

Fabrizio Marinelli
Maria Cristina Cervale

Diritto privato dell'economia

QUINTA EDIZIONE



Giappichelli

Prefazione alla quinta edizione

La presente prefazione è profondamente diversa dalle precedenti, che si limitavano a sottolineare gli aggiornamenti, le modifiche e gli ampliamenti apportati in ogni nuova edizione del presente manuale. Diversa in quanto questa volta i cambiamenti sono importanti, in primo luogo perché si è aggiunto un nuovo Autore, la prof.ssa Maria Cristina Cervale, che ha curato e revisionato i capitoli terzo (la proprietà e i diritti reali), quarto (le obbligazioni) e quinto (l'impresa e il lavoro), in secondo luogo perché l'intera opera si è accresciuta in modo significativo, tenendo conto sia delle modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione, sia delle modifiche al diritto civile, da quella sul doppio cognome dei genitori attribuibile ai figli, a quella sulla rinegoziazione dei canoni locativi, a quella sulle pratiche commerciali scorrette.

L'intento del manuale è tuttavia rimasto lo stesso, nel senso di volgere una particolare attenzione ai profili giuridici dell'economia, anche se sono aumentati i paragrafi al fine di rendere più scorrevole la lettura e più proficuo l'apprendimento; così come si è deciso di mantenere l'approccio critico ai vari istituti, perché in molti casi sapere come e quando l'istituto giuridico si è formato e si è evoluto permette di meglio comprendere le ragioni e le finalità che hanno consigliato il suo inserimento all'interno dell'ordinamento vigente.

D'altra parte, il diritto privato da un lato e il diritto dell'economia dall'altro, stanno vivendo una stagione difficile, caratteriz-

zata da una perdita del rilievo dell'autonomia dei soggetti privati, autonomia sulla quale la pandettistica europea, attraverso una approfondita ricostruzione degli schemi della giurisprudenza classica romana, aveva elaborato la nozione di negozio giuridico. Nozione che poteva apparire neutrale e che, invece, aveva lo scopo di permettere ai codici dell'Ottocento di privilegiare una concezione borghese del diritto civile, incentrata sulla capacità dell'individuo di accumulare prima, e conservare poi, la ricchezza. La famiglia, le successioni, la proprietà, il contratto, il lavoro, l'impresa ruotavano sostanzialmente intorno a questa concezione materialistica, che sacrificava all'accumulazione della ricchezza ogni forma di solidarietà familiare, di funzione sociale della proprietà, di riconduzione del negozio ad equità, di riequilibrio del contratto a vantaggio del contraente debole, di riconoscimento dei diritti della personalità anche al di fuori delle ipotesi classiche, di ampliamento sia del danno risarcibile sia della misura del risarcimento. Sarà solo l'impatto della Costituzione ad incrinare questa concezione borghese del diritto civile, che non vuol essere una connotazione banalmente negativa, ma la constatazione di una stagione in cui i valori della borghesia erano i valori della società.

Occorre dare atto che la civilistica italiana, soprattutto a partire dalle pagine di Rosario Nicolò e di Pietro Rescigno, quindi di Stefano Rodotà e di Pietro Perlingieri, ha saputo legare gli istituti privatistici ai valori costituzionali senza stravolgerli, ma anzi proponendone una rilettura in più adeguati termini di solidarietà e di equità sostanziale. Perché la legalità, e soprattutto la legalità costituzionale, non è mero rispetto della lettera della legge, bensì adesione convinta ai valori e ai principi che essa esprime e che permettono di superare le interpretazioni prudenti e i formalismi ipocriti. Se lo scopo del processo è di attribuire le ragioni e i torti esso non può venir immiserito dalla ricerca di cavilli e di preclusioni che impediscono il raggiungimento della ragione sostanziale

e che spesso rappresentano un facile espediente per non impegnarsi a fondo e per non affrontare le questioni maggiormente complesse.

In questo contesto, le colpe possono essere equamente ripartite tra un legislatore troppo spesso oscuro ed incapace di riforme tempestive, organiche, serie, profonde, e un giudice troppo disinvolto con le norme processuali, che applica frettolosamente, e troppo timido con le norme sostanziali, che meriterebbero un'interpretazione più aperta, ed infine gli avvocati (nonché i commercialisti nel processo tributario) che spesso rinunciano a sostenere le ragioni dei loro clienti per rifugiarsi nelle più comode eccezioni processuali.

Tuttavia, compito dell'Università è di educare ai valori autentici del diritto e sicuramente un maggior approfondimento della materia del diritto privato sarà d'aiuto alle nuove generazioni di studiosi del diritto sotto un duplice profilo. Da un lato, perché in una economia moderna, che tende a fluidificarsi nella globalizzazione, non si può fare a meno di regolare il mercato attraverso il diritto. Dall'altro, perché il sempre auspicabile pluralismo delle istituzioni e quindi delle fonti non impedisce l'unitarietà del sistema giuridico, nell'adesione convinta e consapevole ai valori della nostra Costituzione ed ai principi dell'Unione europea.

Fabrizio Marinelli
Maria Cristina Cervale

L'Aquila, settembre del 2022

Prefazione alla quarta edizione

Quando licenziai, era il mese di giugno del 2014, le bozze della prima edizione di questo manuale, inizialmente pensato per i miei allievi soprintendenti della Guardia di finanza, e quindi adottato nei corsi di laurea ad indirizzo economico dell'Università dell'Aquila, non avrei mai immaginato che si sarebbero succedute in un tempo relativamente breve diverse edizioni, giungendo, con la presente, sino alla quarta. D'altra parte il diritto privato è in continuo movimento, e se il legislatore non rinuncia ad intervenire, magari in modo episodico, nella trama delle disposizioni, la dottrina e la giurisprudenza ne arricchiscono l'ordito con interventi quasi sempre meditati e puntuali.

Il problema di fondo, tuttavia, resta quello di dare un senso complessivo alla propria riflessione, perché le categorie, i modelli, gli strumenti del civilista si collochino all'interno di un disegno più ampio che in una prospettiva storica contribuisca a spiegare il ruolo del diritto, e del diritto privato in particolare, all'interno della società contemporanea. In primo luogo il ruolo del codice civile, che è l'oggetto di queste pagine e che più di quaranta anni fa è stato discusso in un elegante e fortunato saggio di Natalino Irti intitolato L'età della decodificazione. Un fenomeno, quest'ultimo, che sembra voler superare la centralità del codice e di conseguenza esaltare il ruolo dell'interprete non quale mero esegeta di un testo, ma quale ricostruttore della logica sistematica dell'ordinamento, sulla base di disposizioni spesso disomogenee tra di loro, e che non

necessariamente deve porsi in posizione antitetica con l'idea stessa di codice e con il suo ruolo preminente all'interno del sistema giuridico civilistico.

Infatti è pur sempre il codice che stabilisce i principi, i criteri interpretativi, l'insieme degli strumenti, collegati tra di loro, concessi ai privati al fine di regolare i loro rapporti; in questo senso la sempre maggiore insofferenza dei privati alle regole del codice appare strettamente collegata al rifiuto, che negli ultimi anni ha avuto un'improvvisa accelerazione, della tipicità, intesa quale controllo sociale sulle singole operazioni economiche. Ne sono esempi in tema di diritti reali l'utilizzo della multiproprietà, che aggiunge ai confini geometrici delle cose anche il confine temporale, ed in tema di contratti il grande sviluppo dei contratti atipici, per lo più importati dall'esperienza anglosassone. Così come la pratica degli affari, in un'economia globalizzata e quindi ordinata su pari livelli, spesso riferiti ad ordinamenti nazionali diversi, si va imponendo nelle transazioni internazionali, con un ritorno paradigmatico a quella lex mercatoria che nell'autunno del Medioevo permise il grande sviluppo dell'economia europea.

Il giurista, da un lato, e l'operatore economico, dall'altro (sia o non sia imprenditore in senso tecnico, si pensi alla più volte riformata disciplina delle professioni liberali, che nel codice sono appena sfiorate), tendono ad individuare nel codice uno strumento di per sé conservatore, quanto meno perché volto a conservare, si potrebbe dire a cristallizzare, gli istituti propri di una data società in un determinato momento storico. Quindi ad un ordinamento in continuo divenire si contrappone una legge (il codice appunto, che è legge ordinaria in senso formale, anche se dalla particolare incisività in senso sostanziale) dall'impianto sostanzialmente statico, volto per definizione – da Giustiniano a Napoleone – a stabilizzare l'instabile, come ha avuto modo di notare Paolo Grossi.

Tale discorso, che porterebbe a collegare indissolubilmente (ma così non è) il codice civile vigente al regime sotto cui è stato pro-

mulgato, non tiene però conto di due elementi. Il primo consiste nella capacità interna al sistema codicistico di aggiornarsi e di integrarsi adeguando, grazie all'apporto della dottrina e della giurisprudenza, vecchie norme a nuove esigenze: si pensi alla disciplina della responsabilità civile, che non solo si è trasformata passando a privilegiare la tutela del danneggiato rispetto a quella del danneggiante, ma ha saputo anche divenire, da strumento meramente risarcitorio, incisivo strumento di prevenzione. Il secondo, consistente nel fatto che le leggi speciali, proprio per la loro particolarità, gravitano pur sempre intorno al codice, mettendone in luce, attraverso la complessità dei rapporti e dei collegamenti, la sottile trama di concetti di cui è composto, e dalla quale si ricavano i principi applicabili anche alle leggi speciali.

La problematica intorno all'attualità del codice civile ed al suo contenuto tecnico deve confrontarsi poi con un altro problema ancor più generale, e cioè con la sempre più discussa capacità della legge di regolare compiutamente la vita di una società, in quanto il suo tradizionale carattere di generalità e astrattezza viene ad essere complessivamente sconosciuto. La legge viene sempre più considerata non quale astratta regola, bensì quale messaggio inviato dalla classe dirigente (quello che un tempo si chiamava, con rispetto non sempre ben riposto, il legislatore) alla società civile, non soltanto per dirimere conflitti od imporre delle scelte, ma per tutelare quei gruppi sociali che si riteneva di dover privilegiare in un dato momento, come, ad esempio, i lavoratori, gli inquilini, gli imprenditori.

Il che comporta come le leggi siano sempre più effimere e provvisorie, nel senso che chi le produce (un insieme complesso, che va dai politici ai loro consiglieri, quasi sempre portatori di interessi particolari) guarda sempre più all'immediato e dunque produce leggi destinate al breve periodo, onde massimizzare (o quanto meno tentare di massimizzare) un consenso anch'esso sempre più provvisorio e volatile. D'altro lato gli elettori non votano più, come

in passato, per coloro di cui condividono le idee e che ritengono siano in grado di risolvere i loro problemi, ma votano per coloro che con maggiore enfasi denunciano l'esistenza dei problemi e sottolineano l'incapacità di risolverli, senza preoccuparsi se chi sarà eletto saprà poi, a sua volta, in grado di risolverli o meno. La legge perde così di autorevolezza e di autorità, e il giurista è spesso chiamato a ricomporre un'unità che sembra perduta.

Un compito, questo di ricomporre l'unità perduta, che però non può essere svolto senza una profonda consapevolezza dei valori che la storia ha espresso, e dunque grazie ad una conoscenza storica delle vicende sociali economiche e giuridiche. Il che dimostra, l'ho già scritto in passato, che il diritto non è altro che la storia del diritto, e che lo storico del diritto, come nota ancora Paolo Grossi, deve rappresentare la coscienza critica del giurista positivo. Se poi il giurista positivo possiede anche una coscienza storica, questo compito sarà sicuramente più agevole.

Fabrizio Marinelli

L'Aquila, maggio del 2020

Prefazione alla terza edizione

La terza edizione di questo manuale presenta un accrescimento del numero delle pagine dovuto in parte alle novità legislative intervenute negli ultimi due anni (ad esempio la legge 112/2016, volta ad aiutare le persone con disabilità gravi prive del sostegno familiare, la legge 168/2017, sui domini collettivi, la legge 219/2017, sul consenso informato nei rapporti tra medico e paziente e sulle disposizioni anticipate di trattamento) ed in parte ad un maggiore approfondimento di alcuni argomenti trattati e di alcuni aspetti specifici della materia. Tra tutti la disciplina del cosiddetto terzo settore e dell'impresa sociale, che tra il 2016 ed il 2017 ha subito rilevanti interventi, il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, l'ennesima delega al governo per la riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Anche questa ulteriore revisione non ha modificato l'impostazione generale del volume, che resta incentrato sui profili economici del diritto civile. In questi anni, infatti, l'economia globalizzata ha dimostrato la propria capacità di modificare in profondità, spesso in modo non positivo, i rapporti tra soggetti privati. Si pensi soltanto all'evoluzione della responsabilità civile nei suoi riflessi tra professionista e cliente, o il rilievo della buona fede nei rapporti contrattuali bancari.

Certo, nulla di definitivo. Ma le pagine che seguono iniziano a trascendere l'elaborazione scritta di un corso di lezioni per tentare di costruire un discorso complessivo, che tenga conto e sappia

rappresentare un preciso indirizzo nello studio del diritto privato. Un indirizzo che parte dalla storia per spiegare la trama degli istituti, ma che giunge all'attualità per verificarne – nell'ordito – l'aderenza ad una società civile che, lasciata ormai alle spalle la modernità, fatica a comprendere ed a riconoscersi in quella che Paolo Grossi definisce "pos-modernità". Un diritto privato che nella mia concezione, e nonostante tutto, continua da un lato testardamente a riflettersi nei valori costituzionali della libertà, della dignità e della solidarietà, e dall'altro continua a credere in una dimensione europea del diritto, fondata sugli ideali di pace, di tolleranza e di giustizia sociale che dalla fine della seconda guerra mondiale in poi hanno ispirato convintamente il pensiero europeista.

Lo dico perché questi sono tempi difficili, che mettono a dura prova la coscienza di un civilista e di uno storico del diritto educato ad alcuni valori che oggi sembrano dimenticati. L'educazione, la tolleranza, la competenza, la cultura sono sempre stati valori universalmente rispettati, ed al massimo ritenuti, in negativo, quale espressione dell'ipocrisia borghese. Oggi sono al contrario espressione del disfavore con cui il popolo guarda alle élites, per cui la politica, che non riesce a governare né un'economia globalizzata né una società liquida, ritiene di trovare una legittimazione nell'insulto, nell'intolleranza, nella maleducazione, nell'ostentata mancanza di competenza e di cultura. Ulteriore legittimazione della politica viene individuata nella fretta, per cui le decisioni devono essere prese in fretta, senza troppa riflessione, e devono essere comunicate in tempo reale con modalità informatiche, dunque necessariamente sintetiche ed essenziali. La fretta che, come veniva insegnato, è sempre una cattiva consigliera, genera un'ansia diffusa, per cui tutti corrono pur non sapendo bene in che direzione andare. Si tratta dello smarrimento di un presente che è disancorato totalmente dal passato, inteso come esperienza e dunque come storia, e dal futuro, inteso come capacità di pro-

grammare responsabilmente le proprie attese e le proprie speranze. Non lo dico io, ma lo diceva più di millecinquecento anni fa Sant'Agostino, quando rifletteva sul rapporto tra passato, presente e futuro. Era già allora chiarissimo in Sant'Agostino l'inutilità di un presente che non fosse illuminato dall'esperienza del passato e dalla speranza del futuro, ma era altrettanto chiaro al Vescovo di Ippona che solo nel presente il passato ed il futuro hanno un senso.

Per cui non posso che elogiare la lentezza e la profondità di un pensiero lento che, per quanto assai poco di moda, resta il fondamento di qualsiasi riflessione che voglia andare oltre l'effimero e l'inconcludente. Mi auguro dunque che i giovani di oggi, e soprattutto i miei studenti, non smarriscano il senso, appunto, di un divenire che attraverso una riflessione lenta e profonda li renda migliori: perché soltanto migliorando noi stessi possiamo migliorare il mondo che stiamo vivendo oggi e quello che vivremo domani.

Fabrizio Marinelli

L'Aquila, settembre del 2018

Prefazione alla seconda edizione

La seconda edizione del presente libro vede accresciute tutte le sue parti, attraverso un'opera di revisione che ha tenuto conto, oltre che delle novità legislative, dei suggerimenti emersi nei due anni in cui esso è stato utilizzato nei corsi di laurea economici delle Università dell'Aquila e di Teramo, nonché nei corsi della Scuola ispettori e sovrintendenti della Guardia di finanza dell'Aquila.

Questa revisione non ha modificato l'impostazione generale del volume, incentrato sui profili economici del diritto civile e sulla sua aderenza alla storia, pur rispecchiando sempre le inclinazioni, gli interessi e le convinzioni del proprio autore. Il che non vuol dire che delle scelte e delle interpretazioni prevalenti non si sia dato ampiamente conto, ma che tali scelte ed interpretazioni sono sempre state inserite nel loro contesto di riferimento, e spiegate sulla base del momento storico, della valutazione ideologica oltre che tecnica del legislatore, delle suggestioni provenienti dalla società civile, degli effetti che si riteneva di dover realizzare, degli impulsi provenienti da esperienze straniere e dal diritto dell'Unione europea. In questo senso non posso dimenticare la mia personale esperienza: studente di diritto privato nei primi anni Settanta alla Sapienza di Roma avevo utilizzato in un primo momento il manuale di Roberto De Ruggiero e Fulvio Maroi attraverso una vecchia edizione che era servita prima di me a mio padre ed a mio zio, e che mi introdusse nei principi della materia;

quindi scoprii il manuale di Andrea Torrente, eccezionale per chiarezza di esposizione e per capacità di rendere comprensibili i problemi anche a chi studiava per la prima volta le istituzioni civilistiche. Tuttavia, non appena iniziai ad occuparmi di diritto privato dopo la laurea con intenti scientifici, mi venne consigliato lo studio del Manuale del diritto privato italiano di Pietro Rescigno. Tale lettura fu decisiva per la mia formazione, facendomi comprendere come il diritto civile fosse lo specchio di una società plurale e complessa, che si evolveva dal basso delle formazioni sociali e che trovava nella storia il proprio punto di riferimento. Il mio rifiuto del positivismo, la mia attenzione alle tesi meno convenzionali, la mia ricercata aderenza alla storia e la mia consapevole insoddisfazione di fronte ai crescenti problemi del diritto privato sono frutto di quelle pagine: d'altra parte il lettore attento non mancherà di rinvenire in questo manuale, si parva licet componere magnis, l'impostazione culturale e giuridica del Maestro salernitano. Devo però ricordare alcuni ulteriori maestri che hanno influenzato la mia formazione scientifica: da Natalino Irti, che nei primi anni Ottanta mi ha insegnato il necessario rigore dello studioso e l'importanza della logica giuridica, ad Antonio Masi, che oltre ad avermi sostenuto con affetto nelle difficoltà della carriera accademica mi ha fatto comprendere in profondità la derivazione romanistica del diritto civile italiano, aiutandomi anche a perfezionare un metodo didattico che coniugasse insieme alla problematicità delle soluzioni una assoluta semplicità di esposizione. Masi diceva sempre che ogni lezione deve essere costruita come un problema di cui si offrono allo studente gli elementi essenziali, quindi attraverso un ragionamento lo si accompagna a trovare le possibili soluzioni. Infine mi sia concesso di ricordare Paolo Grossi che, in anni più recenti, ha saputo stimolare la mia propensione a collegare insieme i profili istituzionali e quelli storici della materia, accompagnandomi in un cammino, quello degli assetti fondiari collettivi e degli usi civici, che sarebbe stato im-

possibile senza una visione complessiva e coerente del diritto e della storia.

Tutti questi aspetti mi confermano nella convinzione di come lo scopo ultimo di un manuale di diritto privato non sia soltanto quello di fornire delle nozioni o di illustrare il contenuto del codice civile, ma anche (e forse soprattutto) di stimolare la coscienza critica del lettore, permettendogli di meglio comprendere sia le concrete scelte del legislatore positivo, sia la loro ragione storica e la loro derivazione ideologica. In questo senso la scelta di qualificare un manuale di diritto privato come diritto privato dell'economia continua a sembrarmi coerente con la scelta del legislatore del '42 (non difformemente da quello francese del 1804, da quello italiano del 1865 e da quello tedesco del 1900) di attenersi ad una visione dell'uomo, e della società in cui vive, strettamente incentrata sull'economia.

Ciò premesso, desidero sottolineare come neanche questa seconda edizione abbia la pretesa di rappresentare un manuale completo e definitivo, ma soltanto di realizzare un piccolo passo in avanti sulla strada della definizione di uno strumento didattico che si propone di essere di qualche utilità nell'attuale articolazione degli studi giuridici. Gli anni che verranno – se il Signore lo permetterà – dovrebbero assicurare ulteriori apporti, che rendano il testo sempre meno provvisorio. Senza dimenticare che la provvisorietà, di una vita così come di un libro, è la condizione naturale dell'esistenza.

Fabrizio Marinelli

L'Aquila, agosto del 2016

Prefazione alla prima edizione

Il libro che si propone, in forma assolutamente provvisoria, all'attenzione dei lettori e particolarmente allo studio degli allievi dei corsi di laurea in economia, è frutto di una riflessione maturata in un ventennio circa di lezioni svolte nell'ambito dell'Università dell'Aquila.

Si tratta di una riflessione insieme qualitativa e quantitativa, che si fonda sulla sostanziale mancanza di un manuale di diritto privato specifico per gli studenti di economia, i quali sono costretti ad utilizzare o un manuale pensato per gli studenti di giurisprudenza, quindi troppo complesso, o manuali di basso profilo, per lo più anonimi. All'interno di questi due estremi esiste uno spazio per un manuale che sia agile ma nel contempo completo e soprattutto caratterizzato da una specifica attenzione ai temi dell'economia: un'attenzione che giustifica il titolo proposto e che contemporaneamente indirizza lo studio verso tematiche proprie degli studi giuridico-economici.

Dunque alcune parti del diritto delle persone, della famiglia, delle successioni e della tutela dei diritti sono state raccontate in modo semplificato, mentre le parti più attinenti ai profili economici, in particolare i diritti reali, il contratto e la responsabilità civile, sono state trattate con maggiore adeguatezza. Le finalità didattiche del libro hanno consigliato, conformemente alla tradizione della manualistica italiana, di evitare le note, sostituite da una bibliografia essenziale alla fine di ogni capitolo, che permetta un eventuale approfondimento della materia trattata.

Il libro è volutamente diviso in una premessa di carattere generale e sei capitoli che corrispondono esattamente alla numerazione dei libri del codice civile, corrispondenza che dovrebbe favorire l'apprendimento attraverso la lettura combinata del manuale con il testo del codice. Non sembri strano che la parte dedicata all'impresa ed al lavoro sia particolarmente ridotta: tale parte verrà infatti approfondita e studiata nei corsi dedicati rispettivamente al diritto commerciale ed al diritto del lavoro, per cui è apparsa sufficiente una descrizione semplificata che desse al lettore l'idea di una dimensione complessiva del disegno codicistico, ma che non appesantisse lo studio con nozioni, in questa ottica strettamente didattica, inutili. D'altra parte i capitoli dedicati al diritto commerciale ed al diritto del lavoro nei tradizionali manuali di diritto privato vengono esclusi dai programmi e totalmente trascurati dagli studenti dei corsi di diritto privato, per cui è apparso ragionevole ometterli.

*Sotto un diverso profilo questo libro non vuol essere né un saggio di analisi economica del diritto, né un saggio sul diritto privato dell'economia in contrapposizione a quella materia che si è andata strutturando come "diritto pubblico dell'economia". In relazione al primo aspetto si consideri come l'analisi economica del diritto sia un metodo d'indagine che ha per oggetto le conseguenze economiche dei diversi tipi di regolazione giuridica, e che quindi pone l'accento sugli effetti delle scelte giuridiche: effetti che sono trattati nel libro ma che non ne costituiscono la cifra fondamentale. In relazione al secondo aspetto si deve rilevare come il diritto privato dell'economia non si sia ancora strutturato come materia autonoma, a differenza del diritto pubblico dell'economia, e non è certo questa la sede per proporre una nuova ed autonoma ripartizione della conoscenza giuridica incentrata sul diritto privato dell'economia. D'altra parte, come è stato sottolineato da Thierry Kirat nel suo libro *Economie du droit* (Paris, 1999, trad. it. Milano, 2013), le possibili iterazioni*

tra diritto ed economia sono molteplici, ed ogni sistema giuridico tende a privilegiarne alcune a scapito di altre.

Tutte queste considerazioni sulla struttura del libro non hanno però fatto dimenticare al suo autore la necessità che chi si avvicina allo studio del diritto privato colga non soltanto la dimensione conoscitiva e precettistica della materia, ma anche la dimensione storica e critica degli istituti. Infatti lo scopo dei corsi di diritto privato, un tempo significativamente definiti come “istituzioni”, non è solo quello di fornire nozioni, ma quello di porre le basi del ragionamento giuridico. Ovviamente soltanto i suoi fruitori saranno in grado di dire se l’ambizione di coniugare insieme la complessità della materia con la semplicità dell’esposizione sia stata raggiunta.

Fabrizio Marinelli

L’Aquila, giugno del 2014

Premessa
Il diritto privato

Sommario: 1. Il diritto e la legge. – 2. Diritto privato e diritto pubblico. – 3. I codici civili europei. – 4. Il codice civile italiano. – 5. Le formanti del diritto. – 6. Il diritto comunitario. – 7. La norma, la fattispecie e il diritto soggettivo. – 8. L'interpretazione della legge. – 9. I principi generali. – 10. Il diritto internazionale privato.

1. *Il diritto e la legge.*

Sin dai tempi più antichi gli uomini hanno avuto bisogno di regolare in qualche modo la loro convivenza, dandosi delle norme da rispettare: ove a queste non venga prestata obbedienza, interviene lo Stato attraverso i suoi organi quali la polizia, i giudici, la pubblica amministrazione. Paolo Grossi, uno dei maggiori giuristi europei, ci parla al riguardo di una dimensione misteriosa del diritto, poiché *“il diritto non appartiene al mondo dei segni sensibili”*; una dimensione misteriosa ed insieme sgradevole, proprio perché assai spesso viene percepita come obbligo, divieto, punizione.

In passato tali norme, che dunque chiameremo giuridiche, erano collegate a precetti morali o religiosi, mentre al giorno d'oggi si tende a separare la norma giuridica da fonti che non siano esattamente quelle previste dall'ordinamento. Tuttavia il fondamento del diritto, quel diritto moderno che in qualche misura è incentrato sulla legge (una legge intesa come comando autorevole ed insieme necessariamente autoritario), si rinviene secondo una accreditata opinione in tre principali teorie, le quali pongono alla base dell'or-

dinamento giuridico altrettanti profili specifici di quella dimensione che solitamente definiamo come diritto.

La prima teoria è quella *normativa*, che individua nella norma soprattutto un comando, come detto autorevole, perché dovrebbe rappresentare la volontà dello Stato-ordinamento, o almeno della maggioranza dei suoi rappresentanti, ed autoritario, perché deve essere obbedito a prescindere dalla sua intrinseca corrispondenza al concetto di “giusto”. Questa teoria si pone alla base del cosiddetto positivismo giuridico, discendente dal latino *ius positum*, ovvero diritto concretamente espresso da chi ha il potere di farlo, un indirizzo prevalente nella cultura giuridica europea dell'Ottocento e della prima metà del Novecento, una cultura che era appunto incentrata su uno stretto legame tra comunità nazionale, società e Stato. La principale critica a questa teoria è stata espressa negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, quando si è evidenziato come norme intollerabili, quali le disposizioni in materia di razza, fossero state adottate sulla base di leggi formalmente legittime: in altre parole è stato diffusamente compreso, e quindi sottolineato, come un sistema giuridico meramente formale non fosse in grado di affermare e far rispettare i diritti fondamentali dell'uomo ed i valori di libertà, di democrazia, di solidarietà ad essi collegati, con la conseguenza di un consistente ridimensionamento degli attuali sostenitori di tale impostazione strettamente positivista e normativa.

La seconda teoria è quella *relazionale*, fondata sull'idea che il diritto ha lo scopo di permettere le relazioni tra gli uomini, ovvero di farli incontrare, di farli comprendere, di farli comunicare in un quadro di sicurezza e di stabilità: come ha scritto un filosofo del diritto francese, Paul Ricoeur, “esistere è coesistere”. La teoria relazionale è di grande interesse, anche se poco seguita tra i giuristi positivi, e fa riferimento soprattutto ad alcuni pensatori e filosofi cristiani. Eppure essa permette, più di altre, di valorizzare l'idea di esperienza giuridica come personale contributo del giurista all'e-

voluzione, in senso sia storico che sociale, dell'ordinamento giuridico e dunque della società nel suo complesso.

La terza teoria è quella *istituzionale*, tradizionalmente riferita ad un grande giurista italiano della prima metà del Novecento, Santi Romano, che individua nell'istituzione, ovvero in un gruppo di persone organizzato, il fondamento del diritto. Questa teoria, oggi sostanzialmente prevalente, permette di esprimere una dimensione plurale del diritto, che non è soltanto quello dello Stato (che pur continua ad avere un ruolo primario all'interno del diritto positivo), ma anche quello dell'Unione europea, della Chiesa cattolica, degli ordinamenti sportivi. Insomma, dovunque vi è una istituzione, statale o meno che sia, vi è un ordinamento in qualche misura rispettato: questo ordinamento è pertanto un ordinamento giuridico.

Ognuna di queste teorie coglie un singolo aspetto del diritto e quindi esse non devono venir considerate – isolatamente – come esaustive ed appaganti; infatti ogni aspetto considerato merita attenzione, ed è stato apprezzato e valorizzato variamente in diversi luoghi ed in diversi tempi dell'esperienza giuridica. La loro conoscenza permette, comunque, sia di comprendere quali siano le motivazioni profonde che sono alla base di quel fenomeno che chiamiamo diritto, sia di porsi criticamente rispetto ad esse, non dimenticando mai che l'ordinamento giuridico non è neutrale rispetto alle aspirazioni degli uomini e dei gruppi sociali, ma anzi è l'espressione più diretta dei rapporti di potere che intercorrono all'interno della società. La presunta neutralità del diritto rispetto alle scelte economiche e sociali è stata sostenuta sia in passato sia recentemente, ed anzi tale argomentazione ha costituito il fondamento di impostazioni che avevano proprio lo scopo di separare il diritto dalla realtà, a volte per motivi nobili, più spesso per non doversi assumere la responsabilità di soluzioni inique. Impostazioni, queste ultime, comuni al giurista europeo dell'Ottocento, che riteneva le disuguaglianze sociali non di propria competenza,

ed al giurista italiano sotto il regime fascista che – tranne poche eccezioni – non riteneva fosse un proprio preciso dovere morale quello di criticare una forma di stato totalitaria e non democratica.

Ma così non era, e non è: dunque comprendere questo aspetto assiologico, ovvero basato sui valori, e porsi sempre in posizione dialettica rispetto alle scelte operate dal legislatore positivo, permette quanto meno di rapportare il proprio comportamento a quell'esigenza di giustizia universale che, in ultima analisi, dovrebbe essere l'aspirazione di ogni giurista consapevole del proprio ruolo. In verità, nulla di nuovo. Più di duemila anni fa Sofocle, uno dei maggiori tragici greci, ci racconta di Antigone, donna coraggiosa che disubbidisce alla legge positiva, quella del tiranno Creonte, che gli impedisce di seppellire il corpo del fratello Polinice ucciso da Eteocle, ritenendo prevalente la legge degli dei che impone di seppellire i defunti affinché possano scendere nel regno dei morti. Antigone sarà condannata a morte, ma con il suo sacrificio ricorderà per sempre che non solo si può disubbidire alla legge positiva, quando questa confligge con il diritto naturale (oggi con i valori dell'Unione europea e della Costituzione italiana) ma che, in determinati casi, si deve disobbedire.

2. Diritto privato e diritto pubblico.

Una distinzione che è insieme antica (perché risale al diritto romano) e moderna (perché è uno dei fondamenti dello stato contemporaneo) è quella tra diritto privato e diritto pubblico.

Ma i confini di tale distinzione, in un primo tempo sicuri ed immutabili, sono divenuti con il passare del tempo assai incerti. Se da un lato il diritto pubblico è stato visto come il diritto dello Stato e delle sue articolazioni centrali e periferiche, dall'altro – in tempi più vicini all'oggi – si è voluto riferire il carattere pubblico del di-

ritto al suo profilo autoritario, nel senso che lo Stato è per sua intrinseca natura in grado di imporre con la forza la propria volontà ad altri soggetti. Se non paghi le imposte dovute, l'Amministrazione finanziaria ti costringe a farlo, se parcheggi dove vige un divieto di sosta, il Comune ti fa pagare una multa. Al contrario, il diritto privato regola tendenzialmente i rapporti tra soggetti privati, i quali si trovano su di un piano di parità giuridica (ovviamente solo giuridica, perché ad esempio le loro condizioni economiche e psicologiche possono essere molto diverse, con la conseguenza che si può parlare di soggetti forti e di soggetti deboli) e su questo piano volontaristico regolano, con maggiore o minore consapevolezza, i loro interessi.

Più di recente è stato notato come lo Stato moderno frequentemente non persegua, come in passato, i propri interessi solo attraverso provvedimenti autoritativi, ma sempre più spesso li persegua attraverso accordi, che trovano nell'adesione volontaria dei soggetti privati interessati il loro fondamento: si pensi alle convenzioni urbanistiche, che mediano la pianificazione territoriale, un tempo riservata esclusivamente alla potestà amministrativa dei Comuni, attraverso accordi con i privati che si trovano nella condizione di edificare i propri terreni, e che possono avere interesse a che siano contemporaneamente realizzate delle infrastrutture, come le strade, le fognature, le linee elettriche, le scuole e gli impianti sportivi. Questi accordi contribuiscono a mettere in crisi la bipartizione accennata, perché corrispondono all'esercizio di un potere discrezionale che si autolimita e che concorre con l'autonomia dei privati a realizzare soluzioni che si reputano ragionevoli; insomma, sono esercizio di un potere in parte pubblico ed in parte privato. Un potere che rinuncia al suo profilo autoritario per sperimentare soluzioni fondate sul consenso dei soggetti coinvolti: il che a volte può portare a risultati positivi, dato il coinvolgimento degli interessati, ma a volte può anche portare al sacrificio di valori (ad esempio la tutela dell'ambiente o del paesaggio) che non vengono

sufficientemente apprezzati e dunque tutelati dai soggetti che partecipano all'accordo. Si pensi alla necessaria razionalizzazione del ciclo dei rifiuti soprattutto nelle grandi città: pur ritenendolo assolutamente necessario, nessuno vuole che discariche e inceneritori siano collocati vicino alla propria abitazione. Come dicono efficacemente gli inglesi: *not in my back yard*.

Anche sotto il profilo della proprietà, che l'articolo 42 della Costituzione definisce esclusivamente come proprietà pubblica e proprietà privata, è in corso un significativo ripensamento, in quanto la recente elaborazione della categoria dei cosiddetti *beni comuni*, quali l'acqua, le montagne, i boschi, tende ad incrinare tale semplicistica dicotomia, per affrontare altre prospettive di indagine più elaborate, che distinguono il profilo della proprietà di cui è titolare una collettiva diffusa con il profilo della gestione dei beni e con quello dell'accesso agli stessi. Peraltro, di recente, tutti gli Stati europei sono stati interessati dal fenomeno della cosiddetta privatizzazione dei beni e dei servizi, per cui molti beni (l'acqua, il gas, l'energia elettrica) e servizi (la sanità, i trasporti, l'igiene urbano) che tradizionalmente venivano forniti ai cittadini da poteri pubblici, sono oggi in varia misura affidati a soggetti privati: si pensi alle ferrovie o alla raccolta ed allo smaltimento dei rifiuti, tutti aspetti che sempre più spesso vengono affidati nella loro realizzazione e nella loro gestione ad imprenditori privati, nella speranza di una maggiore efficienza ed economicità del servizio (circostanza peraltro non sempre realizzatasi). Lo stato moderno, dunque, tende ad alleggerirsi di una serie di poteri pubblici che vengono ceduti a soggetti privati, nella convinzione che in tal modo il servizio prodotto risulterà migliore ed a prezzi più contenuti. Non sembra che l'esperienza concreta di questi anni abbia dimostrato la fondatezza di tale tesi, in quanto molti servizi sono nettamente peggiorati, il risparmio di risorse che sarebbe stato lecito aspettarsi non c'è stato ed i settori che dopo la privatizzazione hanno avuto un miglioramento del servizio ed un abbassa-

mento dei costi sono quelli (ad esempio la telefonia e le linee ferroviarie ad alta velocità) in cui le condizioni economiche e di mercato avrebbero comunque realizzato un sistema maggiormente efficiente. Altro discorso è verificare se i mancati risultati raggiunti siano colpa del sistema (perché l'integrazione pubblico-privato a volte funziona e funziona anche bene) o al contrario dell'incapacità della classe dirigente di governare con efficacia ed onestà tali processi.

In tale prospettiva latamente solidaristica si inserisce il valore costituzionale della sussidiarietà (si veda l'art. 118 Cost. nel testo riformato dalla l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3), intesa in senso verticale ed orizzontale: la sussidiarietà verticale ritiene che le scelte della Pubblica amministrazione debbano essere prese al livello decisionale più vicino al cittadino, solitamente il Comune, mentre la sussidiarietà orizzontale favorisce l'intervento volontario dei privati (singoli o associati) nei compiti di natura sociale comunemente attribuiti allo stato inteso come amministrazione: è il caso delle fondazioni bancarie, cui è stato assegnato dallo Stato un compito rilevante in materia cultura e sociale, compito almeno sino ad oggi adempiuto in modo esemplare.

3. I codici civili europei.

Troviamo la parola *codice* utilizzata come raccolta di leggi e di documenti giuridici già con riferimento sia all'imperatore Giustiniano che, intorno al sesto secolo d.C., raccolse nel *Corpus iuris civilis* la legislazione e la dottrina del periodo romano classico sia a Federico il grande, imperatore di Prussia sul finire del Settecento, che raccolse in un unico testo tutte le leggi dello stato. Tuttavia non si trattava di veri e propri codici, bensì di consolidazioni, ovvero di raccolte di leggi che non avevano quelle caratteristiche che

oggi riteniamo necessarie per potersi parlare a ragione di codice: la novità, la completezza, l'organicità, l'autonomia.

Il primo codice sicuramente moderno è il *code civil* francese, fortemente voluto da Napoleone ed entrato in vigore nel 1804. Si tratta di un codice che intendeva tradurre sul piano della legislazione privatistica le conquiste che la rivoluzione del 1789 aveva portato sul piano politico, in particolare l'uguaglianza, l'eliminazione dei ceti, la laicizzazione dello stato, la parità dei figli legittimi (maschi) in materia successoria, la cittadinanza come espressione di appartenenza alla nazione, la possibilità per tutti di essere proprietari e di far circolare i propri beni attraverso il contratto: aspetti – questi – che in precedenza erano assenti o comunque fortemente limitati.

Ma oltre a tali profili, sicuramente assai innovativi rispetto alla società di antico regime, il codice si proponeva come un insieme completo ed organico di norme, norme che coprivano tutta la vita dell'uomo, dalla nascita alla morte. Proprio questi caratteri di completezza ed organicità – insieme all'aspirazione di una profonda riforma dell'ordinamento giuridico rispetto al passato – sono caratterizzanti non solo del *code civil*, ma di ogni codice. E dunque la parola “codice”, che in realtà indica la forma libro, sostituitasi nei primi secoli dopo la nascita di Cristo al più risalente (e scomodo) rotolo di papiro o alla tavoletta di cera, assumerà su di sé non solo l'idea di un testo legislativo di particolare importanza, ma anche tutte le suggestioni naturalmente collegate alla completezza ed all'organicità delle norme in esso contenute. E che le suggestioni del codice siano assai avvertite anche al giorno d'oggi è dimostrato dall'uso (e spesso dall'abuso) di indicare con tale parola ogni raccolta di leggi destinata a regolare una specifica materia: ad esempio codice della strada, codice del consumo, codice della *privacy*, codice dei contratti pubblici, ecc. Un utilizzo, quello dei cosiddetti codici di settore, attraverso il quale il legislatore, nella sua innata e perenne superbia, ritiene di assicurare un futuro al proprio