

MARTA CERIONI

*Prime riflessioni sulle fonti dell'autonomia privata**

Sommario: 1. Premessa; 2. Accezioni di “fonte dell'autonomia privata”; 3. Le singole fonti del “diritto dei privati”: codici di autodisciplina e deontologici; 4. Segue: norme tecniche; 5. Segue: contratto collettivo di diritto comune; 6. Segue: *lex mercatoria*; 7. Nozioni di *soft law*; 8. L'evoluzione delle tesi sulla titolarità della produzione normativa; 9. La produzione normativa dei privati in Costituzione; 10. I limiti alla produzione normativa dei privati; 11. Il “nuovo” sistema delle fonti tra principio di competenza e sussidiarietà orizzontale: dalla piramide, all'abete, alla rete.

1. *Premessa*

Vittorio Scialoja si esprimeva a favore del diritto positivo¹ nella prolusione inaugurale dell'anno accademico dell'Università di Camerino nel lontano 1879. Evidenziava, in parti-

* Il presente lavoro trae origine da un ciclo di lezioni dal titolo “*Autonomia privata e Costituzione*” tenuto presso l'Università degli Studi di RomaTre nell'A.A. 2011-2012 e costituisce la base di un saggio più approfondito con taglio giurisprudenziale.

¹ «Coloro, che, come me, propugnano il puro diritto positivo, sono stati spesso accusati di grettezza d'idee e di mancanza d'ideali. Tali accuse non furono mai meno meritate. Noi non neghiamo ogni attività diretta a migliorare la legislazione, non neghiamo anzi difendiamo l'imperio della morale nella vita. Ma dove non vogliamo vedere regnare altro che la legge si è nelle aule dei tribunali. Noi crediamo che l'inclinare la privata volontà, il privato giudizio dinanzi al volere dello Stato, qualunque esso sia, è opera di buon cittadino; e che solamente così si possa mantenere intatta quella libertà, che fu dai nostri padri con tanta fatica conquistata. Dell'amore della patria vogliamo che non si faccia pompa solo nelle grandi occasioni, ma che lo si eserciti in ogni momento; e in nome suo domandiamo ai cittadini anche qualche sacrificio, se richiesto dal rispetto alla legge. E se chi ci accusava di mancar d'ideale, ci dirà che troppo si vuole facendo di quell'amore una virtù quotidiana, risponderemo che così, e solamente così, si potrà rendere alla patria l'antica grandezza». Così si esprimeva V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Discorso inaugurale letto nella grande aula della Biblioteca Valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riaprimiento degli studi nell'Università di Camerino, in *Annali della Facoltà Giuridica*, Camerino, 1880, 28.

colare, una predilezione per il diritto positivo nella fase dell'applicazione ("Aule dei Tribunali") capace di garantire una maggiore certezza del diritto rispetto all'equità².

Se oggi ci fosse chiesto di elencare le fonti che un operatore del diritto deve consultare al fine di risolvere la controversia o un intricato quesito giuridico, dovremmo senz'altro rispondere non limitandoci più alla dicotomia "diritto positivo/equità" bensì allargando i confini. Innanzitutto, è mutato il concetto di diritto positivo così come lo si intendeva due secoli fa, ovvero un «sistema di precetti autoritativi provenienti dallo Stato o comunque dai poteri pubblici»³. Oggi, al contrario, è possibile che «regole di fonte privata (non necessariamente condivise da tutti i destinatari) possano atteggiarsi a regole oggettive che disciplinano esaustivamente (senza il concorso o l'esplicito e formale riconoscimento da parte di fonti statuali) e con la pretesa di colmare vuoti di potere pubblico, interi settori dell'esperienza socio-economica»⁴.

Le riflessioni che seguiranno si occuperanno proprio delle fonti dell'autonomia privata e del loro ruolo nel sistema delle fonti.

Le ragioni di questa breve ricerca affondano nella constatazione che la dottrina, fino a non molto tempo fa, non le includeva nelle trattazioni sulle fonti del diritto. Questa assenza è giustificata dal fatto che l'"atto principe" dell'autonomia privata, ovvero il contratto, non è fonte normativa in quanto cristallizza il concreto ed individuale assetto di interessi al momento dell'accordo⁵ e pertanto, non presenta caratteristiche simili alla legge⁶. In particolare, il profilo di maggior distanza è costituito dall'efficacia, in quanto, secondo gli inse-

² V. SCIALOJA, *op. cit.*, 17, sostiene che «nell'equità la materia giuridica si trova allo stato amorfo e non depurata, nel diritto positivo invece essa è schietta e cristallizzata».

³ Così F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000. In tal senso v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996; N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307; F. ROSELLI, *Violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di G. IANNIRUBERTO E U. MORCAVALLO, Milano, 2007, 488. Secondo P. GROSSI, *Un diritto senza Stato*, in *Quad. fior. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1996, 281 ss., l'autonomia privata può assumere un ruolo non residuale e particolaristico nell'ambito della produzione normativa, che non si esaurisce cioè esclusivamente nell'ambito delle potestà dello Stato.

⁴ F. CRISCUOLO, *op. cit.*, 51. G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 725 ss. L'Autore spiega come da un modello di Stato onnipotente, che ha causato una sovraregolamentazione, si sia passati ad un altro in cui la volontà privata sostituisce l'intervento statale. Da qui l'esigenza dei controlli che fanno capo ad agenzie amministrative o ad autorità indipendenti.

⁵ F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, 4 s.

⁶ GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU E MESSINEO e continuato da MENGONI, Milano, 1998, 157 secondo cui l'accostamento tra legge e contratto viene ritenuto di segno alquanto superficiale e descrittivo.

gnamenti classici, gli atti di autonomia privata possono produrre effetti solo *inter partes* mentre la legge produce effetti *erga omnes*⁷.

Tuttavia, da qualche tempo, proprio il dogma dell'irrilevanza per i terzi degli atti di autonomia privata sta subendo alcune profonde modificazioni che inducono a rilevare una vicinanza molto più forte di quella sin'ora concepita tra legge ed atti di autonomia privata. Uno dei primi lavori italiani in cui si tratta organicamente del "diritto dei privati" prende le mosse da un mutato punto di vista volto al superamento delle distinzioni tra diritto pubblico e diritto privato, proponendo al contrario una distinzione tra diritto statale e il "diritto dei privati". Questa concezione poggia le proprie basi sulla teoria della "pluralità degli ordinamenti giuridici" di Santi Romano⁸ e corrobora le critiche alla tesi classica della "esclusiva riserva dei poteri di produzione normativa" ai soli soggetti pubblici. Quest'ultima, al contrario, affonda le radici molto indietro nel tempo, infatti, è stata anche definita "modello Westfalia"⁹ poiché si riaggancia al sistema delineato con i trattati di pace del 1648 i quali hanno decretato la nascita degli Stati nazionali e quindi una «pluralità di Stati reciprocamente indipendenti, i cui ordinamenti giuridici, nel loro complesso, esercitano almeno potenzialmente le loro funzioni regolatrici su tutta la superficie terrestre, direttamente o in virtù della loro qualità di componenti della Comunità internazionale»¹⁰. Questo sistema si discosta molto da quello precedente basato su una tendenziale unificazione legislativa¹¹ dovuta dapprima al *Corpus iuris* giustiniano nel IV secolo e poi alla sua rielaborazione nelle Università che ha condotto al "diritto comune", dotato di efficacia non condizionata dalle

⁷ Una ipotetica assimilazione tra legge ed atti di autonomia privata potrebbe avvenire solo in una democrazia diretta. In tal senso, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 168.

⁸ La presentazione del lavoro monografico è firmata da Salvatore Romano il quale inserisce l'opera di Cesarini Sforza nella più ampia teoria dell'"Ordinamento giuridico" di Santi Romano. Cfr. anche M.S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 882 s. che ritiene che «l'autonomia privata attiene infatti all'elemento plurisoggettività degli ordinamenti, e più precisamente invece [all]a determinazione della posizione dei soggetti di un ordinamento, di fronte all'organizzazione e alla formazione dell'ordinamento stesso, in ragione del fatto che per quanto ampie e incumbenti l'una e l'altra possano essere, è pur sempre impossibile che l'intera libertà del soggetto sia soppressa dall'organizzazione dell'ordinamento, l'intero suo comportamento sia regolato dalla formazione dell'ordinamento. L'autonomia privata è quindi una "posizione necessaria" di libertà e di autodeterminazione di un soggetto in un ordinamento. E per la varietà e relatività degli ordinamenti, essa è a sua volta varia e relativa, e quindi storica».

⁹ A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, 22 ss.

¹⁰ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, II edizione, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca, Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Bologna-Roma, 2011, 73.

¹¹ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 2010, 227-229.

frontiere fra gli Stati¹². Il sopraggiunto modello “Westfalia” produce una «nuova rottura dell’unità del diritto europeo»¹³ e consacra il monopolio della produzione legislativa o normativa in senso lato in capo ai singoli Stati nazionali, mentre il “diritto dei privati” costituisce un “elemento di rottura” in favore di una ricostruzione non esclusivamente statalista delle fonti di produzione.

2. *Accezioni di “fonte dell’autonomia privata”*

Innanzitutto, è possibile individuare due diverse accezioni di fonti dell’autonomia privata. Una ampia che contiene tutti gli atti che i privati autonomamente pongono in essere al fine di disciplinare i loro reciproci rapporti, comprendendo, quindi, anche tutti i negozi giuridici perfezionati con il consenso delle parti stipulanti e aventi effetti essenzialmente solo *inter partes*.

Una seconda accezione, invece, coincide con il “diritto dei privati” coniato già nel lontano 1929 da Cesarini Sforza¹⁴ con cui si intendono solo le espressioni di autonomia privata che stabiliscono delle regole destinate ad essere osservate da *soggetti ulteriori rispetto a quelli che le hanno redatte*. In altri termini, con la prima nozione, si intendono indistintamente tutte le norme create dai privati, mentre con la seconda, solo quelle che presentano, in un certo senso, il carattere di eteronomia¹⁵ e che producono effetti *erga omnes* per tutta la categoria cui si rivolgono.

La felice intuizione di Cesarini Sforza arriva a definire il diritto dei privati come «quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo, in mancanza, o nell’insufficienza della legge statale»¹⁶. Questa definizione può essere ancora attuale nella misura in cui ci si riferisce a quegli atti di autonomia privata che creano effetti *ultra partes* e che sono sempre più numerosi e complessi nell’ordinamento giuridico. Il carattere di eteronomia delle norme prodotte dai privati ha già condotto questa dottrina a

¹² A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa*, cit., 22, il quale vi aggiunge anche sul piano politico l’affermazione del Sacro Romano impero esistente dall’anno 800 all’anno 1806.

¹³ A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa*, cit., 22. Sul tema dell’ordinamento giuridico ed in particolare sui profili di complessità, dinamicità e unitarietà, v. P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; nonché ID., *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 33 ss.

¹⁴ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963.

¹⁵ F. CRISCUOLO, *L’autodisciplina*, cit., 23 ss.

¹⁶ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 3.

distinguere due tipi diversi di norme: quelle statuali ovvero create dallo Stato in cui ricomprende sia il diritto pubblico ma anche quello privato poiché costitutivo di un «complesso di volontà statuali miranti a regolare rapporti tra persone private»¹⁷ e il diritto non statale (che definiremmo fonti di autonomia privata) nel cui ambito spicca il c.d. “diritto dei privati” inteso come regole emanate da «autorità non statuali, per disciplinare determinate relazioni giuridiche tra persone ad esse sottoposte»¹⁸. Questo diritto, pertanto, è diverso rispetto a quello dei negozi giuridici (comunque non statale) poiché non vincola solo coloro che hanno aderito e contribuito alla stesura della disciplina. Il “diritto dei privati”, pertanto, può essere somigliante, per certi versi, alla formazione positiva di derivazione statale. Proprio per questo, ci interesseremo di questo tipo di fonti di autonomia privata.

3. Le singole fonti del “diritto dei privati”: codici di autodisciplina e deontologici

L'esempio più interessante del diritto dei privati è senz'altro quello costituito dalla normativa di autodisciplina dei gruppi cristallizzata in autentici codici¹⁹. Il fondamento di queste norme è costituito dalla presenza di un gruppo ristretto di soggetti che è deputato alla vigilanza del loro rispetto e, in caso di violazioni accertate, persino al comminare sanzioni. Anche in questo caso, pertanto, può essere provata la bontà della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano poiché la totalità di questo tipo di produzione normativa si basa sull'esistenza di un gruppo organizzato di persone aventi uno scopo comune per il cui corretto perseguimento eleggono un consiglio “ristretto” di soggetti nel proprio seno che ha il compito di vigilare sulla corretta applicazione delle norme interne²⁰.

Questa teoria è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza che, in occasione della risoluzione di una questione sull'autodisciplina pubblicitaria si è espressa in merito al rapporto fra ordinamento autodisciplinare e statale, affermando che «anche nell'attuale ordinamento giuridico positivo è ammissibile l'esistenza di ordinamenti privati che traggono la

¹⁷ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 4.

¹⁸ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 26.

¹⁹ MENGONI, *La questione del “giusto diritto” nella società post-liberale*, in *Rel. Ind.*, 1988, 24 che ritiene che questa realtà si legittimi nel quadro di nuovi processi di formazione del diritto progressivamente emergenti sulla crisi dello Stato moderno e dei suoi modelli regolativi.

²⁰ Così anche N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 177 che ritiene si tratti di «categoria omogenea di soggetti mossa da comuni interessi» e che «si sottopon(e) all'osservanza di un complesso di regole dettate in funzione di scopi comuni determinati». Anche F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 99. F. S. BORRELLI, *Autodisciplina pubblicitaria e leggi nazionali*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1981, I, 367 ss.

loro origine e la ragione della propria effettività dall'autonomia privata riconosciuta e garantita dallo Stato. Ciò avviene tutte le volte che un organismo sociale instaura nel suo interno una disciplina che contiene un ordinamento autonomo di autorità, di poteri, di norme e di sanzioni, un regolamento interno di carattere disciplinare. La nascita e la vita di un ordinamento derivato sono regolate dalle norme dell'ordinamento superiore»²¹.

In sostanza, l'accezione tecnica di autodisciplina presenta congiuntamente i momenti: organizzativo, normativo e talvolta anche sanzionatorio. Al contrario, l'accezione generica si riferisce solo alla "posizione" di regole da parte di uno o più soggetti per disciplinare la propria sfera di interessi (c.d. concezione filologica)²².

Questa tipologia di norme comprende un'ampia gamma di settori che vanno dalle professioni ad interi settori dell'economia e della società. La dottrina suole distinguere tra codici di autodisciplina e di deontologia²³ ma sembra che questa non possa essere una differenziazione strutturale ma solo contenutistica. I codici deontologici presentano precetti principalmente etici mentre i codici di autodisciplina delle regole vere e proprie. V'è da notare, però, che ogni regola giuridica nel suo formarsi risponde sempre a «criteri di valore condivisi, in quanto tali connotabili anche in chiave etica»²⁴ e che ogni norma deontologica contiene una regola di comportamento molto efficace la cui violazione può addirittura provocare la radiazione del professionista e quindi impedire ad un soggetto di esercitare la propria professione per sempre.

Piuttosto, è molto più interessante indagare la struttura di questa tipologia di norme. All'interno di questa, si possono scorgere diverse tipologie di autodiscipline le cui caratteristiche oscillano intorno a due poli di attrazione: a) l'innovatività delle norme rispetto a quelle già presenti nell'ordinamento giuridico (modelli meramente ripetitivi di norme già esistenti o modelli totalmente "speciali" ed "originali" per interessi coinvolti o tecniche di tutela utilizzate) e b) la "giustiziabilità" da parte di appositi organi (da sistemi fortemente pre-

²¹ Trib. Milano, sent. 22 gennaio 1976, in *Riv. Dir. Ind.*, 1977, II, 91 ss.

²² F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 98.

²³ CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. Dir.*, 2011, 552 ss.

²⁴ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 178.

cettivi che sanzionano ogni violazione di norma a sistemi in cui il rispetto delle regole è lasciato alla libera adesione del singolo soggetto)²⁵.

La necessaria presenza dei caratteri di “specialità” ed “originalità” costituisce espressione della riconduzione del fenomeno dell'autodisciplina nell'autonomia privata poiché non sarebbe configurabile come manifestazione di quest'ultima quella regola «sprovvista dell'idoneità a determinare un assetto di interessi diverso da quello che si sarebbe avuto in mancanza di essa; che, cioè, non avesse attitudine a determinare di per sé un'innovazione della realtà giuridica»²⁶. In tal modo, l'autodisciplina presenta, senz'altro, un contenuto normativo in senso proprio, idoneo a concorrere con la produzione normativa statale.

Parte della dottrina²⁷ si discosta da questa tesi poiché ritiene che due norme anche di identico contenuto (quella statale e quella autonoma ripetitiva) in diversi contesti possano assumere significati del tutto differenti anche in riferimento alla vincolatività che può essere maggiore se quella norma è “ribadita” anche dal proprio codice professionale²⁸.

Anche la seconda caratteristica della vincolatività è indefettibile poiché, appurato che l'autonomia equivale a “porre delle regole” tali da «modificare il comportamento del destinatario della prescrizione»²⁹, se le regole stesse venissero disattese senza incorrere in alcuna sanzione, non si avrebbe un fenomeno di autonomia bensì di semplice “consiglio” o “auspicio”. Ovviamente, ciò non significa che l'apparato deputato alla verifica del rispetto delle regole debba essere esclusivamente interno all'istituzione disciplinare. *A fortiori*, l'apparato

²⁵ F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 97; P. ZATTI (a cura di), *Le fonti di autodisciplina*, Padova, 1996 per una panoramica generale.

²⁶ Così F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 104 il quale richiama anche F. Pergolesi, che teorizza il contenuto della regole autonome come un contenuto determinato solo in negativo dalle regole statali che, in tal modo, sottraggono al potere privato autonomo certe materie, certi gruppi di rapporti che lo Stato riserva alla propria disciplina (p. 6 e 7).

²⁷ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 178 s.

²⁸ L'esempio proposto è quello del c.d. “codice di autodisciplina delle società quotate in borsa” del 1999. Secondo Criscuolo è meramente ripetitivo delle norme previste dalla disciplina statale. Per Lipari, al contrario, il codice rappresenta un criterio normativo autodeterminato dalle imprese e che, proprio per questo, le aderenti gli attribuiscono un valore aggiunto rispetto alla forza vincolante dei precetti legislativi. L'A., però va oltre, poiché ritiene che questa coscienza porterà a un «effetto riflesso di segno negativo a carico delle imprese non aderenti, se è vero che la Borsa si è immediatamente riservata di chiedere alle società quotate di dar conto motivatamente dell'adozione o meno del codice (in tal modo riconnettendo implicitamente un effetto autonomo all'utilizzazione della disciplina autoregolamentare e comunque evidenziando un'efficacia dell'accordo che va al di là della posizione delle parti sottoscrittrici). Se il diritto vale come esperienza nell'effettività dei comportamenti, non si può certamente sottacere il significato di comportamenti di questo tipo» (N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 179).

²⁹ G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1984, 21.

sanzionatorio può essere anche quello dello Stato. Si pensi, infatti, alla possibilità che la Corte di Cassazione giudichi in sede di legittimità le violazioni del codice di deontologia forense qualificandole come violazione di legge³⁰.

4. *Segue: norme tecniche*

La dottrina ha distinto inizialmente la norma tecnica da quella della natura poiché, mentre quest'ultima descrive uno stato di fatto (*se c'è A, c'è B*), la norma tecnica individua un fine e la via per raggiungerlo (*se si vuole B, si deve porre in essere A*)³¹. A ben vedere, la formulazione del *type* assomiglia molto alla struttura di una norma precettiva e quindi di una norma giuridica, in particolar modo sembra appartenere alla situazione giuridica soggettiva dell'onere³². Infatti, altra dottrina le ha qualificate come norme giuridiche tendenti ad un fine liberamente perseguibile³³, ovvero «le regole la cui osservanza è indispensabile per conseguire, in linea di fatto, determinati accertamenti mediante l'impiego del proprio corpo o l'uso di macchinari o di procedure che implicano la conoscenza di forme di *know how*, talora conseguibile soltanto mediante una vera e propria formazione professionale a carattere specializzato, nonché spesso condizionata alla titolarità di specifiche abilitazioni certificate mediante appositi documenti»³⁴. Le «norme» tecniche hanno «vigenza intrinseca identica o

³⁰ Cass., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8225; Cass., sez. un., 23 marzo 2004, n. 5776 e infine Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810 (in *Foro it.*, 2008, I, 116 ss. con nota di R. DANOVÌ, *Sulla giuridicità delle regole deontologiche*) e Cass., sez. un., 30 aprile 2008, n. 10875. La dottrina ha aderito alla posizione della Corte di Cassazione: cfr., *ex multis*, A. POLICE, *Riflessioni in tema di deontologia e giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 23 ss. In particolare, Cass. sez. unite, sent. n. 26810 del 20 dicembre 2007 riconosce alle disposizioni dei codici deontologici predisposti dagli ordini (o dai collegi) professionali la natura di «fonti normative integrative di precetto legislativo». Il tradizionale orientamento sosteneva che «non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge, come tali assoggettabili al criterio interpretativo di cui all'art. 12 delle preleggi, ma sono espressione di poteri di autorganizzazione degli ordini (o dei collegi), si da ripetere la loro autorità, oltre che da consuetudini professionali, anche da norme che i suddetti ordini (o collegi) emanano per fissare gli obblighi di correttezza cui i propri iscritti devono attenersi e per regolare la propria funzione disciplinare. Ne discende che le suddette disposizioni vanno interpretate nel rispetto dei canoni ermeneutici fissati dagli artt. 1362 e ss. cod. civ.». Sulle fasi dell'evoluzione dell'efficacia dei codici di autodisciplina nell'ordinamento giuridico, v. A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. cost.*, 2010, 1895 ss.

³¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova, 1970, 12.

³² F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 28, nota 93 che discute di oneri anziché obblighi.

³³ Secondo F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, 329-330, il fine liberamente perseguibile dalla norma tecnica «entra a caratterizzare lo schema della norma tecnica e la rende tale, permettendone la traduzione dalla legge naturale corrispondente».

³⁴ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 152.

quanto meno analoga a quelle delle norme giuridiche»³⁵. E' stato sostenuto che la struttura «è di per sé simile (salvo per il fatto di non esprimere comandi, ma piuttosto condizioni da soddisfare per ottenere i risultati che la loro osservanza consente)»³⁶. Tuttavia, vi è chi le differenzia dalle norme giuridiche per la peculiare attitudine e conoscenza in possesso dei titolari abilitati a porle in essere³⁷. Per altri invece è solo frutto di convenzioni³⁸. Altri ancora contestano proprio la tipologia di “norma” tecnica in quanto *impropria*, essendo qualificabile come tecnica non la norma ma la sua origine, la sua premessa logica³⁹; *polisensa*, poiché si caratterizza, oltreché per un’accezione contenutistica, per un significato descrittivo ampio, impreciso e mutevole⁴⁰.

Ciò che è certo è che dal punto di vista contenutistico, le norme tecniche si distinguono per la loro scientificità⁴¹. Dal punto di vista strutturale, è possibile distinguere, invece, tra «regole tecniche» e «norme tecniche». Le prime sono quelle norme cogenti, comunque prodotte autoritativamente da organi o da enti pubblici, statali o regionali, sulla base di cognizioni fornite o da una scienza specialistica, (vale a dire da tutte le scienze ad eccezione di quelle giuridiche e dell’amministrazione), o dalla conoscenza di una tecnica per la produzione di un bene o di un servizio non ricollegabile ad una scienza; le seconde sono le norme prodotte da associazioni private, a ciò deputate in forza di una generale abilitazione conferita loro dall’ordinamento giuridico⁴².

Le norme tecniche possono essere utilizzate in diversi modi: a) incorporazione della norma tecnica in quella giuridica⁴³; b) rinvio fisso ad un allegato tecnico⁴⁴ (testo non giuridi-

³⁵ Di contrario avviso, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 83 ss. per una panoramica, cfr. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit.; A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 25.

³⁶ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 152.

³⁷ Taluni hanno anche rovesciato il problema sostenendo che le norme giuridiche sono una sottospecie delle norme tecniche poiché la loro interpretazione ed applicazione è riservata ai giuristi i quali possiedono la necessaria competenza. Così, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 152.

³⁸ A. M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1974, 189.

³⁹ A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 189.

⁴⁰ A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., 253 ss.

⁴¹ N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007.

⁴² A. IANNUZZI, *Caratterizzazioni della normazione tecnica nell'ordinamento italiano. Il campo di analisi e di verifica della materia ambientale*, in http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/caratterizzazioni/normazione_tecnica_Iannuzzi.pdf, 30 ottobre 2005, 8 ss.

⁴³ F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 159 ss. Questo fenomeno può essere condotto alla sussunzione da parte della legge di regole formate dai privati.

co); c) rinvio mobile al medesimo⁴⁵; d) rinvio alla libera e prudente valutazione dell'operatore giuridico che può individuarla nell'ambito dell'ordinamento giuridico oppure nell'ambito tecnico.

Nel primo caso, operano come fonti giuridiche a tutti gli effetti, nel secondo, le opinioni sono divise, mentre nel quarto, rappresentano semplici «dati di fatto impiegabili secondo le regole generali sull'interpretazione»⁴⁶. Ciononostante sono essenziali nell'operazione di ricostruzione della norma la quale si compone sia della disposizione giuridica sia della norma tecnica il cui rispetto conduce all'acquisizione di un diritto, e quindi, in ultima analisi, il rispetto della regola tecnica conduce all'acquisizione del “bene della vita” agognato dal singolo.

Infatti, a tal proposito, è stato ritenuto che «i testi concernenti norme tecniche non recepite da leggi o altre fonti operano assai spesso come *soft law*, risultando difficile contrastare le posizioni suffragate dai pareri degli scienziati, tranne che nei casi nei quali il legislatore si sia proposto di prevenire le loro conclusioni imponendo propri punti di vista. E la storia conosce molti casi di conquiste della scienza, a lungo combattute da autorità politiche o religiose, che solo a costo di lunghi contrasti hanno potuto venir riconosciute come fondate»⁴⁷.

Si pensi al combinato disposto dell'art. 6, lett. b) della l. n. 194/1978 che nel caso in cui «siano accertati processi patologici [...] che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» ammette l'interruzione di gravidanza oltre il termine dei 90 giorni e all'art. 7, comma 3, che, al fine di tutelare anche il diritto alla vita del nascituro, stabilisce che non si possa comunque interrompere la gravidanza «quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto». La legge non individua il termine massimo per l'IGV in un numero di settimane specifico poiché è subordinato ai progressi della tecnica medico-scientifica che con il passare degli anni hanno ragionevolmente permesso di collocare il termine stesso in un momento sempre più precoce della gravidanza. Di conseguenza, nel caso di pericolo per la salute della donna, visto che non esistono linee-guida nazionali in

⁴⁴ A.A. CERVATI, *In tema di allegati ad un atto legislativo e delegificazione di tabelle*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1614.

⁴⁵ F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 248 ss.

⁴⁶ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 153.

⁴⁷ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 153 s.

materia, sono le prassi delle cliniche a determinare il limite massimo per interrompere la gravidanza. Queste sono stabili sulle 24 settimane⁴⁸, salvo alcune eccezioni di termini minori praticati da alcuni ospedali⁴⁹. Queste norme tecniche, pur non essendo recepite in un testo normativo statale, hanno effetti determinanti sul diritto alla vita della madre e del feto⁵⁰.

L'incisività delle norme tecniche è vista con molta preoccupazione da chi teme che la politica sia sostituita da un apparato di tecnici non eletti e quindi sottratti al circuito democratico⁵¹.

5. *Segue: contratto collettivo di diritto comune*

Questo atto di autonomia privata è già stato qualificato da risalente dottrina come «un ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge» poiché «attraverso il meccanismo contrattuale gioca una forza che trascende il diritto soggettivo e si sprigiona un movimento che va oltre il rapporto giuridico tra le parti»⁵². Da ben prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, era già evidente come questo atto, essenzialmente frutto dell'autonomia privata, producesse effetti ben *oltre i soggetti* che lo avevano posto in essere.

La Costituzione attribuisce ai contratti collettivi “efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto collettivo si riferisce” e dunque gli conferisce efficacia *erga omnes* purché vi siano due condizioni: a) i sindacati abbiano ottenuto la personalità giuridica mediante la registrazione; b) la stipulazione sia affidata ad una rappre-

⁴⁸ Per una disamina sulle molteplici posizioni nella medicina sulla vitalità del feto, v., *ex multis*, la sintesi della letteratura più recente nelle “Note bioetiche” del Comitato Nazionale per la bioetica, disponibile sul sito del ministero della Salute.

⁴⁹ Le linee guida degli ospedali Mangiagalli e San Paolo di Milano che già adottano da qualche anno un codice di autoregolamentazione che prevede il limite delle 22 settimane oltre le quali non è più possibile effettuare una IVG.

⁵⁰ Tommaso V., nato venerdì 2 marzo 2007 a Firenze (all'ospedale Careggi), morto a Firenze (all'ospedale Meyer) giovedì 8 marzo 2007 dopo un'emorragia cerebrale e dopo essere sopravvissuto per sei giorni a un'interruzione di gravidanza. Tommaso pesava cinquecento grammi, era lungo venticinque centimetri. Ai genitori era stata comunicata la diagnosi prenatale di possibile atresia esofagea, una malformazione correggibile chirurgicamente dopo la nascita, anche se in proporzione alla gravità della malformazione stessa. Il piccolo è stato abortito all'ospedale di Careggi di Firenze alla 23^a settimana, (la scelta della madre di abortire è avvenuta alla 21^a settimana) ma è nato vivo, sano, senza la malformazione temuta, per carenza di posti è stato trasferito al Meyer, dove è morto dopo sei giorni. Per una cronaca precisa dell'evento, *ex multis*, v. <http://cerazadeallegati.blogspot.com/2007/04/il-foglio-la-pasqua-di-paolo-tommaso.html>

⁵¹ D. FISICHELLA, *Tecnocrazia*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il dizionario di politica*, Torino, 2004, 971 ss.

⁵² F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1927, 116 s.

sentanza unitaria composta in modo proporzionale al numero degli iscritti ai vari sindacati stipulanti.

Qualora i sindacati avessero adempiuto a questo “onere”⁵³, il contratto collettivo avrebbe avuto efficacia *erga omnes* e si sarebbe collocato al livello primario delle fonti del diritto⁵⁴.

E’ notorio che l’art. 39 Cost. non sia stato mai attuato principalmente per volontà degli stessi sindacati e, pertanto, gli unici contratti collettivi sono quelli di diritto comune la cui disciplina giuridica è quella prevista dal codice civile. La differenza essenziale tra il modello costituzionale e quello civilistico si riverbera sul piano degli effetti poiché quest’ultimo ha efficacia limitatamente ai soggetti iscritti alle associazioni stipulanti. Questo aspetto avrebbe potuto e (potrebbe) comportare la coesistenza di molteplici accordi conclusi da sindacati diversi sebbene operanti in un unico settore professionale.

In aggiunta a ciò, l’efficacia generalizzata del contratto collettivo è stata estesa tramite due canali: quello legislativo e soprattutto quello giurisprudenziale.

Le soluzioni adottate nell’ambito del primo filone sono molto risalenti. Il modello più conosciuto è quello designato dalla l. n. 741 del 1959 con cui il Parlamento delegava al Governo di emanare dei decreti legislativi in cui si recepivano i contratti collettivi esistenti prima dell’approvazione della legge di delega. In tal modo, questi avrebbero acquisito l’efficacia di atti normativi primari e loro efficacia si sarebbe estesa a tutti gli appartenenti a quello specifico settore professionale cui il contratto si riferiva. La *ratio* della legge di delega mirava proprio ad evitare la disuguaglianza di trattamento per i lavoratori dello stesso settore che, però, avevano aderito a diversi sindacati che, a loro volta, avevano stipulato diversi contratti collettivi⁵⁵, nonché di rendere effettiva la tutela dei minimi di trattamento economico ai sensi dell’art. 36 Cost.

⁵³ F. MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti?* Relazione alla Tavola rotonda su «Rappresentanza sindacale e contratto collettivo» svoltasi il 3 aprile 2009 presso l’Università degli Studi della Sapienza, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, 2010, 12 che li qualifica proprio così.

⁵⁴ F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, II, *Teoria dell’atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, in cui lo afferma in senso dubitativo.

⁵⁵ Nella l. 741/1959 venivano comunque fatti salvi i trattamenti più favorevoli attuali e futuri contemplati da accordi e contratti collettivi e da contratti individuali.

Sebbene lo scopo fosse costituzionalmente fondato, il meccanismo del recepimento dei contratti collettivi di diritto comune tramite specifici decreti legislativi era palesemente in contrasto con l'art. 39, 4° co. Cost. Tuttavia, la Corte costituzionale salvò la normativa approvata sulla base del suo carattere transitorio ed eccezionale⁵⁶. Il successivo tentativo esperito dal Parlamento nel 1960 con la legge n. 1027 fu dichiarato incostituzionale proprio per evitare che la contingenza diventasse prassi costante⁵⁷.

Un altro riconoscimento legislativo ai contratti collettivi è collegato alla legislazione premiale che attribuisce finanziamenti agevolati, concessioni, sgravi fiscali e così via alle aziende che stipulano contratti individuali di lavoro rispettando i “contenuti minimi” previsti dai contratti collettivi del settore⁵⁸. Essendo dei riconoscimenti indiretti che non sanzionano i casi di non rispetto dei contratti collettivi ma agevolano soltanto chi è nella posizione opposta, questo tipo di disciplina non ha trovato ostacoli di ordine costituzionale.

Recentemente il rapporto tra legge e contratto collettivo si è arricchito di una nuova tipologia prodotta dalla loro osmosi ovvero la c.d. «legificazione della contrattazione collettiva»⁵⁹. Strutturalmente è costituita da una fonte legislativa che enuncia dei principi e/o direttive in materie per lo più di politica del lavoro⁶⁰ a cui aggiunge un rinvio alla contrattazione collettiva per l'integrazione e lo svolgimento di queste. L'impianto strutturale assomi-

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 106 del 1962, in *www.giurcost.it*. Un altro tentativo ancora più risalente è rappresentato dalla l. 25/1955 [art. 11, lett. d)], che istituiva l'obbligo in capo ai datori di lavoro di rispettare i contratti collettivi stipulati nell'ambito dell'apprendistato. In questo modo, la legge rinvia a un atto – fonte e subordinava i contratti individuali al rispetto di questo, che, quindi, assumeva valore primario. La questione di costituzionalità per contrasto con l'art. 39 fu respinta dalla Corte (con sentenza n. 10/1957) poiché la legge impugnata «non contiene affatto una dichiarazione di obbligatorietà dei contratti collettivi di diritto privato per tutti gli appartenenti alle rispettive categorie dei sindacati stipulanti. La norma stessa, invece, [...] contiene un riferimento generale ai contratti collettivi senza alcuna specificazione». In realtà, sebbene la norma fosse generica, l'effetto che produceva era proprio quello dell'obbligatorietà del contratto collettivo.

⁵⁷ Successivamente v. anche Corte cost., sent. n. 88 del 1965, in *www.giurcost.it*.

⁵⁸ Ad es. cfr. la legge sull'occupazione giovanile n. 285/1977, art. 9.

⁵⁹ A. D'ALOIA, *Art. 39*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 815; cfr. anche la trattazione sui “contratti collettivi” a p. 811 ss.

⁶⁰ Lavoro a tempo parziale, contratti di solidarietà, fondi di solidarietà per il sostegno del reddito, previdenza complementare, lavoro notturno e così via. Cfr. le leggi nn. 662/1996, 449/1997, i d.lgs. nn. 447/1999 e n. 532/1999; in dottrina, v. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le «funzioni» della contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, 2002, 125 ss. e 131, secondo cui la contrattazione collettiva opera in questi casi in modo non dissimile dai regolamenti delegati. A proposito dei contratti in tema di autorizzazione al *part-time* (v. d.lgs. n. 61/2000), ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 2000, III, 352, parla (riprendendo D'Antona), di inedita figura e formula di delegificazione.

glia alla delegazione legislativa o alla delegificazione in quanto rinvia a fonti che non sono primarie.

Dal punto di vista dell'efficacia, il rinvio esplicito effettuato dalla legge dello Stato al contratto collettivo dona a quest'ultimo un'efficacia di fatto *erga omnes* che supera i confini della partecipazione negoziale. Nell'ambito di questo profilo, trovano collocazione anche i c.d. "contratti gestionali". La *ratio* del rinvio legislativo risiede, in questi casi, nella volontà di coinvolgere i sindacati maggiormente rappresentativi nella gestione di problemi aziendali in momenti di crisi dell'impresa, al fine di raggiungere una congiunta soluzione che può contemplare dei "sacrifici" per i lavoratori in visione di un obiettivo generale e comune. Il contenuto di questi contratti, pertanto, non è acquisitivo di diritti per i lavoratori ma semplicemente "amministrativo" ovvero avente lo scopo di "gestire" alcuni problemi che ineriscono l'azienda in sé e che quindi coinvolgono indirettamente anche i lavoratori. Per la Corte costituzionale «il problema dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo si pone per i contratti normativi, non per quelli del tipo ora in discorso, la cui efficacia nei confronti della totalità dei singoli lavoratori [...] si fonda sulla legge che ad essi rinvia»⁶¹, ammettendo, quindi, l'efficacia *erga omnes* dei contratti gestionali.

In dottrina, si è ipotizzata l'estensione implicita dell'efficacia dei contratti collettivi delegati come conseguenza del rinvio legale, detto altrimenti, la legge sarebbe la fonte diretta ed immediata dell'effetto generale⁶². Diversamente, altra dottrina rileva che è la sostanza delle cose a valere e che nessun artificio dogmatico può nascondere: anche in questi casi, infatti, è stata fatta applicazione (con effetti *erga omnes*) di un contratto concluso senza le garanzie formali richieste dalla norma costituzionale⁶³.

Nella successiva sentenza n. 344/1996, il giudice delle leggi giustifica la contrattazione collettiva «delegata» che produce norme con efficacia generale (per la quale utilizza esplicitamente la categoria della fonte di diritto *extra ordinem*) in quanto verte in «materie del rapporto di lavoro (appunto: lavoro a tempo parziale, contratti di solidarietà, la definizione di nuove ipotesi di assunzione a termine) che esigono uniformità di disciplina in funzione

⁶¹ Corte cost., sent. n. 268/1994, in *www.giurcost.it*.

⁶² V. per tutti PROSPERETTI G., *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, 1989, 74; PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, 1994, 30.

⁶³ BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998, 212.

di interessi generali connessi al mercato del lavoro». Tuttavia, la dottrina più acuta ha mostrato come l'organizzazione dell'impresa e la regolazione del rapporto di lavoro (ovvero gli aspetti gestionali e quelli normativi) si integrano dinamicamente. E', quindi, evidente che non è sempre possibile separare nettamente la disciplina dell'esercizio dei poteri inerenti all'amministrazione del rapporto di lavoro dalla disciplina normativa dei contenuti del contratto individuale. Pertanto, il contratto gestionale è ricompreso nel più ampio *genus* del contratto normativo, riproponendosi il conflitto con l'art. 39 Cost. Una variante di questo modello è rappresentata dai contratti e accordi collettivi di determinazione delle prestazioni indispensabili da assicurare in caso di sciopero⁶⁴. Ulteriore riconoscimento legislativo è contenuto nel codice civile all'art. 2113 c.c. ove si dichiara l'invalidità di rinunce e transazioni che hanno per oggetto diritti del lavoratore derivanti da disposizioni dei contratti o accordi collettivi. Recenti novelle al codice di procedura civile hanno di nuovo posto l'attenzione sul ruolo dei contratti collettivi come fonti primarie, almeno nella disciplina giuridica processuale loro applicabile. Infatti, la l. n. 80/2005 ed il d.lgs. n. 40/2006 non solo hanno introdotto l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, la validità e l'interpretazione dei contratti collettivi, da effettuarsi con sentenza non definitiva impugnabile con ricorso immediato in Cassazione (art. 420 *bis* c.p.c.), ma hanno anche compiuto una «parificazione dei contratti collettivi dell'impiego privato a quelli del pubblico impiego e, considerandoli come fonte di diritto» li hanno «assoggettati al giudizio di Cassazione per *errores in iudicando*»⁶⁵.

Anche la giurisprudenza tende ad estendere la portata dell'efficacia del contratto collettivo. L'artificio motivazionale più conosciuto è senz'altro quello del combinato disposto degli artt. 2099 c.c. e 36 Cost. Il primo consente al giudice di determinare la retribuzione del prestatore di lavoro in mancanza di accordo tra le parti mentre il secondo stabilisce che la retribuzione sufficiente è quella idonea a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa⁶⁶. Pertanto, la giurisprudenza consolidata ritiene che i livelli retributivi (minimi) stabiliti nei contratti di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali

⁶⁴ V. l. n. 146 del 1990.

⁶⁵ C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche, II, La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2008, 537-538 che aggiunge anche come la dottrina ha ritenuto che il contratto collettivo nazionale di lavoro non è una «fonte di diritto in senso tecnico» (p. 469).

⁶⁶ L'interdipendenza tra gli artt. 36 e 39 è recentemente sviluppata e argomentata nell'interessante saggio di BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002, 34 ss. e 97.

maggiormente rappresentative costituiscano il *quantum* di retribuzione sufficiente (ai fini di cui all'art. 36 Cost.) per i tutti i lavoratori di quel comparto, a prescindere dalla loro mancata adesione al sindacato stipulante. Per questa via, «il contratto collettivo diventa una sorta di “prolungamento” attuativo della garanzia costituzionale della retribuzione giusta e sufficiente»⁶⁷.

Vi sono, inoltre, altri percorsi giurisprudenziali diretti ad estendere l'efficacia dei contratti collettivi. Il primo è collegato alla rappresentatività dei sindacati. I contratti conclusi dalle organizzazioni confederali maggiormente rappresentative godrebbero di una presunzione di efficacia tendenzialmente «generale» (*erga omnes*)⁶⁸. Altre sentenze hanno aderito alla teoria della recezione implicita delle clausole collettive nel contratto individuale, alla teoria dell'adesione al contratto collettivo per una sorta di “consuetudine” di fatto nell'applicazione generale alla disciplina collettiva⁶⁹, all'obbligo del datore di lavoro di applicare le clausole del contratto collettivo in caso di mancata tempestiva eccezione in giudizio della sua estraneità alla contrattazione collettiva⁷⁰, all'estensione a tutti i lavoratori della contrattazione collettiva stipulata dall'organizzazione datoriale a cui è iscritto, ivi compresi quelli non aderenti alle controparti sindacali stipulanti⁷¹. Altra giurisprudenza ha desunto dall'art. 39 Cost. l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio democratico maggioritario tale da attribuire efficacia generale al contratto collettivo firmato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative⁷².

⁶⁷ A. D'ALOIA, *Art. 39*, cit., 817.

⁶⁸ In tal senso, la Corte di Cassazione (Cass., sez. lav., 3867/1978) è arrivata ad affermare che «i contratti collettivi nazionali di categoria quando coinvolgono [...] tutte le organizzazioni sindacali dei lavoratori, o comunque quelle di gran lunga più rappresentative, adempiono ad una funzione [...] nazionale [...] nel senso che [...] rivelano la chiara intenzione delle parti contraenti di considerare i contratti in questione come norme generali di disciplina del lavoro».

⁶⁹ Corte Cass., sez. lav., 876/1992; Corte Cass., sez. lav., 4070/1999.

⁷⁰ Cfr., RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 1986, 59, segnala anche il meccanismo estensivo legato al fatto che il datore di lavoro non abbia tempestivamente eccepito in giudizio di essere estraneo alla contrattazione in quanto non iscritto all'associazione datoriale stipulante; la possibilità di un'adesione implicita e successiva al contratto collettivo da parte di organizzazioni sindacali diverse da quelle che l'hanno stipulato è ribadita, recentemente, da Corte Cass., sez. lav., 10375/2001, e da Corte Cass., sez. lav., 1576/2000.

⁷¹ Corte Cass. 3867/1978.

⁷² Per questa tesi, v. PERA, *Diritto del lavoro*, 5ª ed., Padova, 1996, 145-147; e di simile avviso, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, Milano, 2000, 227. *Contra*, con diverse notazioni critiche, VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. I. Il diritto sindacale*, Torino, 1998, 153. Nella giurisprudenza, v. Pret. Torino, 14.5.1988, in *Mass. giur. lav.*, 1988, 463; nonché, indirettamente, Corte Cass., sez. lav., 1760/1999.

Sulla base di questi riconoscimenti legislativi e giurisprudenziali, sebbene non vi sia stata una esplicita equiparazione dei contratti collettivi alle fonti primarie, è possibile affermare che i contratti di fatto valevoli *erga omnes* sono da considerarsi come fonti fatto atipiche dotate di forza normativa poiché fondate sull'autonomia collettiva di cui all'art. 39 Cost.

6. *Segue: lex mercatoria*

La «*lex mercatoria*» rappresenta il «diritto autonomo del commercio internazionale»⁷³ da non confondere con la antica *lex mercatoria* che per tutto il medioevo era stata la *lex universalis* dei mercanti. Con l'espressione vigente si intende «quell'insieme di principi e di regole affermatasi nella pratica del commercio internazionale e chiamati ad assicurare ai singoli rapporti d'affari una regolamentazione possibilmente uniforme e più funzionale rispetto ai tradizionali diritti nazionali»⁷⁴.

Parte della dottrina vi riconduce gli usi del commercio internazionale («*international commercial customs*»), e anche la cosiddetta legislazione internazionale («*international legislation*»), ovvero sia le varie convenzioni o leggi uniformi aventi per oggetto istituti o rapporti tipici del commercio internazionale. In questa più ampia concezione, la *lex mercatoria* copre una congerie di fonti diverse accomunate solo dalla specificità della materia del commercio internazionale ma si fonda sempre, direttamente o indirettamente, nella volontà dei singoli Stati⁷⁵.

Per altri⁷⁶, invece, la *lex mercatoria* si caratterizza proprio per la sua natura giuridica di sistema o ordinamento giuridico sopranazionale autonomo diverso dagli ordinamenti statali

⁷³ Nelle altre lingue, infatti, viene tradotto proprio con questa espressione in cui si sottolinea l'appartenenza della *lex mercatoria* al diritto autonomo: «*autonomous law of international trade*», «*new law merchants*», «*autonomes Recht des Welthandels*», ecc.,

⁷⁴ M. J. BONELL, *Lex mercatoria*, in *Digesto* (Disc. Privatistiche, sezione commerciale), vol. IX, 1993, 11-17; cfr. anche F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.

⁷⁵ Così espressamente, tra i primi, SCHMITTHOFFE, *The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation*, in AA. VV., *The Sources of the Law of International Trade*, London, 1964, 3 ss.; POPESCU, *Le droit du commerce international: une nouvelle tâche pour les législateur nationaux ou une nouvelle «lex mercatoria»*, in AA. VV., *New Directions in International Trade Law*, I, Dobb Ferry, 1977, 21 ss.; più di recente, LANDO, *The Lex mercatoria in International Commercial Arbitration*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 34, 1985, 747 ss.

⁷⁶ Per i primi accenni all'esistenza di un siffatto diritto «corporativo» o «autonomo» del commercio internazionale vedi già ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies*, Paris, 1928; GROSSMANN-DOERTH, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*, in *Juristische Wochenschrift*, 1929, 3447 ss.; più di recente

e dall'ordinamento internazionale pubblico. Pertanto, ricomprenderebbe solo le norme di origine extrastatale, vale a dire le regole e pratiche *latu sensu* consuetudinarie sviluppatesi all'interno dei diversi settori del traffico, ed i formulari e contratti-tipo elaborati dalle principali associazioni di categoria o da altri organismi nazionali o internazionali privati, integrati all'occorrenza dai principi generali di diritto universalmente riconosciuti.

Secondo altra autorevole dottrina, la prova dell'esistenza di un sistema autonomo di *lex mercatoria* riguarda la *completezza* del sistema stesso ovvero la capacità dell'ordinamento di dare una soluzione a tutte le questioni giuridiche che si producono al proprio interno⁷⁷. Questa motivazione prova troppo. Purtroppo, non è possibile eliminare il problema delle lacune nemmeno negli ordinamenti statali come quello italiano⁷⁸ ma è l'ordinamento stesso che predispone gli strumenti di integrazione (al proprio interno o facendo persino ricorso a fonti esterne).

Il punto che davvero illumina la natura controversa della *lex mercatoria* è, come al solito, l'efficacia di questa fonte. Di fronte alle Corti nazionali, sicuramente non è possibile invocarla a fondamento di una contesa ma le singole regole possono essere espressamente richiamate dalle parti, rivestendo un'efficacia vincolante sul piano contrattuale (salvo le norme imperative statali) e giurisdizionale in quanto anche le Corti statali le dovranno far rispettare alla parte inadempiente. Inoltre, possono trovare applicazione anche in mancanza di espresso richiamo ai fini dell'integrazione ed interpretazione del regolamento contrattuale poiché sovente riconosciuti dai singoli diritti nazionali⁷⁹. E' evidente che, quindi, presentano efficacia normativa. Ovviamente, esplicano tutta la loro *vis* nei giudizi celebrati da arbi-

vedi comunque in proposito soprattutto KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961; GOLDMANN, *Frontières du droit et «lex mercatoria»*, in *Archives de philosophie du droit*, IX, 1964, 177 ss.; ID., *Lex Mercatoria*, Forum Internazionale (Deventer), Nr. 3, 1983; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965; per la dottrina italiana v. in tal senso soprattutto DRAETTA, *Il diritto dei contratti commerciali. La formazione dei contratti*, Padova, 1984, 9 ss.; FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, in *Tratt. Galgano*, XII, Padova, 1990, 14 ss.; BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, 124 ss.

⁷⁷ M. J. BONELL, *Lex mercatoria*, cit., 11.

⁷⁸ F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2010.

⁷⁹ A livello internazionale un utile punto di riferimento è ora costituito dall'art. 9, 2° co., della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili del 1980, secondo il quale deve trattarsi di «[...] usi dei quali [le parti] erano a conoscenza o che avrebbero dovuto conoscere e che nel commercio internazionale sono generalmente conosciuti e regolarmente osservati dalle parti di contratti dello stesso tipo nel settore commerciale considerato». Per un commento più analitico di questa importante disposizione vedi BONELL, in *Commentario alla Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, a cura di BIANCA, NLCC, 1989, 37 ss.

tri internazionali e dalle Camere di Commercio internazionali, che quindi, si atteggiavano come gli organi di “nomofilachia” della *lex mercatoria*⁸⁰.

Ad ogni modo, «è innegabile che, se gli ambienti economici impegnati negli scambi commerciali internazionali hanno potuto darsi una propria regolamentazione, lo si deve al fatto che in questo settore gli Stati — ordinamenti sovrani per definizione — hanno in larga misura rinunciato ad imporre la loro normativa, riconoscendo ai singoli operatori economici il più ampio potere di autonomia contrattuale ed attribuendo efficacia (quasi-) normativa agli usi sviluppatisi all'interno dei rispettivi settori del traffico. E che la sorte della *lex mercatoria* continui a dipendere dal minore o maggiore spazio, che gli Stati intendono concedere al potere di autoregolamentazione dei privati, lo dimostra la diversa rilevanza che la stessa — *rectius*: i principi e le regole che la compongono — possono assumere a seconda che vengano invocati davanti ad una Corte statale oppure in un giudizio arbitrale»⁸¹.

A tal proposito, si segnala una voce dottrina che ha ricollegato il fiorire della *lex mercatoria* al «tentativo di sterilizzare la disciplina e l'efficacia di contratti internazionali dal vincolo condizionante di criteri di collegamento con i singoli ordinamenti nazionali»⁸², come se fosse un meccanismo elusivo del diritto internazionale privato di ogni singolo Stato in quanto quest'ultimo è ritenuto limitativo di una puntuale realizzazione degli interessi di parte raggiungibile unicamente svincolandola dai singoli e diversi sistemi normativi statali.

Inizialmente la giurisprudenza ha tentato di ricondurre la *lex mercatoria* alla consuetudine teorizzando un diritto «fondato sulla spontanea adesione degli operatori economici ai valori del proprio ambiente, a prescindere dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dall'ubicazione della loro attività in uno Stato»⁸³. In realtà, non è possibile ricondurre la *lex mercatoria* all'*opinio iuris ac necessitatis* poiché non tutti “sentono” la giuridicità del precetto,

⁸⁰ Sono autorizzati dalle parti a giudicare in veste di «amichevoli compositori» o *ex aequo et bono*. Ma anche in assenza di una siffatta autorizzazione vi è una crescente tendenza a consentire che gli arbitri ispirino le loro decisioni a principi e regole diversi da quelli applicati dai giudici statali. Ciò vale soprattutto in presenza di un'espressa indicazione in tale senso fornita dalle parti.

⁸¹ M. J. BONELL, *Lex mercatoria*, cit., 16.

⁸² N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 174 che richiama GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, 93

⁸³ Corte Cass., sent. 8 febbraio 1982, n. 722.

essendo espressione di determinazioni unilaterali di alcuni privati imposte dalla propria forza economica⁸⁴.

L'effettività della *lex mercatoria* ha spostato l'asse dal consenso delle parti alle determinazioni unilaterali poste in essere dalle imprese detentrici del maggior potere economico, successivamente raccolte dalle Camere di Commercio internazionali⁸⁵. Il progetto dell'UNIDROIT di elaborazione di «Principi per i contratti commerciali internazionali» (*Principles for International Commercial Contracts*) risponde al tentativo di riequilibrare le regole contrattuali nei confronti delle imprese di minori dimensioni al fine di compensare gli squilibri economici prodotti dalla logica della regolazione affidata al principio di consensualità che, in caso di parti economicamente diverse, si traduce in abuso di diritto.

7. *Nozioni di soft law*

Il concetto di *soft law*⁸⁶ sta assumendo sempre maggiore rilevanza e si possono intendere almeno tre diversi tipi di significati⁸⁷: a) diritto che non è soggetto del tutto o (non ancora) alle *regole sulla conoscenza* di un determinato ordinamento; b) diritto che non è soggetto del tutto o (non ancora) alle *regole sulla vigenza* di un determinato ordinamento, c) diritto prodotto *da soggetti o con procedimenti che non sono positivamente considerati normativi*.

La prima accezione è ricollegabile alla tendenziale osmosi in atto fra sistemi di *civil law* e quelli di *common law* in cui il momento di efficacia è determinato in modi diversi rispetto alla pubblicazione necessaria. Il secondo riguarda tutte quelle norme non in vigore in senso tecnico ma che lo diverranno con il completamento di una procedura legislativa in corso ovvero risultano da deliberazioni adottate con procedure simili a quelle previste per la deliberazione degli atti (si pensi agli auspici dei trattati internazionali, i preamboli, le premesse, finalità, intenzioni dei proponenti e così via). Il terzo riguarda tutte quelle norme che si di-

⁸⁴ F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 76. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, 22.

⁸⁵ N. LIPARI, *Fonti del diritto ed autonomia dei privati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 732.

⁸⁶ Cfr., *ex plurimis*, E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. SOMMA, *Soft law sed law diritto morbido e neocorporativo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008, 438 ss.; R. BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 31 ss.; nonché R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, *ivi*, 173 ss.

⁸⁷ F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 31 ss. Si pensi anche al ruolo interpretativo della Convenzione di Oviedo nella costruzione del concetto di consenso informato nell'ordinamento italiano.

scostano totalmente dai procedimenti di approvazione del diritto (ad es. le *rationes decidendi* di decisioni giudiziarie). In altri termini, tutte quelle norme che non possono essere considerate come norme giuridiche in senso proprio.

Tuttavia, anche quest'ultima categoria ha una efficacia giuridica notevole in quanto produce effetti persuasivi nel legislatore che viene invitato a recepirla con un proprio atto interno⁸⁸ e comunque ha funzione ermeneutica. La legislazione vigente è interpretata alla luce del *soft law*, non solo dai giuristi più attenti ma soprattutto dalla giurisprudenza che la pone a fondamento delle proprie sentenze⁸⁹.

8. L'evoluzione delle tesi sulla titolarità della produzione normativa

L'affermarsi del “modello Westfalia” e dei suoi corollari, primo fra tutti, il monopolio statale della produzione normativa, ha impedito, per molti anni, che anche le fonti dei privati, intese, nell'accezione che si è specificato, fossero trattate come fonti normative a tutti gli effetti.

Questa concezione restrittiva risale ad una corrente della pandettistica che accoglieva «una pretesa linea logica [...]: il diritto è norma, il potere di emanare norme spetta solo allo Stato ed eccezionalmente ad alcuni “*Verbände*” non statuali (corporazioni, città, Chiesa, famiglie sovrane ecc.); l'autonomia quindi è figura riferibile soltanto allo Stato con quelle eccezioni; il concetto di autonomia privata, quindi, non esiste. Ai privati compete solo di costituire rapporti sulla base delle norme dispositive statuali; l'attività privata costitutiva di questi rapporti si risolve in fattispecie che ricadono sotto l'imperio di quella norma dello Stato. In ciò l'antitesi. Autonomia da un lato, “atto costitutivo di rapporti” dall'altro, permesso, autorizzato dal soggetto della prima: era isolata qualche voce discorde⁹⁰. In questa tesi, è evidente come il termine di autonomia privata fosse coincidente con quello di sovra-

⁸⁸ Si pensi ai *green papers* e i *white papers*.

⁸⁹ Si pensi alla Carta di Nizza prima di essere recepita nel nuovo T.F.U.E. e alla Convenzione di Oviedo.

⁹⁰ SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 803. Per le posizioni che escludevano il concetto di autonomia privata, v. GERBER, *System des Deutschen Privatr.* 16^a, Jena, 1891, § il quale addirittura intitolava il capitolo relativo alla materia: «Autonomie?». DEL THIBAUT, *Pand.*, § 2; V. WÄCHTER, *Pand.* (Lipsia 1880), § 23, I, 115; GERBER, *Über den Begriff der Autonomie*, in *Arch. F. civ. Prax.* XXXVII, 35 ss.; STUBENRAUCH, *Commentar zum Oest. Allg. Bürg. Gesetzb.* 8^a, Vienna (1902), I, § 11; REGELSBERGER, *Pand.* (Lipsia 1893), I, § 24, 105 ss. e § 32, 128; TUHR, *Allg. Teil*, I, 25; ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Lehrbuch des bürg. Rechts*, I, *Allg. T.* 14a (Nipperdey), 2^o vol, Tübingen 1955, 603 ss. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1942, 7 ss.

nità⁹¹. Infatti, l'esistenza stessa dell'autonomia privata è stata più ampiamente ammessa con le teorie normative⁹², mentre la teoria del negozio giuridico prende le mosse dalla negazione del concetto di autonomia privata e in contrapposto a questa (almeno nella concezione sopra definita)⁹³.

Da ciò si chiarisce perché «nella maggior parte delle trattazioni istituzionali di diritto privato, (almeno fino agli anni Settanta *ndr*) viene adoperato il termine “autonomia” presupponendone noto il concetto oppure rivelando una specie di neutralità o di agnosticismo che induce a ritenere ancora forte la corrente negativa in ordine alla ammissibilità di esso»⁹⁴. Sono collocati nella sede del negozio giuridico in quanto questo rappresenterebbe la manifestazione più importante «della c.d. autonomia privata o autonomia della volontà»⁹⁵. In altri termini, esso sostanzia la volontà produttiva di effetti rispetto all'ordinamento e per una autorizzazione di questo⁹⁶; rappresenta il mezzo con cui si attua l'autonomia dei soggetti ai quali è riconosciuto un “certo” potere dall'ordinamento giuridico di produrre delle modificazioni nella sfera a loro competente⁹⁷. Già allora, però, vi era chi ricollegava l'autonomia alla “persona”⁹⁸. In linea generale, in ogni trattazione, dominava la teoria della statualità del diritto e della norma che relegava il ruolo dell'autonomia privata ad una sorta di “conces-

⁹¹ A questa deduzione ha contribuito non poco la filosofia illuminista che si «propose di assoggettare all'impero della legge tutte le fonti non legislative». Così, A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa*, cit., 2008, 22. Ne deriva che non si attribuiva efficacia a quelle forme giuridiche formate extrastatalmente e che lo Stato non avesse espressamente riconosciuto.

⁹² SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), cit., 807 che richiama Kelsen e Manigk, criticando le loro tesi per «l'unilateralità dell'aspetto normativo sotto il quale viene profilata l'autonomia privata». Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, 1960, a cura di M. Losano, Torino, 1990.

⁹³ SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), cit., 807 che aggiunge: «scontiamo oggi uno dei più gravi errori, se non il più grave, in cui ci sembra incorsa la dogmatica moderna nella creazione di quella che, sotto ogni altro aspetto, rimane la più grande dottrina del diritto privato. Avulsa dalle basi di concezioni generali ad ampio respiro, degli ordinamenti giuridici e delle potestà che presiedono alla formazione di essi, la dottrina si è ripiegata in una analisi della volontà, della dichiarazione, del comportamento, degli elementi negoziali, delle distinzioni tra negozi e non negozi, delle manifestazioni espresse e tacite, delle cause, delle forme, delle invalidità e di quanto altro oggi è materia irriducibilmente controversa: nessun punto di qualche importanza è pacifico».

⁹⁴ SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), cit., 808.

⁹⁵ MESSINEO, *Manuale*, 8°, Milano, 1950, I, 449.

⁹⁶ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, 109.

⁹⁷ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 9° Padova, 1956, 123; MESSINEO, *loc. ult. cit.*

⁹⁸ BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, 4°, Milano, 1955, 119 s. che qualifica il negozio giuridico come espressione dell'autonomia della “persona” la quale intende provvedere alle proprie esigenze provocando con la propria volontà la creazione, la modificazione o lo scioglimento dei rapporti giuridici.

sione” o “autorizzazione” statale a costituire rapporti che, di fatto, ricadevano sotto l'egida dell'unica forma giuridica configurabile ovvero quella statale⁹⁹.

Tuttavia, la dottrina che studiava il “negozio giuridico” iniziò a volgere lo sguardo verso una concezione di autonomia come fenomeno preesistente ed originario rispetto alla concessione statale.

Ad esempio Carnelutti, pur aderendo alla dottrina della statualità dell'ordinamento giuridico¹⁰⁰, ammetteva l'esistenza della formazione del comando “affidata” ad una parte privata¹⁰¹. Inoltre, lo studioso precisava che la formazione amministrativa del diritto non è un fenomeno che si limita al diritto pubblico; «una volta spostato dalla norma al comando il centro di gravità del diritto ne doveva derivare il riconoscimento di una *formazione privata* (in regime di autonomia e perciò in sede amministrativa) accanto alla *formazione pubblica* del diritto»¹⁰². Anche Betti¹⁰³ teorizzava un concetto di autonomia preesistente allo Stato e indipendente dal suo riconoscimento ma relegava questa manifestazione del diritto alla realtà sociale, ovvero come autonomia extra-giuridica: senza alcun procedimento di delegazione di potere o di investitura dall'alto, ma semplicemente riconoscimento di una competenza dispositiva che preesiste sul terreno sociale¹⁰⁴.

Un altro filone dottrinario – quello che si occupa, in prevalenza, di teoria generale dell'ordinamento giuridico o di teoria dello Stato¹⁰⁵ – attribuisce carattere normativo all'autonomia privata. In quest'ambito, si può distinguere anche la teoria istituzionale che attribuisce maggiore tecnicità al termine “autonomia” definendola come «soggettivamente, la potestà di darsi un ordinamento giuridico e, oggettivamente, il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere

⁹⁹ CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico di diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 54 ss.

¹⁰⁰ CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3°, Roma, 1951, 75 ss.

¹⁰¹ CARNELUTTI, *Teoria*, cit., 64.

¹⁰² CARNELUTTI, *Teoria*, cit., 66.

¹⁰³ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2°, Torino, 1952.

¹⁰⁴ BETTI, *Teoria generale*, cit., 40 ss. e in particolare 48. Gli effetti giuridici «si producono in quanto sono disposti da norme le quali, assumendo per presupposto di fatto l'atto di autonomia privata, ad esso li ricollegano siccome a fattispecie necessaria e sufficiente» (p. 46). Il negozio, è dunque, un precetto, «il riconoscimento dell'autonomia privata da parte dell'ordine giuridico configura essenzialmente un fenomeno di recezione, per cui il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci, viene assunto nella sfera del diritto ed elevato, con opportune modificazioni, a precetto giuridico» (p. 83 s.)

¹⁰⁵ Cfr. *ex multis*, SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, voce *Autonomia*; ZANOBINI, *Caratteri particolari dell'autonomia*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 273 ss.; C. ESPOSITO, *Lineamenti di una teoria del diritto*, Fabriano, 1930, 184.

degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri»¹⁰⁶. Questa definizione coniata per il diritto pubblico, è secondo Santi Romano, suscettibile di valere «a maggior ragione» per il diritto privato¹⁰⁷.

La teoria istituzionale ha subito un'evoluzione ad opera di Salvatore Romano, il quale ha indagato il rapporto tra ordinamenti pubblici e ordinamenti privati e, in particolare nell'esercizio della funzione legislativa. La linea di demarcazione tra ordinamento pubblico e privato «è anche una linea di incontro nell'esercizio della funzione legislativa e la legge è un limite che funziona reciprocamente, nei confronti dell'una e dell'altra sfera: interessante notare al riguardo i dibattiti sulle concezioni delle istituzioni rappresentative e il rilievo del carattere non statale della funzione elettorale esercitata dagli elettori in nome proprio e non dello Stato. Sotto lo stesso profilo si può rilevare che la legge, in senso formale, è manifestazione dell'intero ordinamento giuridico comprensivo delle due sfere, pubblica e privata, in quanto l'una e l'altra concorrono alla sua formazione»¹⁰⁸. Di conseguenza, l'autonomia privata non deriva da quella statale¹⁰⁹: «l'autonomia nasce, in definitiva, da ciò, che l'ordinamento privato “cede” all'ordinamento pubblico, attraverso i limiti instaurati dalla legge alla cui formazione il primo concorre, attraverso le potestà giurisdizionali ed esecutive di esclusiva pertinenza al secondo»¹¹⁰.

9. *La produzione normativa dei privati in Costituzione*

La Costituzione italiana, tra l'altro, sembra non riservare in via esclusiva allo Stato la produzione normativa. Parte della dottrina ha ritenuto che «la Costituzione vigente, nel fissare il disegno generale del sistema delle fonti dell'ordinamento italiano (i.e.:

¹⁰⁶ SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 14.

¹⁰⁷ SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., 24.

¹⁰⁸ SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), cit., 821.

¹⁰⁹ SALV. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati* (appunti), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 302. Il quale afferma che: «a) la comunità dei privati è suscettiva di essere considerata come semplice conglomerato di persone, elemento di uno Stato e come ordinamento giuridico; b) come ordinamento giuridico la comunità dei privati presenta una organizzazione che coincide con quella statale per la parte pubblicistica. Sotto questo profilo è comunità necessaria e presupposto necessario di una organizzazione a Stato; è inoltre rappresentata nelle Camere parlamentari; c) la sfera privata rimane, come istituzione originaria, sulla base di un principio di separazione, come ordinamento, da quello statale, coordinata o solo parzialmente subordinata, attraverso la funzione legislativa, all'organizzazione statale stessa. Questa coordinazione e parziale subordinazione si concreta in “relazioni” con l'ordinamento statale di vario genere e di varia configurazione: la principale di queste configurazioni è quella che determina la figura dell'autonomia privata e del riconoscimento statale».

¹¹⁰ SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), cit., 827.

dell'ordinamento autoritario dell'intera collettività stanziata sul territorio statale), individui, mediante il sistema delle libertà costituzionali raccordato ai principi di sovranità popolare, di solidarietà e di eguaglianza, il fondamento e i limiti dei poteri di autonomia privata, mediante i quali l'ordine statale si apre alla pluralità degli ordinamenti privati»¹¹¹.

Secondo altra parte della dottrina, l'ordinamento creato dai privati tramite la propria potestà normativa preesiste a quella dell'ordinamento statale¹¹² e trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost. che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, qualificandosi, pertanto, come corollario dello *status* di persona che “vuole”¹¹³, e di conseguenza “decide” il proprio assetto di interessi. In altri termini, il fenomeno dell'autonomia privata è diritto di libertà e di autodeterminazione¹¹⁴. La persona in quanto “fine del sistema delle libertà”¹¹⁵ diviene titolare di quei diritti fondamentali costituenti il patrimonio irriducibile della dignità umana che la Repubblica si impegna a salvaguardare, *ivi* compresa la libertà di autodeterminarsi ed attribuirsi delle regole.

Il fondamento del potere dei privati può essere posto negli artt. 2 e 41 Cost.¹¹⁶ e addirittura nel *selfdom* della persona che funge da potere ordinante¹¹⁷. Inoltre, l'affermazione del principio di sovranità popolare conduce a una lettura in Costituzione che includa i soggetti privati nella “nomodinamica” dell'ordinamento. Pertanto, l'autonomia privata, nel contesto e come effetto del principio di sovranità popolare, ha rilievo costituzionale in quanto è ricostruita in termini di diretta conseguenza della attribuzione alla persona di un intero catalogo di libertà, qualificabili come spazio riconosciuto (e oggetti di obbligazione di riconoscimento da parte della collettività) alla sua espressione giuridica e, quindi, come titolarità di forza giuridica ordinante. Questa teoria prosegue nella critica dell'assunto secondo cui le libertà costituzionali sono “spazi vuoti di diritto” circoscritti dall'esterno dalla legge statale.

¹¹¹ M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, 210, il quale rielabora una tesi di Enrico ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, Padova, 1955.

¹¹² P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, 531 ss.

¹¹³ Per la concezione di autonomia privata come esplicazione del concetto di volontà, v. S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, 366 ss.

¹¹⁴ M.S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 851 ss; F. VASSALLI, *Extrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Varese, 1951, 481 ss.

¹¹⁵ G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967, 88.

¹¹⁶ G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, 190 ss.

¹¹⁷ M. ESPOSITO, *Profili costituzionali*, cit., 176 ss.

Al contrario, «in quanto persone gli uomini dispongono, in virtù del principio comune a tutti i soggetti di diritto, della capacità generale. Dagli artt. 2 e 41 Cost. si ricava in modo aggiuntivo che in favore dell'attribuzione agli uomini della capacità generale esiste un vincolo costituzionale e che in detta capacità deve vincolativamente essere compreso un potere negoziale innominato. Il diritto inviolabile di svolgere la propria persona e di sviluppare liberamente la propria iniziativa presuppone infatti in modo necessario un potere in base al quale il soggetto sia in grado di produrre effetti, nella propria sfera giuridica, conformi al contenuto della propria volontà e ciò fin dove il potere non incontri limiti che le leggi possono costituzionalmente imporre»¹¹⁸.

Recentemente, anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha riconosciuto la centralità dell'autonomia privata quale principio generale del diritto comunitario che si fonda sia sulla libertà del singolo sia sulla libertà d'impresa¹¹⁹.

Poiché il fenomeno dell'autonomia privata può produrre delle norme vincolanti per tutta la categoria e quindi essere efficace oltre i soggetti che le hanno redatte, è possibile scorgere un fondamento costituzionale nell'art. 18 Cost.¹²⁰

¹¹⁸ G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, I, Milano, 1977, 134 ss.

¹¹⁹ Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale presentate il 17 settembre 2009 (§§ 225-227) in causa C-441/07 P, Commissione delle Comunità europee contro Alrosa Company Ltd: «la libertà contrattuale fa parte dei principi generali del diritto comunitario. Essa costituisce il corollario della libertà di azione delle persone. Essa è altresì legata indissolubilmente alla libertà d'impresa, tutelata a livello costituzionale. In una Comunità che è tenuta a rispettare il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, garantire la libertà contrattuale è indispensabile. Anche la giurisprudenza della Corte riconosce che agli operatori economici spetti la libertà contrattuale. Nell'adottare decisioni in materia di diritto della concorrenza, la Commissione deve tener conto del principio della libertà contrattuale ovvero della libertà d'impresa. La libertà contrattuale non comprende tuttavia solo la libertà di concludere contratti (libertà contrattuale positiva), bensì anche la libertà di non concludere contratti (libertà contrattuale negativa)». V. anche: § 74 delle conclusions de l'avocat général présentées le 24 mars 2010, dans l'affaire C-540/08 Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG Contre «Österreich»-Zeitungsverlag GmbH; § 33 della sentenza del Tribunale di prima istanza (troisième chambre élargie) 9 septembre 2008 dans l'affaire T-212/03, MyTravel Group plc contre Commission des Communautés européennes; § 214 delle conclusions de l'avocat général présentées le 13 décembre 2007 dans l'affaire C-413/06 P Bertelsmann AG et Sony Corporation of America.

¹²⁰ Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale adotta questa posizione per l'ordinamento sportivo, esempio tradizionale di ordinamento privato che produce norme per i propri associati e che «costituisce l'articolazione italiana di un più ampio ordinamento autonomo avente una dimensione internazionale e che [...] risponde ad una struttura organizzativa extrastatale riconosciuta dall'ordinamento della Repubblica. Anche prescindendo dalla dimensione internazionale del fenomeno, deve sottolinearsi che l'autonomia dell'ordinamento sportivo trova ampia tutela negli artt. 2 e 18 della Costituzione, dato che non può porsi in dubbio che le associazioni sportive siano tra le più diffuse «formazioni sociali dove [l'uomo] svolge la sua personalità» e che debba essere riconosciuto a tutti il diritto di associarsi liberamente per finalità sportive». Corte cost., sent. n. 49/2011, in *www.giurcost.it*, punto 4.1 cons. dir. Anche in dottrina vi sono delle voci secondo cui un generale fondamento del diritto dei privati è da rinvenirsi nell'art. 18 Cost. Cfr. F. MODUGNO, *I contratti*

Appaiono, pertanto, sempre più recessive le posizioni che attribuiscono all'autonomia negoziale valore meramente strumentale alla realizzazione di un diritto tutelato espressamente in Costituzione¹²¹.

10. I limiti alla produzione normativa dei privati

Il valore che la parola “autonomia” acquista nel quadro della dogmatica giuridica «emerge solo se essa viene delineata nei confronti di chi, o di che cosa, la scelta che garantisce sia, appunto, autonoma. L'autonomia, dunque, non è una situazione in sé, ma è una situazione all'interno di un rapporto, di una relazione. Più brevemente, l'autonomia come rapporto, come relazione»¹²².

Le fonti dell'autonomia privata, infatti, sono “autonome” dall'ordinamento statale. Tuttavia, il rapporto fra i due tipi di fonti merita qualche precisazione. Sin dal 1929, Cesarini Sforza aveva distinto l'ipotesi in cui lo Stato poteva far proprio, inglobandolo, un altro ordinamento originario, il quale diviene *rilevante*, oppure ignorarlo, relegandolo alla *irrelevanza*. L'esempio che lo studioso propone è relativo al diritto sportivo, ove ogni atto compiuto sembra essere totalmente ignorato dallo Stato. Il punto più problematico concerne non l'eventuale antinomia fra le norme dei due diversi ordinamenti bensì gli effetti che ciascuna norma produce e che potrebbero essere contrari alle leggi statali, violando un diritto o non imponendo l'osservanza di un dovere di ordine pubblico.

Per chiarire ulteriormente, il Cesarini presenta due esempi: «il *boxeur* che combattendo lealmente, secondo le regole della gara, getta al suolo l'avversario il quale si frattura la base del cranio e muore, non commette omicidio. Ma, se la violenza del *boxeur* ha conse-

collettivi di diritto comune sono fonti?, cit., 33 il quale ritiene «[...] le “regole sociali” che gruppi enti di formazione spontanea, più o meno riconosciuti dall'ordinamento statale – ma un riconoscimento generale non può non ravvisarsi nell'art. 18 Cost. – si danno per disciplinare e regolare le attività dei soggetti ad essi appartenenti (in particolare si possono menzionare i sempre più frequenti codici di autoregolazione, i codici etici, gli statuti, i regolamenti, le deliberazioni, e così via, di associazioni e di “ordini professionali”). In questo quadro possono farsi rientrare le stesse convenzioni costituzionali e le regole di correttezza costituzionale, qualora non le si vogliano considerare, né le une, né le altre, come fonti di vere e proprie norme giuridiche».

¹²¹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992, 469 ss. Analogamente, D. SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965, 287 ss. Per la tutela dell'autonomia privata, in via indiretta, da parte degli artt. 41 e 42 Cost., v. Corte cost., sent. n. 37 del 1969, in *Giur. Cost.*, 1969, I, 1, 1246 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1997; BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione*, Padova, 1953 parla di rilievo costituzionale (ma non di garanzia) dell'autonomia dei privati.

¹²² A. ROMANO, *Autonomia* (nel diritto pubblico), in *Digesto* (Disc. Pubbl.), 1987.

guenze che costituiscono un reato, in quanto essa è solo l'occasione e il mezzo per commettere un reato (si può fare l'ipotesi del *boxeur* che colpisca l'avversario intenzionalmente, o che abbia inscenato una partita di *box* per mascherare la sua intenzione omicida) allora gli effetti della violenza pugilistica non si concretano più nell'ambito di un ordinamento sportivo, ma in una materia che è regolata dalla legge dello Stato»¹²³.

E' stato tuttavia rilevato che il non comminare una sanzione per un atto antiggiuridico (come l'omicidio), in quanto occorso nel rispetto di una regola sportiva, risponde a una logica dell'ordinamento che non è affatto di indifferenza. La valutazione di liceità di una condotta effettuata nel rispetto della regola sportiva è la prova che la regola deliberata dall'ordinamento sportivo ha efficacia di scriminante tacita e, quindi, la regola dei privati è riconosciuta ed apprezzata dall'ordinamento statale¹²⁴ poiché parte dell'ordinamento giuridico vigente¹²⁵. Il riconoscimento, però, non deve essere confuso con l'autorizzazione o la circostanza che il diritto dei privati "derivi" da quello statale. Constatato il carattere autonomo ed originario del diritto dei privati, si deve attribuire al riconoscimento dello Stato un significato di mera "presa d'atto" ovvero quest'ultimo ammette la presenza dell'ordinamento privato in quello giuridico e, quindi, si impegna a rispettarne gli effetti della produzione normativa, limitandosi ad imporre alcuni limiti. Il punto da chiarire è quali siano i limiti che lo Stato può imporre al diritto dei privati.

Continuiamo ad analizzare l'esempio proposto da Cesarini Sforza quale paradigma dei rapporti Stato/diritto dei privati: l'ordinamento sportivo. Anche nella nuova logica fatta propria dalla l. n. 280/2003 le regole prodotte dalle Federazioni sportive assumono rilevan-

¹²³ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 67.

¹²⁴ L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, 88; F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 17. Per una disamina dell'ordinamento sportivo cfr., M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. Dir. Sport*, 1949, 10 ss.; ID., *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia* (Roma 30 agosto-3 settembre 1950), IV, Firenze, 1953, 455 ss.; ID., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 271 ss.; F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, 359 ss.; F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1993, 327- 351, nonché in A.A.VV., *Saggi di diritto sportivo*, Milano, 1999, 275-299; P. PERLINGIERI (a cura di), *Profili evolutivi del diritto dello sport*, Napoli, 2001; L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010.

¹²⁵ Al tempo della pubblicazione della monografia, vigeva l'art. 17 della l. 13 maggio 1871, n. 214 che sanciva che gli effetti civili e comunque giuridici degli atti compiuti dalle autorità sportive, in materia tecnica o disciplinare, dovevano essere conosciuti dalla giurisdizione dello Stato.

za di “ordinamento autonomo” il cui diritto assume ampi poteri (ivi compresi quello di autodichia e di autarchia¹²⁶).

Recentemente la Corte costituzionale si è pronunciata con una sentenza interpretativa di rigetto¹²⁷ circa la compatibilità a Costituzione della disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lettera *b*), e, *in parte qua*, anche del comma 2 del decreto-legge n. 220 del 2003, convertito con modificazioni, con legge n. 280 del 2003, per contrasto con gli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, nella parte in cui riserva al giudice sportivo la competenza a decidere in via definitiva le controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari non tecniche inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive, sottraendole al giudice amministrativo, anche se i loro effetti superano l'ambito dell'ordinamento sportivo, incidendo su diritti ed interessi legittimi.

Il comma 1 dell'art. 2 del predetto decreto-legge ha recepito l'orientamento giurisprudenziale, che riservava all'ordinamento sportivo l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie finalizzate a garantire il corretto svolgimento delle attività sportive – cioè di quelle che sono comunemente note come “regole tecniche” – e, in aggiunta la disciplina delle questioni concernenti «i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari». Al successivo comma 2, si precisa inoltre che in siffatte materie i soggetti dell'ordinamento sportivo (società, associazioni, affiliati e tesserati) hanno l'onere di adire (si intende: ove vogliono censurare la applicazione delle predette sanzioni) «gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo», secondo le previsioni dell'ordinamento settoriale di appartenenza.

Pertanto, la legge riconosce la competenza preesistente dell'ordinamento sportivo nel proprio settore di produzione normativa, di vigilanza e di giurisdizione. In particolare, la presenza dell'apparato sanzionatorio ha prestato il fianco a molte critiche. Poiché trattasi di questioni attinenti alla giurisdizione, le Sezioni Unite hanno statuito che «le decisioni adot-

¹²⁶ Art. 1 statuisce che «la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale. I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo».

¹²⁷ Corte cost., sent. n. 49/2011, cit. Sui rapporti tra materia sportiva ed ordinamento statale, v. F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007, 90 ss.

tate in base [alle regole promananti dall'associazionismo sportivo] sono collocate in un'area di non rilevanza per l'ordinamento statale, senza che possano essere considerate come espressione di potestà pubbliche ed essere considerate alla stregua di decisioni amministrative. La generale irrilevanza per l'ordinamento statale di tali norme e della loro violazione conduce all'assenza della tutela giurisdizionale statale»¹²⁸. In altri termini, la Cassazione distingue bene i due ordinamenti e chiarisce, una volta per tutte, l'originarietà del diritto dei privati. Sebbene la legge preveda l'onere di adire il giudice sportivo, non se ne può trarre la conseguenza che ciò implichi una sorta di investitura statale di potestà pubblicistiche in capo all'ordinamento sportivo, costituendo, semplicemente, un generale riconoscimento della preminenza dell'apparato privatistico giurisdizionale rispetto a quello statale.

Tuttavia, la questione non è così lineare, poiché nell'ambito della propria giurisdizione privata, il giudice sportivo può conoscere di diritti soggettivi o interessi legittimi. Un'ottica costituzionalmente orientata, pertanto, deve condurre l'interprete, e come già sostenuto dal Consiglio di Stato¹²⁹, a distinguere tra: a) provvedimenti adottati dalle Federazioni sportive o dal C.O.N.I. che *non hanno incidenza anche su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico statale*, la cui domanda di annullamento va presentata dinanzi al giudice sportivo e b) provvedimenti adottati dalle Federazioni sportive o dal C.O.N.I. che *hanno incidenza anche su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico statale* la cui domanda di risarcimento del danno deve essere proposta innanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, non operando alcuna riserva a favore della giustizia sportiva, innanzi alla quale la pretesa risarcitoria nemmeno può essere fatta valere. Di conseguenza, il G. A., nell'ambito dell'esame della domanda risarcitoria proposta dal destinatario della sanzione, può conoscere, in via incidentale e indiretta, anche delle sanzioni disciplinari inflitte a società, associazioni ed atleti. In altri termini, si viene a creare un modello bipolare in cui la potestà statale, tramite il sindacato del G.A., è esclusa sugli atti attraverso i quali sono state irrogate le sanzioni disciplinari – a tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo – ma che non consente che sia altresì esclusa la possibilità di agire in giudizio per otte-

¹²⁸ Così, Corte Cass., sent. n. 5775/2004 successiva all'entrata in vigore della l. 280/2003 ma che riprende analogo orientamento di Corte Cass., sent. n. 4399/1989 che è ad essa antecedente. Testo ripreso dalla motivazione di Corte cost., sent. n. 49 del 2011, punto 4.2.1 del *cons. in dir.*

¹²⁹ Consiglio di Stato, sent. n. 5782 del 2008.

nera il conseguente risarcimento del danno in capo a chi lamenta la lesione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante.

Pertanto, dai dati sin qui emersi, è evidente che la legge statale recepisce il principio secondo cui l'ordinamento sportivo è autonomo e, quindi, per estensione anche il diritto dei privati rappresenta un'autonomia originaria e non derivata dallo Stato mentre la giurisprudenza della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato introducono dei limiti all'intangibilità delle decisioni della giustizia sportiva nel caso in cui conosca di situazioni giuridiche, costituenti diritti soggettivi e interessi legittimi. È il caso delle controversie che abbiano ad oggetto rapporti giuridici patrimoniali fra società sportive ed atleti, devolute al giudice ordinario, ovvero il caso di controversie relative ai provvedimenti del CONI o delle Federazioni sportive, devolute al giudice amministrativo. La Costituzione italiana, infatti, è un atto-fonte da intendere quale *higher law*¹³⁰ a cui il diritto dei privati non può sottrarsi e i principi previsti agli artt. 24, 103 e 113 Cost. impongono allo Stato di intervenire nel diritto sportivo e di limitarlo al fine di tutelare al meglio i diritti dei singoli per i quali la Costituzione prevede il diritto inviolabile di difesa¹³¹.

Anche in merito ai contratti di lavoro, la Corte costituzionale aderisce alla soluzione che si mantiene la garanzia "per le associazioni sindacali di regolare i conflitti di interessi che sorgono tra le categorie mediante il contratto", riconoscendo una sorta di meccanismo di "giustizia interna"¹³². Questo caso è paradigmatico poiché la Corte indica la modalità di riparto di competenze tra Stato e associazioni di lavoro. E' infatti riconosciuto allo Stato solo la possibilità di porre con propri atti i principi che perseguano le finalità ed attuino i valori di cui agli artt. 3, cpv.; 35, 1° e 2° cpv., 36 e 37 Cost., ma che *non compromettano l'autonomia collettiva*. «La legislazione può disporre dunque *solo principi*, a garanzia di finalità e valori espressamente indicati in Costituzione»¹³³. In ultima analisi, si conferma il principio

¹³⁰ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 70 s.

¹³¹ Corte cost., sent. n. 49/2011, punto 4.3 cons. in dir. che afferma: «non è situazione che possa dirsi irrilevante per l'ordinamento giuridico generale e, come tale, non meritevole di tutela da parte di questo. Ciò in quanto è attraverso siffatta possibilità che trovano attuazione sia fondamentali diritti di libertà – fra tutti, sia quello di svolgimento della propria personalità, sia quello di associazione – che non meno significativi diritti connessi ai rapporti patrimoniali – ove si tenga conto della rilevanza economica che ha assunto il fenomeno sportivo, spesso praticato a livello professionistico ed organizzato su base imprenditoriale – tutti oggetto di considerazione anche a livello costituzionale».

¹³² Corte cost., sent. n. 60 del 1968, in *www.giurcost.it*.

¹³³ F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 23.

secondo il quale sono ammissibili solo quegli atti statali che riproducono i valori espressi in Costituzione e non anche l'imposizione di ulteriori e diversi principi¹³⁴. Le disposizioni costituzionali impongono la fissazione dei «limiti all'autonomia collettiva mediante l'emanazione di norme inderogabili»¹³⁵, ma *tutta la restante disciplina deve essere rilasciata alla contrattazione collettiva*¹³⁶.

Si condivide pienamente l'opinione di quella dottrina che indica l'esistenza di una «sorta di riserva» a favore della contrattazione collettiva, in quanto *fonte principale ed ordinaria*, pur nel rispetto dei principi fissati in Costituzione e, spesso riproposti con legge statale. L'intervento di quest'ultima, infatti, «non potrebbe consistere già nel porre in essere una dettagliata disciplina del “lavoro”, bensì prevalentemente (ovvero esclusivamente) nello “attuare” in questa materia, anche se nei termini più ampi e vari, i principi costituzionali»¹³⁷.

La dottrina ha provato a paragonare il rapporto tra la legge ed i contratti collettivi a quello intercorrente tra legge statale e legge regionale nelle materie di potestà concorrente o bipartita di cui all'art. 117, terzo comma, Cost. Alla prima spetta fissare i principi fondamentali della materia, mentre alla seconda è demandato il compito di dettare la disciplina di dettaglio. La relazione fra le due fonti è dunque di competenza-concorrenza, ossia entrambe, con *pari dignità*, possono intervenire sulla medesima materia ma con “modalità” diverse.

¹³⁴ Ad. es. Corte cost., sent. n. 60 del 1968, in *www.giurcost.it*. indica i principi di derivazione costituzionale a cui il contratto collettivo deve attenersi e sono: rimozione “degli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”; “la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori”; la promozione e il favore per “gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro”; il “diritto [del lavoratore] ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa”; “la durata massima della giornata lavorativa”, stabilita con legge; il diritto, irrinunciabile, “al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite”; l'uguaglianza nei diritti della “donna lavoratrice”, e, “a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore”; “le condizioni di lavoro” per la donna lavoratrice tali da “consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale protezione”; “il limite minimo di età per il lavoro salariato”, stabilito con legge; la tutela del “lavoro dei minori con speciali norme” e la garanzia per “essi, a parità di lavoro,” del “diritto alla parità di retribuzione”.

¹³⁵ Corte cost., sent. n. 60 del 1968, in *www.giurcost.it*.

¹³⁶ Non a caso, come si è ricordato, solo transitoriamente ed eccezionalmente, la giurisprudenza costituzionale ha consentito al legislatore di sovrapporsi in materia alla contrattazione collettiva – pur sostanzialmente richiamandosi a questa – dichiarando incostituzionale qualsiasi tentativo di stabilizzare un tale metodo. Cfr. Corte cost., sentt. n. 106 del 1962 e n. 88 del 1965, in *www.giurcost.it*.

¹³⁷ M. RAVERAIRA, *Legge e contratto collettivo*, Milano, 1985, 87, la quale commenta la giurisprudenza della Consulta che si è preoccupata di «negare la loro assunzione [dei contratti collettivi di lavoro *ndb*] a fonti di rango “legislativo”», senza escludere però «almeno la “normatività” dei contratti collettivi in quanto atti produttivi di diritto, sebbene formalmente e legalmente ritenuti espressione di autonomia privata» (op. cit., 41).

La legge regionale e la legge statale sono infatti equiordinate, appartenenti al livello primario poiché soggette ai medesimi limiti (art. 117, 1° comma Cost.)¹³⁸. Analogamente la legge dovrebbe stabilire i principi, mentre i contratti collettivi dovrebbero prevedere la disciplina più puntuale. Sulla base di queste considerazioni, è stata avanzata l'ipotesi secondo cui anche i contratti collettivi potrebbero trovare collocazione nel livello primario delle fonti e la loro eventuale interferenza con la legge dovrebbe essere valutata alla luce del criterio della competenza-concorrenza e non certo di quello gerarchico.

Per tutte le altre fonti di autonomia privata in Costituzione vale il medesimo meccanismo nell'individuazione dei limiti. Ciascuna fonte di autonomia privata deve rispettare i principi costituzionali della materia a cui è inerente. Inoltre, deve inverare i limiti previsti dalle disposizioni costituzionali che costituiscono il generale fondamento dell'autonomia privata, ovvero gli artt. 2, 18, 41¹³⁹. Nell'operazione di introduzione dei limiti consustanziali a queste libertà, ne deriva che il "diritto dei privati", è sottoposto anche al legame indissolubile che esiste fra queste ultime e il programma di cui all'art. 3, 2° comma Cost., producendo un impianto valoriale che consente a «ciascuno di realizzare il proprio progetto di

¹³⁸ Così, F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 25, il quale si interroga in merito al rapporto tra contratti collettivi e legge ordinaria, e ne deduce che è simile a quello tra legge regionale e legge statale nelle materie di legislazione concorrente (art. 117, 3° comma. Cost.): «come "nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato", così – non potrebbe forse dirsi? – che nelle materie dei rapporti di lavoro spetta alle associazioni datoriali e sindacali – tramite i contratti collettivi – la potestà normativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali (inderogabili) riservata alla legislazione dello Stato e delle stesse Regioni (nella materia per es. "tutela e sicurezza del lavoro")». Inoltre, fa notare «come i contratti collettivi siano, in ambito parlamentare, considerati quali *fonti* di diritto *non secondarie*, allorché l'art. 16 *bis*, comma 6 *bis*, del reg. Camera viene pacificamente interpretato nel senso di escludere dall'intervento obbligatorio del Comitato per la legislazione i contratti collettivi, poiché esso riguarda "i progetti di legge recanti norme di delegazione legislativa o disposizioni volte a trasferire alla potestà regolamentare del Governo o di altri soggetti materie già disciplinate con legge" (e tra gli altri soggetti s'intendono inclusi gli enti locali, le università, le autorità indipendenti, ma *non* i sindacati). Se insomma persino le delegificazioni in senso ampio rientrano nella previsione normativa, ne sono escluse invece le forme di "decentramento legislativo" in favore delle leggi regionali e di atti non qualificabili come regolamenti, quali appunto i contratti collettivi» (F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 26).

¹³⁹ Si pensi ad es. ai limiti previsti dall'art. 41 Cost. e, in particolare all'"utilità sociale". Cfr. in particolare, A. BALDASSARRE, *Iniziativa economia privata*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 582 ss. il quale ritiene che quest'ultima sia «formula riassuntiva dei bisogni della comunità, [ed] è determinabile come precetto specifico dell'ordinamento giuridico, dal momento che, per definizione, compete agli organi ed ai soggetti dotati di poteri di supremazia e di autonomia "politica" e privata, pur nella diversità della loro rispettiva posizione, la scelta dei fini o dei valori che, in virtù della loro mediazione, si impongono come giuridicamente obbligatori». E prosegue, «per tali ragioni, la disposizione in questione appresta un criterio generico la cui determinazione specificamente normativa spetta innanzi tutto agli organi costituzionali, i cui poteri partecipano alla definizione dell'indirizzo politico, e poi ai soggetti privati, in quanto titolari di posizioni di autonomia, ed ai giudici di "merito", che sindacano la liceità dei loro comportamenti e delle loro manifestazioni di volontà».

emancipazione personale, che la Costituzione non pretende di definire in positivo, ma si limita a contenere entro i confini necessari perché non ne siano impediti gli analoghi progetti di tutti gli altri»¹⁴⁰.

In conclusione, l'originarietà dell'autonomia privata e il fondamento che se ne rinviene in Costituzione in una pluralità di disposizioni, permettono che tale fenomeno giuridico acquisisca una sfera di competenza riservata in cui lo Stato può intervenire imponendo esclusivamente quei limiti che sono anch'essi diretta esplicitazione di principi costituzionali attraverso proprie disposizioni contenenti principi inderogabili e non regole di dettaglio¹⁴¹.

11. *Il “nuovo” sistema delle fonti tra principio di competenza e sussidiarietà orizzontale: dalla piramide, all'abete, alla rete*

L'esistenza del *soft law* costituisce uno dei maggiori fattori di attenuazione della funzionalità del “sistema Westfalia”¹⁴², e più precisamente rappresenta il momento culminante del processo di perdita del carattere di esclusività o quantomeno di prevalenza della produzione normativa statale.

Risultano quanto mai attuali le parole scritte nel lontano 1929 da Cesarini Sforza secondo cui «il diritto dei privati che affiora [...] si concreta in una serie di ordinamenti la cui giuridicità non deriva dalla loro posizione entro la gerarchia del diritto statale, essendo il primo una formazione giuridica non sottoposta, ma parallela al secondo»¹⁴³.

E' evidente che la ricostruzione del sistema delle fonti ancorato al modello della gerarchia piramidale (*Stufenbau*)¹⁴⁴ sembra essere ormai relegata alla storia del diritto.

Tuttavia, il tentativo di ricondurre “a sistema” le diverse fonti di produzione del diritto oggettivo, specie sulla base di un criterio ordinatore, anche solo *in linea di massima*, non è

¹⁴⁰ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Congresso annuale AIC, Torino, 27-29 ottobre 2001, versione provvisoria pubblicata sul sito dell'aic, 47 s.; ID., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984.

¹⁴¹ E' stato sostenuto che il rapporto tra autonomia privata e statualità dischiuda la “socialità” del diritto la quale si fonda per un verso, nel riconoscimento di un limite alla legge posto dall'autonomia delle formazioni sociali e delle istituzioni intermedie e, per altro verso, dalla partecipazione sociale alla formazione della legge. Così, F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Pol. dir.*, 2006, 3, 385 ss., in particolare, 400-401.

¹⁴² A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa*, cit. 68.

¹⁴³ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 27.

¹⁴⁴ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit.

abbandonabile *in toto*. Allora, anche all'interno di una "gerarchia elastica" ovvero costruita per "tipi forti": *Costituzione, legge, regolamento*, riferibili ai gradi o livelli *costituzionale, primario, secondario*, si riscontra «una disarticolazione di tali pretesi tipi, gradi o livelli, in una pluralità di figure (che si possono chiamare tipi "deboli") che presentano ciascuna caratteristiche tali da non consentire di essere ricondotte al presunto "tipo" di appartenenza o schema generale omogeneo di forma, efficacia attiva, resistenza passiva, competenza»¹⁴⁵.

E' proprio l'introduzione del livello costituzionale come *higher law* e tutti i necessari corollari che porta con sé, a determinare la «detronizzazione», che è poi anche de-tipizzazione, della legge, con il superamento dello schema gerarchico che vedeva al centro del sistema la legge, articolando attorno ad essa i rapporti tra le fonti. Ma, ad ogni modo, è opportuno rilevare che il fenomeno della de-tipizzazione non riguarda solo la legge, ma anche gli altri atti normativi investendo tutti i cosiddetti "livelli" della gerarchia e comportando, almeno in linea di principio, più che l'integrazione, la vera e propria sostituzione del principio gerarchico con quello della competenza»¹⁴⁶.

Nel nostro ordinamento la legge parlamentare non è più una categoria unitaria, né è più l'atto normativo primario per eccellenza¹⁴⁷: situazione sintetizzata dall'espressione "crisi della legge"¹⁴⁸.

¹⁴⁵ F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 27, il quale come esempio si limita «a ricordare che perfino il c.d. livello costituzionale, considerato ancora negli anni sessanta del secolo appena trascorso come un tipo "sufficientemente omogeneo, formalmente e sostanzialmente" (V. CRISAFULLI, 1968, 959), si è venuto sgretolando in microinsiemi di un insieme più vasto in cui si possono oggi inserire, con valenze diverse, almeno: 1) i principi "supremi" o fondamentali o inderogabili, e le norme di riconoscimento dei diritti inviolabili, che sono assolutamente inderogabili, e quindi rappresentano anche (persino) limiti alla revisione costituzionale; 2) il testo della Costituzione nella parte in cui non esprime un principio supremo, testo che è rivedibile, e le leggi di revisione, le quali, se vi sono, di quel testo entrano a far parte integrante; 3) le "altre" leggi costituzionali, se intese come tipo idoneo a realizzare soltanto integrazioni, deroghe, rotture, limitazioni, sospensioni della Costituzione; 4) all'interno del *genus* "altre" leggi costituzionali vanno poi distinte, in particolare, le leggi costituzionali specificamente previste dalla Costituzione o a cui la Costituzione fa espresso rinvio, che possono essere considerate come atti con una competenza "delimitata"; 5) infine la prassi legislativa più recente ci ha messo di fronte a una ulteriore figura, quella delle leggi costituzionali provvedimento, esemplata sinora almeno dalla legge cost. 3 aprile 1989, n. 2, per l'indizione di un *referendum* consultivo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo».

¹⁴⁶ F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 28.

¹⁴⁷ Poiché alla legge si affiancano le "parificate" leggi regionali, gli atti legislativi dell'esecutivo (decreto legislativo delegato e decreto-legge), gli atti adottati in seguito al conferimento dei "poteri necessari" in caso di guerra, i decreti di attuazione degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale e così via.

¹⁴⁸ Cfr. *ex multis*, F. MODUGNO, *Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in collaborazione con A. Celotto e M. Ruotolo, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo, con il contributo di Alfonso Celotto, Rosalia D'Alessio e Marco Ruotolo*, Torino, III, edizione, 2000, 325-378 e *ivi* ampia bibliografia citata.

Inoltre, il nostro “sistema delle fonti” contiene una vasta serie di atti (o fatti) normativi, imputabili a soggetti diversi, di cui è palese la primarietà¹⁴⁹ nonché la presenza della c.d. “sussidiarietà legislativa” “creata” dalla giurisprudenza costituzionale, grazie alla quale è possibile per lo Stato attrarre in sussidiarietà funzioni legislative che, in base all’art. 117, spettano alle Regioni”¹⁵⁰.

Pertanto, non è possibile configurare un sistema delle fonti *a priori* e in generale, esistendo piuttosto tanti «diversi sistemi (o microsistemi), in relazione alle singole materie che vengono in osservazione o in ordine alle quali l’ordinamento offre, a volta a volta, un diverso panorama quantitativo e qualitativo di norme primarie»¹⁵¹.

Tuttavia, il problema di ricondurre ad unità il diritto oggettivo non sembra contraddire il principio pluralistico, «il quale giustifica comunque, a mano a mano che si scende la scala, la sua diramazione in una pluralità di ordinamenti, variamente coordinati»¹⁵². Il raccordo tra unità e pluralismo dà luogo «ad una costruzione simile a quella di un **abete**, molto più ampio alla base (cioè al livello minimo) e unito al vertice. Ma una costruzione siffatta presupporrebbe il completo superamento del principio che è alla base del sistema Westfalia, il quale, seppure per qualche verso indebolito, non sembra certo abrogato, quanto meno sul piano dell’effettività»¹⁵³.

Il diritto dei privati, nell’accezione che si è precisata sopra, rappresenta un altro microsistema che contiene, al suo interno, ulteriori sottosistemi (attinenti allo sport, ai lavoratori dipendenti, alle professioni, alle imprese e così via, seguendo la multiformità delle sue manifestazioni di cui si è cercato qui di sintetizzare i tratti salienti) e si unisce al diritto oggettivo nazionale in un solo punto ovvero nella Costituzione. E’ possibile, allora configura-

¹⁴⁹ Si pensi al *referendum* abrogativo, agli statuti regionali (e oggi anche provinciali e comunali); ai regolamenti delle Camere e della Corte costituzionale (e, probabilmente, dai regolamenti della Presidenza della Repubblica e forse anche del Consiglio Superiore della Magistratura), agli atti normativi della Comunità europea; ai problematici atti aventi forza di legge delle Regioni, ai contratti collettivi di lavoro con efficacia generale (che, come detto, sono solo previsti sulla carta); alle norme internazionali generalmente riconosciute e alle leggi e fonti di altri ordinamenti statali (richiamate dalle norme del c. d. diritto internazionale privato), alle stesse consuetudini e convenzioni costituzionali (che, anzi, andrebbero piuttosto ascritte al c. d. livello superprimario o costituzionale).

¹⁵⁰ M. RUOTOLO, *Le esigenze unitarie nel riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni: attuazione giurisprudenziale del Titolo V e prospettive di (ulteriore) riforma*, in F. MODUGNO (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, Napoli, 2008, 202.

¹⁵¹ F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 29.

¹⁵² A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 80.

¹⁵³ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 2011, 80 s.

re plasticamente l'unità del diritto oggettivo in una *rete* e, in particolare, nella *tela del ragno* in cui non è più possibile individuare i "gradi" delle fonti – in quanto tutte reciprocamente interconnesse a prescindere dalla divisione in tipi forti – ma che mantiene un unico punto in comune rappresentato dai principi costituzionali.

La logica complessiva che ispira il sistema delle fonti oggi è la delegificazione atecnica in cui «l'entrata in vigore di norme morbide occupa spazi vuoti dal punto di vista normativo, ovvero occupa spazi prima soggetti alla disciplina legislativa»¹⁵⁴. L'atto statale scompare a favore di altre fonti di produzione private, evidenziando il fenomeno di "destatalizzazione" in favore della sfera delle autonomie sociali, evocando anche il principio di sussidiarietà "orizzontale", o, meglio, una serie di meccanismi similari del principio stesso. A seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, ha trovato espressa positivizzazione all'art. 118, quarto comma, Cost. che «aspira ad investire la comunità, e le realtà organizzative che ne sono immediata espressione, dei compiti tradizionalmente assegnati alla sfera pubblica, e questa dimensione teleologica non può non condizionare l'individuazione delle predette entità associative»¹⁵⁵.

La valorizzazione delle manifestazioni della socialità porta anche al valore conciliativo ed integrativo dei conflitti interni al corpo sociale ed un'importante funzione antitotalitaria conducendo a un concetto di sussidiarietà quale criterio guida dei processi di socializzazione dei poteri pubblici, di democratizzazione della comunità politica e di creazione di un nuovo *status* di libertà¹⁵⁶. La sussidiarietà orizzontale evidenzia la libertà della persona umana intesa come autodeterminazione e, al tempo stesso, la responsabilità come volontà di perseguire finalità ultraindividuali attraverso le proprie competenze. «La persona umana diventa il centro di un universo particolare, nel quale essa vede impegnate al massimo le pro-

¹⁵⁴ A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, cit., 1895 ss.; sul concetto di delegificazione atecnica, v. A. MORRONE, *Delegificazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, 1772.; T. MARTINES, *Delegificazioni e fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, vol. II, Milano, 1987, 865 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni* (1989-1995), Torino, 1996.

¹⁵⁵ Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2351.

¹⁵⁶ P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, A.A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi della innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2000, 211 ss. e in particolare 225.

prie potenzialità ed accresciute le proprie responsabilità pubbliche. Il privato diventa così un anello della catena di competenze pubbliche»¹⁵⁷.

Non si può tacer la posizione opposta che ritiene tale norma idonea soltanto a «“favore” iniziative in chiave di autonomia»¹⁵⁸ mentre mantiene inalterato il problema del rapporto tra soggetti dell'atto e destinatari degli effetti. In effetti, questa critica coglie nel segno. La sussidiarietà orizzontale, indica semplicemente una tendenza dello Stato ad arretrare in quei settori in cui le fonti dei privati possono utilmente raggiungere il risultato auspicato, mentre è solo il principio di rappresentatività a legare indissolubilmente gli appartenenti a una categoria al rispetto delle norme prodotte dai propri rappresentanti. In definitiva, è quest'ultimo che incide sull'estensione degli effetti oltre i soggetti dell'atto. Si pensi al caso paradigmatico del contratto collettivo di lavoro¹⁵⁹. La dottrina è sempre stata concorde nel ritenere che il mandato di conferimento del lavoratore alle associazioni sindacali a negoziare in nome e per conto proprio avesse natura privatistica. Tuttavia, gli effetti del negoziato si riverberano *anche su chi non ha conferito alcun mandato*, andando a violare il fondamento stesso del mandato privatistico, fino appunto a snaturarlo. Analogo discorso può essere fatto per tutte le norme analizzate del diritto dei privati. Pertanto, l'estensione degli effetti è da ricondurre alla *rappresentatività di tipo pubblicistico*. Proprio questa caratteristica accomuna il “diritto dei privati” al diritto di derivazione statale¹⁶⁰, specie sul piano dell'efficacia. Ciò

¹⁵⁷ A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003, 349.

¹⁵⁸ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 170.

¹⁵⁹ F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 18 s. che, in merito, afferma: «d'altra parte è dubbio che la stessa volontà dei lavoratori iscritti, ossia l'adesione ad una associazione sindacale, valga di per sé come un conferimento di un mandato generale e irrevocabile a negoziare in nome e per conto proprio; ma soprattutto, com'è stato ben rilevato, “la rappresentanza di tipo privatistico non offre spiegazioni sufficienti di come e perché l'azione dei sindacati violi sistematicamente la regola (privatisticamente inderogabile) in forza della quale gli effetti della volontà negoziale del rappresentante non possono che ricadere solo su colui che aveva conferito il mandato a compiere l'attività negoziale stessa, e nei rigorosi limiti di quel mandato” (G. COLAVITTI, 2005, 214-215). Sembra perciò preferibile che la relazione tra sindacato e lavoratori (che è una forma di rappresentanza degli interessi superindividuali) vada, più che alla rappresentanza di tipo privatistico (*Vertretung*), ricondotta alla *rappresentatività* (*Repräsentation*) cioè alla rappresentanza di tipo pubblicistico. Lo stesso Gino Giugni ne ragiona come di una “nozione politica, definibile come la capacità dell'organizzazione di unificare i comportamenti dei lavoratori in modo che gli stessi operino non ciascuno secondo scelte proprie, ma, appunto come gruppo” (G. GIUGNI, 1991, 85). Diversamente opinando resta inevasa la domanda circa il problema di quale sia “la fonte di legittimazione del potere del sindacato di incidere anche negativamente su posizioni giuridiche individuali” (*ibidem*, 26)».

¹⁶⁰ Spetta rispettivamente a CHELI, *Organi costituzionali ed organi di rilievo costituzionale*, in *Arch. giur.*, 1965, 86 ss. ed a GUARINO, *Relazione al Symposium italo-sovietico su «L'impresa e la programmazione economica»*, Roma, 1968 la

comporta, come corollario, che il diritto dei privati sia espressione di potestà normativa collettiva, il cui bacino di destinatari è spesso indeterminabile a priori o comunque vastissimo e, proprio per questa origine, da questi vengono osservati e fatti valere a prescindere dall'originario valore strettamente negoziale o di *soft law*. Di conseguenza, l'efficacia dell'atto estesa *ultra partes* fonda la sua stessa legittimità nel fatto di essere espressione dell'autonomia collettiva costituzionalmente tutelata e, in definitiva, nel principio di rappresentatività pubblicistica. Si può, quindi affermare che nelle fonti dell'autonomia privata «l'effettività div[iene] criterio retrospettivo di legittimità che consente di attribuire [...alle stesse] la natura di fonti del diritto»¹⁶¹.

Abstract

Il saggio tratta delle fonti dell'autonomia privata ed, in particolare, di quelle aventi effetti *ultra partes*. Dopo aver descritto le singole fonti del "diritto dei privati", l'Autore esamina il declino del "sistema Westfalia" ed analizza i fondamenti costituzionali della produzione normativa dei privati nonché i limiti ad essa imposti. L'obiettivo è quello di dimostrare, tramite l'efficacia *ultra partes* delle fonti dei privati, che l'attuale sistema delle fonti non è più ordinato dal principio di gerarchia ma da quelli di competenza e sussidiarietà orizzontale.

The essay treats about private autonomy's fonts and, in particular, about those with effects *ultra partes*. After describing each font, the Author examines the decline of "Westfalia system" and she analyzes the constitutional foundations of the production of law by private people and the limits imposed on it. The objective is to demonstrate, through the effectiveness *ultra partes* of "law of privates", that the current fonts system is not characterized by the hierarchical principle but by those skill and horizontal subsidiarity ones.

dimostrazione che l'indirizzo politico sia connesso all'attività degli organi costituzionali e che l'esplicazione dell'autonomia privata abbia la stessa struttura sostanziale dell'attività di indirizzo politico.

¹⁶¹ F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 19.