

CAPITOLO 1

I principi generali del diritto civile

SOMMARIO: 1. Il valore dei principi. – 1.1. I principi costituzionali, europei, internazionali e convenzionali. – 2. Principio di correttezza e buona fede. – 3. Il principio del divieto di abuso del diritto. – 4. Il principio di certezza del diritto (o di *securità juridique* o di *calculability*). – 5. Il principio di apparenza del diritto. – 5.1. Declinazioni normative dell'*apparentia iuris*. – 5.2. Le applicazioni pretorie confermano l'apparenza quale universale *regula iuris*. – 5.3. Apparenza pura o colposa? – 6. Principio di auto-responsabilità e principio del legittimo affidamento (*legitimate expectation*). – 7. I principi in materia di diritto delle obbligazioni. – 8. I principi del diritto dei contratti. – 9. I principi in materia di responsabilità civile. – 10. I principi in materia di proprietà e diritti reali. – 11. I principi in materia di famiglia e successioni. – 12. Principi di analisi economica del diritto.

1. Il valore dei principi

L'articolo 12 delle preleggi consente al giudice di fare ricorso ai **principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato** quando una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione e il caso resta dubbio anche avendo riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe (cd. *analogia iuris*, sulla quale vedi cap. 2, par 12).

Sono i *general principles of law* dei sistemi di “*common law*”, i *prima iuris principia* di romanistica memoria.

I principi generali, espressi o inespressi, sono **norme universali a struttura aperta, con funzione ordinante**, che spesso l'interprete deve non solo applicare ma anche completare, con la formulazione dei precetti concreti capaci di dare linfa e significato ai valori astratti alla base dei principi.

L'interprete diventa, in questo modo, artefice di un'operazione creativa, dal sapore schiettamente pretorio. Il giudice non diventa certo legislatore onnisciente e non può essere identificato nell'Hercules di R. Dworkin, *a lawyer of superman skill, learning, patience and acumen* (“dotato di capacità, cultura, pazienza e impegno sovrumani”), visto che la sua attività deve svolgersi nel rispetto nella cornice legislativa di riferimento e che, pertanto, il richiamo a principi

naturali non è rilevante in assenza di un chiaro, pur se implicito, supporto normativo. Eppure, l'interpretazione e il completamento dei principi sono operazioni caratterizzate da margini di soggettività e di opportunità rincarati e cospicui. Questo vale, in particolare, quando l'indeterminatezza della norma non sia frutto di circostanze casuali, ma conseguenza di una scelta consapevole del legislatore che crea una *generalklauseln*, un enunciato generalissimo che ha bisogno di una fertile opera di implementazione giudiziale (vedi la clausola del danno ingiusto *ex art. 2043*: vedi parte 4, cap. 1). E vale ancor più quando si tratti di **principi inespressi**, cd. "privi di disposizione", che impongono all'interprete un compito di costruzione e di elaborazione, che deborda dall'interpretazione per accarezzare l'integrazione del diritto (vedi principi di conservazione, di tutela dell'affidamento e di apparenza: par. 5).

I principi – universali, naturali, supremi, fondamentali, costituzionali, comunitari, convenzionali, internazionali, ricavabili da leggi ordinarie o addirittura da fonti extra-legali, espressi e inespressi – **hanno funzione essenzialmente direttiva**. La Consulta li definisce "*direttive di carattere fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico*" (sentenza n. 6/1956). Bobbio li considera "**norme giuridiche, aventi un carattere generale, estratte in via induttiva da regole di diritto positivo**", aggiungendo che sovente svolgono un ruolo che trascende il singolo istituto o, addirittura, la singola branca giuridica di riferimento. Guastini individua **cinque concetti di principio**: 1) norme provviste di alto grado di generalità; 2) norme provviste di alto grado di vaghezza (indeterminatezza); 3) norme di carattere programmatico; 4) norme di rango fondamentale; 5) norme direttrici di altre norme. Per Kelsen, sono **principi logici a cui si uniforma l'ordinamento**, come il principio di non contraddizione o quello di causalità.

Sono **norme fondamentali in un duplice senso**, in quanto danno fondamento o giustificazione ad altre norme; ma, al tempo stesso, sono norme che non richiedono giustificazione perché essi sono percepiti come ovvi, auto-evidenti, intrinsecamente giusti (LUZZATI; FALZEA; CRISAFULLI). Possono essere anche **norme di secondo grado o metanorme**, quando dettano norme sull'applicazione del diritto (si pensi al principio di irretroattività della legge *ex art. 11* preleggi; o al principio *ex art. 15: lex posterior non derogat lege priori*).

I principi si distinguono in: **principi fondamentali o generali dell'ordinamento**, quando abbracciano l'ordinamento nel suo complesso (l'eguaglianza, l'irretroattività della legge, la conservazione degli atti, la certezza del diritto, la preferenza per la legge successiva, il *neminem laedere*); **principi generali di un settore della disciplina** giuridica, se si focalizzano su un campo dell'ordina-

mento (il principio di autonomia negoziale, per il diritto civile); o, ancora, **principi generali di un singolo sotto-settore o di uno specifico istituto** (il principio di elasticità della proprietà).

I principi (*principles*) sono norme (*rules*) anch'essi, ma norme speciali.

Essi si distinguono, infatti, dalle regole o norme ordinarie – precetti concreti con struttura chiusa di carattere condizionale, che stabiliscono “chi deve fare cosa, a pena di determinate conseguenze” –, **perché: a) possono avere un linguaggio anche non prescrittivo** (ma ottativo, finalistico, ideologico, politico o valutativo: spetta allora all'interprete non solo concretizzare il principio, ma anche stabilire la conseguenza della sua violazione); **b) sono attinti da valori anche esterni all'ordinamento e hanno struttura aperta** (spesso non hanno carattere categorico, in quanto proclamano un fine o un valore da perseguire non già in presenza di una precisa fattispecie, ma incondizionatamente: articolo 33, comma 1, Cost.: “L'arte e la scienza sono libere”); **c) assolvono a una peculiare funzione** normativa, interpretativa, integrativa, costitutiva, programmatica, orientativa, razionalizzatrice, economica, ideologica, garantista, connettiva, esornativa, omologatrice, di *policy*, di regolazione dei rapporti tra Stato e Regioni (art. 117, comma 2, Cost: **Nelle materie concorrenti le regioni devono rispettare i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale**).

Occupiamoci delle **funzioni principali: interpretativa, programmatica e integratrice.**

I principi assolvono sempre a un costante **ruolo interpretativo**, in quanto consentono di attribuire a disposizioni vigenti di dubbia o incerta accezione un significato coerente con i valori essenziali del sistema.

Sono animati da una **tensione programmatica** perché forniscono indirizzi e orientamenti alla futura attività del legislatore.

Possono, infine, svolgere una **funzione schiettamente integrativa**, quando si tratta di principi inespressi, o di principi espressi ma non ancora del tutto attuati.

Vista la ricordata centralità dei principi nel sistema del diritto, abbiamo deciso di battezzare un manuale ragionato con l'esposizione dei principi generali del diritto – le cui declinazioni e attuazioni accompagneranno le analisi dei singoli istituti – al fine e di dotare il lettore degli **strumenti necessari e sufficienti a risolvere**, attraverso il pensiero critico e il ragionamento giuridico, **qualsiasi questione venga sottoposta alla sua attenzione.**

Il valore dei principi è infatti immenso e attualissimo, nella complessa età della modernità.

Nel mare dei mutamenti normativi e delle oscillazioni interpretative che segnano la nostra epoca di perenne transizione, è facile disperdersi e naufragare. Servono allora come il pane **chiavi di lettura stabili** che regalino al giurista un quadro di certezze.

È questo l'obiettivo, chiaro, ma non impossibile, che ci ha guidato nella redazione di un decalogo che vuole essere una piccola, ma preziosa, Bibbia giuridica.

1.1. I principi costituzionali, europei, internazionali e convenzionali

Un ruolo primario assume, nell'enucleazione dei principi, la nostra **Carta Costituzionale**, che, nel quadro di una conciliazione armonica tra diritti di libertà dei singoli e istanze solidaristiche, fissa valori pervasivi ed espansivi come la solidarietà sociale, il sistema aperto dei diritti inviolabili della persona, la libertà negoziale ed economica, la funzione sociale come limite alla proprietà privata, la tutela delle famiglie, la certezza dei rapporti giuridici e l'effettività della tutela giurisdizionale.

I principi costituzionali sono naturalmente sovraordinati ai principi legislativi e, a fortiori, a quelli eventualmente ricavabili da fonti secondarie.

Nell'ambito dei principi costituzionali un valore speciale assumono i **principi supremi dell'ordinamento costituzionale**, che hanno una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale.

La nota **teoria dei contro-limiti** fa sì che i principi supremi della *Grundnorme* e i diritti inalienabili dell'uomo, ivi scolpiti a tinte forti e potentissime, prevalgano anche sul diritto internazionale e sulle fonti comunitarie (vedi anche art. 4 del Trattato UE, dopo Lisbona, che ha riconosciuto la compatibilità comunitaria di detti contro-limiti). La Corte costituzionale ha, infatti, affermato che **non solo le norme internazionali ma anche quelle comunitarie da immettere e applicare nell'ordinamento interno non possono essere incompatibili con i «principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale** e, quindi, con i principi che sovrintendono alla tutela dei diritti fondamentali». Non v'è dubbio che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma, della Costituzione» (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) e operino quali “contro-limiti” all'ingresso delle norme dell'Unione europea (*ex plurimis*: sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007; e, con riferimento al diritto comunitario, sul *caso Taricco*, Corte Cost. 115/2018 e Corte Giust. 5 dicembre 2017), oltre che come barriere all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Sono, in altri termini, **gli elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale** (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988).

A questo punto è chiaro che oggi **l'ordinamento italiano è inserito in quello europeo**, secondo logiche di integrazione, immedesimazione e unità. Per questa

ragione i **principi generali del diritto civile** vanno tratti anche dalle fonti comunitarie, dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla giurisprudenza “normativa” della Corte di Giustizia (CGUE, 22 ottobre 2015, *Société thermale d’Eugénie-Les-Bains*, C-277/05), in base all’art. 19 TUE ed agli artt. 340 e 263 TFUE. **I principi generali trascendono i confini nazionali ed esimono dalla distinzione tra principi di origine nazionale e principi di diritto civile europeo**, messa in soffitta con l’adesione della Corte di giustizia e della Corte costituzionale alla **concezione monistica dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo**. Si pensi ai principi comunitari in tema di tutela del consumatore nei contratti asimmetrici, alla sussidiarietà, alla concorrenza, al danno ambientale, alla tutela della proprietà privata. Per non dire dei **principi del diritto privato europeo e della *lex mercatoria***, tratti anche dalle regole del diritto uniforme e dai progetti di codificazione.

Un valore significativo assume, poi, la **Convenzione europea dei diritti dell’uomo** che, pur non avendo efficacia diretta e non potendo quindi, in via autonoma, fissare principi cogenti, assume un significato rilevante quale parametro di costituzionalità (articolo 117, comma 1, Cost.) e come canone interpretativo (vedi cap. 2). Assumono, quindi, rilievo le indicazioni convenzionali sui temi nevralgici relativi alla protezione dei **diritti fondamentali della persona**, come il **diritto alla vita, a un equo processo, al rispetto della vita privata e familiare e alla parità tra i coniugi**. Particolarmente significativa appare, poi, l’indicazione delle **proprietà privata** tra i diritti fondamentali della persona (art. 1, protocollo addizionale) che ha posto non pochi **problemi di coordinamento con la nostra Costituzione** che riconduce, invece, la proprietà nell’alveo del titolo III relativo ai rapporti economici. Di rilievo ancora il **divieto di imprigionamento per debiti** (art. 1, Prot. 4) e il diritto al **risarcimento in caso di errore giudiziario** (art. 3, Prot. 7).

Va soggiunto che l’**art. 117, comma 2, lett. 1). Cost.**, contempla l’**ordinamento civile quale materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato**. Tale vincolo osta alla formazione di un **diritto privato regionale**, basato sui principi e precetti di derivazione non statale.

Si inizierà ora con l’esame dei principi trasversali, per poi analizzare i principi relativi ai singoli settori dell’ordinamento civile.

2. Principio di correttezza e buona fede

La buona fede in senso oggettivo è una generale **regola di condotta**, attuativa del canone di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., **che impone a entrambe le**

parti del rapporto obbligatorio la correttezza nell'esecuzione dell'obbligazione (art. 1175 c.c.).

La **buona fede oggettiva** viene in rilievo quale precetto universale che obbliga debitore e creditore a modellare il reciproco comportamento sulla scorta dei **canoni di lealtà e correttezza**, in guisa da guardare oltre gli interessi egoistici e abbracciare una logica altruistica e una prospettiva solidaristica, per perseguire la superiore finalità di assicurare uno spostamento di ricchezza conforme a giustizia.

Agli albori dell'evoluzione iniziata a partire dagli anni '70, la buona fede era considerata solo **criterio di valutazione delle condotte**.

Poi essa ha assunto la funzione di **strumento di integrazione delle obbligazioni contrattuali**. La parte, nell'eseguire il contratto, oltre a eseguire la prestazione contrattuale e quelle di cui all'art. 1374 c.c., deve altresì tenere ulteriori condotte – conformi agli obblighi di prestazione e anche di protezione –, a tutela dell'altra parte, purché non eccessivamente sacrificative e impegnative (art. 1375). Di qui la qualificazione come **clausola generale atipica di integrazione, fonte di comportamenti aprioristicamente non determinabili**, necessari per la salvaguardia dell'altrui sfera giuridica.

A questa fase è seguita quella che, prendendo le mosse dal *leading case* tedesco degli **anni '30**, ha considerato la *good faith* come **fonte di obblighi anche nei confronti dei terzi** che si trovino rispetto al creditore in una situazione di *proximity*.

La buona fede è stata poi intesa anche come **clausola protesa a limitare funzionalmente le pretese creditorie** e, in generale, l'esercizio del diritto. Il principio di buona fede è, quindi, limite funzionale e modale al diritto. La conseguenza è il riconoscimento dello strumento dell'*exceptio doli generalis*, che consiste nella paralisi dell'azione che concreti **abuso del diritto**, ossia esercizio del diritto solo formalmente rispettoso della cornice normativa (vedi par.3).

L'ultima fase dell'evoluzione del principio di buona fede è quella nella quale ci si è interrogati circa l'idoneità della stessa ad assurgere a **regola di validità** del contratto o di singole clausole dello stesso. Si segnala il recente indirizzo della Corte Costituzionale (*Corte Cost.*, 2 aprile 2014, n. 77) che, in materia di caparra confirmatoria eccessiva, ha considerato potenzialmente **affetto da nullità virtuale il contratto o una sua clausola, in caso di palese iniquità (gross disparity), per violazione del canone della buona fede, integrata dal principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., cui si deve attribuire vis normativa**. La buona fede diviene così **apriscatole giuridico universale** (PARDOLESI), parametro idoneo a verificare la corrispondenza della stipulazione ai canoni di correttezza imposti dall'ordinamento all'autonomia contrattuale. In questi termini, la autonomia contrattuale è realmente libera, solo nei limiti in cui porti ad un risultato finale sostanzialmente giusto, corretto e conforme a buona fede.

In **Germania il § 242 del BGB enuncia la regola del *Treu und Glaube*** prevedendo che *“il debitore è obbligato a eseguire la prestazione così come richiede la buona fede tenuto conto degli usi commerciali”*.

In **Francia**, invece, l'art. 1134 *code civil* prevede che *“Le convenzioni legalmente formate costituiscono legge per quelli che le hanno fatte. Non possono essere revocate che con il loro mutuale consenso o per le cause che la legge autorizza. Devono essere adempiute in buona fede”*.

In **Spagna**, infine, secondo l'art. 7 comma 2 *“I diritti si devono esercitare in modo conforme ai principi di buona fede. La legge non tutela l'abuso del diritto né il suo impiego antisociale”*.

In **Inghilterra** la giurisprudenza, prima nel caso *Spring v. Guardian Assurance plc* del 1995, poi nel più recente caso *McKie v. Swindon College* del febbraio 2011, ha espressamente enunciato la sussistenza dell'obbligo di buona fede e correttezza durante tutto il rapporto contrattuale, compresa la fase successiva alla cessazione del rapporto.

Sulla buona fede vedi parte 2, capitolo 1, paragrafi 6 e segg.

3. Il principio del divieto di abuso del diritto

L'abuso del diritto è una **figura controversa, elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese** all'esito della Rivoluzione, in un contesto nel quale diritti di libertà e di eguaglianza permettevano l'esercizio dei diritti in maniera assoluta (parte II, cap.1, par.7).

La teoria dell'abuso si atteggia quale **limite all'esercizio del diritto**, fungendo da bilanciamento fra la libertà individuale e l'autonomia privata da un lato, e l'utilità sociale e la libertà altrui dall'altro.

Nel Codice Civile **non esiste una definizione di abuso del diritto**. Eppure, tale figura era prevista nel progetto definitivo del Codice Civile in ossequio all'idea per cui l'ordinamento attribuisce un diritto per un determinato scopo (ottica dirigitica del legislatore), sicché quel diritto non può essere usato per uno scopo diverso, altrimenti si versa nell'ipotesi di abuso del diritto.

Nonostante il silenzio della legge, il principio del divieto di abuso è un principio generale che **trova il suo fondamento nel principio di solidarietà sociale e nella clausola di buona fede oggettiva, ex art.1175 c.c.**, presente nel testo del Codice Civile (vedi par. 2).

La relazione al Codice Civile afferma, infatti, che la correttezza implica **reciprocità**: non è ammessa una soddisfazione tipicamente egoistica dei propri interessi. Se la buona fede significa reciprocità, e la reciprocità è interpretata dalla giurisprudenza come proporzionalità, ne discende che deve esserci un rapporto di congruenza fra interesse soddisfatto e pregiudizio arrecato alla controparte.

In questa prospettiva, l'abuso del diritto muta profondamente: non si guarda solo allo scopo, ma ai comportamenti, di talché **sono vietati sia l'abuso funzionale che l'abuso modale**. È abuso non solo l'uso per uno scopo illecito, irragionevole o distonico, ma anche l'esercizio della facoltà giuridica con mezzi che comportano uno sproporzionato sacrificio agli interessi altrui: tra le diverse modalità possibili di attuazione del diritto, non bisogna scegliere quelle che pregiudicano in maniera sinteticamente irragionevole e comparativamente ingiusta gli interessi della controparte.

In **Francia** il concetto di abuso di diritto nasce dall'elaborazione della giurisprudenza con il caso Colmar verso la metà del 1800 (**Corte d'Appello di Colmar del 1855**): il proprietario di una casa costruisce sul proprio tetto un finto camino per impedire che la luce possa raggiungere le finestre del vicino, ponendo così in essere un atto produttivo di una utilità meramente soggettiva e non obiettivamente apprezzabile. La Corte accerta che il finto camino può avere come unica funzione quella di oscurare il fondo del vicino e condanna il proprietario che lo aveva costruito alla demolizione.

Il principio, poi, riceve una precisa codificazione in **Germania** nel BGB, con i paragrafi § 226 (generale divieto di atti emulativi), § 826 (Obbligo di risarcimento del danno doloso contrario ai “buoni costumi”) e soprattutto § 242 (Obbligo di buona fede nell'esecuzione della prestazione); nei primi anni del Novecento si configurò per i casi di abuso del diritto la concessione alla controparte di un'eccezione che paralizzava l'azione, analogamente a quanto avveniva nel diritto romano con l'*exceptio doli generalis* (PORTALE).

L'elaborazione della giurisprudenza tedesca si impose all'attenzione degli altri legislatori europei e l'esperienza tedesca fu raccolta nel **codice svizzero** (art. 2 dello ZGB del 1907), **greco** (art. 281 del Codice Civile del 1946), **spagnolo** (art. 7 comma 2 delle disposizioni preliminari al Codice Civile del 1974).

Questa funzione si rinviene nella **figura dell'abuso del diritto oggi riconosciuta a livello europeo**. In particolare, si possono richiamare **l'art. 17 CEDU e l'art. 54 Carta di Nizza che**, appunto, fanno riferimento al concetto di abuso del diritto. In questo contesto, l'abuso del diritto è collegato al potere degli Stati, nella misura in cui si prevede che essi non possono limitare o escludere i diritti sanciti dalle presenti carte, o limitarne in maniera più stringente l'esercizio.

Sull'abuso del diritto vedi anche parte 2, capitolo 1, par. 7.

4. Il principio di certezza del diritto (o di *sécurité juridique* o di *calculability*)

La certezza del diritto rappresenta un elemento fondamentale della nostra **civiltà giuridica**, le cui origini risalgono alla *lex Cornelia*, come si ricava dalla dottrina francese (DEMOGUE).