

Enrico del Prato

Le basi del diritto civile

QUINTA EDIZIONE



Giappichelli

Il diritto privato

1. Premessa

Per tradizione il corso si chiama *Istituzioni di diritto privato* Istituzioni evocando le opere di giuristi romani destinate ad avviare agli studi giuridici, le *Institutiones*. Il testo più noto è quello di Gaio, in ampia parte ripreso nelle *Institutiones* giustinianee. Il termine 'istituzioni' allude ai primi rudimenti e ad uno studio sistematico della materia a livello generale.

Un carattere del diritto privato è di creare il corredo terminologico del giurista. Esso è il diritto più antico, quello più classico, da cui si sono formate le linee del diritto contemporaneo; fornisce termini, nozioni, definizioni, concetti, categorie che si trovano in tutti i sistemi giuridici e nelle altre branche del diritto.

La base concettuale è tradizionalmente attinta dal diritto privato. Esso ha un'attitudine universale perché assolve ai bisogni della persona: potremmo dire che è il "cibo" della società.

Il diritto non è una scienza dell'essere, ma del dover essere: è una scienza assiologica. Esso, a differenza di molte scienze naturali, si esprime attraverso parole proprie del linguaggio corrente. Ciò, per un verso, è una facilitazione perché lo rende rapidamente intellegibile; per altro verso, una ragione di difficoltà perché le medesime parole, nel linguaggio giuridico, possono avere un significato diverso da quello che assumono nel linguaggio corrente [ad es. la parola *ripetere*, che nel linguaggio comune ha il significato di fare nuovamente, nel lessico giuridico ha il significato latino di recuperare; la parola *tradizione*, che nel linguaggio corrente ha il senso della trasmissione di un uso, nel significato giuridico si riferisce alla consegna della cosa, dal latino *tradere*].

La realtà giuridica è fatta di parole perché esprime i fatti e li qualifica nella dimensione giuridica: il linguaggio, dunque, non può essere approssimativo.

2. Il diritto privato e le categorie

Le categorie sono criteri di organizzazione del pensiero, di classificazione dei fenomeni; quelle giuridiche rappresentano l'emersione della realtà nella dimensione giuridica.

L'esigenza di un'unica visione del sistema giuridico, la ricerca di un'elaborazione delle categorie ordinanti del diritto privato in una dimensione globale è tanto più avvertita oggi in quanto la globalizzazione dell'esperienza giuridica induce a dover concepire tutti i fenomeni giuridici in una prospettiva totalizzante.

*Vocazione alla
globalità del
diritto privato*

Al di là delle singole esperienze giuridiche – ogni Stato ha il suo sistema giuridico – vi sono fenomeni sostanzialmente uguali dappertutto, seppure nelle diversità derivanti dai profili etnologici ed antropologici.

Il diritto privato ha un'attitudine alla globalità, e le categorie ordinanti si sono diffuse partendo dall'esperienza del diritto romano.

3. Dal diritto romano al giuspositivismo

Come il pensiero filosofico nasce nell'antica Grecia, l'elaborazione del diritto nasce a Roma.

Il diritto romano è l'origine dei sistemi giuridici contemporanei.

Questo non vuol dire che il diritto romano sia ancora in vigore (salvo dove lo è espressamente, come, sia pure in parte, nella Repubblica di San Marino e in Scozia). Esso si studia solo come materia storica, ma i concetti giuridici con i quali dialoghiamo vi trovano le loro radici. Esso è tuttora studiato con interesse in Estremo Oriente, in Sudamerica ed anche nei Paesi di *Common law*.

Questa è la tradizione su cui si fondano le categorie concettuali che nascono dalla organizzazione dei rapporti patrimoniali tra privati.

Diritto e Stato

Oggi vediamo il diritto in una prospettiva positivista. Nella concezione positivista, il diritto è espressione della sovranità di uno Stato. Questa è una caratteristica dell'era moderna; nell'antichità il diritto privato, anche quando era collegato ad uno Stato, non si manifestava attraverso le fonti formali, cioè le leggi, con cui si manifesta oggi.

Il diritto nasceva dalla società, era esperienza giuridica, ma non c'erano leggi né codici. In passato il diritto privato non derivava da una fonte esterna, ma nasceva dall'opera dei giudici e dei giuristi, i quali, praticandolo, lo creavano.

La trasposizione del diritto in leggi ha, sì, origine risalente all'epoca romana, ma in quell'esperienza si trattava essenzialmente di leggi che ordinavano i rapporti pubblicistici, riguardanti l'organizzazione dello Stato. Leggi formali

Il diritto privato romano non era costruito attraverso categorie concettuali come soggetto, beni, proprietà, autonomia privata, illecito, responsabilità. Nasceva dall'analisi di questioni derivanti da casi concreti. Impiegava in gran parte criteri di analisi che ritroviamo nella filosofia (si poneva la *quaestio* e, attraverso le *disputationes*, si arrivava ai *responsa*).

Il diritto privato romano era rappresentato dai *responsa* dei giureconsulti, raccolti nel Digesto (detto anche Pandette), testi che nei secoli sono stati oggetto di numerose interpolazioni, tant'è che gli storiografi e gli analisti hanno cercato di stabilire quanto fosse di origine romana e quanto frutto di interpolazione medievale, dei glossatori e dei commentatori. Digesto

Dalla sedimentazione di questa esperienza sono nate le legislazioni civili moderne, che, nella loro più solenne manifestazione, sono state affidate ai codici civili.

Fino alla fine del Settecento non c'erano codici; esisteva il diritto romano comune (cioè elaborato dalla tradizione medievale), che si applicava in tutta Europa: il diritto comune, lo *ius commune*, a cui si affiancavano gli *statuta*, cioè le leggi speciali di determinati Paesi, di determinati Comuni, che creavano altrettanti diritti singolari, cioè deroghe al diritto comune.

Soprattutto dopo la rivoluzione francese e con l'avvento dello Stato moderno, il diritto privato è diventato essenzialmente appannaggio della legislazione statale: si è voluta creare una legislazione statale che regolamentasse i rapporti di diritto privato.

I codici sono la più sontuosa espressione del giuspositivismo, e cioè dell'idea che il diritto promani dallo Stato.

4. Le codificazioni e l'età postcodicistica

Con i codici ha inizio il diritto privato contemporaneo: il codice civile francese del 1804, il codice civile austriaco del 1811, il codice civile italiano del 1865, il codice di commercio italiano del 1882, il codice civile tedesco del 1900, il nostro codice civile del 1942, e tanti altri codici.

L'apogeo dell'era dei codici probabilmente può datarsi intorno alla prima metà del secolo passato: il codice era l'utensile entro il quale trovare tutte le norme.

Codice civile A volte i codici sono venerati: si pensi al codice francese rimasto un'icona appartenente alla tradizione, pur essendo rielaborato in tante parti, così come il codice tedesco.

Il nostro codice del '42 è un'opera di buon livello tecnico, che ha racchiuso in un unico volume, in un unico corpo di norme, sia il diritto civile sia il diritto commerciale (che è una branca del diritto civile), in ampia parte fondendo i due sistemi.

Dopo il 1942 si sono succeduti molti avvenimenti di rilievo.

Costituzione Innanzitutto, nel 1948 è entrata in vigore la Costituzione che è il complesso di norme di rango più elevato, quelle che fondano la legittimità – detta, appunto, costituzionale – delle norme poste da leggi ordinarie.

I principi costituzionali sono tali da impregnare anche i rapporti di diritto privato e da prevalere sulle norme del codice civile quando regolano questi rapporti.

Norme programmatiche e norme precettive Si afferma che le norme della Costituzione si distinguono in programmatiche e precettive. Le norme programmatiche si rivolgono al legislatore [con questo termine si indica il Parlamento] – cioè indicano un fine che il Parlamento deve perseguire adottando norme ordinarie –; quelle precettive sono immediatamente vincolanti: ad es., quelle che affermano la dignità della persona, la solidarietà, la sussidiarietà e il pluralismo (art. 2), il principio di uguaglianza (art. 3), la tutela della salute (art. 32), il riconoscimento della famiglia (art. 29), i diritti e i doveri dei genitori verso i figli (art. 30), quelle che stabiliscono che la retribuzione del lavoratore deve assicurare a lui ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa (art. 36).

Ma la distinzione è relativa, perché tutte le norme sono concepite per essere applicate. Anche quelle il cui tenore appare rivolto al legislatore costituiscono un parametro interpretativo delle norme ordinarie: alle quali va, quindi, attribuito un senso coerente a tutte le regole costituzionali.

L'incompatibilità di alcune disposizioni del codice civile col dettato costituzionale ha determinato l'esigenza di modificare la disciplina codicistica.

Famiglia Un esempio eclatante è nella storia della famiglia. Prima della riforma del 1975 (con la l. 29.5.1975 n. 151) la famiglia era patriarcale, il marito era il «capo» della famiglia. Ciò non era coerente con la uguaglianza morale e giuridica dei coniugi stabilita dalla Costituzione (art. 29): donde la necessità di modificare le norme del codice civile per adattare al dettato costituzionale. Prima della riforma del

1975 si era posta la questione di costituzionalità di molte altre norme codicistiche non coerenti con la Carta fondamentale: e, mano a mano, le norme ordinarie sono cadute sollecitando un integrale ripensamento della materia.

Altre significative novità nel sistema delle fonti vengono dalla nascita della Comunità Economica Europea, fondata nella seconda metà degli anni '50, ora Unione Europea, con la conseguente emanazione di norme privatistiche di matrice europea.

*Unione
Europea*

Molte nuove norme di legge sono state dettate per regolamentare in maniera più analitica determinati rapporti: materie, prima regolate solo dal codice civile o che non vi erano contemplate, ora sono disciplinate in leggi autonome (le cosiddette leggi speciali o complementari): per esempio, la legge sullo scioglimento del matrimonio (l. 1.12.1970 n. 898), successivamente novellata [la novellazione significa la modifica delle disposizioni di una legge: essa avviene ad opera di una legge successiva]; le leggi in materia di diritto del lavoro, come il c.d. Statuto dei lavoratori (l. 20.5.1970 n. 300), che contiene una disciplina centrale del rapporto di lavoro subordinato, ampiamente novellata anche di recente; la disciplina delle locazioni di immobili urbani a partire dalla l. 27.7.1978 n. 392; la disciplina dei contratti agrari, regolata da tante leggi speciali fino alla l. 3.5.1982 n. 203; quella delle attività bancarie, regolata dal d.lgs. 1.9.1993 n. 385 (c.d. testo unico bancario – TUB – ampiamente novellato), e delle attività finanziarie, regolata dal d.lgs. 24.2.1998, n. 58 (c.d. testo unico finanziario – TUF –, anch'esso ampiamente novellato).

Leggi speciali

Novellazione

La proliferazione delle leggi speciali in qualche misura ha scalfito la centralità del codice civile nella disciplina dei rapporti di diritto privato.

5. *Il diritto privato e gli altri diritti*

Il diritto privato è *diritto oggettivo* [con ciò si intende l'insieme delle norme che costituiscono un ordinamento giuridico]. Come si colloca il diritto privato nella esperienza giuridica rispetto alle altre materie studiate all'università? Occorre distinguere il rapporto con le discipline privatistiche e con le altre materie (diritto pubblico, diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto penale, diritto internazionale, diritto ecclesiastico, diritto tributario e così via).

Il diritto privato regola i rapporti tra privati. Essi sono rapporti anzitutto sociali, regolati perché hanno rilevanza per la collettività. Spesso occorre stabilire quando un rapporto meramente socia-

Rapporti sociali

Convivenze le superi la soglia della giuridicità, cioè divenga giuridicamente rilevante: è questo, ad es., il problema delle convivenze non matrimoniali e degli accordi che non rivelano l'attitudine a porsi come contratti (su cui *infra*, §§ 90, 160).

Diritto comune Il diritto privato può essere anche definito come il diritto "comune", cioè quello generale, destinato ad operare per tutti in mancanza di specifiche regole, le quali istituiscono prerogative, immunità, privilegi: termini, questi ultimi, con cui si designano appunto le deroghe al diritto comune.

Prerogative, immunità e privilegi

Alcune materie, studiate autonomamente per la loro specificità, ricadono appieno nell'ambito del diritto privato: ad es. il diritto commerciale e le sue articolazioni (il diritto industriale, il diritto bancario, il diritto dei mercati finanziari, il diritto fallimentare, che ha un segmento sostanziale ed un segmento processuale), il diritto della navigazione, il diritto agrario. Il diritto del lavoro ha un cuore privatistico – dato dalla disciplina del rapporto di lavoro subordinato e dal diritto sindacale, che, nell'esperienza italiana, è diritto privato –, e un segmento pubblicistico, costituito dal diritto previdenziale.

Diritto civile Col termine diritto civile si allude, invece, soltanto ad un corso universitario distinto dalle istituzioni di diritto privato per il modo in cui la materia è affrontata: nelle "istituzioni" essa è trattata nella sua generalità; nei corsi di diritto civile si studiano temi monografici [cioè singoli argomenti] con più intenso approfondimento. Il corso di diritto civile serve, dunque, ad affinare e sviluppare il metodo che il corso istituzionale ha fornito.

Diritto privato e diritto pubblico Come si colloca il diritto privato rispetto al diritto pubblico? Anzitutto occorre sfuggire l'errore di credere che le materie in cui è sezionato lo studio del diritto rappresentino settori indipendenti ed autonomi. Esse sono frammenti di una esperienza unitaria, utili per agevolare la comprensione, ma che non impongono una rigida demarcazione di confini. In estrema sintesi: non è la sede in cui una norma è posta a limitarne la portata; le regole dei rapporti privatistici sono conformate anche da norme pubblicistiche, prime fra tutte quelle penali.

Autorità amministrative indipendenti Anche disposizioni contenute in leggi di matrice pubblicistica – pensiamo, fra tutte, a quelle che istituiscono e regolamentano le autorità amministrative indipendenti (su cui v. *infra*, § 7) – hanno sempre più di frequente ricadute nella disciplina delle relazioni tra privati. A prescindere dalla constatazione che l'attuazione coattiva dei diritti si realizza tramite il processo, anche le disposizioni processuali possono avere un'efficienza sostanziale (cfr., ad es., l'art. 659 c.p.c.), così come sono contenute nel codice civile le disposizioni in tema di prove (art. 2697 e segg.) che hanno un'efficienza processuale.

La demarcazione tra diritto pubblico e diritto privato è sempre più affievolita. Non possiamo dire che le finalità perseguite caratterizzino la materia: anche le regole di diritto privato perseguono fini di interesse generale. Né rileva la natura del soggetto che opera, perché lo Stato così come gli enti pubblici, territoriali e non, possono partecipare a rapporti di diritto privato e restare assoggettati alla relativa disciplina (cfr. *infra*, § 189).

Talvolta, però, la natura pubblica del soggetto, che ne impronta le finalità, può provocare una esenzione dal diritto “comune”, cioè dal diritto privato che opera per tutti, configurando prerogative, immunità o privilegi, cioè discipline speciali che – in linea generale (si pensi all’immunità dei parlamentari, art. 68 Cost.; a quelle diplomatiche) – si giustificano in funzione della natura e delle finalità dei soggetti.

*Prerogative,
immunità,
privilegi*

In molti casi – e il fenomeno ha sempre maggiore frequenza – lo Stato ricorre a modelli privatistici adattati con prerogative pubblicistiche per realizzare i suoi fini (pensiamo alle società a capitale pubblico, cioè interamente o prevalentemente partecipate dallo Stato o da enti pubblici).

Un ente pubblico è un soggetto di diritto che si caratterizza per il suo essere pubblico, cioè espressione dello Stato o di un ente pubblico territoriale e per la finalità pubblica che lo impronta. Esso viene costituito con una legge dello Stato o sulla base di una legge dello Stato mediante un provvedimento amministrativo che lo crea.

Un ente pubblico, nel momento in cui, ad esempio, deve eseguire lavori per ristrutturare un edificio, deve impiegare determinati strumenti giuridici, determinati contratti. Esso opera come privato o come soggetto che ha prerogative, ovvero privilegi, che comportano esenzioni dal diritto comune?

La regola è che il diritto comune vale per tutti, soggetti pubblici e soggetti privati, salvo che ci siano eccezioni fondate su specifiche esigenze, le quali sono giuridicamente giustificate purché non menomino il principio di eguaglianza, che è la base di tutti i rapporti.

In questo senso il diritto privato è diritto comune.

Diritto comune

Allora qual è il fondamento della distinzione rispetto al diritto pubblico?

Dicevamo che esso non può risiedere esclusivamente nella qualità del soggetto che è parte del rapporto né nel perseguimento di finalità di interesse generale.

Questi criteri discretivi non hanno più fondamento perché gli strumenti mediante i quali operano i soggetti pubblici sono sempre più frequentemente strumenti propri del diritto privato o caratterizzati da forti connotazioni privatistiche.

Società pubbliche Ad esempio, le società integralmente partecipate dallo Stato o da enti pubblici, territoriali e non, sono, di regola, società per azioni, operano come soggetti privati, e tuttavia sono costituite per finalità pubblicistiche da cui derivano prerogative: per questo hanno disciplina speciale (d.lgs. 19.8.2016 n. 175). Spesso, poi, analoghe finalità sono attribuite a privati mediante provvedimenti amministrativi, come la concessione.

Codice dei contratti pubblici Il d.lgs. 31.3.2023 n. 36 (che ha fatto seguito al d.lgs. 18.4.2016 n. 50, il quale a sua volta ha sostituito il d.lgs. 12.4.2006 n. 163), denominato codice dei contratti pubblici, contiene una specifica normativa per determinati soggetti pubblici o privati (ad esempio, per costruire una caserma un Prefetto può espropriare un terreno o può attribuire la potestà espropriativa al soggetto privato che dovrà farsi carico della costruzione).

Anche nell'ambito del diritto privato – dicevamo – si perseguono interessi della collettività: si pensi alle norme inderogabili, concepite per conferire a certi rapporti una determinata disciplina, o alla conformazione cogente [che, senza sottilizzazioni, significa inderogabile] della proprietà.

Nonostante la penetrazione di interessi pubblici nel diritto privato, il perseguimento di finalità pubbliche mediante modelli privatistici e la tendenza verso l'affievolimento delle prerogative pubblicistiche, permane un nocciolo in base al quale può essere rilevata – per quanto possa valere – la demarcazione tra diritto privato e diritto pubblico.

Sovraordinazione e pariordinazione Esso sta nel fatto che il rapporto tecnicamente pubblicistico è un rapporto fondato sulla sovraordinazione dello Stato o dell'ente pubblico rispetto a un altro soggetto. Il rapporto privatistico, invece, è improntato alla pariordinazione: nel diritto privato, i soggetti sono sullo stesso piano; fondamento del diritto privato è l'eguaglianza. Torneremo su questo punto quando considereremo l'esigenza di attingere le diseguaglianze di fatto (cfr. l'art. 3 Cost.) e gli strumenti – essenzialmente le norme imperative – tramite cui essa è perseguita.

Contratto Ma dalla prospettiva in esame il diritto privato è il diritto dell'autoregolamentazione, cioè dell'accordo e del contratto; il diritto pubblico si manifesta, invece, mediante il provvedimento, cioè mediante l'autorità che detta regole su una sfera giuridica che ad essa soggiace.

Potestà Invero anche nel diritto pubblico da tempo ha attecchito la tecnica delle procedure negoziate (cioè tendenti alla ricerca di un accordo con i soggetti interessati), ma nocciolo del diritto pubblico rimane la sovraordinazione. Essa si spiega perché il potere è attribuito nell'interesse della collettività; il suo esercizio è soggetto a controlli per garantire che persegua lo scopo per cui è sta-

to attribuito. Per questo il potere della pubblica amministrazione [il termine designa l'insieme dello Stato e degli enti pubblici] si chiama tecnicamente potestà, che è un potere attribuito nell'interesse altrui.

Il privato, al contrario, può esercitare, ad esempio, il diritto di proprietà nel suo esclusivo interesse; egli può fare ciò che vuole, salvo il divieto generale di atti emulativi [gli atti volti esclusivamente a recare danno ad altri: art. 833] ed il rispetto dei limiti legali della proprietà, cioè quei limiti – con finalità pubblicistica – dettati da norme imperative che inibiscono al proprietario l'esercizio di determinate facoltà.

Il potere diviene potestà quando è funzionale all'interesse altrui. *Potere*

Anche nel diritto privato ci sono potestà. Sino alla novella sulla filiazione (l. 10.12.2012 n. 219 e d.lgs. 28.12.2013 n. 154) – che ha introdotto la «responsabilità» genitoriale – la più nota era la potestà dei genitori sul minore. Ora residuano quella del tutore (artt. 357, 424) e dell'amministratore di sostegno (art. 404 e segg.), e, in generale, quella di chi è investito di un potere di amministrare nell'interesse altrui. Dunque anche nel diritto privato esistono fenomeni di legittima sovraordinazione, così come nel diritto pubblico si rintracciano procedimenti negoziati e contratti.

Il privato che intende acquisire la proprietà di un bene altrui non può farlo – salvi i casi speciali di retratto [ossia di acquisto forzoso, previsto dalla legge, a tutela delle prelazioni legali (v. § 47); ad es.: artt. 732, 39 della l. 27.7.1978 n. 392] – con un atto unilaterale; invece il provvedimento amministrativo è un atto unilaterale, che può legittimamente incidere sulla sfera del privato, menomandola, come nel caso di espropriazione, che, privando il titolare della proprietà di un bene immobile [per i beni mobili si configura la requisizione] o di alcune facoltà che la caratterizzano, è il più intenso dei provvedimenti ablativi [tali sono i provvedimenti che elidono un diritto]. *Provvedimenti ablativi*

Naturalmente l'esercizio della potestà pubblicistica è retto dal principio di legalità e dalla riserva di legge (art. 97 Cost.), secondo cui il potere amministrativo deve fondarsi sulla legge, e deve articolarsi attraverso un procedimento amministrativo per l'individuazione della soluzione migliore nel pubblico interesse. In quanto funzionalizzata dalla legge, l'attività autoritativa della pubblica amministrazione non è mai libera nei fini. *Riserva di legge*

Si tratta di un procedimento che prevede la partecipazione dei controinteressati [coloro i quali hanno un interesse contrario all'adozione del provvedimento], deve tendere agli interessi in funzione del quale la potestà amministrativa è attribuita, e sfocia in un provvedimento, suscettibile di impugnazione dinanzi all'autorità

giudiziaria amministrativa [Tribunali amministrativi regionali – T.A.R. –, in primo grado, e Consiglio di Stato, in grado di appello].

*Interesse
legittimo*

Chi soggiace alla potestà – pubblica o privata che sia – ha il diritto di sindacare l'esercizio del potere ove esuli dalla funzione che lo legittima. Questo diritto si chiama tradizionalmente, nell'esperienza giuridica italiana, interesse legittimo. Nel diritto pubblico esso tuttora fonda la cognizione della giurisdizione amministrativa [T.A.R. e Consiglio di Stato], nel senso che i provvedimenti amministrativi devono essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo.

*Diritto
soggettivo*

Nel diritto privato, invece, le ipotesi di violazione di interessi legittimi non inducono forme di tutela diverse da quelle tradizionali [cioè dinanzi ai giudici ordinari mediante gli ordinari strumenti processuali], né rimedi diversi dalla tutela in forma specifica [cioè la concreta realizzazione dell'interesse perseguito] o per equivalente [cioè un risarcimento in denaro], sicché la demarcazione tra diritti soggettivi [il diritto soggettivo è un potere tutelato dalla legge per perseguire un determinato interesse] ed interessi legittimi ha un valore soltanto descrittivo, specie da quando si è estesa agli interessi legittimi anche la tutela extracontrattuale (cfr. Cass. 22.7.1999 n. 500), che interviene quando una lesione si realizza indipendentemente da un preesistente rapporto giuridico tra danneggiante e danneggiato (art. 2043 e segg.).

6. Rilevanza giuridica

Giuridicamente rilevanti sono i fatti che entrano nell'area messa a fuoco dal diritto. Tutti gli altri possono avere solo rilevanza sociale.

Uno stesso fatto può essere rilevante in più settori dell'esperienza giuridica.

Abbiamo illustrato alcune delle materie in cui essa viene tradizionalmente frazionata. Consideriamo l'esempio del conducente di un'autovettura che attraversa un incrocio violando il semaforo rosso. Questo caso riguarda, sicuramente, il diritto amministrativo; eventualmente un'altra branca del diritto pubblico, il diritto penale, e il diritto civile. Se non accade nulla di ulteriore c'è solo un illecito amministrativo, che ha rilevanza nei rapporti tra il privato e il Comune che infligge la sanzione amministrativa; se l'infrazione causa un incidente, il fatto rileva nel diritto civile generando l'obbligazione di risarcire il danno (artt. 2043 e 2054); il fatto ha anche rilevanza penale in caso di lesioni personali o omicidio colposo (artt. 582 e segg. e 589 c.p.), riguardando il reato l'intera collettività.

Vi sono, poi, fatti che rilevano esclusivamente sul terreno sociale o morale, sicché non generano un rapporto giuridico, cioè diritti tutelabili in giudizio, e tuttavia costituiscono un efficace supporto degli spostamenti patrimoniali effettuati in esecuzione dei doveri morali o sociali che li caratterizzano, purché effettuati spontaneamente da un soggetto capace di agire e di intendere e di volere (art. 2034). Sul tema torneremo.

*Rapporti sociali
e obbligazioni
naturali*

7. Il diritto privato nelle fonti

Per i diritti contemporanei le fonti sono le regole in cui consiste il diritto.

Per descrivere le fonti del diritto privato occorre muovere dall'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale, le cosiddette preleggi, cioè quel complesso di norme poste preliminarmente al codice civile, ma destinate a operare come criteri generali per tutte le branche del sistema.

Preleggi

L'art. 1 elenca le fonti del diritto; gli articoli seguenti ne illustrano il regime.

Sono fonti le leggi, i regolamenti, gli usi. Questi ultimi sono fonti non scritte.

Leggi

Le norme corporative – ancora presenti tra parentesi nel testo normativo – sono state abrogate. Esse erano espressioni dell'ordinamento fascista, e sono state eliminate con la caduta di quel regime.

Il codice civile è del 1942. Successivamente, nel 1948, è intervenuta la Costituzione, e la sistematica che ne deriva. La Costituzione è essa stessa legge, ma sovraordinata alla legge ordinaria. Dunque, nell'art. 1 disp. prel., «leggi» significa legge costituzionale e legge ordinaria, con l'avvertenza che la prevalenza della legge costituzionale sulla legge ordinaria non è automatica.

Nella nostra esperienza la legge ordinaria che sia contrastante con la Costituzione continua ad essere vigente fino a quando non interviene una sentenza della Corte costituzionale che ne dichiara l'illegittimità costituzionale.

*Costituzione e
legge ordinaria*

Oltre alla legge ordinaria abbiamo le fonti internazionali, che sono i trattati, e le fonti promananti dall'Unione europea.

Le fonti internazionali hanno acquisito rango costituzionale, per effetto della riforma del titolo V della Costituzione attuata nel 2001. L'art. 117 Cost. ha equiparato alla fonte costituzionale i vincoli dettati dai trattati internazionali (cfr. Corte cost. 24.10.2007, nn. 348 e 349), la cui violazione da parte di una legge ordinaria, quindi, genera un'illiceità costituzionale; e ciò benché i trattati internazionali

*Fonti
internazionali*

abbiano necessità di una legge di attuazione, in genere di rango ordinario, per produrre efficacia in Italia.

L'ordinamento europeo è ordinamento sovranazionale, è un sistema ordinamentale unico, nel cui contesto si inquadrano gli ordinamenti dei singoli Stati.

Regolamenti europei I regolamenti europei hanno la stessa natura delle norme di legge; le direttive, invece, devono essere attuate attraverso leggi nei singoli ordinamenti, salvo che siano dettagliate al punto da essere immediatamente applicabili, e quindi sostanzialmente equiparate ai regolamenti (c.d. *self-executing*): nel qual caso se ne afferma la diretta efficacia.

Direttive europee

In questo modo l'ordinamento italiano si interseca con quello europeo e si collega alla dinamica internazionale.

Una sia pur succinta riflessione sulle fonti non può trascurare il problema della prassi nella formazione delle leggi.

Decreti legge L'art. 77, 2° comma, Cost. disciplina l'adozione dei decreti-legge (atti normativi equiparati alla legge) da parte del governo, che – diversamente da quanto si può ragionevolmente pensare guardando all'esperienza dell'ultimo cinquantennio – è consentita nei soli casi straordinari di necessità e urgenza. Ma la prassi è tale per cui si emanano decreti-legge ben oltre questi casi, e la Corte costituzionale non ha mancato di censurare questa abitudine.

Anche i decreti-legge – che hanno efficacia provvisoria perché vanno convertiti in legge dal Parlamento, pena la loro decadenza – hanno rilevanza nell'ambito dei rapporti di diritto privato.

Decreti legislativi Equiparati alla legge sono anche i decreti legislativi, che sono emanati dal governo su delega del Parlamento, ed entro i limiti di tale delega (sono, infatti, detti anche decreti delegati).

Regolamenti Nell'art. 1 disp. prel., dopo la legge sono menzionati i regolamenti, i quali sono subordinati alla legge: sono norme secondarie poste dal Governo o da altre autorità amministrative, il cui potere regolamentare si fonda su legge ordinaria.

Essi sono strumenti di normazione secondaria. Vigono in base ad un rapporto con la legge ordinaria che non è dissimile da quello tra legge ordinaria e legge costituzionale: il regolamento deve essere coerente con la legge ordinaria, come la legge ordinaria con la legge costituzionale. Il regolamento, dunque, può essere viziato per violazione di legge, e la relativa censura è formulata dinanzi al giudice amministrativo.

Delegificazione Soprattutto a partire dagli anni '90 la teoria delle fonti si è molto intricata per interventi non solo a livello europeo e internazionale, ma anche a livello interno: al principio gerarchico si è affiancato il principio di competenza. Ad esempio, paradossalmente, proprio una legge (l. 23.8.1988 n. 400) ha introdotto un istituto pensato per

semplificare il sistema e che, tuttavia, ha generato anche nuovi problemi: la cosiddetta delegificazione (che non vuol significare meno norme, ma meno norme di legge, conferendo al Governo o ad altre autorità il potere di regolare determinati rapporti).

Anche il principio di competenza potrebbe fondarsi su una legge. Alcune leggi hanno individuato specifiche competenze sezionali in determinati settori in cui hanno creato autorità amministrative indipendenti.

Autorità amministrative indipendenti

Tra le più antiche, possiamo annoverare la Banca d'Italia, che ha poteri regolamentari nell'esercizio dell'attività bancaria. Ricordando quanto abbiamo detto precedentemente circa lo svolgimento di funzioni pubbliche mediante "abiti" privatistici, dobbiamo aver presente che la Banca d'Italia ha una struttura del tutto analoga a quella di una società per azioni, sebbene sia definita "istituto di diritto pubblico".

Sono altre autorità indipendenti che possiamo ricordare la Consob, che ha funzione di regolare i mercati finanziari; la c.d. Antitrust, che regola la concorrenza; l'Agcom, che regola le comunicazioni; l'IVASS, che opera in materia di attività assicurativa.

Anche le autorità indipendenti dettano regole di diritto privato; e la loro potestà regolamentare secondaria è divenuta capillare.

La normazione delle autorità amministrative indipendenti

Anche questa potestà deve fondarsi sulla legge: serve una norma di legge che istituisca l'autorità indipendente e le attribuisca funzioni e competenze regolamentari.

In molti casi le leggi istitutive hanno un contenuto estremamente ampio, demandando all'autorità indipendente tutta la regolamentazione di determinati rapporti.

La fonte primaria rimane comunque la legge, ma le attività ed i rapporti privatistici che ne derivano sono regolati, oltre che dalle norme primarie [cioè aventi rango di legge], anche dalle norme dettate dall'autorità indipendente, che sono norme secondarie.

Tali norme secondarie possono dettare regimi in deroga a norme primarie derogabili e possono finanche atteggiarsi come norme inderogabili, a condizione che ciò rientri nella competenza dell'autorità che ha emanato la disciplina e sia funzionale all'interesse per cui l'autorità è stata costituita. È quanto accade, ad esempio, quando si tratta di integrare il contenuto di contratti di utenza con disposizioni inderogabili dettate, nell'interesse degli utenti, dall'autorità indipendente che regola il settore (cfr., con riguardo alla normativa dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, Cass. ord. 27.6.2012 n. 10730, Cass. ord. 13.7.2012 n. 11992, Cass. ord. 8.11.2012 n. 19333).

8. Norme inderogabili e norme derogabili

Avendo accennato alla distinzione tra norme derogabili e norme inderogabili, è d'uopo chiarire di cosa si tratta.

Norme inderogabili, cogenti, imperative

Sono norme **i n d e r o g a b i l i**, definite anche norme **c o g e n t i** o **i m p e r a t i v e**, quelle che inibiscono all'autonomia privata di esplicarsi liberamente: ad es. fissano corrispettivi minimi o impongono clausole (art. 1339); vietano una attività o la vietano a certe condizioni. Esse prevalgono sull'atto di autonomia privata.

Se la legge stabilisce che un determinato atto di autonomia privata non può produrre effetti, esso è inefficace. Se l'inibitoria di effetti è parziale, esso sarà inefficace nella sua interezza – e quindi del tutto improduttivo di effetti – solo se la parte restante non possa giustificarsi autonomamente (art. 1419, 1° comma) e se le norme imperative non attuino una operazione ortopedica sull'atto, sostituendosi alle clausole nulle (art. 1419, 2° comma).

Norme imperative materiali

Talvolta l'inderogabilità di una norma è sancita entro un determinato assetto di interessi, come accade per le prescrizioni circa la forma (artt. 1325, n. 4 e 1350), o in funzione di un effetto la cui cogenza è voluta solo in una determinata relazione (cfr., ad es., l'art. 27 della l. 27.7.1978 n. 392). In altri casi l'inderogabilità vieta un effetto a prescindere dal titolo che lo ha prodotto, cioè dall'atto di autonomia su cui esso si fonda. In questi casi l'effetto è sempre vietato: le norme che lo inibiscono possono essere definite norme imperative materiali o effettuali, perché guardano alla sostanza dell'effetto prescindendo dai modelli di autonomia impiegati per realizzarlo (cfr. *infra*, § 63).

Le norme inderogabili sono strumentali al perseguimento di un interesse collettivo. L'atto di autonomia privata che collide con le norme inderogabili è nullo (art. 1418, 1° comma), improduttivo di effetti.

Norme primarie e norme secondarie possono imporre un determinato contenuto all'autonomia contrattuale.

Norme derogabili, dispositive, suppletive

Le norme **d e r o g a b i l i**, dette anche **d i s p o s i t i v e** o **s u p p l e t i v e**, si applicano per la parte non regolata dall'atto di autonomia privata. Diversamente dall'ordinamento giuridico, che non ammette lacune, l'atto di autonomia privata può essere incompleto: le norme derogabili intervengono là dove l'atto di autonomia privata non regola. L'art. 2225 (secondo il quale il corrispettivo di prestazioni di lavoro autonomo, se non è determinato dalle parti e non è determinabile in base a tariffe professionali o usi, è stabilito dal giudice) è un esempio emblematico di norma derogabile (v. *infra*, § 63).

L'esempio più eclatante di norme inderogabili è dato dalle norme penali, sottratte alla disponibilità dei privati. Un contratto che detta un assetto di interessi vietato da una norma penale è nullo. *Norme penali*

La tutela di specifici interessi ha indotto norme inderogabili minuziose.

Tale, ad es., è quella contenuta nell'art. 18 della l. 20.5.1970 n. 300 (il cosiddetto "Statuto dei lavoratori" da ultimo novellato dalla l. 28.6.2012 n. 92), che regola il licenziamento del lavoratore subordinato nell'ambito di imprese di determinate dimensioni. Il rapporto di lavoro subordinato deriva da un contratto di durata. Il recesso del lavoratore si chiama dimissioni, il recesso del datore di lavoro licenziamento. Principio generale è la libera recedibilità dai contratti a tempo indeterminato. L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori menoma tale principio: esso è norma inderogabile che limita la facoltà di licenziamento.

Le norme inderogabili hanno forti riflessi sull'economia, tendono a favorire od impedire determinate scelte: ma con ciò siamo sul terreno socio-economico, e dunque di politica del diritto.

9. I codici deontologici

Nel chiudere il novero delle fonti scritte è opportuno considerare i codici deontologici e la portata del principio di sussidiarietà.

I codici deontologici – o di autodisciplina – possono essere formati da associazioni private (di cui parleremo più innanzi, *infra*, § 191) o da enti pubblici associativi rappresentativi di una categoria e costituiti con legge: si pensi a quelli delle professioni, ad esempio a quelli dei medici, degli avvocati, degli architetti, dei giornalisti. Quando i codici promanano da questi enti pubblici vanno annoverati tra le fonti del diritto.

Nel nostro ordinamento, come anche in altre esperienze giuridiche, l'esercizio di determinate professioni non è liberalizzato, ma è necessaria l'iscrizione ad un ordine. Gli ordini professionali servono per garantire un livello qualitativo minimo. La violazione delle regole secondo cui, per esercitare una determinata professione, è necessario aver conseguito un'abilitazione ed essere iscritti ad un albo professionale è rilevante penalmente, perché costituisce esercizio abusivo della professione (art. 348 c.p.). *Ordini professionali*

Gli ordini professionali regolano lo svolgimento delle rispettive professioni.

Nell'esercizio di questa attività pubblicistica, gli ordini emana-

no regole rivolte agli iscritti: le quali vanno sotto il nome di codici deontologici.

“Deontologico”, come dice la parola stessa, allude, in primo luogo, ai criteri etici di comportamento dovuti nell’esercizio di una determinata professione.

Quale rilevanza hanno oggi i codici deontologici?

*Rilevanza
dei codici
deontologici*

In astratto tre tipi di rilevanza: essere norme di carattere morale, enunciando criteri ai quali chi esercita una determinata professione deve attenersi, senza avere una diretta portata giuridica; rilevare nei rapporti tra iscritto ed ordine, nel senso cioè che la violazione di una regola deontologica non costituisce, in sé, illecito nei confronti del terzo con il quale era in contatto il professionista, ma incide solo nei rapporti con l’ordine come possibile fondamento di sanzioni disciplinari (ad es. un avvocato non può assumere un incarico contro una persona di cui era stato poco tempo prima difensore: la violazione può essere punita dal consiglio dell’ordine con una sanzione, la quale è chiara espressione della potestà pubblicistica dell’ordine professionale sull’iscritto).

La terza forma di rilevanza – quella più recentemente emersa e che possiamo ritenere consolidata – attribuisce alle disposizioni dei codici deontologici una rilevanza generalizzata, dunque anche nei confronti del terzo con il quale il professionista è in contatto, costituendo la base su cui valutare la diligenza nell’adempimento delle prestazioni professionali e, di riflesso, la responsabilità del professionista.

Un ulteriore, e molto significativo, grado di rilevanza dei codici deontologici si configura quando determinate norme di legge rimettono a un codice deontologico il compito di fissare le regole di legittimità di un certo comportamento, e dunque di stabilire criteri di comportamento a ciò funzionali.

Il d.lgs. 30.6.2003 n. 196, che va sotto il nome di codice in materia di protezione di dati personali, pone una disciplina a tutela dei titolari di tali dati nelle varie circostanze in cui essi vengono in considerazione, favorisce la formazione di codici di deontologia e buona condotta in materia ed ha una specifica sezione dedicata all’attività giornalistica (art. 136 e segg.).

*Codice
deontologico
dei giornalisti*

In queste norme il decreto attribuisce all’ordine dei giornalisti di stabilire i criteri di legittimità della divulgazione di notizie che riguardano i dati personali e la riservatezza di un dato soggetto (art. 139). La legge rinvia al codice deontologico, il cui contenuto acquista sicura rilevanza normativa nei rapporti tra i privati, perché la sua violazione si traduce in una violazione dello stesso codice per la

protezione dei dati personali e quindi costituisce causa di illegittimità della divulgazione di notizie o immagini.

L'attività giornalistica è funzionale alla divulgazione di notizie, ma la legittimità del suo esercizio presuppone che la notizia abbia rilevanza sociale, cioè interesse pubblico, sia formulata con continenza e sia vera. Quando si tratta di dati personali o di immagini la legge prevede limiti la cui delimitazione è affidata, da una norma di legge, al codice deontologico dei giornalisti, che diviene, entro questi limiti, una normativa di rango primario.

10. *Il principio di sussidiarietà*

I codici deontologici ci conducono verso il principio di sussidiarietà. Con la sussidiarietà si intende che la regolamentazione di una determinata materia, per quanto possibile, non deve essere dettata dall'alto, ma scaturire dagli stessi interessati nel porre le regole che disciplinano la loro attività.

Il principio ha avuto emersione costituzionale con la l. cost. 18.10.2001 n. 3, che ha novellato il Titolo V della Costituzione, ma lo si riteneva esistente anche precedentemente.

Con il principio di sussidiarietà si promuove anche l'autoregolamentazione privata, che, con la novella del 2001, ha acquistato in qualche misura rango costituzionale.

Autoregolamentazione

Si negava che l'autonomia privata in sé beneficiasse di diretta copertura costituzionale. Si riteneva, in altre parole, che essa avesse copertura costituzionale solo in quanto esercizio di diritti garantiti dalla Costituzione (la proprietà, art. 42 Cost.; l'iniziativa economica privata, art. 41 Cost.).

Con il nuovo testo dell'art. 118, ult. comma, Cost. che contempla il principio di sussidiarietà, l'autonomia privata funzionale allo «svolgimento di attività di interesse generale» ha una diretta copertura costituzionale.

La collocazione della norma, tuttavia, non è particolarmente eloquente: non è nei principi fondamentali, né nei diritti e doveri dei cittadini, ma nel titolo relativo all'organizzazione dello Stato e degli enti pubblici territoriali (Regioni, Province, Comuni, Città metropolitane) e contempla l'autonomia privata in funzione di attività di interesse generale (nel caso del codice deontologico dei giornalisti, l'attività giornalistica è funzionale all'interesse della collettività, e ciò vale anche per altre attività relative alla cultura, all'insegnamento, alla sanità, ecc.).

*Copertura
costituzionale
dell'autonomia
privata*

Qui possiamo dire che l'autonomia privata ha copertura costituzionale nel senso che sarebbe incostituzionale la legge che contrastasse con il principio di sussidiarietà e impedisse all'autonomia privata quelle legittime esplicazioni volte ad esercitare e a regolamentare determinate attività di interesse generale.

*Sussidiarietà
sociale e
sussidiarietà
istituzionale*

Stiamo parlando della cosiddetta sussidiarietà "sociale" o "orizzontale", che differisce dalla sussidiarietà istituzionale o verticale (artt. 118, 1° comma, e 120, 2° comma, Cost.), che ha una esplicita matrice europea (art. 5, 1° comma, TUE) ed è tutta calata nell'ambito del diritto pubblico perché riguarda il rapporto tra gli enti pubblici territoriali (Comuni, Città metropolitane, Province, Regioni, Stato): essa consiste nel principio che le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni a meno che occorra assicurarne l'esercizio unitario (art. 118, 1° comma, Cost.); e solo dinanzi all'inerzia del soggetto legittimato può, a determinate condizioni, intervenire l'autorità governativa o di rango superiore (art. 120, 2° comma, Cost.).

La sussidiarietà sociale pone, invece, un limite all'intervento pubblico dinanzi all'esercizio privato di determinate attività di interesse generale. L'art. 118, ult. comma, Cost. recita «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Si tratta di un canone la cui portata può essere accresciuta se lo si intende nel senso di legittimare l'autoregolamentazione privata di tali attività. Ne è testualmente espressione il d.lgs. 3.7.2017 n. 117, denominato Codice del Terzo Settore, il quale ha innovato la disciplina degli enti privati (e infatti ne parleremo nel capitolo sugli enti, *infra*, § 190) che svolgono attività di interesse generale, promuovendone lo sviluppo.

11. La pluralità degli ordinamenti giuridici

*Comunità
internazionale*

Questa constatazione ci porta a considerare l'ordinamento giuridico in un'ulteriore prospettiva: quella della pluralità degli ordinamenti giuridici, la quale va considerata tenendo presente che nel diritto contemporaneo il fondamento della giuridicità è nello Stato e nella comunità internazionale, in quanto richiamata dall'art. 117, 1° comma, Cost.

La pluralità degli ordinamenti giuridici può essere percepita in due dimensioni: pubblicistica e privatistica.

Nella dimensione pubblicistica essa ha più articolazioni. Ricor-

re quando occorre individuare l'ordinamento che regola una determinata vicenda [è il problema risolto mediante i criteri di collegamento fissati dalle norme del cosiddetto diritto internazionale privato: l. 31.5.1995 n. 218] o quando la stessa vicenda rileva al contempo in più ordinamenti sovrani [pensiamo al cosiddetto matrimonio "concordatario", che è un matrimonio retto dal diritto canonico ma efficace nel diritto italiano], od ancora quando occorre stabilire se essa rilevi in un ordinamento sovrano ed in un ordinamento sezionale, volto, cioè, ad organizzare specifiche attività in funzione di un determinato interesse [un esempio è nel diritto sportivo, la cui disciplina promana, per regolare i rapporti privatistici, dalle fonti ordinarie, mentre, quanto alle prestazioni sportive, è regolata dall'ordinamento del CONI e delle federazioni sportive, che sono altrettanti enti pubblici che dettano regole delle attività sportive].

*Diritto sportivo
e ordinamenti
sezionali*

La rilevanza dello specifico ordinamento sezionale non è originaria, ma si fonda sull'ordinamento statale. Nell'esempio dell'ordinamento sportivo c'è una legge dello Stato che ha istituito il CONI, attribuendogli una legittimazione normativa.

Il vincolo all'osservanza delle norme di un determinato ordinamento sezionale si fonda su uno *status* determinato: questo è una condizione giuridica del soggetto che costituisce il presupposto di un determinato regime, cioè dell'applicazione di un complesso di norme.

Status

Un esempio – dicevamo – è nell'ordinamento sportivo, in cui l'arbitro è il direttore di gara e applica le sanzioni che sono comminate per la violazione delle regole che presidiano l'esercizio dello sport praticato. Sono regole specifiche, dettate dalle varie federazioni sportive le quali, a loro volta, applicando regole condivise al livello internazionale, pongono le norme per la pratica dello sport di cui si occupano (pensiamo al fatto che una partita di calcio regolamentare può essere disputata solo in un campo di determinate dimensioni; al fatto che il calcio di rigore si tira da 11 metri dalla porta, che quest'ultima deve avere una determinata dimensione e così via).

Oltre alle regole della tecnica sportiva, vi sono regole che rilevano al contempo in un ordinamento sportivo e nell'ordinamento generale, come quelle che disciplinano la cessione dei diritti di utilizzo di un calciatore, la quale avviene secondo l'ordinamento generale, ma è efficace nell'ordinamento del calcio – retto dalla FIGC [Federazione Italiana Giuoco Calcio] – solo se è conforme alle regole di quest'ultimo (cfr. Cass. 5.1.1994 n. 75).

Inoltre la pratica sportiva può attuare le regole di imputazione della responsabilità. Ad esempio, il comportamento doloso o colpo-

so che causi un danno fisico costituisce illecito civile (art. 2043 e segg.) o, addirittura, reato (lesione personale: art. 582 e segg. c.p.). Ciò può escludersi quando il danno derivi da un fallo che rientra nel fisiologico esercizio di uno sport.

La pluralità degli ordinamenti giuridici viene in rilievo, nel versante privatistico, quando sono i privati, mediante la loro autonomia, a creare un ordinamento. Ciò non vuol dire che i privati possano costituire un ordinamento giuridico originario: nell'esperienza contemporanea gli ordinamenti giuridici promanano dagli Stati, e per questo sono ordinamenti sovrani, collegati tra loro o intersecati da trattati internazionali o costitutivi di un ordinamento sovranazionale, come quello dell'Unione europea.

Perciò gli ordinamenti privati soggiacciono all'ordinamento statale, dal quale sono valutati, approvati o riprovati. Si autoregolano i sindacati, i partiti politici, le associazioni, le fondazioni, le famiglie, i circoli, e fin qui siamo nell'ambito del lecito. Ma si autoregolano anche le organizzazioni criminali, che sono ordinamenti giuridici privati caratterizzati da finalità illecita, tant'è che la risposta dell'ordinamento al loro operare è radicalmente negativa e di repressione penale.

Nell'impostazione giuspositivistica dell'era contemporanea l'ordinamento giuridico è formale e statale, sicché l'autonomia dei privati in tanto è rilevante in quanto è riconosciuta e approvata dall'ordinamento giuridico dello Stato.

12. Codici privati

Spostiamo l'attenzione sugli enti privati che esercitano attività di interesse generale cioè attività non lucrative e senza scopo egoistico [lucrativo ed egoistico è lo scopo delle società, che tendono ad un profitto da dividere tra i soci].

Autoregolamentazione

Essi possono essere associazioni, fondazioni (su cui v. *infra*, § 190), e tra i loro scopi possono avere quello di dettare la regolamentazione di determinate attività, con ciò concorrendo al loro esercizio: la regolazione è uno strumento stesso dell'attività.

Determinati imprenditori che esercitano la stessa attività o attività che si intersecano, possono regolamentare tra loro il modo in cui svolgerle nei rapporti con i terzi [il consorzio tra imprenditori è funzionale a questo scopo: art. 2602 e segg.].

I proprietari di case in una determinata zona possono dettare un'autoregolamentazione urbanistica per preservare il paesaggio [a tal fine possono impiegare servitù prediali reciproche eventualmente mediate da un'associazione].

Così come le autorità amministrative indipendenti (v. *supra*, § 7), i diretti interessati possono regolamentare la loro attività, ad esempio per garantire un certo *standard* qualitativo in funzione di interessi particolari o generali.

Questi fenomeni regolamentari si fondano su contratti che hanno una forte attitudine normativa. Si tratta soltanto di atti di autonomia privata (su cui v. *infra*, § 20 ss.) o sono fonti normative?

Si potrebbe ipotizzare che, per effetto del principio di sussidiarietà sociale, essi acquistino una diversa caratura sino ad ipotizzarne la collocazione nel contesto delle fonti dopo i regolamenti e prima degli usi, come può farsi per i contratti collettivi nazionali di lavoro da quando la loro violazione è censurabile per cassazione come vizio di legittimità (art. 360, n. 3, c.p.c.) [dinanzi alla Corte di cassazione, detta anche la Suprema Corte, si possono impugnare le sentenze adducendo solo determinati vizi: tra questi la «violazione o falsa applicazione di norme di diritto», a cui, per effetto del d.lgs. 2.2.2006 n. 40, si è aggiunto il periodo «e dei contratti e accordi collettivi di lavoro»]. Ma la questione deve essere ancora adeguatamente approfondita e dibattuta. Per i contratti collettivi nazionali di lavoro essa è risolta al livello normativo (dal citato art. 360, n. 3, c.p.c.), senza, peraltro, una presa di posizione sulla natura normativa o meno degli stessi, la quale si è ritenuta non essenziale allorché una norma esplicitamente li equipari alle norme di diritto ai fini del ricorso in cassazione.

*Contratti
collettivi
nazionali di
lavoro*

Ulteriori esplicazioni delle regolamentazioni private ricorrono quando, tra le regole dettate da un'organizzazione, sono fissati i criteri che presiedono al corretto esercizio di una determinata attività, al diligente adempimento delle obbligazioni in cui essa si sostanzia: linee guida, protocolli, dettati da organizzazioni private, ad esempio in campo sanitario, che delineano i criteri di apprezzamento della diligenza dovuta e la cui violazione, conseguentemente, rileva come inadempimento ed è fonte di responsabilità.

*Linee guida,
protocolli*

Queste regole, che vincolano solo chi vi aderisce – gli associati se promanano da associazioni –, se si diffondono e vengono reiterate osservate, diventano una prassi.

13. *Fonti non scritte*

L'ultima delle fonti sono gli usi, enunciati al n. 4 dell'art. 1 delle preleggi.

Diversamente da tutte le altre fonti, essi non sono scritti. Gli

u s i rappresentano un'apertura nel formalismo delle fonti scritte: ad essi si accede da un varco oltre il dato testuale.

Esistono ancora sistemi in cui i rapporti di diritto privato sono in ampia parte regolati da fonti non scritte. Alludo essenzialmente ai sistemi di *Common law*, i cui tre grandi settori (*contract*, *property* e *tort*) sono affidati ad una elaborazione del diritto legata essenzialmente alla tradizione giurisprudenziale, che interpreta ed applica gli usi.

Ma anche in questi sistemi si fanno spazio, con sempre maggiore intensità, le fonti scritte (negli Stati Uniti, in Gran Bretagna, in Australia ci sono numerose leggi scritte, che intervengono a regolare specificatamente determinate materie; in alcuni degli Stati Uniti, in California ed in Louisiana, ci sono codici civili le cui radici sono nel codice civile francese).

L'unica apertura alla fonte non scritta nel nostro ordinamento è data dagli usi. Quale rilevanza hanno?

Iperlegificazione

Il nostro è il tempo dell'iperlegificazione; e si tende a richiedere norme scritte su tutto. Un sistema giuridico è, per definizione, completo nel senso che qualsiasi vicenda che abbia rilevanza giuridica deve trovare una disciplina anche a prescindere da una norma scritta. Il giudice, quando decide, deve trovare una norma che disciplini il caso concreto che gli è stato sottoposto.

Questo è il principio di fondo, ma non tutto può essere regolamentato. Si può ritenere che una disciplina sia inadeguata, si può promuovere la redazione di una norma o di un complesso di norme per un istituto nuovo, ma ciò non toglie che il caso non regolato deve comunque avere una disciplina, che va rintracciata attraverso le fonti.

Usi Agli usi è dedicato, in particolare, l'art. 8 disp. prel. Esso contempla gli usi e stabilisce che «nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati».

Gli usi, dunque, sono una fonte suppletiva: si applicano, cioè, solo se manca una norma scritta o se una norma scritta vi fa rinvio.

Fonti di integrazione del contratto

Il principale riferimento normativo, nel codice civile, è nell'art. 1374 (v. anche, ad es., gli artt. 1326, 2° comma, 1333, 1368), che enuncia le fonti di integrazione del contratto: «il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità».

Rinvio agli usi

Il rinvio agli usi non è raro. Esso è particolarmente utile allorché occorre integrare un contratto per preservarne l'efficacia. Ciò accade, ad esempio, quando si tratti di stabilire un prezzo, un corrispettivo che le parti hanno lasciato indeterminato.

L'art. 2225, in tema di contratto d'opera, è un esempio di rinvio agli usi. Nel contratto d'opera il prestatore d'opera si obbliga a compiere un'opera o un servizio contro un corrispettivo (ci si rivolge ad un sarto per un vestito, ad un fotografo per un servizio fotografico, ad un avvocato per un parere, ad un medico per una diagnosi; il corrispettivo è il compenso). Può accadere che le parti non abbiano previsto il corrispettivo (che è un requisito del contratto: art. 1325, n. 3): in qualche caso – segnatamente negli schemi in cui è plausibile che la prestazione sia stata eseguita e non sia ripetibile [cioè recuperabile] (qual è il contratto d'opera) – interviene la legge con norme suppletive che rinviano agli usi.

Secondo la definizione che si dà tradizionalmente, gli usi sono la reiterazione costante e uniforme di un determinato comportamento, assistita dal convincimento che quel comportamento sia doveroso (cosiddetta *opinio iuris seu necessitatis*).

Cosa significa *opinio iuris*? E chi stabilisce che un comportamento è giuridicamente doveroso? Chi crea l'uso? Esso, in realtà, è un fatto di normazione che nasce dal comportamento di qualcuno.

*Fatti di
normazione*

La reiterazione non dipende dalla spontanea osservanza di una regola che si ritiene giusta. Le regole sono, quasi sempre, imposte dalla parte meglio organizzata, che ha maggiori disponibilità economiche, che sa gestire meglio i propri affari e può imporsi sugli altri.

Quando si richiamano gli usi del commercio internazionale (cosiddetta *lex mercatoria*), considerandoli come il complesso di regole del commercio internazionale, applicabili a tutti gli operatori, non ci si può illudere che si tratti di una prassi formatasi spontaneamente: in realtà sono regole che i soggetti più forti economicamente impongono.

Lex mercatoria

La questione non è circoscritta agli usi, ma investe anche la stessa formazione delle norme primarie. Un esempio riguarda i soggetti normalmente più forti sul mercato, le istituzioni bancarie, le mitologiche centrali finanziarie internazionali, che con la loro forza impongono finanche ai governi norme che vanno a loro esclusivo interesse.

Ma torniamo agli usi. Il fatto che essi derivino dall'imposizione del più forte induce ad una certa diffidenza: essi non sono una benevola norma reiterata nel tempo perché tutti la ritengono giusta, ma il frutto dell'autonomia di chi può imporsi, di chi, nell'esercizio della sua attività, ha la forza economica di decidere le regole.

L'acquisizione di questa consapevolezza ha portato all'erosione degli usi. Il fenomeno è piuttosto recente, nasce negli anni '90: come nei vasi comunicanti, il 'vaso' degli usi si è svuotato a vantaggio delle norme secondarie inderogabili (v. *supra*, § 7).

*Erosione
degli usi*

Prendiamo ad esempio il mercato bancario. Quando il cliente di una banca ha bisogno di credito, il corrispettivo del credito sono gli interessi (art. 1282 e segg.).

*Usi e
anatocismo*

L'anatocismo (art. 1283) vuol dire «interessi che maturano su interessi», cioè la capitalizzazione degli interessi, che fa moltiplicare il credito e, di riflesso, il debito.

L'art. 1283 dispone: «In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi». L'art. 1283 appare un singolare caso di norma suppletiva destinata ad operare dopo gli usi.

La cosiddetta prassi bancaria, gli usi bancari, appunto, erano usi contrari: con l'effetto che la norma sull'anatocismo non si applicava a vantaggio della prassi bancaria, che prevedeva la capitalizzazione trimestrale o mensile degli interessi.

L'associazione bancaria italiana (ABI) aveva creato le norme bancarie uniformi, un insieme di regole chiamate norme, ma che erano semplicemente regole imposte dalle banche ai clienti.

Fino all'intervento della Cassazione, dapprima negli anni '90 e poi nel primo decennio di questo secolo (v., tra le decisioni più recenti, Cass., SS.UU., 2.12.2010 n. 24418 e Cass., SS.UU., 4.11.2004 n. 21095), a seguito del quale sono state emesse una serie di norme, era praticata la capitalizzazione trimestrale, secondo cui gli interessi maturati nel trimestre divengono capitale, e perciò producono altri interessi.

*Norme
secondarie
inderogabili*

Con la introduzione di una serie di vincoli a tutela del cliente si è attribuito alle autorità amministrative indipendenti, e soprattutto alla Banca d'Italia, il compito di limitare il potere delle banche e di dettare regole specifiche per determinati assetti di interessi.

Ad es. l'art. 117 TUB (testo unico bancario: d.lgs. 1.9.1993 n. 385) attribuisce alla Banca d'Italia il potere di stabilire che determinati contratti debbano farsi per iscritto; e ciò che è scritto non può consistere in usi.

L'esigenza di tutelare le parti deboli ha, dunque, condotto al tramonto degli usi a vantaggio delle discipline dettate dai regolamenti e delle norme generali delle autorità amministrative indipendenti.

Come si individua, a questo punto, un uso?

La nostra sistematica in argomento non è nitida. Gli usi si collocano in maniera ambigua: per una parte tra le fonti (artt. 1, 8 disp. prel. e 1374), per una parte tra gli atti di autonomia privata (art. 1340, che contempla le clausole d'uso).

L'atto di autonomia privata non si annovera tradizionalmente tra le fonti del diritto perché – come vedremo più innanzi (cfr. *infra*, § 20 ss.) – è esso stesso una vicenda che il diritto regola.

14. Usi normativi e usi negoziali

Gli usi come fonte del diritto sono definiti *u s i n o r m a t i v i*: sono una componente del diritto oggettivo, cioè sono norme. L'altro segmento degli usi, quelli che sono sullo stesso piano dell'atto di autonomia privata, si descrive con l'espressione *u s i n e g o z i a l i*.

Possiamo anticipare che sono negoziali gli usi vigenti in una comunità determinata; normativi gli altri.

La distinzione tra usi-norme (gli usi normativi: artt. 1, 8 disp. prel. e 1374) e usi-clausole (gli usi negoziali: art. 1340), in astratto, è chiara, ma in concreto è difficile da accertare, al punto da metterne in dubbio la stessa rilevanza. Soprattutto è una distinzione che non ha una sicura ragion d'essere, salvo che si circoscriva in modo radicale – come è preferibile, visto che l'art. 1340 esiste – l'ambito degli usi equiparati agli atti di autonomia privata, cioè gli usi-clausole.

E tuttavia tale distinzione non è affatto priva di effetti, perché il regime giuridico degli usi normativi è radicalmente diverso da quello degli usi negoziali.

Gli usi normativi sono norme, del grado più basso, quelle che si applicano in mancanza di leggi o fonti secondarie regolamentari, cioè in mancanza di altre fonti scritte, o quando le fonti scritte vi rinviano.

Usi normativi

Cosa significa che gli usi normativi sono norme? Significa, anzitutto, che agli usi si riferiscono i principi che valgono per tutte le norme, i quali vengono soprattutto in rilievo nell'applicazione giudiziaria.

Il giudice deve applicare le norme anche se le parti non gliele indicano – ferma l'esigenza che sia enunciato il fondamento della domanda –: è il principio *iura novit curia*, il giudice conosce le norme. La parte non ha l'onere di dedurre le norme in giudizio perché esse sono note al giudice.

Iura novit curia

Da ciò consegue una ulteriore differenza tra usi normativi ed usi negoziali: per i primi non opera l'onere della prova (art. 2697). La parte che fa valere un diritto in giudizio soggiace all'onere della prova *ex art. 2697* (più precisamente ha l'onere di allegazione e prova): deve allegare i fatti che costituiscono il fondamento della sua domanda e, in caso di contestazione, li deve provare.