



## GLI USI TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO EUROPEO

MARIO TRIMARCHI

SOMMARIO: **1.** Prassi, pratiche, usi, consuetudini. – **2.** Rilevanza e funzione del fenomeno consuetudinario. – **3.** Usi *secundum legem*, *praeter legem*, *contra legem*. – **4.** Usi normativi e usi negoziali. - **5.** Gli usi nel diritto europeo e nel Draft Common Frame of Reference. - **6.** – Diritto europeo, usi e fonti regolatrici del contratto. - **7.** Segue.- Usi contrattuali e norme inderogabili. - **8.** – I criteri di valutazione della giuridicità dell'uso contrattuale: ragionevolezza e non abusività.

**1.** Uno degli aspetti fondamentali che caratterizza ogni *societas hominum* è la ricorrenza di determinate condotte da parte dei suoi componenti (o della maggior parte di essi). Le rilevazioni e le indagini statistiche e sociologiche cercano proprio di conoscere i modi in cui un gruppo sociale elabora e sviluppa il proprio stile di vita attraverso l'adozione di orientamenti condivisi. Nella società contemporanea, fortemente condizionata dai mezzi di informazione e dalla pubblicità, i comportamenti praticati da masse di individui sono particolarmente diffusi e costituiscono perciò un dato essenziale anche dell'esperienza giuridica.

Peraltro non tutti i comportamenti socialmente reiterati presentano il connotato della giuridicità, ben potendo afferire ad altre sfere della cultura umana, dal costume all'etica, dalla religione alla moda. Per rilevare nel mondo del diritto questi comportamenti devono essere in grado di incidere su interessi giuridici, nel senso di evidenziarli o di realizzarli, nonché essere conformi ai valori fondamentali della società, così come emergenti dallo stile di vita che essa si è dato.

Il fenomeno della ripetizione di comportamenti giuridicamente rilevanti viene dai giuristi preso in considerazione attraverso l'utilizzo di una terminologia alquanto articolata, e così, tra l'altro, parlando di prassi, di pratiche, di usi, di consuetudini. Ciascuno di questi termini non presenta un significato sufficientemente univoco e comunque è variamente inteso in dottrina.

In genere il termine prassi è quello utilizzato col significato più ampio, per designare qualsiasi forma evidenziante di valori giuridici svolta da fenomeni direttamente offerti dalla comune esperienza e cultura: strutture sociali stabili (istituzioni), comportamenti reiterati (pratiche, usi, consuetudini), eventi innovativi e fatti rivoluzionari.

Avuto poi riguardo ad un significato parzialmente diverso e comunque più ristretto, contrapposta all'analisi teorica, la prassi, intesa come attività, indica il complesso delle



pratiche e dei comportamenti osservati dagli operatori e quindi anche le tecniche da loro praticate; e così si discorre di prassi internazionale, di prassi legislativa, di prassi costituzionale, di prassi amministrativa, di prassi giudiziaria, di prassi forense, di prassi commerciale, di prassi contrattuale. Avuto riguardo a questo significato del termine, in linea di principio la prassi, come modo di agire non vincolante, si distingue dalla consuetudine che implica l'obbligatorietà del comportamento: distinzione peraltro questa non pacifica in quanto, almeno in certi contesti, anche la prassi finisce per essere modello di condotta o di riferimento per il legislatore, per il giudice e per l'operatore.

I termini uso e consuetudine – anche da parte del legislatore – sono in genere indifferentemente utilizzati, per indicare una forma di produzione giuridica che trae origine dall'autorità dell'esperienza, o anche una fonte-fatto e cioè una norma che costituisce conseguenza di un'attività umana considerata come mero fatto, senza contenuto o riferimento volontaristici. Secondo una diversa visione i due termini vanno invece distinti, essendo l'uso, quale ripetersi di comportamenti, il substrato materiale della consuetudine, intesa come regola di condotta.

In ogni caso, la consuetudine (o uso) non costituisce fenomeno da contrapporre alla legge nella dicotomia, spesso abusata, diritto non scritto-diritto scritto. Se è infatti corretto affermare che la giuridicità della consuetudine è fondata su fatti ed in questo senso è diritto non scritto, è altrettanto evidente che ricorrono forme di diritto non scritto diverse dalla consuetudine (diritto vivente, diritto in azione, natura delle cose e così via). La consuetudine può invece essere contrapposta alla figura generale del diritto dichiarato, in quanto, anche ove venga verbalizzata e quindi in qualche misura perda parte delle sue specifiche ed originarie caratteristiche, non consiste e non trova fondamento, a differenza della legge, in una proposizione scritta che utilizza i simboli del linguaggio.

Perché ricorra un uso o consuetudine è necessario che la ripetizione del comportamento incidente su un interesse giuridicamente rilevante presenti i caratteri della generalità, della uniformità, della costanza, della frequenza e della pubblicità. E', in altri termini, essenziale che un dato gruppo di consociati, più o meno ampio, adotti oggettivamente e stabilmente un comportamento comune, per ciò stesso non più interindividuale ma impersonale. Per quanto poi riguarda l'ulteriore elemento costitutivo della fattispecie rappresentato dalla convinzione dei consociati o quanto meno dalla loro consapevolezza della doverosità del comportamento praticato (c.d. *opinio iuris ac necessitatis*), va evidenziato che le critiche ad esso autorevolmente avanzate, sostanzialmente costituite dal rilievo che sarebbe fondato su un circolo vizioso, sono state da parte della dottrina più recente superate notando che in sede di formazione dell'uso non è possibile separare il momento creativo da quello attuativo. Prescindendo comunque da questi profili, appare importante notare che questa componente della fattispecie non consiste in un dato o momento soggettivo-volontaristico, bensì anch'esso, al pari del comportamento, presenta una dimensione oggettiva, quale espressione dello spirito oggettivo della società. Il comportamento consuetudinario manifesta, dunque, un valore sociale di azione, una regola di condotta che sta interamente sul piano della oggettività,



caratterizzata per la forma manifestativa (e non dichiarativa) della giuridicità, quale forma caratteristica della prassi sociale nei suoi aspetti spirituali.

2. La rilevanza del fenomeno consuetudinario non sempre è stata colta con la dovuta attenzione in dottrina.

Tradizionalmente, considerato che la forma eminente di manifestazione della realtà spirituale umana è data dal linguaggio e che quest'ultimo presenta una capacità di significazione straordinariamente ampia, indispensabile per trasmettere regole in una società complessa, si tende, anche enfatizzando, ad affermare l'assoluta prevalenza della legge quale norma scritta ed a attribuire agli usi una funzione del tutto marginale e secondaria nel sistema delle fonti.

Anche senza ricordare in questa sede le analisi storiche e comparatistiche, che hanno dimostrato il ruolo essenziale della tradizione nell'esperienza giuridica (basti pensare al common law), va ricordato che l'affermazione della limitata rilevanza della consuetudine sembra il portato del noto principio (in via di superamento) della statualità del diritto e consiste, poi, essenzialmente in declamazioni non particolarmente significative e comunque non supportate dalla realtà delle cose e dai concreti atteggiamenti degli operatori del diritto.

Al riguardo va, su un piano generale, preliminarmente rilevato che nella vita sociale e giuridica non trovano posto mere evocazioni simboliche del tutto astratte dal loro significato pratico reale, così come è difficile ravvisare prassi interamente avulse dall'arricchimento che nella significazione è apportato dall'impiego del linguaggio e che quindi il sistema va concepito quale unità inscindibile di diritto scritto e diritto non scritto.

Venendo, poi, al nostro ordinamento ed all'ambito privatistico, pur constatando l'ipertrofia legislativa che purtroppo sembra caratterizzarlo e la connessa pretesa di regolare attraverso norme scritte qualsiasi aspetto della realtà sociale, è allora necessario evidenziare, alla luce del diritto vivente e tenendo conto delle superiori osservazioni, i settori, vecchi e nuovi, nei quali è ravvisabile una presenza pregnante della prassi e del diritto consuetudinario.

Per quanto riguarda l'ambito codicistico ed in genere il diritto nazionale o interno, e prescindendo dal diritto agrario e da quello della navigazione che pur presentano profili di indubbio interesse, vanno segnalate le materie della famiglia, della proprietà, delle obbligazioni e soprattutto del contratto. La regolamentazione di svariati aspetti dei rapporti familiari è rimessa - e non potrebbe essere diversamente - al costume e alle spontanee determinazioni dei componenti il gruppo; alcuni istituti (ad esempio famiglia di fatto, regimi patrimoniali atipici, convenzioni di diritto familiare) sono intessuti di regole emergenti direttamente dalla realtà sociale. Esistono, poi, norme consuetudinarie in materia di proprietà, pacificamente praticate nonostante per qualche aspetto confliggenti con la tutela petitoria; o ancora varie disposizioni in materia di usufrutto. Le disposizioni del codice civile in tema di obbligazioni che riguardano gli usi sono costituite dagli artt. 1181, 1182, 1187, 1214, 1217, 1269 e 1283. Ma è soprattutto in campo contrattuale che è ravvisabile la



massima rilevanza del fenomeno; oltre, infatti, le singole previsioni del codice che espressamente richiamano gli usi o nella parte generale, come gli artt. 1340, 1368 e 1374 ( che saranno analizzati in prosieguo ) o ancora gli artt. 1326, 1327, 1333, 1336, 1454 e 1457 o nell'ambito della disciplina di singoli contratti, come ad esempio gli artt. 1492, 1510, 1566, 1687, 1753 e 1755, appare fondamentale il riferimento ai contratti e alle clausole atipiche, quali veicoli delle nuove esigenze emergenti dal mondo degli affari, e più in generale alla prassi contrattuale e alla regolamentazione che ne deriva.

L'acquisita dimensione sopranazionale dei mercati e i connessi fenomeni della globalizzazione e della dematerializzazione hanno, poi, in questi ultimi decenni, condotto alla rilevazione e alla elaborazione delle regole del commercio internazionale (la c.d. *lex mercatoria*). La società post-industriale, quale società senza frontiere che impone il superamento del diritto di origine statale e che richiede regole omogenee a livello internazionale per favorire e rendere certi gli scambi, opera in primo luogo sulla base di usi e di prassi stratificatesi nel tempo, di pratiche contrattuali e di orientamenti giurisprudenziali delle camere arbitrali internazionali. In questo quadro la primaria ed accresciuta rilevanza della fonte consuetudinaria risulta anche dai Principi dei contratti commerciali internazionale, redatti a cura dell'Unidroit e da varie Convenzioni internazionali, tra le quali va segnalata quella di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, la maggior parte delle cui previsioni (a parte l'espresso riferimento dell'art. 9 agli usi) è desunta dalla prassi vigente in materia. Riferimenti importanti agli usi possono, infine, rinvenirsi, nella logica di un diritto sopranazionale e nella prospettiva *de iure condendo*, nei Principi del diritto contrattuale europeo (PECL) e, segnatamente, nell'art. 1:105 secondo il quale le parti sono vincolate dalle consuetudini alle quali hanno acconsentito nonché da quelle che persone che si trovano nella loro stessa situazione considererebbero applicabili, e nel Draft Common Frame of Reference all'art. II-1:104 (del quale ci si occuperà più diffusamente in prosieguo) oppure nel diritto privato europeo vigente e così, ad esempio, nell'art. 7 del d.lg. n. 231 del 2002 in base al quale il giudice deve tener conto anche della corretta prassi commerciale nel valutare la grave iniquità dell'accordo in danno del creditore.

Al di là di queste indicazioni e della stessa dimensione interna o internazionale dell'ordinamento, la prassi è destinata a svolgere un ruolo insostituibile, in ambito privatistico, nella materia delle clausole generali e degli standards valutativi, quali precetti valvola essenziali per adeguare la realizzazione del diritto ai comuni modi di pensare e di sentire e quindi a quei principi, a volte anche non dichiarati, risultanti dall'esperienza e dalla cultura condivise dai consociati.

A fronte dell'accresciuta rilevanza del fenomeno consuetudinario nei campi sinora ricordati, occorre anche registrare un processo inverso in altrettanto importanti settori dell'esperienza giuridica. Si fa ora riferimento alla possibile operatività degli usi nell'ambito di materie contraddistinte in genere dalla presenza di un soggetto o di una parte economicamente e/o socialmente forte e comunque in grado, quale titolare di un potere di fatto, di dettare un regolamento ad essa particolarmente favorevole. E' evidente che in tali casi la posizione di supremazia di un dato soggetto o di una data categoria può comportare



l'adozione ( ma nella sostanza l'imposizione ), anche attraverso il ricorso a condizioni generali di contratto, di pratiche di particolare sfavore per le controparti.

La vicenda degli usi in materia bancaria è, al riguardo, significativa. Al di là dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa che l'ha caratterizzata negli ultimi decenni e sulla quale si avrà modo di ritornare, da essa emerge la sicura intenzione dell'ordinamento a escludere la rilevanza di quelle prassi, pur stratificate nel tempo, frutto non di una libera o spontanea adesione di tutti i protagonisti dell'operazione e quindi rispondenti ai comuni interessi o comunque rappresentanti una loro sintesi, bensì espressione della necessaria partecipazione del contraente più debole e comportante perciò inevitabilmente un regolamento sbilanciato se non iniquo.

La tutela del consumatore si pone in contrasto con un incontrollato esplicarsi della pratica contrattuale. Basti, al riguardo, citare in materia di contratti bancari l'art. 117.6 del d.lg. 1 settembre 1993 n. 385 ( T.U.B.) e in materia di contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento l'art. 23.2 del d.lg. 24 febbraio 1998 n. 58 ( T.U.F. ), a norma dei quali è nulla o si considera non apposta ogni pattuizione o clausola di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente, dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo o condizione. Più in generale si deve ritenere, in linea con gli orientamenti soprattutto del legislatore europeo, non ammissibile in quanto contrastante con valori fondamentali dell'ordinamento, ogni prassi, uso o consuetudine che comporti, nei contratti di cui è parte un consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti.

L'evoluzione della rilevanza degli usi in materia contrattuale è, quindi, in conclusione, segnata non solo dalla distinzione tra contratti tipici e contratti atipici, ma anche da quella tra contratti con tutela del contraente debole e contratti *inter pares* ( v. *infra* par. 7 e 8 ).

**3.** A fronte di una sostanziale unitarietà fenomenologica della figura della consuetudine ( nei termini sinora ricordati), è dato riscontrare la presenza, storicamente consolidata, di importanti classificazioni al suo interno, idonee a giustificare, ad avviso della dottrina e della giurisprudenza, discipline diverse.

Tradizionalmente si distingue tra usi *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*. I primi ricorrono quando la norma consuetudinaria è richiamata da altra fonte, in genere dalla legge, cosicché l'uso assume valore normativo non in virtù propria bensì in forza del rinvio che ad esso fa la fonte superiore, della quale quindi presenta la stessa forza normativa.

L'uso *secundum legem* è espressamente previsto dall'art. 8 disp. prel. . In relazione a questa disposizione occorre notare che una legge può rinviare all'uso sia dettando contemporaneamente una disciplina della materia (per il caso in cui non ricorra in concreto un fenomeno consuetudinario) sia limitandosi al solo richiamo senza prevedere al tempo stesso una regolamentazione sostanziale.



Nel primo caso occorre poi distinguere a seconda che la legge regolatrice la materia (che al contempo rinvia o faccia salvi gli usi) sia costituita da disposizioni inderogabili o derogabili dall'autonomia privata ; se ricorrono previsioni inderogabili, i privati non possono dettare un regolamento ad esse difformi mentre in via eccezionale l'uso sarà destinato ad operare, proprio perché espressamente richiamato dalla legge e solo in tali casi; se, invece, la norma regolatrice della materia è derogabile, mentre i privati sono liberi di adottare un regolamento più confacente ai loro interessi, l'uso, almeno stando all'interpretazione assolutamente prevalente in dottrina e giurisprudenza, è destinato a non trovare applicazione, tranne se espressamente richiamato e non contrastante con l'autonomia privata. Al riguardo occorre però aggiungere che non si vede la ragione per cui in tale ultimo caso, stante che la norma può essere derogata dai privati, non debbano operare anche gli usi anche se non espressamente previsti dalla legge: l'art. 8, in altri termini, dovrebbe intendersi riferito alle sole norme inderogabili. .

Nel secondo caso, poi, quando la legge rinvia all'uso in relazione a materie non regolate, ancorché l'ipotesi non sia prevista dall'art. 8, la norma consuetudinaria è senz'altro destinata ad operare al pari dell'autonomia privata.

L'uso *praeter legem* è quello chiamato a regolare materie non disciplinate dalla legge. In siffatta eventualità l'uso è l'unica o la principale fonte regolatrice del rapporto, destinata peraltro ad operare purchè non contrastante con i principi e i valori fondamentali dell'ordinamento. Il ricorso alle tecniche interpretative e all'analogia non riesce ad eludere l'esistenza di lacune del diritto, che possono convenientemente essere colmate proprio con il ricorso, oltre che all'autonomia privata, agli usi. L'uso *praeter legem* non è espressamente previsto da alcuna disposizione; parte della dottrina tende ad escluderne l'ammissibilità; l'orientamento prevalente, argomentando sul piano formale a *contrariis* sempre dall'art. 8 disp. prel., ritiene, anche sulla base delle considerazioni esposte nei precedenti paragrafi, che l'attribuzione di forza autonoma alla consuetudine sia coerente ad una società e ad un ordinamento, quali quelli attuali, in rapida e continua evoluzione.

L'uso *contra legem*, la norma consuetudinaria che si ponga in contrasto con disposizioni di legge o che assuma di regolare materia riservate in esclusiva alla legge o ad altre fonti, stante la gerarchia delle fonti vigente nel nostro sistema, non è ovviamente in linea di principio ammesso e va di conseguenza disapplicato da parte dei privati e degli operatori del diritto. Si potrebbe aggiungere che tale irrilevanza riguarda essenzialmente il caso in cui contrasti con norme inderogabili; ove ricorra una norma derogabile, in forza dell'interpretazione proposta dell'art. 8 (sulla quale però la dottrina prevalente non concorda), non si dovrebbero presentare ostacoli alla sua operatività ; e d'altra parte non si potrebbe intendere come una previsione derogabile dall'autonomia privata non possa anche essere superata dall'uso nella misura in cui questo sia espressione libera degli interessi riconducibili agli stessi privati.





4. Altra classica distinzione, propria della materia contrattuale, è quella tra usi normativi (o legali) e usi negoziali (o mercantili). I primi sarebbero previsti, oltre che dall'art. 8 disp. prel., dall'art. 1374 c.c.; i secondi dall'art. 1340 c.c. e poi anche dall'art. 1368 c.c., ricomprendendovi i cosiddetti usi interpretativi. Peraltro, con riferimento a questi ultimi, la dottrina è sufficientemente concorde nel ritenere che il termine usi viene adoperato impropriamente, non ricorrendo né una regola di condotta né clausole d'uso con portata integratrice. L'art. 1368 si limita infatti a stabilire che l'ambiguità di una clausola contrattuale va risolta facendo riferimento al modo in cui nel luogo di conclusione del contratto in genere alla stessa si dà attuazione.

Venendo alla distinzione usi normativi-usi negoziali, va rilevato che essa, ancorché presenti una lunga tradizione risalente agli autori del Codice napoleonico, appare particolarmente difficile da cogliere, stante anche la pluralità di soluzioni proposte in dottrina. Probabilmente la difficoltà di individuare criteri distintivi sufficientemente certi dipende dalla circostanza che a livello fenomenologico è estremamente difficile individuare per ciascun tipo di uso, considerato come fatto, specifiche caratteristiche qualificanti. Ciò nonostante si insiste nella diversità di disciplina che presenterebbero, a partire dal rilievo che gli usi normativi, quali consuetudini, non prevalgono sulla legge (se non espressamente richiamati) mentre quelli negoziali, in quanto assimilabili all'autonomia privata, prevalgono sulle norme derogabili. L'uso normativo, inoltre, non va provato, è applicato d'ufficio dal giudice ed obbliga anche se non conosciuto, a differenza di quello negoziale che va provato e la cui obbligatorietà può essere esclusa dalle parti. Ed ancora la violazione o falsa applicazione dei soli usi normativi permette il ricorso in Cassazione.

In questa sede si procederà all'esposizione delle principali tesi prospettate, cercando di evidenziarne gli aspetti positivi e quelli critici.

a) Probabilmente l'unica posizione dottrinale che riesce a conciliare il disposto degli artt. 1340 e 1374, giustificando al tempo stesso la diversa accennata disciplina che le due figure presenterebbero, è quella che ravvisa nelle clausole d'uso di cui al 1340 esclusivamente usi individuali. L'art. 1340, in altri termini, non si occuperebbe di comportamenti ripetuti in ambito sociale dalla generalità dei consociati o di prassi invalse pacificamente in determinati mercati, bensì solo delle clausole normalmente e abitualmente inserite da parti determinate nei contratti tra loro stipulati; cosicché si comprenderebbe perfettamente perché la legge dispone che quelle clausole debbano considerarsi inserite nel contratto, proprio perché normalmente volute da quei contraenti (che peraltro possono escluderle o dimostrare che non le hanno volute), ed essere quindi assunte quali prevalenti sul disposto di norme derogabili.

Interpretato in questi termini, il 1340 si coniuga bene col 1374; l'uso normativo, o si dovrebbe meglio dire l'uso *tout court*, si distingue infatti agevolmente, già sul piano del fatto, dall'uso individuale e giustifica la diversa normativa, trattandosi di fenomeni con tutta evidenza diversi, l'uno integrante una vera e propria consuetudine, l'altro relativo alla mera ripetizione di accordi contrattuali di soggetti determinati.



b) Buona parte della dottrina si rifiuta, però, di concepire le clausole d'uso ex 1340 quali usi individuali e ritiene che la disposizione abbia riguardo a comportamenti propri di una generalità di individui, integranti veri e propri usi.

L'impostazione in esame, che sostanzialmente qualifica come normativi anche gli usi di cui al 1340, presenta l'indubbio vantaggio di rendersi conto di come sia oggettivamente difficile introdurre delle partizioni razionali quando si venga a considerare un fenomeno alquanto omogeneo e al contempo sfuggente quale è quello costituito dalla ripetizione costante e uniforme di comportamenti oggettivamente rispettati in ambito sociale.

Per quanto riguarda il rapporto col 1374, per evitare che si assuma l'esistenza di doppioni o norme inutili, si rileva che tale disposizione, sul piano delle fonti di integrazione del contratto, si limita a disporre che gli usi operano nelle materie non regolate dalla legge, mentre il 1340 chiarisce ulteriormente che la loro vigenza può essere esclusa dalle parti che possono dichiarare o anche soltanto provare di non averli voluti. Trattandosi, però, di usi normativi, non possono prevalere sulle norme derogabili, nel senso che se la materia è regolata dalla legge, questa trova senz'altro applicazione anche se derogabile, a preferenza degli usi (anche di quelli ex 1340).

c) Altra parte della dottrina assume, infine, che l'art.1340 non preveda né gli usi individuali né gli usi normativi. La preoccupazione di questo orientamento sembra quella di individuare una categoria di usi non limitata dalle previsioni dell'art. 8 disp. prel. e dell'art. 1374 c.c. (e cioè un uso prevalente sulla legge derogabile) e però anche distinguibile dalle clausole abituali individuali (e quindi presentante le caratteristiche di comportamento generalmente praticato dalla collettività).

A questo fine sono stati prospettati numerosi criteri distintivi, tutti però per qualche aspetto incerti. Per lungo tempo la distinzione tra usi normativi e usi negoziali si è preteso riposasse sulla presenza solo nei primi dell'opinione iuris; altri ha evidenziato la maggiore diffusione di quelli normativi rispetto a quelli negoziali; su un piano più strettamente tecnico si è poi affermato che gli usi negoziali, quali clausole d'uso, incidono sul contenuto del contratto mentre quelli normativi sugli effetti o ancora che i primi hanno ad oggetto la prescrizione di un comportamento, mentre i secondi comporterebbero solo un effetto di puro diritto. In realtà alcune di queste tesi enunciano criteri di difficile, sfuggente o inutile verifica; altri presumono di poter contrapporre il contenuto e gli effetti del contratto oppure gli effetti aventi ad oggetto condotte e gli effetti finali, senza però spiegare per quali ragioni queste distinzioni sarebbero sul piano sostanziale in grado di fondare categorie di usi con diversa disciplina.

Nonostante che non sia fondata su dati normativi certi e appaia molto discutibile la stessa possibilità di individuare criteri distintivi adeguati, dottrina e giurisprudenza continuano a riproporre la contrapposizione usi normativi-usi negoziali (da ultimo, ad esempio, Cass. 6 marzo 2007 n. 5135). Nell'ultimo decennio, in particolare, è stata utilizzata in materia di usi anatocistici previsti dall'art. 1283 c.c.: la Cassazione, con le note sentenze del 16 marzo 1999 n. 2374 e del 30 marzo 1999 n. 3096, ha infatti affermato che gli usi bancari vigenti in materia, imposti ai clienti attraverso condizioni generali di contratto alle





quali non corrisponde alcuna loro convinzione di rispettare una norma giuridica, non sono usi normativi e che quindi non opera l'inciso del 1283 che consente la deroga alle previsioni in esso contenute in presenza di soli usi normativi difformi. Al di là delle critiche prospettabili a questo orientamento (probabilmente l'art. 1283 non riguarda i contratti di conto corrente ; è discutibile che gli usi anatocistici siano negoziali), più in generale importa rilevare l'esistenza di una perdurante esigenza a disporre in materia di usi di strumenti atti a diversificare il trattamento giuridico, a seconda degli interessi che in un dato momento storico si ritiene opportuno, in conformità alle indicazioni fondamentali dell'ordinamento, tutelare. Il che potrebbe allora significare, in conclusione, che la distinzione in parola non va colta sul piano fenomenologico o strutturale della fattispecie bensì su quello funzionale, degli interessi in giuoco da valutare materia per materia nella prospettiva di adottare quella soluzione maggiormente confacente ai principi e ai valori del sistema.

5. La disposizione fondamentale del Draft in materia di usi è contenuta nell'art. II.-1:104. Si tratta di una previsione rientrante tra quelle introduttive e a portata generale del secondo libro, in quanto tale applicabile non solo ai contratti ma anche, con i necessari adattamenti e in quanto compatibile, ad ogni altro atto giuridico ed in primo luogo agli atti unilaterali.

Ulteriori disposizioni, anch'esse del secondo libro, in linea di principio attuative o specifiche dell'1:104, sono, poi, il 4:205 (3) in tema di conclusione del contratto, l'8:102 (1 f) in materia di interpretazione del contratto e - soprattutto da segnalare - il 9:101 che ribadisce la funzione degli usi quale fonti di integrazione del contratto.

L'art. II.- 1:104 presenta però un rilievo particolare in quanto, a differenza di altre previsioni del Draft (per certi aspetti nuove o comunque per la prima volta proposte a livello europeo), si pone in linea con la disciplina della materia contenuta in disposizioni già vigenti a livello internazionale o in precedenti proposte di riforma del diritto contrattuale europeo. Il riferimento è all'art. 1.9 dei Principi Unidroit e all'art. 9 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci , che contengono una regolamentazione della materia degli usi molto vicina anche se non identica a quella del Draft. E poi all'art. 1:105 dei Principles (PECL) dal quale i primi due commi della norma del DCFR sono mutuati.

Si tratta di previsioni aventi naturalmente valore e portata diverse. Alcune integrano diritto vigente a tutti gli effetti, altre operano nell'ambito della regolamentazione del commercio internazionale o possono essere oggetto di rinvio su base convenzionale, altre ancora costituiscono più semplicemente proposte de iure condendo.

La coincidenza, spesso anche formale e comunque sostanziale, del tenore di tutte queste disposizioni, consente perciò di affermare che le seguenti riflessioni non costituiscono solo un commento di una futura regolamentazione della materia, ma rappresentano anche un'interpretazione di disposizioni già vigenti.

Quali dati e questioni emergono da queste previsioni ?



Il primo problema è quello di intendere quando nel diritto europeo e nel Draft ricorra un uso e segnatamente un uso contrattuale, dove con questa espressione – è bene chiarirlo sin d’ora - si intende fare riferimento ad un uso in senso proprio, quale fonte di diritto, operante in materia contrattuale.

Il secondo, di maggior rilievo, attiene al ruolo che detti usi sono chiamati a svolgere in sede di definizione del regolamento, nel rapporto con le altre fonti di disciplina del contratto.

I. Per quanto riguarda il primo profilo, è agevole rilevare come non è rinvenibile nelle disposizioni prima ricordate una chiara definizione dell’istituto o degli elementi che devono ricorrere per la sua esistenza.

Si danno, però, alcune utili e interessanti indicazioni.

E così, in primo luogo, va notato che gli usi contrattuali integrano qualcosa di diverso e vanno distinti dalle pratiche instaurate dalle parti.

I contraenti possono essere vincolati sia da usi sia da pratiche, e però queste ultime si differenziano nettamente da quelli in quanto mancano di una connotazione sociale e oggettiva; non rilevano in un certo settore degli affari e per tutti gli operatori che svolgono una determinata attività commerciale, industriale o professionale. Operano esclusivamente nei rapporti tra singole parti, le quali intrattenendo continuamente affari, hanno nel tempo instaurato con riferimento a certe modalità del loro agire, relative alla conclusione o all’esecuzione del contratto, una continuità tale da giustificare che ciascuna di esse si attenga in futuro a tale *modus operandi*.

Le pratiche, quindi, a differenza degli usi che presentano il requisito della generalità, hanno portata individuale e vincolano, con le specifiche modalità che di volta in volta presentano, soltanto le parti che le hanno adottate. Integrano, in altri termini, quelli che, come si è visto, la dottrina tradizionalmente definisce “usi individuali”, dove peraltro il termine uso è impiegato impropriamente dal momento che non si tratta di vere e proprie consuetudini.

Esclusa, così, qualsiasi connotazione soggettiva degli usi contrattuali, vanno ribaditi il loro carattere di fenomeno oggettivo e la dimensione sociale nella quale operano.

Una siffatta impostazione sembra porsi in linea con la previsione dell’1:104, laddove richiede, ai fini della vigenza ed applicabilità di un uso, che “si debba considerare generalmente applicabile tra soggetti che si trovano nella medesima situazione delle parti”.

La formulazione della disposizione, alquanto atecnica, ha riguardo, per individuare un uso, ai risultati pratici del fenomeno, a ciò che la generalità dei consociati si aspetta secondo normalità in una certa situazione. A questi fini non è espressamente richiesta la ripetizione costante e uniforme del comportamento ma si chiarisce che si può assumere un comportamento come dovuto solo in quanto presenti generale applicazione proprio da parte di coloro i quali operino in quella data attività.

L’uso contrattuale (normativo) risulta quindi svincolato da qualsiasi connotazione soggettiva, dovendo l’interprete preoccuparsi di accertare la sua concreta vigenza nell’ambito della comunità o gruppo sociale di riferimento.



Tale caratterizzazione oggettiva degli usi risulta, poi, confermata dalla distinzione, pure ricavabile dall'1:104 tra usi contrattuali *tout court*, quelli di cui sinora abbiamo detto, e usi ai quali le parti hanno acconsentito, che trovano il loro fondamento e la loro giuridicità non nella ripetizione del comportamento ma nel richiamo operato dalle parti e quindi nell'atto di autonomia. Si ritiene, infatti, che gli usi "voluti" dai contraenti possano anche non essere vigenti al tempo e nel luogo di conclusione o esecuzione del contratto, potendo le parti riferirsi a prassi proprie di altri contesti o relative a contratti o in genere ad affari diversi da quello che si intende regolare.

6. II. A) Venendo, però, adesso, alla questione di maggior rilievo e cioè al problema del ruolo svolto dagli usi nel quadro delle fonti regolatrici del contratto, e quindi del rapporto in cui si trovano con l'autonomia privata e con le altre regole del sistema, va subito rilevato che dal Draft e dai PECL, ma anche dai Principi Unidroit e dalla Convenzione di Vienna – a differenza di quanto comunemente si afferma per l'ordinamento interno - si ricava il principio secondo il quale gli usi contrattuali (come si è già rilevato, quali usi in senso proprio, fonti del diritto, diversi dalle pratiche) prevalgono sulle norme dispositive. Posto, infatti, che queste ultime per loro natura possono essere derogate dall'autonomia privata, non c'è ragione per escludere che su di esse prevalgano anche gli usi, a loro volta espressione, in quanto praticati, della libertà di una data comunità di privati operatori di disegnare il regolamento contrattuale.

Gli usi vigenti in un dato ambito commerciale, artigianale, industriale o professionale sono considerati uno strumento ottimale di manifestazione delle esigenze delle categorie operanti sul mercato e perciò idonei a fondare regole giuridiche rispondenti ad un ragionevole contemperamento degli interessi delle parti. Le norme aventi natura dispositiva, particolarmente diffuse in campo contrattuale, diverranno operative solo allorché dalle dirette categorie protagoniste dell'affare non provengano spontanee indicazioni sulla regolazione dell'operazione contrattuale.

La prevalenza degli usi sulle norme dispositive ha, poi, come inevitabile corollario, la loro soccombenza rispetto ad una difforme previsione delle parti, le quali possono quindi escludere l'operatività nel singolo caso di un uso pur vigente, nonché prevedere valide clausole contrattuali in contrasto con l'uso.

L'acquisita definizione del rapporto tra usi contrattuali e norme derogabili costituisce un principio fondamentale della materia, in quanto consente di affermare la sostanziale unitarietà della categoria e di superare la tradizionale distinzione, propria, come detto, del diritto italiano e di altri diritti nazionali, tra usi normativi e usi negoziali.

Invero, la dottrina, affaticatasi da lungo tempo alla ricerca dei criteri utili a distinguere tali tipi di usi, ha ormai dovuto constatare l'estrema difficoltà se non l'impossibilità di pervenire a risultati soddisfacenti. L'assenza di esiti condivisi e condivisibili è dovuta alla semplice circostanza che la struttura degli usi normativi e degli usi negoziali è



fondamentalmente la stessa. Ciononostante, come si è già avuto modo di precisare, si è insistito e ancora si insiste, anche in giurisprudenza, nell'affermare tale distinzione da cui talora si fanno derivare possibili utilizzi strumentali di non poco rilievo (la già ricordata vicenda dottrinale e giurisprudenziale in materia di usi anatocistici è al riguardo sintomatica).

Ora, per ritornare al Draft e al vigente diritto europeo ed internazionale dei contratti, è evidente che, una volta acquisita la prevalenza in generale degli usi contrattuali sulle norme derogabili, vengono meno le ragioni per insistere sulla distinzione tra usi normativi e usi negoziali e risalta con tutta evidenza la fondamentale unitarietà della categoria.

7. B) Avuto, poi, riguardo al rapporto tra usi contrattuali (quali fonti del diritto) e norme imperative, è pacifico che i primi in nessun caso possono porsi in contrasto con le seconde. Le norme inderogabili sono, infatti, espressione di valori e principi fondamentali, prevalenti sia sull'autonomia privata sia sulla prassi sociale.

Il riferimento alle norme inderogabili implica peraltro la rilevanza non solo di singole disposizioni di diritto interno, ma anche e soprattutto di regole e principi desumibili dalla Costituzione, dal diritto europeo ed anche dal diritto convenzionale internazionale, ormai riconosciuto dalla Corte Costituzionale fonte di rango superiore rispetto alla legge. Ove un uso contrattuale, pur operante nella realtà, contrasti con disposizioni imperative contenute in una di tali fonti, il giudice è senz'altro tenuto a non farne applicazione.

L'affermazione, che di per sé potrebbe sembrare scontata, presenta invece implicazioni di sicuro rilievo.

Per coglierle va preliminarmente notato che, specie in materia contrattuale, il ripetersi costante e uniforme da parte di una comunità di comportamenti rilevanti non costituisce un fatto neutro o neutrale; la pratica di un uso esprime e testimonia, in relazione a dati profili dell'operazione economica, una certa composizione degli interessi in gioco, fondamentalmente non dissimile da quella che le parti operano attraverso le clausole contrattuali. Il contratto (e ovviamente in primo luogo il contratto) e l'uso (sempre che ricorra e rilevi), rispettivamente quale fatto dichiarativo (di tipo inattuoso) programmatico di interessi e comportamenti e quale fatto manifestativo, costituiscono oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento in funzione della predisposizione degli effetti. La particolare attenzione, poi, che oggi l'ordinamento riserva ai profili contenutistici e alla necessità che il regolamento si atteggi in modo equilibrato e ragionevole, consente di affermare che anche l'uso contrattuale, al pari del contratto e delle sue clausole, deve superare un controllo di tipo sostanziale, concernente i reali interessi testimoniati, in modo da essere considerato idoneo ad integrare il regolamento solo se conforme ai principi e ai valori del diritto contrattuale (specie europeo) e, così, ad esempio, alla tutela del consumatore quale parte debole del rapporto.

La ricorrenza di tali forme di controlli comporta che il semplice rinvio agli usi operato da una legge ordinaria (l'uso *secundum legem*) non è più sufficiente (diversamente da



quanto si è sempre ritenuto) per affermarne la giuridicità; la vincolatività degli usi non dipende più dal solo richiamo formale ad essi fatto dall'ordinamento, che oggi, invece, impone di indagare sulle loro modalità di formazione, sui soggetti tra i quali operano e ancora su quali effetti producono.

Più in generale, si può concludere nel senso che siamo passati da un sistema, quello codicistico tradizionale di stampo statualista, nel quale il controllo sulle forme spontanee del comportamento sociale era affidato essenzialmente alla legge (ordinaria), ad un sistema articolato, funzionale ad una complessa economia sociale di mercato, dove la vincolatività di un uso dipende dalla sua conformità a valori e principi contenuti e/o desumibili da una pluralità di fonti, operanti prevalentemente in ambito sovranazionale.

**8.** Ma secondo quali modalità e con quali contenuti operano i criteri di valutazione della giuridicità di un uso contrattuale?

Una prima indicazione emerge direttamente dall'art. 1:104 del Draft e delle altre consimili disposizioni di diritto europeo e internazionale prima ricordate.

Perché un uso possa considerarsi vincolante è necessario che la sua applicazione non appaia irragionevole. Il giudice, quindi, tenuto conto della situazione complessiva e del contesto in cui è praticato, può escludere la giuridicità di quell'uso contrattuale che arrechi (o abbia arrecato) vantaggi o svantaggi eccessivi o illogici per una delle parti, o, comunque, che conduca a risultati assurdi o pericolosi.

Naturalmente, poi, il problema è quello di cercare di capire più approfonditamente in cosa consista il controllo di ragionevolezza.

La ragionevolezza, infatti, al pari ad esempio dell'equità o della proporzionalità, appartiene al novero dei c.d. concetti giuridici indeterminati, in relazione ai quali si pone la difficile questione di individuare criteri per riempirli di portata e significato.

Invero nell'ambito sia dei PECL sia del DCFR (così come nei Principi Unidroit) il canone della ragionevolezza è contenuto in numerose disposizioni. E così, ad esempio, l'espressione "ragionevole" è utilizzata per indicare che cosa ci si può aspettare che una parte conosca, oppure di quanto tempo le parti hanno bisogno per raggiungere un accordo, o per stabilire se un prezzo o una clausola sono corretti o ancora se c'è proporzione tra la gravità dell'inadempimento e il rimedio. E ricorrono, addirittura, disposizioni (nei PECL l'art. 1:302 rubricato "Ragionevolezza"), nel DCFR nell'Annex 1, dove si cerca di dare precise indicazioni, collegando la ragionevolezza a ciò che deve essere accertato oggettivamente, avuto riguardo alla natura e allo scopo della prestazione e alle circostanze del caso.

Un importante contributo per verificare l'irragionevolezza potrebbe venire dall'analisi economica del diritto, utile quantomeno a fornire la base di partenza per indagini di tal genere.



In conclusione si può dire che la ragionevolezza implica una sorta di controllo di normalità e rappresenta una valvola di sicurezza per escludere la giuridicità di tutti gli usi (che conducono a risultati) eccessivi e del tutto impropri rispetto al fisiologico ed equilibrato operare del rapporto contrattuale, avuto anche riguardo ai principi e valori fondamentali dell'ordinamento.

Ma la ragionevolezza non integra l'unica forma di controllo della vincolatività degli usi contrattuali. Altre importanti indicazioni emergono dal diritto europeo e dallo stesso Draft.

Si è già ricordato come il (vigente) diritto contrattuale contenga scelte di valore e numerose disposizioni di rafforzata tutela del c.d. contraente debole, sia nei rapporti di cui è parte il consumatore, sia in quelli intercorrenti tra imprese.

Posto, quindi, che il regolamento contrattuale in tali casi deve essere ricostruito in modo tale da assicurare la proporzionalità tra le prestazioni o l'equità nei rapporti tra le parti, al fine di evitare significativi squilibri nei diritti e negli obblighi, tutte le fonti devono concorrere per realizzare tali obiettivi.

In questo quadro anche gli usi, nel contratto asimmetrico e con tutela del contraente debole, saranno in linea di principio vincolanti solo a condizione che garantiscano finalità di giustizia contrattuale. Non sarebbe, infatti, possibile ammettere, in un sistema che assuma di avere un minimo di razionalità, nello stesso rapporto contrattuale, clausole (convenute tra le parti, eventualmente imposte da quella più forte) nulle perché vessatorie e usi applicabili, ancorché vessatori per una delle parti. Anche gli usi vessatori non possono concorrere a definire il regolamento contrattuale.

Naturalmente, a differenza di quanto disposto per le clausole vessatorie, manca al riguardo un preciso riscontro normativo avente portata generale, e ciò probabilmente perché gli usi presentano una limitata rilevanza pratica e comunque anche perché tradizionalmente non percepiti come abusivi.