fuori dagli isolotti delle disposizioni che disegnano i contratti tipici, utilizzando strumenti che non possono essere di sola analisi giuridica, ma che devono evidentemente essere

L'emersione di nuovi tipi sociali, evidentemente, non può non far sentire i suoi effetti sul processo di invecchiamento dei tipi legali³⁰; e questo elemento deve essere soppesato in una valutazione dell'indice di attualità del gran numero di disposizioni che il codice civile dedica, appunto, ai contratti nominati.

Ancora. Esistono disposizioni che potremmo chiamare ordinarie: esse pongono regole 'di sistema', circoscrivendo, ad esempio, i confini di un istituto rispetto a un altro, o definendo un istituto o individuandone i suoi elementi essenziali. Per queste disposizioni, il conflitto che (non) generano non può costituire un elemento attraverso il quale decretarne l'inattualità.

Qui gli esempi possono essere vari.

Quanto conflitto (quindi quanta giurisprudenza) si può trovare sull'art. 1423 cod. civ., (inammissibilità della convalida di un contratto nullo)? Poco o nulla: ma nessuno potrebbe desumere, da questo, che la disposizione vada gettata alle ortiche perché inutile o mal formulata: essa, al contrario, fissa una «regola di sistema»³¹ in relazione alla quale, semmai, è necessaria un'indagine che, muovendo dagli studi dottrinali, ne colga eventuali contraddizioni (già nella sua stessa formulazione letterale), anche in rapporto a istituti simili o confinanti su cui si possa, eventualmente, impostare un ragionamento ricostruttivo³². Se questa regola di sistema, per esempio, finisce con il soffrire di un sem-

diretti a ricavare dati dall'esperienza negoziale, dalla prassi commerciale e mercantile, con metodi e strumenti tutti da individuare.

³⁰ Scrive G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 172 s.: «Il sistema dei tipi contrattuali non è statico; potrà muoversi in ritardo rispetto all'evoluzione socio-economica, ma certo evolve. Vi è un'evoluzione più appariscente, ed è quella dovuta all'emersione di un tipo legale nuovo; ma vi è anche, meno palese e poco avvertita, un'evoluzione interna, imputabile al diverso ruolo che il medesimo tipo viene col tempo ad assumere». Una dinamica certamente complessa, per afferrare la quale l'indagine non può limitarsi al dato strettamente giuridico del conflitto.

³¹ Come scrivono S. PAGLIANTINI - S. BRANDANI, *art. 1423 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Torino, 2012, 702.

³² E infatti, proprio con riferimento all'art. 1423 cod. civ., è la dottrina a ragionare sulle pecche di questa disposizione, specie in rapporto a un uso promiscuo che, nel codice, si fa di termini quali convalida, sanatoria, conversione che, probabilmente, potrebbe essere ricondotto a ordine in caso di ricodificazione (un esempio, ancora, nelle critiche di S. PAGLIANTINI - S. BRANDANI, *art. 1423 cod. civ.*, cit., 714 s.).

pre maggiore numero di eccezioni³³ – al punto dal rischiare di diventare un dogma mummificato –, è chiaro che potrà prospettarsene un superamento, con una riscrittura che tenga conto dell'effettività di questa regola (senza lasciarsi condizionare dalla sua importanza storico-teorica).

Un secondo esempio. Le numerose disposizioni definitorie sparse in tutto il codice vigente non possono essere valutate in ragione del conflitto, ma, semmai, sul dibattito scientifico-dottrinale (e talvolta anche politico) che, nel corso dei decenni successivi all'entrata in vigore del codice, si è sviluppato sulla loro fondatezza/infondatezza³⁴.

Qualche riferimento. L'art. 1321 cod. civ. – che reca, notoriamente, la definizione di «contratto» –, è disposizione su cui la giurisprudenza (e, quindi, il conflitto) è scarsa, ma che fa registrare una mole enorme di pensiero scientifico volto a riflettere sul senso e sulla portata della definizione, anche in una prospettiva sensibile al dato comparatistico³⁵; sull'attualità dell'identità contratto=accordo l'osservatore dovrà armarsi di strumenti culturalmente alti, cercando, oltre-

³³ Si veda, in tal senso, M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, Milano, 2006, in partic. 137 ss.

³⁴ Sul rapporto tra definizioni legislative e analisi scientifica v. M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 5 ss.; il legislatore, secondo l'autore, non si surroga alla dottrina definendo, ma indica a essa principi e linee-guida. In un'ottica, però, che vuole misurare l'attualità della disposizione che definisce, l'osservatore può ribaltare questo rapporto per così dire gerarchico, cercando di capire, anche dal successo che una determinata definizione ha riscontrato nel corso del tempo in dottrina, se essa merita o no conferma. Sul problema della 'esattezza' delle definizioni legislative v. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, 166 s., secondo il quale la verifica di esattezza può riguardare solo la «corrispondenza tra il significato attribuito alla parola con la definizione e quello che risulta dall'uso che nella legge viene fatto della parola definita»: se questo è vero, l'osservatore chiamato a valutare l'attualità di una definizione legislativa dovrebbe svolgere anche un verifica per così dire «interna» per capire se, già nel contesto del codice vigente, il legislatore non abbia esso stesso derogato alla definizione; seguirà una verifica «esterna» volta a comprendere se il fenomeno definito, nella sua dimensione socio-economica, possa ancora essere ricompreso nella definizione legislativa, così come costruita nel codice vigente.

³⁵ Il quadro dei problemi posti dall'art. 1321 cod. civ. è stato recentemente arricchito da una magistrale riflessione di U. BRECCIA, *art. 1321 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Torino, 2011, 5 ss.

tutto, di verificarne la consistenza anche insieme all'osservazione di altre disposizioni connesse con quella definitoria (stando all'esempio, quelle dedicate ai procedimenti di formazione del contratto) o dei modelli sociali che la definizione giuridica – di contratto – vorrebbe astrarre in un modello normativo³⁶.

L'art. 832 cod. civ. definisce la proprietà, sia pure indirettamente, attraverso l'individuazione dei diritti del proprietario e dei limiti di questi³⁷: il compito che attende l'osservatore di questa disposizione è sterminato e, certamente, in poco o nulla la dimensione del conflitto potrebbe aiutarlo ad assolverlo diligentemente. La prospettiva storico-politica, in questo caso, è l'unico strumento possibile per capire se questa disposizione è ancora sostenibile o se, viceversa, merita di essere riformulata, essendo oltretutto evidente che, in un caso come questo, il discorso deve arrestarsi di fronte a valutazioni d'ordine politico, che si rivelano decisive per una qualunque scelta ricostruttiva³⁸.

Un terzo esempio, cui si è già accennato in apertura. Se è vero, come si è detto, che uno degli obiettivi di un codice è quello di garantire la certezza del diritto, di talché un codice vive se le sue disposizioni riescono a sopravvivere al tempo e al mutare del contesto economico e sociale, le clausole generali sono strutturalmente portate a resistere ai mutamenti attraverso un linguaggio aperto – generatore di un peculiare conflitto –, mentre disposizioni specifiche e dettagliate sono destinate a un più rapido 'invecchiamento'.

L'indagine sul conflitto e, dunque, sul momento applicativo delle disposizioni, non può essere, allora, l'unico metodo utile nella valuta-

³⁶ Sull'importanza della dimensione 'sociale' del contratto (anche ai fini di accertare l'efficienza delle disposizioni che ne disciplinano la formazione) può vedersi, recentemente, G. CONTE, *La formazione del contratto*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2018, 2 ss.

³⁷ Sul punto v. F. MACARIO, *art. 832 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Torino, 2012, in partic. 319 ss.

³⁸ D'altra parte, la stessa genesi dell'art. 832 cod. civ. fu tormentata: v. S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 125 ss., che, ragionando sul travaglio che precedette la disciplina della proprietà nel codice del 1942, scrive: «Tra i vari istituti giuridici, infatti, la proprietà è certamente uno di quelli che più direttamente riflettono i mutamenti delle condizioni economiche e sociali; e, quindi, uno di quelli considerati con particolare attenzione da filosofi, storici, economisti, sociologi» (*ivi*, 132).

zione della ‘bontà’ delle disposizioni, proprio perché non per tutte le disposizioni ha senso parlare di applicazione nel conflitto: per alcune l’applicazione c’è, ma fuori da esso. Se si guarda, appunto, alle clausole generali (un esempio paradigmatico: la buona fede contrattuale), certamente l’analisi della giurisprudenza consente di «individuare con maggiore precisione e concretezza i possibili ambiti in cui opera»³⁹, ma essa non sarebbe esaustiva né sufficiente a sciogliere interrogativi che superano la dimensione del conflitto né, ancora, a comprendere se la (voluta) indeterminatezza della nozione di buona fede⁴⁰ sia scelta da confermare o da, in qualche modo, superare. Sempre sulla buona fede, possono porsi altri interrogativi che nulla hanno a che fare con i dati emersi dai conflitti sull’applicazione di questa clausola generale: che dire della scelta operata dal codice del 1942 di collocare i richiami alla buona fede in disposizioni sparse qua e là all’interno della disciplina dell’obbligazione e del contratto? Appare ancora coerente, questa scelta, con l’importanza oggi assunta, anche nei codici più recenti, dal principio di buona fede, spesso collocato tra quei valori fondanti di un sistema di diritto dei contratti?

Non si potrà, poi, non valutare il maggiore o minore grado di discrezionalità del giudice, che deriva dal maggiore o minore grado di indeterminatezza dei precetti⁴¹; è, questo, un dato da considerare, anche quando si registra, intorno a una disposizione, una mole significativa di conflitti (anche interpretativi); è chiaro, infatti, che questo può essere un risultato ‘voluta’ dal legislatore (non indice, quindi, di una disfunzione o di un’inefficienza della disposizione), che, appunto, assegna al giudice il compito di ‘filtrare’ il dato che proviene dall’esperienza con il principio disegnato dalla norma (che, in questa prospettiva, avrebbe svolto bene il proprio compito). Nemmeno potrà ignorarsi il fenomeno, tratto distintivo dei tempi recenti, del sempre crescente ruolo dei principi nella formazione delle decisioni, che, evi-

³⁹ Così scrive, con riferimento alla buona fede integrativa, V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 467.

⁴⁰ Sulla buona fede come clausola generale, tra i tanti, v. AN. D’ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, IV, 2, Torino, 2004, in partic. 7 ss.

⁴¹ Si può vedere, sul punto, AN. D’ANGELO, *Discrezionalità del giudice e valori di riferimento nella risoluzione di controversie contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 2000, 340 ss.

dentemente, comporta un approccio diverso alla soluzione delle controversie basate sull'applicazione di principi⁴².

Sembra evidente, allora, che l'osservatore sarà chiamato a un lavoro complesso e articolato, che potrà muovere dal conflitto ma che certamente non potrà appiattirsi su di esso; sarà necessaria, almeno, una classificazione per aree (del diritto privato) e per natura/funzione (delle singole disposizioni), onde evitare il rischio di approcci semplificati e semplicistici, i cui risultati rischierebbero, inevitabilmente, di non risultare attendibili.

4. *Giurisprudenza, ma 'di chi'? Il nuovo catalogo degli 'operatori del conflitto'*

Una volta individuata la disposizione misurabile in ragione del conflitto che ha generato, sia pure con le precisazioni di cui sopra, subito si pone la questione: chi produce 'giurisprudenza' utile alla misurazione?

Il catalogo della giurisprudenza oggi rilevante è diverso e più ampio rispetto a quello che poteva tracciarsi al tempo dell'emanazione del codice civile: da subito occorre identificare gli 'organi giudicanti' la cui produzione possa essere considerata 'giurisprudenza' ai nostri fini.

Può tracciarsi una distinzione generale fra due gruppi.

In un primo possono essere compresi i giudici 'statali' ordinari e speciali (civili, penali, amministrativi, contabili); i giudici costituzionali; i giudici europei in senso lato (Corte di Giustizia, Corte EDU); i 'giudici privati' (arbitri): si tratta dei giudici in senso proprio (o tradizionale), quelli, cioè, che esprimono propriamente i giudici «naturali precostituiti per legge» (art. 25 Cost.), davanti ai quali, in via sempre ordinaria, i cittadini possono agire per tutelare i propri diritti o interessi legittimi (art. 24 Cost.).

In un secondo gruppo possono essere compresi, invece, gli altri organi che definiscono controversie senza essere 'giudici' in senso proprio, ma che ne svolgono la funzione sotto altra veste: l'Arbitro ban-

⁴² Su questo aspetto v. la recente riflessione di N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 5 ss., in partic. 29 ss.

cario finanziario⁴³, l'Arbitro sulle controversie finanziarie⁴⁴, l'Autorità garante sulle comunicazioni (e i Corecom regionali, cui essa delega la funzione conciliatoria e decisoria), l'Autorità di regolazione per l'energia, le reti e l'ambiente, la Corte dei Conti, le Commissioni tributarie, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il Garante per la protezione dei dati personali, l'Istituto dell'autodisciplina pubblicitaria, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, gli organi della giustizia sportiva. Una mappa complessa e variegata, oltretutto esposta a un continuo divenire, di 'operatori dei conflitti' che possono trovarsi a usare (*rectius* applicare) le disposizioni del codice civile, o della parte di esso più coerente con il proprio specifico ambito di competenza.

Se gli operatori che appartengono al primo gruppo vanno senz'altro, e sempre, considerati quali fonti di decisioni utili alla misurazione di attualità delle disposizioni del codice civile, dubbi possono sorgere sugli 'operatori dei conflitti' che fanno parte del secondo gruppo. La domanda è: quali includere, quali escludere?

Le risposte ipotizzabili in astratto sono molte⁴⁵: un'opzione strettamente 'selettiva' circoscrive il campo d'indagine agli 'operatori di conflitti' che direttamente usano/applicano il codice civile, soprattutto laddove la loro funzione sia palesemente nomofilattica; seguendo questa opzione, l'osservatore selezionerebbe le sole decisioni che proven-

⁴³ L'Arbitro bancario finanziario (ABF) opera dal 2009 ed è stato istituito, dalla Banca d'Italia, sulla base dell'art. 128-*bis* t.u.b.: sulla natura dell'ABF e delle sue decisioni possono vedersi P. SIRENA, *Il ruolo dell'Arbitro bancario finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in *Oss. dir. civ.*, 2017, 3 ss. ed E. MINERVINI, *L'Arbitro bancario finanziario: una nuova 'forma' di ADR*, Napoli, 2014.

⁴⁴ L'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF) è operativo dal 2017 ed è stato istituito dalla Consob sulla base del d.lgs. 130/2015. Da ultimo, anche per una rassegna sull'andamento dei lavori di questo organo di ADR, v. G. GUIZZI, *Un anno di ACF tra risultati raggiunti e qualche incognita*, in *Corr. giur.* 2018, 5 ss.

⁴⁵ La preliminare comprensione delle '*units of analysis*' è un compito fondamentale per chi affronta ogni lavoro di ricerca empirica. L'opzione incide naturalmente, e in modo molto significativo sul successivo lavoro, e, dunque, sui risultati. Non solo preliminarmente scegliere se lavorare sul 'tutto' o su 'campioni' è allora operazione necessaria, ma anche comprendere che cosa sta dentro il campione e cosa invece va tenuto fuori è un momento fondamentale, ma critico, del processo di ricerca empirica. Per un'indagine trasversale su questi passaggi, si v. F.L. LEEUW - H. SCHMEETS, *Empirical Legal Research*, Cheltenham - Northampton (Mass.), 2016, in partic. 130 ss.

gono dalla Cassazione civile, escludendo, consapevolmente, i giudici di merito, i giudici non civili, gli operatori non giurisdizionali, sull'idea che se una disposizione suscita problemi non solo applicativi ma *stricto sensu* interpretativi, sarà destinata senz'altro a finire dinanzi a un organo giurisdizionale di legittimità che, istituzionalmente, è preposto alla funzione di risolvere un contrasto.

Tra l'altro, questa soluzione consentirebbe di evitare il problema dell'errore, considerando, appunto, le sole decisioni sul cui capo non può pendere alcun sospetto di erronea decisione (perché espressive di una nomofilachia definitiva, non soggetta, cioè, a ripensamenti di organi gerarchicamente superiori)⁴⁶.

In questo contesto – un po' come si è visto a proposito delle diverse funzioni delle disposizioni e della loro importanza ai fini di questa valutazione – non tutte le decisioni sono uguali e, certamente, anche tra esse può operarsi una differenziazione in ragione dello 'stile' prescelto dal giudicante: per esempio, l'interessante classificazione tra sentenze-regola, sentenze-caso, sentenze-principio⁴⁷ deve essere tenuta in considerazione dall'osservatore, magari soppesando le decisioni nelle quali il giudice 'si fa giurista'⁴⁸, che potrebbero avere un rilievo minore nel giudicare la bontà delle disposizioni interessate. Ma, d'altra parte, anche l'attività del 'giudice-creatore'⁴⁹ può essere interessante nel rivelare all'osservatore pecche e lacune delle disposizioni codicistiche; e, in questo senso, va considerata ai fini di questa indagine. Ana-

⁴⁶ Bisognerebbe anche considerare, in questo contesto, che le decisioni dei giudici possono essere anche 'errate' e che, probabilmente, la dimensione dell'errore potrebbe giocare un ruolo anche in rapporto alla disposizione di cui un giudice ha fatto erronea applicazione e/o interpretazione: bisognerebbe probabilmente ipotizzare una distinzione tra vari tipi di errore, perché, per esempio, una decisione errata potrebbe, ai nostri fini, evidenziare un problema di formulazione della disposizione (in questa prospettiva, interessante il lavoro di M. BONA, *Sentenze imperfette. Gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, 2010).

⁴⁷ Formulata da M. LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza è tutto oro?*, in *Contratto e impresa*, 1999, 234 ss.

⁴⁸ Il pericolo di una giurisprudenza che 'scimmiotta' il legislatore o che tenta di operare come se fosse dottrina è, ancora, sottolineato da M. LUPOI, *L'interesse*, cit., in partic. 246 ss.

⁴⁹ S. PATTI, in S. PATTI - P. RESCIGNO, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 51 ss.

logo rilievo può avere il contesto nel quale la decisione è maturata, con riferimento alla natura del giudizio (di fatto/di diritto) che ha condotto alla soluzione del conflitto (v. *infra*, § 5)

Una seconda soluzione – sintetizzabile con la formula ‘opzione non selettiva’ – muove dal presupposto che la complessità delle fonti⁵⁰, l’arretramento del monopolio pubblico della giustizia impongono – insieme alla necessità di osservare in modo neutro la globalità dei conflitti al fine di ottenere una misurazione aderente alla realtà – di usare tutto il catalogo, includendo in esso qualunque operatore che, in forza di una previsione diretta o indiretta della legge, produca una decisione vincolante per la soluzione del conflitto; vincolante nel senso che l’ordinamento ne assicura, in un modo o nell’altro, l’esecuzione.

Quest’ultima sembra preferibile, o almeno sembra più coerente con un’operazione volta, appunto, a una fredda misurazione d’attualità delle disposizioni codicistiche; ma richiede alcuni accorgimenti.

Opzione non selettiva non dovrebbe significare ottuso appiattimento: bisognerebbe considerare l’attività di questi organi in modo più aderente possibile alle loro specifiche peculiarità: dai sistemi di reclutamento dei membri dell’organo giudicante, alle peculiarità ‘processuali’ – in senso lato – che caratterizzano il costruirsi della decisione (con/senza contraddittorio, con/senza l’intervento di rappresentanti professionali) fino alla formazione professionale/culturale dei componenti. Elementi che, ci si può domandare, forse incidono proprio sull’attitudine del giudicante all’uso che della disposizione si fa nel processo decisionale. In questo senso servirebbero altre testimonianze analoghe a quella, non reticente, offerta da Sabino Cassese nel suo volume *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, edito dal Mulino nel 2015⁵¹; non è certo uso dell’interprete nazionale ragionare

⁵⁰ Tema su cui si registra una letteratura sterminata. Basta qui rinviare a P. RESCIGNO, *Unità e pluralità del diritto civile: il sistema delle fonti*, in S. PATTI - P. RESCIGNO, *La genesi*, cit., 97 ss.

⁵¹ E meritano senz’altro una lettura, allora, anche le pagine di Guido Calabresi sull’esperienza di giudice di una corte d’appello federale americana (G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013). Emerge quanto il contesto politico e storico nazionale, e la sensibilità del giudice verso aperture alla giurisprudenza di altri ordinamenti (che dipende da fattori culturali e di attitudine del pensiero) possano essere significativi (*ivi*, 15 ss.). Qualche

sulla dimensione 'soggettiva' del giudicante, per comprendere le ragioni delle sue decisioni. Ma, ai fini di questa indagine, questi elementi dovrebbero essere tenuti in considerazione, per evitare di incorrere in deduzioni fallaci⁵².

Ad esempio: la formazione culturale e professionale di chi compone certi organismi non giurisdizionali, talvolta, è molto lontana dall'area giuridica: per es., moltissime controversie tra operatori delle comunicazioni e consumatori possono essere definite da organi – i Corecom, quando non fanno conciliazione, ma decidono su istanza della parte che non ha voluto conciliare – i cui componenti non sempre hanno una formazione giuridica. Eppure, in queste decisioni, si fa applicazione del codice civile, offrendo una lettura delle disposizioni in prospettiva influenzata da considerazioni extragiuridiche; il che può costituire una ricchezza, così come la prospettiva di attenzione alle logiche del mercato e l'attitudine a una valutazione in chiave di analisi economica del diritto può offrire valore aggiunto all'osservatore dei provvedimenti antitrust che esibiscono un più marcato impatto civilistico⁵³.

Peraltro, ancora in relazione agli operatori non giurisdizionali, non sempre i richiami al codice civile esprimono la *ratio decidendi*: talvolta si tratta di meri richiami *ad colorandum*, quasi che menzionare una disposizione codicistica possa attribuire al decisore una dignità più alta di quella che, probabilmente, ritiene di avere. È un dato, questo, da

spunto comparatistico molto utile a confermare come il contesto conti, nel percorso del caso nella catena delle Corti, anche per i riferimenti bibliografici, si trova nelle pagine di G. ALPA, *La tecnica di selezione dei casi da decidere in Cassazione. Spunti di diritto comparato*, in *Contratto e impresa*, 2017, 329 ss.

⁵²Evidenzia le peculiarità del decidere dei diversi organi giudicanti (e in particolare l'influenza che approcci metagiuridici possono spiegare nella costruzione della decisione) come aspetto rilevante nella ricerca empirica, M. GRAZIADEI, *Regolare la complessità: un'avventura in più tappe*, in M. GRAZIADEI - M. SERIO (a cura di), *Regolare la complessità. Giornate di studio in onore di A. Gambaro. Atti del V congresso nazionale SIRD (Trapani, 23-25 giugno 2016)*, Torino, 2017, 205 ss. e, in partic. 213 s.

⁵³L'intersezione fra applicazione delle norme e scienza non giuridica, con esempi sull'impatto che la seconda può spiegare sulla prima, è oggetto del contributo di F. BENATTI - A. GAMBARO, *La nozione di scienza nei testi costituzionali e nella giurisprudenza delle Corti Supreme: un panorama globale*, in AA.VV., *Giurisprudenza e scienza. Atti del convegno lincoo (Roma, 9-10 marzo 2016)*, Roma, 2017, 15 ss.

non sottovalutare e che induce, per converso, a non sopravvalutare questi richiami al codice, probabilmente poco o nulla significativi; ma che chiama l'osservatore a una selezione accurata, peraltro tra materiali di non sempre facile reperimento.

Anche con riferimento a questo secondo problema, allora, l'opzione preferibile deve incontrare la rassicurante intermediazione del 'misuratore', al quale spetta un bilanciamento selettivo per aree, così da includere eventuali decisori, diversi dai giudici ordinari.

5. *Selezionare le decisioni rilevanti per la valutazione di attualità?*

Merita qualche cenno un'altra possibile questione: quali atti esprimono un conflitto rilevante ai fini della valutazione di attualità della disposizione che quell'atto menziona (della quale l'atto fa uso, potrebbe dirsi)?

Dovrebbe forse escludersi il *Case Law* in cui c'è molto *Case* e poca *Law*, e, quindi, la giurisprudenza di merito? Al netto dei problemi di reperibilità, bisognerebbe non dimenticare che proprio il fatto può esprimere un malessere/una disapprovazione sociale rispetto a una certa disposizione: constatazione particolarmente significativa, ad es., nell'evoluzione del diritto di famiglia e della responsabilità civile. È certamente vero che il 'fatto', dall'analisi della decisione, si ricostruisce in modo filtrato, perché il giudice «costruisce il fatto in base ai dati forniti dalle parti»⁵⁴; ma un'indagine sui fatti (e quindi sui casi) sarebbe importante per individuare l'eventuale sopravvenuta incapacità del codice a inquadrare tutte le possibili situazioni della realtà (sociale) in mutamento continuo.

Ancora, l'analisi deve limitarsi alle sole decisioni che costituiscono un precedente in senso tecnico (per quanto la nozione sia notoriamente ambigua⁵⁵) oppure va estesa a tutte le decisioni, di qualunque valore/contenuto?

⁵⁴ S. PATTI, *Prima lezione. La costruzione del 'fatto' nel processo*, in S. PATTI - P. RESCIGNO, *La genesi*, cit., 39.

⁵⁵ La riflessione sul 'precedente' è stata oggetto di un dibattito che sembra oggi essere stato in qualche modo superato o, comunque, abbandonato. Non si può, qui, non richiamare gli studi di G. GORLA (ad es. *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione*

Se si sceglie la prima soluzione, occorrerà isolare la *ratio decidendi*, e verificare quale uso il giudicante abbia fatto della disposizione e capire se ne ha fatto applicazione in relazione a un caso analogo; in particolare, si dovrà anche stabilire in che misura si sia discostato dal tenore letterale della disposizione: se si discosta significativamente, evidentemente il procedimento che rende norma la disposizione comporta un adeguamento 'forte' alla realtà, e forse la disposizione merita di essere ripensata. Certo, lo scopo dell'indagine, qui, non è tanto quello di ricostruire la regola del diritto vivente, e, quindi, il rigore necessario per individuare il precedente⁵⁶ (ammesso che in un ordinamento come il nostro abbia senso ragionare in questi termini) potrebbe essere in un certo senso fuorviante rispetto allo scopo che l'indagine si prefigge. Forse l'osservatore può essere qui meno sensibile ad alte influenze culturali; e farsi più pragmatico, per poter reperire, facilmente, più materiale utile ai fini della misurazione che è chiamato a svolgere⁵⁷.

Un cenno finale al fattore cronologico. Come selezionare il tempo della 'giurisprudenza' osservata? Bisogna guardare a tutta la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice civile, con una maggiore scientificità della misurazione, e certezza in ordine al periodo (dal 1942), ma con la difficoltà di reperimento delle fonti e il rischio di identificare problemi che in realtà sono superati, oppure bisogna fare riferimento alla sola 'giurisprudenza' più recente⁵⁸?

delle sentenze, in *Foro it.*, 1964, V, 73) e l'antologia a cura di G. VISINTINI, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Bologna, 1988. Nella nostra ottica, si v. le pagine di D. ACHILLE, *Efficacia e attualità della norma. Il conflitto come strumento di misurazione della giuridicità*, in questo volume.

⁵⁶ Per il quale è necessario avere una chiara contezza dei 'fatti' ai quali il giudice ha applicato una determinata regola o una sua interpretazione: sul punto v. M. TARUFFO, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, in partic. 128 s.

⁵⁷ La ricostruzione dei precedenti, in fondo, serve a chi vuole fotografare il diritto giurisprudenziale così come esso è, non a chi voglia, semmai, porsi in un'ottica, differente, di valutare il diritto di fonte legislativa così come esso potrebbe o dovrebbe divenire.

⁵⁸ Si vedano in proposito i contributi di M. FOGLIA, *Il ruolo dell'informatica giuridica nella misurazione del diritto* e di AN. DALMARTELLO, *I metodi quantitativi nel diritto: la statistica come strumento di valutazione di attualità delle disposizioni*, in questo volume.

Non penso valga un'unica soluzione: ci sono parti del diritto privato che resistono maggiormente al fattore tempo, per le quali potrebbe essere utile un periodo ampio di osservazione (ad esempio, i diritti reali e, in qualche misura, il diritto delle successioni); ci sono altre parti del diritto privato per le quali non avrebbe senso tenere in considerazione decisioni troppo risalenti (il diritto di famiglia e il diritto dei contratti).

Questo a tacer del fatto che, nei periodi immediatamente successivi all'entrata in vigore di nuovo codice, l'atteggiamento dei giudici (e anche degli interpreti) è quasi sempre ossequioso verso il nuovo assetto regolatore, forse proprio per la sua ovvia attualità e per l'appartenenza dei giudici alla stessa classe di giuristi che ha contribuito a generare il nuovo codice; solo trascorso un po' di tempo, i giudici (ma anche la dottrina⁵⁹), proprio in ragione dell'evoluzione della realtà che il codice mirava un po' illusoriamente a cristallizzare per secoli e secoli, cercano di intravedere temi nuovi, con ciò contemporaneamente consentendo all'interprete di individuare limiti e problemi di disposizioni che iniziano, lentamente, a invecchiare.

Se questo è vero, potrebbe essere ragionevole bypassare i primi due/tre decenni successivi all'emanazione del codice vigente, per limitarsi a osservare le decisioni sui conflitti seguiti ai periodi del grande riformismo post '68; certo, sempre in quest'ottica, bisognerebbe domandarsi se abbia un senso riflettere, ancora, sulla giurisprudenza precedente il Trattato di Maastricht e la sua attuazione, con l'enorme impatto che l'Unione europea ha determinato sull'evoluzione del diritto

⁵⁹ La realtà dell'evoluzione del diritto privato italiano è un bell'esempio di quanto si dice nel testo: solo a partire dalla fine degli anni sessanta, la 'rilettura' del codice civile (soprattutto alla luce della Costituzione) ha iniziato a produrre una nuova sensibilità prima in dottrina e poi, notoriamente, in giurisprudenza: v. in tal senso P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 111 ss. (a proposito della Costituzione e della sua valorizzazione nel contesto del diritto privato); significativa è la vicenda della scuola genovese formatasi attorno a Stefano Rodotà (su cui può vedersi A.M. BENEDETTI, *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, in *Pol. dir.*, 2017, 329 ss.). Un'analisi del riformismo che, in tutti i settori, ha animato il diritto privato (con un chiaro allontanamento dall'originaria impostazione del codice civile del 1942) dagli anni sessanta in poi è svolta da L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

legislativo nazionale, attraverso il recepimento delle direttive europee, con apertura dell'ulteriore questione del ruolo del diritto europeo (non solo delle fonti, ma anche degli organi giurisdizionali europei) nell'evoluzione del diritto interno e, correlativamente, nell'ulteriore progressivo invecchiamento del nostro codice civile⁶⁰.

Rimarrebbe, in questo caso, l'incertezza in relazione all'individuazione del metro temporale sulla base del quale isolare la giurisprudenza 'recente' da quella 'risalente'; è chiaro che, qui, ogni criterio può essere arbitrario o discutibile⁶¹.

Tutto questo delinea solo una parte del problema: aleggia intorno a questa indagine la questione – connessa, ma fondamentale – dell'accessibilità/conoscibilità del dato giurisprudenziale, con i relativi problemi di individuazione dei giusti strumenti di cognizione⁶².

Se già «modificare un codice è molto complesso»⁶³ (perché si mette in gioco la sua coerenza interna), cercare di costruirne uno nuovo può rappresentare un'operazione ancor più stimolante; occorre però un laboratorio asettico nel quale, con sufficiente neutralità, si possa misurare davvero se il codice vigente è troppo vecchio, o se, viceversa, mantiene ancora una perdurante vitalità⁶⁴.

⁶⁰ L'Europa ha stravolto schemi concettuali di giudici e giuristi; ha creato nuovi modelli (non solo nel mondo del contratto, ma anche in quello del diritto di famiglia) e ha certamente contribuito a ridurre il peso del codice civile rispetto al passato. Di questo è impossibile non tenere conto, così come va considerato anche l'uso, da parte dei giudicanti, di categorie, schemi, ragionamenti tipici dell'ambiente europeo dal quale derivano le disposizioni applicate; se si utilizzassero decisioni troppo vecchie, si rischierebbe un risultato errato e paradossale.

⁶¹ Si potrebbe forse pensare di ritenere 'recente' la giurisprudenza contenuta nelle banche dati (almeno quella per la quale sono disponibili anche le decisioni per esteso, non le sole massime); certamente, però, il continuo ampliarsi delle banche dati elettroniche potrebbe dilatare eccessivamente il periodo di tempo dell'osservazione.

⁶² V. ancora M. FOGLIA, *Il ruolo dell'informatica giuridica nella misurazione del diritto*, in questo volume.

⁶³ H. COLLINS, *Il codice civile europeo. La via da seguire*, cit., 210.

⁶⁴ Da leggere, sul diritto privato 'futuro', le parole di P. RESCIGNO in P. RESCIGNO - G. RESTA - A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, 207 ss.: un'indagine sull'attualità del codice civile vigente non può prescindere dalle prospettive future e dalle tendenze che, in questi ultimissimi anni, hanno percorso il diritto privato attuale.

