

gresso, che suppone il Carnelutti, ma sarebbe il regresso verso una concezione, indubbiamente razionale, ma che maturò in un ambiente sociale e giuridico, cui erano del tutto ignoti i presupposti spirituali del moderno diritto del lavoro²⁸. Fermarsi alla *locatio operarum* del diritto romano postclassico equivarrebbe accontentarsi di uno strumento giuridico ibrido ed irrazionale. Bisogna, dunque, andare avanti, e rinnovare.

Il giurista romano, ove fosse vissuto in un ambiente corrispondente a quello moderno, non avrebbe esitato²⁹. Io penso che non debba esitare il legislatore moderno. Il principio della collaborazione del lavoratore con l'imprenditore, se non vuol rimanere una vuota formulazione, esige di essere valorizzato e integrato con quello reciproco della collaborazione dell'imprenditore col lavoratore: esso esige che il contratto di lavoro, svincolandosi appieno dal vieto schema della *locatio-conductio*, sia riversato nello schema, anch'esso romano, della *societas*³⁰.

5. PERIZIA DELL'INTERPRETE E IMPERIZIA DEL LEGISLATORE.

1. Recentemente N. Irti ha sottoposto ad un'analisi minuziosa e sottile il nuovo testo dell'art. 123 c.c., così come formulato dall'art. 18 della l. 19 maggio 1975 n. 151, concludendo con l'aspro richiamo a « gli zelanti novatori del nostro diritto privato ad un uso più vigile e accorto della tecnica delle definizioni legislative » e aggiungendo, per buona misura, che « la 'volontà politica' e l'ansia di riforme rischiano di essere compromesse o tradite dall'imperizia tecnica, che, in luogo di dare risposta ai problemi, li aggrava ed esaspera »¹.

L'Irti non è stato il solo a contestare, prima o dopo il varo della riforma, l'art. 123. Mi limito a citare, a puro titolo di esempio, le precedenti considerazioni di F. Dall'Ongaro in ordine al testo approvato

²⁸ V. gli autori cit. *retro* nt. 16.

²⁹ Parlo del « giurista » romano (e non del « legislatore »), supponendo ben nota la caratteristica funzione, sostanzialmente creativa di diritto, della giurisprudenza romana: v. GUARINO, *Storia del diritto romano* (1948) 210 ss., 296 ss.

³⁰ Per la dimostrazione che dal contratto di lavoro non scaturisse, *de iure condito*, un rapporto giuridico associativo, v. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni* cit. 35.

* In *Diritto e Giurisprudenza* 92 (1977) 1 ss.

¹ N. IRTI, *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile? Note sulla tecnica delle definizioni legislative*, in *Diritto e Giurisprudenza* 91 (1976) 481 ss.

dal Senato² e quelle successive di G. B. Ferri in alcune sue « note sparse » sul diritto di famiglia³. Per il primo, « l'articolo in esame avrebbe . . . meritato migliore attenzione critica » e concorre a dimostrare che la riforma « qualitativamente rappresenta un regresso rispetto all'alto livello tecnico degli articoli del codice che ha sostituito »; per il secondo, « il richiamo operato dal legislatore all'istituto della simulazione è quanto mai anomalo » e l'impressione dominante destata dall'art. 123 è quella della « perplessità »⁴.

Fortuna che l'infelice articolo 123 non sia capitato sotto gli occhi di un novello Clemenceau, o di chi altro disse che la guerra è una cosa troppo complessa per farla fare ai generali. Ne sarebbe uscita, in esplicito, l'affermazione che le leggi son cose troppo complicate per farle fare al Parlamento.

2. Bene. Non è la prima volta, e non sarà certo l'ultima, che la perizia degli interpreti mette a nudo l'imperizia del legislatore.

L'imperizia del legislatore spesso c'è e si vede. Ma, a parte il fatto che il mestiere del legislatore è un mestiere estremamente difficile (tanto più difficile quando si svolga per il medio degli istituti di democrazia), direi che qualche volta la perizia dell'interprete è inquinata da una pericolosa presunzione: la presunzione del valore dogmatico, assoluto, indiscutibile di certe amate e ammirate (e ammirevoli, spesso) impalcature concettuali, che tuttavia non sono e non possono essere fondate se non sul dato storico, e quindi sul mutevole, del diritto positivo.

Personalmente, tornando al punto di partenza, non me la prenderei poi tanto per il fatto che la « simulazione » ex art. 123 (nuovo testo) è diversa dalla « simulazione » ex art. 1414 ss. c. c. Vorrà dire che una delle due (e, si badi, non necessariamente la prima) è anormale rispetto all'altra, sí che d'ora in poi parleremo in dottrina (come pur tanto spesso succede) di un accordo simulatorio « proprio » e di un accordo « improprio », o in altri modi differenziativi del genere. Né mi spingerei, sempre personalmente, a lodare l'« alto livello tecnico » del codice del 1942, ed in particolare di quel discontinuo libro primo del 1939-1942 in cui

² F. DALL'ONGARO, *Prime impressioni sul testo definitivo della legge di riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam. e delle persone* 4 (1975) 578 ss.

³ G. B. FERRI, *Note sparse sul diritto di famiglia*, in *Diritto e Giurisprudenza* 91 (1976) 801 ss.

⁴ Più benevolo G. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano* (Torino 1976) 171 ss., con rilievi peraltro non sempre persuasivi.

si legge, tanto per fare un esempio, di « annullamenti » che forse sono, almeno secondo alcuni, declaratorie di nullità.

Certo, il livello tecnico della legge sul diritto di famiglia e di altre leggi di riforma del codice è visibilmente inferiore al livello medio del testo riformato; certo, l'art. 123 della legge di riforma poteva bene, con un minimo di riflessione, essere scritto meglio, tanto più che non vi era alcuna necessità, almeno stavolta, di distorcere un linguaggio legislativo e dottrinale ormai saldamente affermato; certo, la prima stesura della disposizione, pur non essendo perfetta, era notevolmente migliore⁵; ma andiamo all'essenziale. L'essenziale sta nello stabilire se la riforma sia venuta utilmente incontro ad una esigenza reale, quella della lotta ai « *senes coëmptionatores* », che era in passato causa di incertezze e discussioni in dottrina e giurisprudenza, e se il sistema dell'annullamento, introdotto dal legislatore, possa considerarsi produttore.

A tal proposito, una giovane studiosa, M. Costanza, ha dato prova invidiabile di garbo e di maturità⁶. Senza nascondersi i difetti della formula legislativa, ella ha concluso una sua approfondita disamina nel senso che « ben poco rilievo avrà la disposizione in parola nella sistematica del diritto matrimoniale, mentre notevole sarà l'utilità pratica, di cui si avvarranno in modo particolare i nostri giudici, che si trovavano in difficoltà sotto la vigenza del codice del 1942, ogni volta che si presentava al loro giudizio un caso di matrimonio 'abusivo' ». Conclusione, a mio avviso sommessamente, da accogliere.

3. La perizia tecnica del legislatore è ovviamente desiderabile, ma essa non deve essere tale da condizionare la sua funzione propria. La funzione propria del legislatore, o almeno di un legislatore degno di questo nome, è quella di andare alla ricerca delle nuove e moderne istanze sociali e di adeguare anzi tutto e sopra tutto ad esse le sue novità.

Non sempre le novità legislative sono conciliabili con le concezioni consolidate della dottrina e, prima ancora, della tradizione. Ben venga, quindi, colto e meditativo, l'interprete a « razionalizzare », se così si può dire, le innovazioni legislative ed a cercare di inserirle, senza forzare, nel quadro dell'ordinamento.

⁵ Art. 17 del progetto unificato: « Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando è stato contratto in base ad un accordo tra gli stessi diretto ad escluderne gli effetti ed esclusivamente come mezzo per il raggiungimento di altri effetti del tutto estranei al matrimonio stesso ».

⁶ M. COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.* 22 (1976) 2, 682 ss., spec. 690 ss.

