

Direttore

Silvio BOLOGNINI

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Università degli Studi eCampus

Comitato scientifico

Paolo Umberto Maria DI LUCIA

ISTITUTO DI FILOSOFIA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO
Università degli Studi di Milano

Morris Lorenzo GHEZZI

ISTITUTO DI FILOSOFIA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO
Università degli Studi di Milano

Bruno BILOTTA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, STORICHE, ECONOMICHE E SOCIALI
Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro

Antonietta DI MAURO TODINI

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, STORICHE, ECONOMICHE E SOCIALI
Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro

Alessandro MORELLI

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, STORICHE, ECONOMICHE E SOCIALI
Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro

Serena Fausta MANZIN

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E PUBBLICO DELL'ECONOMIA
Università Cattolica del Sacro Cuore

Sergio LAZZARINI

DIPARTIMENTO DI DIRITTO ROMANO, STORIA E FILOSOFIA DEL DIRITTO
Università degli Studi dell'Insubria

METODOLOGIA GIURIDICA E POLITICA DEL DIRITTO

La collana accoglie monografie e contributi che, pur essendo ascrivibili a molteplici ambiti del diritto, risultano caratterizzati da un lato dalla comune attenzione alle problematiche metodologiche connesse — alternativamente ma non necessariamente disgiuntamente — ad un approccio gnoseologico al diritto e ad una riflessione sul concreto operare giuridico; dall'altro all'analisi delle modalità attraverso le quali le attività di produzione normativa e di applicazione del diritto si trasformano in orientamenti non solo giurisprudenziali ma anche sinergici (e per taluni versi anticipatori) rispetto alla declinazione attuativa delle politiche programmatiche nei vari ambiti di riferimento.

Francesco Ferraro

Analogia e codici di settore





©

ISBN
979-12-5994-075-9

PRIMA EDIZIONE
ROMA 13 MAGGIO 2021

libertà

Bisogna esercitare davvero la propria volontà, non solo esprimendola su un pezzo di carta, ma con tutta l'influenza concreta di cui siamo capaci. Una minoranza è impotente fino a quando si uniforma alla maggioranza; non la si può nemmeno definire minoranza in quel caso; ma è irresistibile quando fa ostruzione con tutto il suo peso.

Henry David THOREAU

UNO SCHIAVO Uno schiavo è chi aspetta che qualcun altro lo liberi.

Ezra POUND

Chiunque ne avverta il valore, chiunque comprenda il ruolo centrale che la letteratura svolge nello sviluppo della storia umana, deve anche comprendere che la resistenza al totalitarismo, sia esso imposto dall'esterno o dall'interno, è questione di vita o di morte.

George ORWELL

L'unica vera opposizione che il potere si trovi davanti è quella della letteratura, il cui linguaggio, intriso di libertà, oppone una sorda resistenza a farsi tradurre nella lingua degli schiavi.

Guido BULLA

Indice

- 11 **Capitolo I**
Codici di settore e diritto privato
1.1. Introduzione, 11 – 1.2. Decodificazione e consolidazione, 13.
- 25 **Capitolo II**
I codici di settore come sistemi
2.1. Rapporti tra norme: specialità ed eccezionalità, 25 – 2.2. Rapporti tra sistemi: quadro introduttivo, 43 – 2.3. (Segue): parte generale e parte speciale, 57 – 2.4. Codice civile e codici di settore, 63.
- 79 **Capitolo III**
Analogia, principi generali, sistema
3.1. Nozioni preliminari: lacune, rilevanza, integrazione, 79 – 3.2. La logica operativa dell’analogia nel diritto, 96 – 3.3. La natura dell’analogia giuridica, 108 – 3.4. Un limite positivo: l’eccezione, 125 – 3.5. Il ricorso ai principi generali, 129 – 3.6. Analogia e sistema giuridico, 149.
- 163 **Capitolo IV**
Integrazione dei codici di settore
4.1. Premessa. Il problema, 163 – 4.2. L’influenza della differenziazione sistemica, 170 – 4.3. Concetto di lacuna settoriale, 185 – 4.4. Lo sviluppo intrasistematico dei codici di settore, 189 – 4.5. La posizione residuale del codice civile, 194 – 4.6. Riflessioni finali, 198.
- 205 *Bibliografia*

Codici di settore e diritto privato

SOMMARIO: I.1. Introduzione, II – I.2. Decodificazione e consolidazione, 13.

I.1. Introduzione

Il panorama legislativo italiano si è accresciuto, nei primi anni del nuovo secolo, di una inedita, peculiare, figura. Si allude ai recenti « codici di settore »: articolati testi organici, destinati alla disciplina di intere materie. Esito di un complesso itinerario di riforma, sviluppatosi in tre fasi principali, ed ora giunto ad un ulteriore, decisivo, stadio con la l. 29 luglio 2003, n. 229¹.

Numerosi i risvolti, sui quali dovrà soffermarsi l'attenzione del costituzionalista²; profili che, tuttavia, esulano dall'economia della presente ricerca, e che dunque, nonché affrontare, non è possibile in questa sede nemmeno lambire o tratteggiare per sommi capi. Determinante, ai fini della problematica che tenteremo di illustrare nello

1. « Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001 ». Per un inquadramento positivo, NATALINI, *Il commento a La terza semplificazione – Legge 29 luglio 2003, n. 229*, in « Giorn. dir. amm. », 2003, p. 1007 ss.; LUPO, *Dai testi unici "misti" ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione – Commento alla legge n. 229 del 2003*, in « Studium iuris », 2004, p. 157 ss.; ZACCARIA, *Dall' "età della decodificazione" all' "età della ricodificazione": a proposito della legge n. 229 del 2003*, in « Studium iuris », 2005, p. 697 ss.; SAVINI, *Esperienze di nuova codificazione: i "codici di semplificazione di settore"*, Padova 2007; VIRIGLIO, *La neocodificazione: riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, Napoli 2007; CARLEO, voce *Codici di settore*, in *XXI secolo. Norme e idee [Enc. Treccani]*, Roma 2009, p. 469 ss. Ricorda i codici approvati sulla scia della riforma ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, in « Riv. dir. priv. », 2007, p. 674.

2. In questa prospettiva si inquadrano, essenzialmente, le riflessioni di SORRENTINO, *Dai testi unici misti ai codici di settore: profili costituzionali*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Atti del Convegno. Roma, 17–18 marzo 2005, Milano 2005, p. 101 ss.

studio, è il ruolo complessivo rivestito dal ricorso a questa tecnica, nei suoi effetti sulla struttura dell'ordinamento legislativo; più in particolare, della branca o ramo, cui si dà il nome di diritto privato³. E ciò, a prescindere dal carattere, in qualche misura trasversale rispetto alla classica contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, della regolamentazione contenuta nei codici di settore stessi⁴.

Data l'indole della ricerca, essa muoverà, di necessità, lungo direttrici schiettamente teorico–generaliste. Non i « codici di settore » come “nuova” forma legislativa, di per sé; né l'analisi della specifica disciplina, in ciascuno prevista, costituiscono l'oggetto, ancorché secondario, di essa. Piuttosto, i codici di settore, in quanto accentuano o estremizzano — si vedrà in che senso — un quadro, foriero di radicali implicazioni in sede interpretativa e metodologica. Il nocciolo del lavoro consiste nell'indagine dei canoni tecnici, che presiedono alla soluzione del problema della integrazione delle discipline di settore, laddove lacunose; tema, la cui rilevanza, sul piano della concreta esperienza applicativa, il lettore intende da sé. Converrà ora indugiare, con la brevità suggerita dalle finalità del discorso, su alcuni caratteri, che consentono di proiettare la novella

3. Per una rassegna dei tradizionali criteri di identificazione del diritto privato, ove si sottolinea la problematicità del suo significato attuale, IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, rist., Padova 1990, p. 58 ss. Più di recente, ID., *Il salvagente della forma*, Roma–Bari 2007, p. 85 ss. Cfr. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna 1971, p. 9 ss.; ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano* (2000), Roma–Bari 2009, p. 372 ss.; GRUNDMANN, *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in « Riv. dir. civ. », 2010, I, p. 585 ss.; sul piano delle fonti, SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in « Riv. dir. civ. », 2009, I, p. 147 ss. Sulla « grande dicotomia » pubblico–privato, per tutti, BOBBIO, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico* (1985), n.e., Torino 1995, p. 3 ss.; cfr. ad es. ALPA, *op. cit.*, p. 359 ss.; nonché, quanto al « carattere intra– sistematico della distinzione » fra diritto pubblico e diritto privato, IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in ID., *Codice civile e società politica*, 8a ed., Roma–Bari 2007, spec. p. 89 ss.

4. In questo senso PATRONI GRIFFI, *La « nuova codificazione »: qualche spunto di riflessione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit., p. 78; ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, cit., p. 677, che parla di un « mix difficilmente districabile fra discipline » di diritto privato e pubblico; un « superamento della stessa partizione » ravvisa CARLEO, voce *Codici di settore*, cit., p. 471. Questo tipico carattere morfologico dei diritti « speciali » era già lucidamente avvertito, nella prima metà del secolo scorso, dall'ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in « Riv. dir. comm. », 1934, I, pp. 4 ss., 32 s., 38 s. Adde, sul punto della “trasversalità” disciplinare, LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale” (appunti per una discussione)*, in « Riv. dir. comm. », 2006, p. 548.

immagine positiva dei codici di settore su uno sfondo concettuale di più ampio respiro.

1.2. Decodificazione e consolidazione

A dispetto della solenne denominazione⁵, evocatrice di quella « forma storica di legislazione »⁶ che ha caratterizzato l'esperienza giuridica dell'Europa continentale negli ultimi due secoli, i codici di settore si iscrivono in tutt'altro orizzonte⁷. Essi costituiscono un ulteriore, deci-

5. Il lemma « codificazione » compare, non del tutto propriamente, nella stessa intitolazione della l. 229/2003 [vedi *supra*, nota 1]; « codice » è poi il nome, conferito dal legislatore delegato a ciascuno dei decreti legislativi approvati (codice del consumo, della proprietà industriale, delle assicurazioni, ecc...).

6. IRTI, *Idea del codice civile*, in *Codice civile e società politica*, 8^a ed., Roma-Bari 2007, p. 21; cfr., pure, per sintetiche notazioni storiche, ID., « *Codici di settore* »: *compimento della « decodificazione »*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit., p. 17 ss. In merito ad alcuni caratteri tipici delle codificazioni moderne, per tutti, VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3^a ed., Torino 1967, pp. 40 ss., 58. Alla storia delle codificazioni è poi dedicato il volume di PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002 (sul concetto di codice, e sul relativo dibattito contemporaneo, p. 67 ss.). Vi si leggono, peraltro, interessanti notazioni di metodo (p. 7 s.), che sarà utile tenere a mente in seguito, nello studiare la fase attuale come esito del *processo di decodificazione*. Nonostante l'uso « promiscuo » dei termini, « codice... appartiene... alla categoria delle parole che indicano il risultato di un'azione [*nomina rei actae*]»; « codificazione... alla categoria delle parole che indicano un'azione [*nomina actionis*]», evocando perciò « il senso di un processo che si svolge nel tempo... Da questo punto di vista, quindi, si può dire che il codice è il risultato della codificazione », ovvero il « punto finale del processo di codificazione ». Allo stesso modo si può dire, ai nostri fini, che il poli-sistema (o sistema *decodificato*) di cui parla Irti è il risultato del *processo* di decodificazione. E che quest'ultimo *presuppone* il codice come oggetto. A ben vedere, il risultato di un moto tende a coesistere con lo svolgersi dell'altro: in presenza del codice, si mette in moto il processo di decodificazione, che muove da un esito, e apre e segna un percorso nuovo; la stabilizzazione consolidatrice arresta un flusso dinamico, a sua volta esito del primo. Le nozioni accennate saranno meglio chiarite nel prosieguo del paragrafo. Cfr., su questi temi, MATTARELLA, *Codificazione e stato di diritto*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1998, p. 365 ss. Lucida sensibilità storica rivela, in tema, una nitida pagina dello JEMOLO, *I concetti giuridici* (1940), in CALOGERO-CESARINI SFORZA-JEMOLO-PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di Irti, Milano 2004, p. 38.

7. In dottrina si dice, impropriamente, di « ricodificazione » o « neododificazione » [cfr. *supra*, nota 1]. Di tutt'altro avviso l'A., cui si deve la prima e più decisa formulazione della tesi « policentrica »: IRTI, « *Codici di settore* »: *compimento della « decodificazione »*, cit., p. 18, ove si afferma che decodificazione e codici di settore « appartengono alla medesima logica. I codici di settore non segnano un ritorno al codice... ma sviluppo e compimento del processo di decodificazione. Non ricostruiscono e restaurano, ma sospingono e radica-

sivo, passo nella direzione, che un noto indirizzo dottrinale ha reso, circa trent'anni or sono, con il neologismo giuridico « *decodificazione* »⁸. Quel processo, determinando la « crisi dell'unità sistematica del diritto privato »⁹, ne ha modificato radicalmente il volto, quale appariva niti-

lizzano la de-costruzione » [v. nota seguente]. E ancora (p. 20): il vocabolo *settore* « ha, nel suo stesso ètimo, l'idea del separare, dividere, rendere parte a sé. Non c'è più unità e totalità, ma frazioni e parti. Il codice civile sopravvive soltanto come disciplina residuale, a cui l'interprete ricorre dopo aver utilizzato, anche con i metodi dell'analogia, tutte le energie espansive dei codici di settore » (sui detti profili, v. cap. IV; da notare che l'idea della « *scissione* » ricorre già in una pagina del COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale. Studi*, I. *Diritto singolare e diritto comune*, Modena 1915, p. 41 [corsivo nel testo], sul pensiero del quale v. *infra*). Vedremo poi [cap. II, par. 2 e 4] perché non sembra che si possa invece *de plano* condividere l'asserzione, secondo la quale « il codice civile si scioglie nei codici di settore » (N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 20). Su questi temi, e su quelli che seguono, si può confrontare PATRONI GRIFFI, *La « nuova codificazione »: qualche spunto di riflessione*, cit., p. 75 ss.

8. Il vocabolo compare per la prima volta, entro l'ambito degli studi giuridici, nel noto saggio di IRTI, *L'età della decodificazione*, in « *Diritto e società* », 1978, p. 613 ss., ora in *L'età della decodificazione* (1979), 4^a ed., Milano, 1999, p. 21 ss., ove esso è confluito con altri scritti di argomento affine (a questo volume si riferiscono, da qui innanzi, i riferimenti al titolo); cfr. ID., voce *Decodificazione*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, V, Torino 1989, p. 142 ss. (che riproduce sostanzialmente il saggio *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in « *Riv. dir. civ.* », 1979, I, p. 141 ss.; ora nel volume *L'età della decodificazione*, cit., p. 113 ss.). Sui tratti salienti del fenomeno, cfr. MARULLO DI CONDOJANNI, voce *Decodificazione*, in *Enc. It. di Scienze, Lettere ed Arti*, VII Appendice, Roma 2006, p. 427 s.; CARLEO, voce *Codici di settore*, cit., spec. p. 474 ss. Dicesi neologismo *giuridico*, poiché il termine era già noto, con affatto diversa portata semantica, nell'ambito degli studi di linguistica generale: lo segnala lo stesso IRTI, nella voce *Decodificazione*, cit., p. 142 e in « *Codici di settore* »: *compimento della « decodificazione »*, cit., p. 17; cfr. MARULLO DI CONDOJANNI, voce *Decodificazione*, cit., p. 427. Di composto tenore critico il coevo scritto di DE CUPIS, *A proposito di codice e di decodificazione*, in « *Riv. dir. civ.* », 1979, II, p. 47 ss., apparso in immediato contrappunto all'enunciazione della tesi, che in quella formula è riassunta; ove si ravvisa, pur prestando attenzione al problema sollevato, una persistente « vitalità » (p. 51) del codice civile, e si rifiuta il « capovolgimento » (p. 48), cui quella conduce. Si veda pure, in argomento, CASTRONOVO, *Decodificazione delegificazione ricodificazione*, in AA.Vv., *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno. Milano, 4-6 giugno 1992, II, Milano 1993, p. 475 ss., che ragiona di decomposizione e ricomposizione di interi settori (p. 477), in base al principio « ogni materia una legge » (p. 476); nonché, più di recente, ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, cit., p. 676 s.

9. IRTI, voce *Decodificazione*, cit., p. 142. Cfr. ID., *L'età della decodificazione*, cit., p. 99, dove si parla di « frantumazione »; MARULLO DI CONDOJANNI, voce *Decodificazione*, cit., p. 427. Ritiene « in via di esaurimento » l'idea della « monoliticità » del diritto civile BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in « *Riv. crit. dir. priv.* », 2008, p. 397. Mentre la GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino 2005, p. 73, si chiede se la strenua e « (difficile) difesa del modello codicistico » non si spieghi con rigidità dogmatiche e concettuali. Troviamo già in ASCARELLI, *La*

damente nell'epoca liberale e fino ai primi decenni del XX secolo. È opportuno, dunque, indugiare sugli aspetti principali dell'argomento. Si cercherà quindi, brevemente, di intravederne il fondamento, e di indagarne gli snodi evolutivi; all'uopo, è necessario risalire alle feconde intuizioni, rassegnate, oltre un secolo fa, da una acuta dottrina¹⁰.

La sempre maggiore articolazione delle società contemporanee determina una tendenza costante alla « specializzazione »¹¹ normativa, « che obbedisce all'esigenza di adattare alle varie categorie di rapporti la disciplina preesistente, rendendola più confacente alla loro particolarità »¹². Sviluppo, che disegna un ordinamento segmentato in diversi

funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale, cit., p. 39, nt. 1, nitida consapevolezza della « tendenza alla moltiplicazione delle leggi speciali in contrapposto alla fissità dei codici ». *Contra* BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2^a ed., Napoli 1997, p. 79 ss., che rifiuta la « logica della frammentazione » e della « frantumazione », criticando la « illusione di un sistema monadico » (cfr. p. 159 ss.); il quale, proprio in quanto si mostra invero restio a riconoscere quel radicale mutamento ordinamentale, che si riassume nella formula della decodificazione, tratteggia un interessante punto di equilibrio nel cogliere il ruolo, tuttora svolto da talune (ampie) categorie ordinanti racchiuse nel codice civile [v., nel nostro studio, *infra*, cap. II, par. 2 e 4]. Di avviso critico anche PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in « Rass. dir. civ. », 2007, I, p. 498 s.

10. COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale. Studi*, I. *Diritto singolare e diritto comune*, Modena 1915. Richiama e mette a frutto i risultati del Coppa-Zuccari, di recente, MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano 2008, p. 103 ss.

11. COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, cit., pp. 42 (corsivo nel testo), 84; l'espressione si legge anche in BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), 2^a ed., Milano 1971, p. 183. Si vedrà in seguito il senso, che l'idea della specializzazione assume, rispetto alle qualifiche relazionali delle norme, che ne descrivono i nessi normativi. Vale la pena di ricordare, con IRTI, « *Codici di settore: compimento della « decodificazione »* », cit., p. 19, che i codici di settore « sono leggi specializzate: di quella specializzazione, determinata dalla tecno-economia e dalle esigenze dell'odierno capitalismo » (corsivo mio). A questi aspetti, tecno-economici, si deve tra l'altro l'esigenza di semplificazione, cui la legge del 2003, e altre recenti leggi con essa, fanno riferimento: così IRTI, *ibidem*. Segnala l'includibile esigenza di una « semplificazione dell'ordinamento », prefigurando una « ricodificazione » che permetta, sostituendosi alle « discipline disparate » oggi vigenti, di riguadagnare « la soglia di un diritto formale » ormai in ombra, CASTRONOVO, *Decodificazione delegificazione ricodificazione*, cit., p. 495 ss.; ove anche l'affermazione della impossibilità, per la legge, di tener dietro alle complesse « volute » della società odierna. Osserva, con riguardo ai codici di settore, la tendenza alla « sistemazione » e al « riaccorpamento » di « discipline che le esigenze odierne impongono di sottrarre al contesto generale », SORRENTINO, *Dai testi unici misti ai codici di settore: profili costituzionali*, cit., p. 110. Cfr., inoltre, Benedetti, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., p. 76.

12. Così, efficacemente, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 183. Anche il FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, p. 83, parla di « un diritto

« sistemi di norme, relativi ciascuno ad un certo oggetto e individuato da una qualifica propria »¹³. Le peculiari esigenze di disciplina, che ogni oggetto sollecita, permeano un intero corpo normativo, dotato di una sua autonomia¹⁴, e modellato sui caratteri specifici, da cui quelle

più confacente ed adatto alle peculiari esigenze dei rapporti ». Non sfugge, in altra, più vicina, occasione, allo stesso CASTRONOVO, *Diritto privato generali e diritto secondi. La ripresa di un tema*, in « Europa e diritto privato » 2006, I, p. 398, l'influenza, che queste propaggini "specificanti" (in senso lato, ossia dal punto di vista delle fattispecie) possono a loro volta avere sul tronco da cui gemmano: « Sempre... ciò che diventa *species* derivando da un *genus* lo fa come una sorta di *avanguardia* che tale resterà oppure chiamerà dietro di sé il grosso » (corsivo mio). Il medesimo A. così definiva, vent'anni prima, il modello metodologico da lui proposto: « leggere la traiettoria che collega il particolare al generale e che in pari tempo consente di illuminare quest'ultimo attraverso il primo per quello che di nuovo lo specifico può apportare all'intero » (CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in « Jus », 1985, p. 79). Già il BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 114, notava del resto l'impatto del « sopravvenire di leggi speciali, le quali reagiscono su tutto il sistema ». Da vedere, anche su quest'aspetto, IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 62 s.; e da cfr. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, cit., p. 694 s. Di recente, un approccio analogo informa le considerazioni di PASSAGNOLI, *sub art. 38*, in *Codice del consumo – Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 390: l'impatto sistemico dei diritti di settore implica che « ogni parte del sistema codicistico » sia « astrattamente suscettibile di subire, attraverso l'apporto costruttivo dell'interprete, una incisiva rielaborazione sistematica », per promuoverne la lettura « in prospettive... che tengano coerentemente conto della presenza delle regole speciali nel sistema ». Anche BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., che sostiene pur sempre l'idea della « unità » e « totalità » dell'ordinamento (p. 20; cfr. pp. 81, 161, 163), riconosce proprio per questa ragione la possibilità che singole norme possano « reagire... sull'ordinamento,... modificandolo sensibilmente » (p. 27 s.; cfr. pp. 8, 75). Vedi pure SENIGAGLIA, *Decentramento legislativo, moltiplicazione dei codici e differenziazione sistemica*, in « Europa e diritto privato », 2006, I, p. 180, ove si legge di « impulsi della legge settoriale ». Adde LIPARI, *L'interpretazione giuridica*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, I. *Fonti, soggetti, famiglia*, t. I, *Le fonti e i soggetti*, Milano 2009, p. 179. Si riferiva con la consueta acutezza ad una « funzione di pioniere » del « diritto speciale » ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit., p. 6.

13. Così COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, cit., p. 25 (nonché pp. 48, 50); cfr., su questa linea, MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, cit., p. 103: « La disciplina del singolo sistema è pensata in relazione all'oggetto, che vale a distinguerlo e separarlo dagli altri ».

14. Nota la sussistenza di un « problema dell'autonomia » di un determinato « diritto » (cioè di un sistema normativo dedicato ad una intera materia: il riferimento era al diritto commerciale nell'ordinamento previgente), BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), a cura di P. Di Lucia, Milano, 2006, p. 199. Il quale pure (*ivi*, p. 198 s.) riconosce l'attinenza di esso al carattere « peculiare » o « particolare » di una data materia, che può allora dirsi « diritto speciale in senso improprio », trattandosi in realtà di diritto singolare (ossia eccezionale); sulle nozioni in parola, si veda il paragrafo seguente, *passim*. Al problema del

esigenze sorgono e ricevono spiegazione; che si presenta, dunque, come il *sistema* di quell'oggetto¹⁵, e nell'ambito del quale può prendere avvio un nuovo processo specificante¹⁶.

L'incedere progressivo¹⁷ delle discipline, in questa edificazione, per così dire, graduale¹⁸, muove da livelli elementari, « attraverso la forma-

« tasso di autonomia dei diritti speciali », ossia della esistenza di « propri principi generali riuniti in sistema », allude PLAIA, *Introduzione*, in *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 1. In ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit., p. 1 ss., si legge fra l'altro di « particolarismo », « impronta particolarista » e « principi singolari » modellati su « peculiari esigenze » e « peculiarità tecniche » (ivi, pp. 2-4); cfr. p. 38.

15. Magistrale questo passo di COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, cit., p. 44: « i c.d. sistemi di diritto sono ordinati complessi più o meno ampi di norme regolanti tutta una fenomenologia, che si appunta, considerata nella sua unità, ad una certa materia, individuata di fronte ad altre più ampie da momenti, per queste irrilevanti, assunti per quella come decisivi » (corsivo nel testo); cfr., similmente, p. 49.

16. COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, cit., p. 45: « nell'ambito dell'ordinamento della materia, considerato in sé e per sé », si stabiliscono o possono stabilirsi « altri sistemi meno ampi di norme, ciascuno dei quali relativo ad un oggetto pertinente alla materia, e suddiviso a sua volta in altri sistemi ancora meno ampi, relativi ciascuno ad oggetti od elementi di fatto meno comprensivi, e così via... » (corsivo nel testo).

17. Di un « progresso in profondità » dice il GIANNINI, *L'analogia giuridica*, I, in « Jus », 1941, p. 55 (corsivo nel testo). Va detto che, nello scritto indicato, l'A. ravvisa una sorta di *continuum* applicativo nel procedimento analogico, che attinge sempre a principi; solo, talora applicandoli direttamente, talaltra invece per il tramite di una « ipotesi normativa affine » (*ibidem*). A questo procedere ascensionale, che conduce attraverso fasi successive ai principi più generali, allude, nel contesto originale, la formula citata. Cfr., più di recente, FALZEA, *I principi generali del diritto*, in « Riv. dir. civ. », 1991, I, p. 459, che riscontra nell'ordinamento un « diffuso e costante processo di determinazione progressiva ».

18. È appena il caso di precisare: non si allude, in questa sede, alla costruzione c.d. gradualistica (*Stufenbau*), che si deve, come noto, a KELSEN [*Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1952), Torino 2000, p. 95 ss.; *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, p. 217 ss.]: unità di « carattere formale » (secondo la lettura di IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 164; corsivo nel testo), che risponde al problema della validità, e a cui si riferisce l'espressione *ordinamento* (ivi, pp. 162 ss., 179 ss.); laddove la nozione di *sistema*, che di quella costruzione è l'oggetto, guarda al *contenuto* di un dato gruppo di norme (*loc. ult. cit.*), che riveli una « unità interna » (ivi, p. 165), e risponde ad un criterio « materiale » (p. 164; corsivo nel testo). Cfr. MODUGNO, *Sistema giuridico* (1993), in Mengoni-Modugno-Rimoli, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino 2003, p. 16 ss.; GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto* (1970), 2^a ed., Torino 1984, p. 37 s. V., qui, *infra*, cap. III, note 376, 379, 384. Venature critiche sulla tesi kelseniana in GUELI, *Il "diritto singolare" e il sistema giuridico*, Milano 1942, p. 76 ss.; il quale tuttavia dà mostra di percepire nettamente il rilievo della distinzione, di cui si è qui fatta menzione (nota trattarsi di un « senso non proprio, ma tuttavia legittimo nella sua sfera puramente formale », del termine "sistema": ivi, p. 78). Un « ordine graduale » di tipo, piuttosto, sistematico, che riflette

zione di gruppi più ampi, . . . fino alla costruzione in unità logica di tutti gli istituti relativi ad un'intera "materia"»; « costruzione giuridica »¹⁹, che raduna serie vieppiù estese di norme, sino ad abbracciare tutto un campo omogeneo²⁰ di regole.

Questo fenomeno, a ben vedere, è connaturale alla « evoluzione della vita sociale »²¹, né è estraneo al codice civile, per sé considerato; il quale conosce, al proprio interno, una continua « specificazione »²² di discipline giuridiche. Il vero è che, a partire dai primi decenni del secolo, esso varca gli argini del sistema fondato sul codice, e comincia ad intaccare la solida uniformità della disciplina in esso contenuta; finché, intensificandosi sempre più, esplose nel secondo dopoguerra, sospinto dall'impulso al rinnovamento, riveniente dalla Costituzione Repubblicana del 1948. Le leggi "speciali", che ne attuano le direttive programmatiche, si pongono talora in antitesi, talaltra comunque in posizione autonoma, di fronte al codice civile, che deve cedere interi campi di disciplina²³, a favore di sedi esterne.

la disposizione gerarchica (o « serie gerarchica »: p. 50) dei principi, ravvisa il GIANNINI, *L'analogia giuridica*, II, cit., pp. 65, 71. Sul pensiero sistematico del GIANNINI, v. FALZEA, *Sistematica e teoria generale del diritto in Massimo Severo Giannini*, già in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, a cura di Cassese-Carcattera-D'Alberti-Bixio, Bologna 1994, p. 413 ss. (in questo stesso volume, alle pp. 273 ss., si può leggere anche il contributo sulla riflessione del Giannini in materia di analogia di CERRI, dal titolo *L'analogia nel sistema del diritto positivo*); ora in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III. *Scritti d'occasione*, Milano 2010, p. 207 ss.

19. GUELI, *Il "diritto singolare" e il sistema giuridico*, cit., pp. 27 ss., 33, 82 s. (corsivo mio); e *passim*.

20. Di "omogeneità" discorre ancora GUELI, *Il "diritto singolare" e il sistema giuridico*, cit., p. 83; ove tale carattere non può che riferirsi ad una logica, la quale permetta di radunare quegli istituti sulla base di un comune denominatore. Un cenno alla nozione di *istituto*, come « gruppo di norme regolanti una « materia » . . . considerata unitariamente dal legislatore », in IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 75.

21. COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, cit., p. 40.

22. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 183; osserva COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, cit., p. 83 nt. 1, che l'ordinamento giuridico costituisce « un'immane opera di specificazione ». L'espressione si legge anche in BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 198; CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in « Riv. int. fil. dir. », 1941, p. 248 (« specificazione progressiva »; e anche « sviluppo »); GIANNINI, *L'analogia giuridica*, II, cit., p. 46. Cfr. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit., p. 35.

23. Il resoconto si basa sulla nota ricostruzione storica di IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., spec. pp. 21 ss., 113 ss. Un efficace inciso, al proposito, in CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice*, cit., p. 79: « una filosofia diversa dei rapporti sociali penetra nell'ordinamento

Le esigenze peculiari, che determinano la regolamentazione autonoma di un dato oggetto normativo, irrorano le leggi speciali di criteri e logiche di disciplina, che esercitano una forza attrattiva ed espansiva; e frammentano il sistema, il quale non può più identificarsi con il codice civile, secondo la concezione tradizionale. Qui siamo, ancora, in una fase dinamica, in cui il « movimento »²⁴ legislativo non attinge la dimensione della stabilità, concretandosi in agglomerati normativi dispersi e disorganici.

Giunti però ad un certo grado di sviluppo, i nuclei di disciplina si rinsaldano, presentandosi come statuti²⁵ organici di tutto un settore; al moto convulso delle leggi speciali, varie e frammentarie, segue una fase di « istituzionalizzazione »²⁶ o consolidamento. Ciclo evolutivo, che un autorevole studioso ha sintetizzato riferendosi, con lo sguardo a periodi storici ormai conclusi, ad una « legge della consolidazione, esprimente la uniforme tendenza delle norme a consolidarsi e a sistemarsi in corpi organici »²⁷. Una tendenza universale, non limitata alle epoche precedenti a

creando una polarità nuova che trova luogo giuridico, attraverso la legislazione particolare, in una serie di isole pensate come troppo distanti dal codice per poter formare con esso un arcipelago ».

24. La nozione, già usata, in coppia con quella di « istituzionalizzazione » [v. poco oltre], entro l'ambito degli studi sociologici, è fatta propria da IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., pp. 67 ss., 194.

25. La configurazione delle leggi speciali consolidanti quali « statuti di gruppo », frutto della crescente tendenza alla contrattazione delle soluzioni legislative, è in IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., ad es. pp. 39 ss., 138, 199; e *passim*. Il tema delle leggi cc.dd. negoziate trova nel diritto sindacale, come è ovvio, un terreno di studio particolarmente fertile; si veda, a titolo esemplificativo, GRUGNI, *Diritto sindacale*, Bari 2006, p. 199 ss. (sulla « concertazione »); nel mondo anglosassone l'espressione è *law bargaining*, locuzione corrispondente alla c.d. *negoziazione legislativa* di cui si parla in Italia (quest'ultima espressione si può leggere in GRUGNI, *op. cit.*, p. 203). Un cenno alla funzione di soddisfare interessi di dati gruppi, svolta dalle discipline speciali, anche in CASTRONOVO, *Decodificazione delegificazione ricodificazione*, cit., p. 488 ss.

26. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 67 ss.; sul rapporto tra testi unici e consolidazione, v. spec. *ivi*, p. 189 ss. (e cfr. *Id.*, *Il governo del movimento*, in « Quadrimestre », 1987, p. 1 ss.).

27. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, cit., p. 1 (corsivo mio). Vale la pena di riportare per intero il suggestivo periodo, parzialmente citato nel testo: « Chi osservi attentamente le fonti di cognizione delle norme regolatrici dell'attività umana nella loro evoluzione storica, scorge una vicenda che, ripetendosi uniformemente presso tutti i popoli e nei confronti di tutti i sistemi normativi, potrebbe quasi dar adito alla formulazione di una legge, nel senso che i naturalisti danno alla parola, se pur di leggi in tal senso si potesse parlare nel campo dei fenomeni sociali e delle esperienze umane; e sarebbe la legge della consolidazione, esprimente la uniforme tendenza delle norme a consolidarsi e a sistemarsi in corpi organici »; sulle ragioni e modalità del fenomeno, si veda *ivi*, p. 25 s. In senso critico PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, cit., p. 92 ss. Di una tendenza alla « sistemazione » v'è parola, come già accennato, in SORRENTINO, *Dai*

quella della codificazione²⁸; che risponde all'esigenza storica della « *stabilità dopo il movimento* »²⁹: dell'arrestare un flusso, venuto ad un certo rilievo sistemico, in una sede apposita.

I « codici di settore » rispondono a quest'ordine di problemi; sono *testi organici*³⁰ *consolidanti*: leggi (non in senso formale, trattandosi di decreti legislativi), che conferiscono dignità di “statuti” unitari a settori di disciplina specifici, che si elevano così a sistemi (o micro-sistemi)³¹. Né è sintomo di una diversa natura la formula che compare nel titolo della legge, da cui la nostra analisi prende le mosse: « riassetto », anziché « riordino », come recitava la normativa antecedente³²; essa parrebbe segnalare un approccio

testi unici misti ai codici di settore: profili costituzionali, cit., p. 110. Nell'indagare la dialettica, che dà il nome al suo famoso scritto, il Viora ravvisa, tra i due poli di essa, una definita consequenzialità storica, che ha per spartiacque la fine del XVIII secolo; critico IRTI [vedi *infra*, nota seguente].

28. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 193 s.; su questi temi cfr. dello stesso A., in senso critico nei confronti della netta cesura storica, tracciata dal Viora tra epoca delle consolidazioni ed epoca delle codificazioni, *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*, in *Codice civile e società politica*, 8ª ed., Roma-Bari 2007, p. 71 ss. (ove se ne può leggere la configurazione quali mere « *categorie storiche* »: p. 75).

29. IRTI, *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*, cit., p. 75 (corsivo nel testo); ID., *L'età della decodificazione*, cit., pp. 68, 194. Su questi temi si sofferma, di recente, SENIGAGLIA, *Decentramento legislativo, moltiplicazione dei codici e differenziazione sistemica*, cit., p. 174 ss.

30. Sul carattere della *organicità*, ricollegato in dottrina alla figura del codice in senso proprio, quale suo tratto caratterizzante, si veda l'analisi storica di PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, cit., p. 69 ss.

31. IRTI, « *Codici di settore* »: *compimento della « decodificazione »*, cit., p. 18 s.; di « micro-sistemi » l'A. parla diffusamente in *L'età della decodificazione*, cit., spec. pp. 36 ss, 70 ss., 118 ss., 159 ss.; cfr. ID., *L'ordine giuridico del mercato* (1998), 5ª ed., Roma-Bari 2009, p. 92. Piena condivisione dell'impostazione poli-sistemica nel parere reso dal Consiglio di Stato in merito al progetto di « Codice dei diritti di proprietà industriale » (poi approvato con d.lgs. 30/2005: « Codice della proprietà industriale »; si ricordi che la relativa delega era già prevista in una legge anteriore alla terza legge di semplificazione n. 229/2003, ossia nella l. 273/2002: sul punto, ZACCARIA, *Dall'«età della decodificazione» all'«età della ricodificazione»*, cit., p. 700, nt. 11): vedilo in *Il Consiglio di Stato e la codificazione*, Consiglio di Stato, Ad. Gen., parere 25 ottobre 2004, n. 10548 [estratto: punti 3-4], con commento di B.G. Mattarella, in « *Giorn. dir. amm.* », n. 1/2005, p. 73: « Le codificazioni incentrate sull'unità del soggetto giuridico e sulla centralità e sistematicità del diritto civile stanno, quindi, lasciando spazi a *micro-sistemi legislativi*, dotati di una razionalità più debole, non fondati sull'idea dell'immutabilità della società civile, improntati a sperimentalismo ed incentrati su *logiche di settore*. . . Siamo in una fase storica nella quale all'idea regolativa del codice si è sostituita l'esistenza di *discipline sistematicamente organizzate in una pluralità di codici di settore* » (corsivi miei). Contezza della radicale diversità del fenomeno attuale della c.d. “codificazione” contemporanea, rispetto alla (vera e propria) codificazione moderna, mostra il Mattarella, nel commento al parere suddetto, *ivi*, p. 79.

32. Cfr. ZACCARIA, *Dall'«età della decodificazione» all'«età della ricodificazione»*, cit., p. 697 ss.; *Il Consiglio di Stato e la codificazione*, cit., p. 73 ss.