

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

2022

numero speciale

IL CONTRIBUTO DELLA SAPIENZA
ALLE CODIFICAZIONI

Atti del convegno organizzato dal Master in diritto privato europeo, il Dottorato in autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale e il Dipartimento di Scienze giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza – Università di Roma, in occasione della ricorrenza degli ottanta anni del Codice civile. Dal progetto italo-francese delle obbligazioni (1927) al DCFR (2009). Roma, 19-20 maggio 2022.

ESTRATTO



JOVENE EDITORE

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato di direzione: Silvia Diaz Alabart (Madrid) - Guido Alpa (Sapienza, Roma) - Mads Andenas (Oslo) - Jean Bernard Auby (Parigi) - Luisa Avitabile (Sapienza, Roma) - Sergio Bartole (Trieste) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Andrea Biondi (Londra) - Enzo Cannizzaro (Sapienza, Roma) - Marta Cartabia (Milano) - Claudio Consolo (Sapienza, Roma) - Enrico Del Prato (Sapienza, Roma) - Oliviero Diliberto (Sapienza, Roma) - Pierre Marie Dupuy (Parigi) - Antonio Gambaro (Milano) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) - Stefan Grundmann (Firenze) - Riccardo Guastini (Genova) - Peter Haberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Sapienza, Roma) - Gianni Iudica (Milano) - Erik Jayme (Heidelberg) - Guillaume Leyte (Parigi) - Hans W. Micklitz (Firenze) - Laura Moscati (Sapienza, Roma) - Carlos Manuel Petit Calvo (Huelva) - Johannes M. Rainer (Salisburgo) - Filippo Reganati (Sapienza, Roma) - Jerome H. Reichman (Durham) - Gaetano Silvestri (Messina) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco) - Paolo Zatti (Padova)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo) - Nicola Cezzi - Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: a) con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760 - Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

SALUTI

- 3 *Saluto della Rettrice prof.ssa Antonella Polimeni*
5 *Saluto del Preside prof. Oliviero Diliberto*

RELAZIONI

- 9 PIETRO RESCIGNO
Le polemiche dell'immediato dopoguerra: l'unificazione del diritto privato; il codice civile e la Costituzione
- 15 GUIDO ALPA
Alle origini della codificazione: i lavori e il progetto di un Codice italo-francese delle obbligazioni
- 57 ALESSANDRO SOMMA
La codificazione del diritto civile e la collaborazione italo tedesca in epoca fascista
- 91 ANDREA DI PORTO
Ottanta anni dopo: la modernità di Vittorio Scialoja oltre il Codice del '42
- 125 MARIO CARAVALE
Il dibattito sull'unificazione dei codici e il ruolo di Cesare Vivante
- 143 NICOLA RONDINONE
La codificazione civile: il ruolo di A. Solmi, di F. Vassalli, di A. Asquini e di altri docenti de "La Sapienza"
- 149 LAURA MOSCATI
Osservazioni e proposte delle università italiane ai progetti dei primi libri del Codice civile del 1942
- 187 MASSIMO BRUTTI
Il paradigma autoritario. Appunti sulla scrittura del Codice
- 267 ANTONINO CATAUDELLA
Qualche cosa che so di Emilio Betti (lo studente e il professore)
- 275 ENRICO DEL PRATO
La sistemazione dottrinale del codice civile

- 283 MARIO LIBERTINI
La c.d. commercializzazione del diritto privato
- 301 CLAUDIO CONSOLO
Principii-capisaldi processuali (specie) nel titolo IV del nuovo Libro VI (dalla genesi all'avvenire)
- 315 ANDREA ZOPPINI
Per una rilettura del Codice civile alla luce della Costituzione
- 331 FRANCESCO MACARIO
La civilistica e il contratto
- 389 MASSIMO CONFORTINI
Decodificazione
- 399 PAOLO SPADA
Gli indirizzi del diritto commerciale
- 403 CARLO ANGELICI
Testimonianza di un commercialista
- 407 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Il rapporto individuale di lavoro e il contratto collettivo nella normativa precedente al codice, nel codice civile del 1942, e nella disciplina successiva
- 461 LUISA AVITABILE
Sui principi generali del diritto in Giorgio Del Vecchio
- 469 VINCENZO CERULLI IRELLI
Il diritto amministrativo e il codice civile
- 485 ALESSANDRO ZAMPONE
Il contributo della Sapienza alle codificazioni: il diritto della navigazione
- 507 PIETRO BORIA
La soggettività tributaria nella imposizione delle società di persone: alcune riflessioni sui rapporti tra disciplina tributaria e codice civile
- 535 MICHELE GRAZIADEI
Il Codice civile in Italia e all'estero
- 571 AURELIO GENTILI
Le proposte di revisione del codice civile
- 583 FRANCESCA CAROCCIA
Il ruolo della Sapienza nella codificazione europea. Diritto privato europeo e Draft Common Frame of Reference
- 601 NICOLÒ LIPARI
Considerazioni conclusive

Nello studio del Codice civile italiano è inevitabile tener presente alcuni elementi anche di carattere storico; uno, ad esempio, riguarda la sua collocazione temporale, prima della Costituzione, dunque in un momento fortemente condizionato da un regime totalitario. Ancor di più, è opportuno riflettere sulla transnazionalità dei principi relativa all'istituzione delle leggi e dunque anche del Codice.

Quando si discute del Codice è inevitabile allora porre attenzione precipua anche alla sua anima, costituita dai principi generali, posti all'osservazione del giurista attraverso l'interpretazione che prevede sempre una ermeneutica aperta, oltre l'orizzonte della mera codificazione positivizzata.

Poiché la Facoltà di Giurisprudenza ha dato un contributo specifico e peculiare alle istituzioni giuridiche di questo Paese, è utile soffermarsi su alcune osservazioni di Giorgio del Vecchio che, rettore della Sapienza negli anni '26-27, costretto a lasciare l'insegnamento nel 1938 a causa delle leggi razziali, si dedica, prima nella sua Prolusione, *Sui principi del diritto*, del 1920 e, in seguito, in studi specifici sul concetto di giustizia, alla questione degli *a priori* del diritto positivo.

La questione dei principi generali del diritto non è un problema confinabile in un tempo e in un luogo, a questo proposito è essenziale ricordare anche l'attualità della *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948 che compare ora in una nuova edizione, con una prefazione di Liliana Segre e due saggi di Simone Weil: entrambe discutono la realtà incontrastata dell'universalità dei principi, attraverso la lotta per il riconoscimento dei diritti.

Questa Facoltà ha inteso dedicare più di un'iniziativa alla discussione sui principi. Alcuni anni fa, la Rivista per le Scienze Giuridiche – che contiene i riferimenti ai testi qui discussi – ha pubblicato un numero speciale nel 2014 e nel 2017 ha edito la Prolusione di Giorgio del Vecchio, con una discussione ed un commento di Bruno Romano che problematizza la questione della differenza tra principi generali oltre-sistemici, con propensione all'universale, e principi generali intra-sistemici regionali.

La ricerca dei principi generali-universali del diritto fa emergere la questione del senso del diritto e la differenza con le norme. Seguendo questa architettura speculativa, i principi generali-universali costituiscono la ragione dei principi generali-regionali, dove l'assunto principale è dato dal differenziare le norme dai principi, facendo emergere la struttura peculiare delle fattispecie normative, tra loro infungibili.

Ne deriva che le norme possono essere enunciate nella loro oggettività, quasi nella loro presunta autosufficienza, i principi invece sono tali perché la loro ragione è costitutiva della condizione umana, nella sua universalità, irriducibile ad un sapere limitato e finito. Nel caso della giuridicità, non si tratta di un principiare qualsiasi, ma di principi generali del diritto che incidono sulla esistenza reale degli individui. La loro forma si presenta in modo differenziato, perché, mentre le norme tendono ad una presunta autosufficienza, i principi sono strutturati secondo la ragione giuridica, cifra dell'universale. Il tutto compendiato da una dimensione complessa e formalizzata come quella della giuridicità reale e motivata.

Attraverso l'affermarsi della struttura kantiana nel pensiero di Giorgio Del Vecchio, è utile ricostruire l'itinerario speculativo che conduce alla differenza tra principi e norme. Proprio a partire dalle prime pagine di *Sui principi del diritto*, si rinviene l'affermazione che «anche avendo riguardo semplicemente al proprio significato delle parole, è difficile persuadere che per 'principi generali di diritto' si debba intendere, per esempio, soltanto 'principi generali di diritto italiano'». In questa prima asserzione appare chiara la sua disposizione all'universale che non relega ad un'appartenenza definita la questione dei principi, poiché «una limitazione etnica» significherebbe impedire un orizzonte aperto alle «supreme verità del diritto *in genere*».

Se si afferma che per principi generali si debbano intendere quelli appartenenti ad un determinato diritto vigente in un'area spazio-temporale data, allora si rischia di obliterare i principi generali dei diritti dell'umanità a statuto universale, sino a darsi, come testimonianza la storia, principi generali di un ordinamento giuridico, orientati a discriminare, attraverso la codificazione del principio di disuguaglianza. Il metodo per poter rinvenire i principi generali del diritto è «che dalle singole disposizioni di legge si risalirebbe, per via

di astrazione, a determinazioni più comprensive; procedendo in questa 'generalizzazione crescente' fino a che occorra per comprendere nella sfera del diritto positivo il caso dubbio».

Dal punto di vista strutturale, il giurista tende a trascendere costantemente la mera attività esecutiva, si emancipa dalla datità imitativa di un ordine naturalistico, fino a sintetizzare la sua opera in un'opera di riflessione che abbia come riferimento i principi generali del diritto a statuto universale, così che legislazione e amministrazione della giustizia rappresentino sempre quel complesso di umano marcato dalla ragione giuridica.

Attualmente è essenziale tornare a riflettere sui principi, in quanto si rischia che «quegli elementi logici ed etici del diritto, che per essere razionali ed umani sono virtualmente comuni ai diversi popoli» non siano sufficienti se permangono in un'autoreferenzialità escludente discriminante. La questione del principiare, nella sua fondamentale importanza per il diritto, porta ad una ulteriore precisazione: «che i principi *generali* di diritto siano validi solamente *per un singolo popolo*, cioè che esistono tante serie di principi generali quanti sono i sistemi particolari, se pure non è addirittura una *contradictio in adjecto*, non corrisponde certamente quella credenza in una *ratio juris* di carattere universale, che dai Romani in poi, checché se ne dica il contrario, è patrimonio comune nella nostra coscienza giuridica».

L'insieme delle osservazioni di Del Vecchio investe i principi, anche nella loro qualificazione di enunciato normativo, sollecitando la chiarificazione della differenza tra principi generali del diritto, che possono essere considerati nella loro qualificazione di *a priori* all'interno di un sistema normativo e dunque regionalizzati – poiché il diritto è esaminato sia nella sua condizione di ordinamento che nella interna specificazione, posta nella compagine di una codificazione appartenente ad indeterminato luogo geografico e ad una determinata dimensione temporale – oppure con un respiro universale nella formulazione di principi oltre-sistemici. Proprio a partire da quest'ultima considerazione è possibile interrogarsi non solo sul concetto di universale riferito alla condizione umana, ma anche sulla questione mai dipanata della storicità degli ordinamenti giuridici.

Nella sua struttura speculativa, Del Vecchio si pone il problema reale della ricerca di principi generali universali e non solo di quelli

a statuto regionale. A tal proposito discute di una ragione giuridica riferita sempre alla persona, proponendone allo stesso tempo una definizione non esaustiva: «essere giuridicamente persona significa valere come tale di fronte agli altri», quindi porsi in relazione, dove «la giuridicità» è rappresentata come una «correlazione fra più soggetti». La premessa di queste affermazioni risiede nella problematica del rispetto, posta come limite e lotta contro la violenza, individuate da Del Vecchio come «rispetto dovuto alla libertà, come espressione del valore assoluto della personalità umana», precisando che quando si discute del plesso giusto-legale, «nessuna affermazione di diritto è possibile senza la nozione di un limite corrispondente», a sua volta, implicante che «ogni limitazione del diritto della persona può essere stabilita solo *per legge*», il che riconduce al significato primario della legalità istituita, motivata e radicata nel principio di ragione.

Aperto questo orizzonte speculativo, si perviene all'analisi della sostanziale differenza tra il detto e il non-detto che, nel diritto, diventa la consapevolezza dell'immateriale: «conoscere le singole norme non basta se non si pon mente allo spirito che le muove», perché proprio lungo questo percorso «la particolarità delle leggi rimanda all'universalità del diritto; e il pensiero dell'universale è Filosofia».

Diritto e filosofia sembrano procedere di pari passo, legati da un afflato unitario a statuto spirituale; il diritto è declinato come giurisprudenza e non semplicemente come scienza, comportando la loro inseparabilità, perché «come nessun sistema filosofico (la storia del pensiero mostra) fu mai veramente compiuto, che non comprendesse in sé anche i primi principi del diritto, così tutti i grandi giuristi (anche ciò ci dimostra la storia) furono pure in qualche modo filosofi». Si tratta di un'affermazione che fa da prologo a quella successiva che «una Giurisprudenza priva di elementi filosofici sarebbe, secondo il paragone che il Kant desume dalla favola antica, simile ad una testa senza cervello; e nulla sarebbe in vero più arido e sterile, che lo studio delle norme particolari qua o là vigenti, se da quella materia empirica non fosse dato di risalire ai principi ... diciamo con Cicerone, 'non dall'editto del Pretore, né dalle XII Tavole, ma dall'intima Filosofia devesi attingere la disciplina del diritto'».

Proprio l'asserzione che diritto e filosofia non possono essere disgiunte riconduce il giurista alla sua veste di interprete delle norma positiva che comporta la questione dei principi generali, con una ri-

flessione sull'orientamento dato all'istituzione della norma: «circoscrivere ... tali principi alle stesse norme particolari già formulate, e volere che essi si ricavino esclusivamente da queste, significa introdurre di nuovo l'inconveniente che il legislatore ha voluto rimuovere, e togliere ai principi generali la loro virtù integratrice».

Se ne deduce, seguendo il pensiero di Del Vecchio, che le norme sono bipartite tra una fissità ben definita che rinvia al concetto di normatività astratta, secondo parametri realizzati in un determinato contesto storico, e principi generali del diritto che conducono a riflettere sulla creatività inesauribile dell'essere umano proiettato nella dimensione temporale del futuro.

Il giurista si trova così di fronte ad un compito impegnativo: «rintracciare i principi fondamentali dell'intero ordinamento giuridico ... in parte già formulati ... per opera dello stesso legislatore», il che non significa che «il sistema nostro vigente ... accolga in sé per intero ... la razionalità del diritto in genere; nel qual caso esso non sarebbe soltanto un sistema giuridico positivo, ma insieme una filosofia del diritto 'tutta spiegata'. Si vuol dire ... che questa filosofia non è estranea ad alcun sistema vigente, e tanto meno a quelli che corrispondono a un più alto grado di sviluppo dello spirito umano», saldatura tra filosofia e diritto.

Precisa Del Vecchio: «una sola esigenza, se ben si guardi, ha posto il legislatore rispetto alla relazione che deve esistere tra i principi generali e le norme particolari di diritto: cioè che tra gli uni e le altre non ci sia alcuna disarmonia o incongruenza». Quando il diritto viene istituito secondo una ragionata concezione della giustizia si può escludere, «a priori, che da un principio generale possano trarsi applicazioni in contrasto con una norma particolare. Questa esigenza si fonda essenzialmente sulla natura del sistema giuridico, il quale deve formare una compagine unica ed omogenea, un vero organismo logico, tale da offrire una direttiva certa non equivoca e tanto meno contraddittoria, per ogni possibile relazione di convivenza».

La legge istituita non può rimanere indifferente alla selezione di contenuti qualitativamente giusti che si manifesta secondo un progetto di differenziazione che distingue la legalità dalla fissità di ogni altro tipo di legge come quelle della fisica, della chimica, della biologia e di altre. Proprio l'attività ermeneutica, radicata nell'atto libero del pensiero, ricerca «l'intrinseca congruenza delle varie parti com-

ponenti il sistema ... saggiata e confermata ad ogni momento, raffrontando le singole norme tra loro, e rispetto ai principi generali coi quali essi si connettono; solo in tal modo è dato al giurista di cogliere l'intimo spirito del sistema, e di seguirlo nelle applicazioni particolari». È questo che Del Vecchio intende quando afferma che lo «spirito umano genera il diritto» e di conseguenza «l'opera dell'interprete, in quanto mira a comprendere ed integrare un sistema storicamente determinato, non può essere *cerebrina*, o arbitrariamente individuale», ma deve essere tesa ai principi attraverso un lavoro qualificato non da sofismi artificiosi, usati da quei giuristi che si illudono di pensare i principi in modo esaustivo, ma secondo un cammino formato da innumerevoli itinerari posti nella via ermeneutica della ragione giuridica che, nella convinzione di Del Vecchio, deve essere connessa allo spirito che conduce all'istituzione delle leggi contingenti.

Da quando è nato il diritto, l'essere umano si interroga sulle sue forme e sui principi che lo governano sino ad arrivare a considerare la questione della ricerca della giustizia nell'ambito della prassi politica. Del Vecchio ripropone la questione «di rivendicare e mettere in luce i presupposti e i principi anche sottintesi, che facilmente scompaiono sotto il peso delle sovrastrutture del mondo empirico, e sembrano talvolta quasi perduti». Così si sofferma, con riferimenti speculativi mirati alle singole fattispecie concrete, sull'opportunità di una riflessione filosofica che coinvolga sia il filosofo del diritto che il giurista positivo per un'esigenza non solo «astrattamente teoretica, che diremmo di giustizia conoscitiva; ma [volta ad] assicurare le direttive occorrenti ... per i problemi pratici; dove di tratto in tratto ... si rivela imperiosamente l'urgenza di risalire a una nozione o a un principio di carattere generale, per sciogliere un certo nodo o interpretar la natura essenziale di un certo fatto». Ne deriva una figura di giurista che non è posto davanti all'ordinamento come mero spettatore, ma assolve ad un duplice ruolo: ricezione delle motivazioni delle norme istituite e chiarificazione del loro concretizzarsi alla luce dei principi generali del diritto, non confondibili con le norme.

«*Il desiderio di giustizia precede il desiderio di legalità, ne è il senso esistenziale*», afferma Bruno Romano nella presentazione alla Prolusione, rilevando che i principi si rinvergono nelle relazioni giuridiche come nel caso in cui Del Vecchio afferma che, quando per

una controversia non può essere assunta una decisione adducendo una «disposizione di legge», né si può ricorrere all'*analogia*, si rinvia ai «principi generali del diritto», alludendo non ad una decisione presente e scritta nelle norme vigenti, in quanto non esiste un legislatore che possa calcolare – a mo' di giustizia predittiva – gli elementi variabili di una fattispecie concreta che si modifica costantemente, ma alla ricerca di essa attraverso l'impiego dei principi. L'attività interpretativa precede e forma i giudizi giuridici nella declinazione peculiare della *ratio juris*, ragione motivante della selezione dei contenuti delle fattispecie generali ed astratte, secondo una capacità di pensare che non attiene al mondo dei viventi non umani.

La legge istituita costituisce la struttura della legalità, con contenuti storicamente differenziati, e non può rimanere indifferente alla ragione, perché la legge giuridica presenta la peculiarità dell'essere umano posto nella scelta tra il riconoscimento e la discriminazione. Il primo ha i tratti dell'armonia e della giustizia, la seconda è disarmonica ed ingiusta. Le distinzioni tra uguaglianza e disuguaglianza rinviano alla ragione giuridica dove sono radicati i principi generali del diritto, irriducibili alla potenza assolutizzante o ad un ordinamento giuridico cristallizzato nella sua intra-sistemicità chiuso all'universale e per questo totalitario. Si ricorda che nella questione dei principi universali rientra la figura dell'apolide, «ossia colui che non appartiene ad alcuno Stato», ad alcun determinato sistema giuridico.

Il legislatore, quando istituisce le norme, non si pone il problema del rinvenimento dei principi generali, ma comincia il suo lavoro a partire da una serie di idee orientate a formare, o meglio a formalizzare, la giuridicità. Del Vecchio ritiene che si possa avvalere anche di un capitale assiologico, scelto in base ad una disamina qualitativa, con consapevolezza e responsabilità.

I giudici, da parte loro, ambientano la loro attività, anche quella ermeneutica, in una dimensione culturale delineata dall'attualità del diritto positivo, infatti scrive «il giudice, deve – per quanto possibile – dominare e quasi rivivere l'intero sistema, sentirne la spirituale unità, dalle premesse lontane e tacite fino alle minime statuizioni, come se del tutto egli fosse autore, e in lui parlasse la legge stessa: in questo senso possiamo far nostro l'alto ideale, al quale si ispirava Aristotele, definendo il giudice come il giusto vivente». È come se il

compito più significativo spetta al giudice, sollecitare l'unità spirituale dell'ordinamento, vale a dire quel terreno fertile sul quale si fondano le norme positive nel rinvio ai principi, in modo tale che ne venga vivificato anche l'operato del legislatore.

Anche solo nel momento in cui si osserva un ordinamento giuridico nella sua quotidianità si comprende che le attività al suo interno non possono essere solo esecutive, prive di incertezze, problemi e dubbi. Se così fosse si avrebbero solo operazioni macchinari, consegnate ad un'imitazione naturalistica; seguendo questa prospettiva, i principi generali del diritto sarebbero considerabili alla stregua di enunciati esecutivi risultati da una combinatoria vincente.