



Silvia Zorzetto

(assegnista di ricerca nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Milano)

Le consuetudini nella giurisprudenza italiana degli ultimi trent'anni*

SOMMARIO: 1. Oggetto e contesto dell'analisi – 2. Una classificazione degli usi linguistici della giurisprudenza – 3. Consuetudini '*praeter*', '*secundum*', '*contra ius scriptum*'. La concezione tradizionale – 4. Alcune precisazioni sulle possibili relazioni tra consuetudini e norme di *ius scriptum* – 5. Consuetudini '*praeter*', '*secundum*', '*contra ius scriptum*'. Una proposta ridefinitoria – 6. 'Consuetudine/i' e termini analoghi o paronimi – 7. Regole o convenzioni linguistiche consuetudinarie – 8. Consuetudini «sociali» *espressamente* richiamate dello *ius scriptum*. La circostanza aggravante di cui all'art. 625 n. 7 cod. pen. – 9. Consuetudini «sociali» come componente concettuale di (altri) concetti giuridici – 10. Consuetudini «sociali», status personali e correttezza di comportamento – 11. Consuetudini «sociali» irrilevanti – 12. Consuetudini «sociali» illecite – 13. Norme giuridiche consuetudinarie *praeter ius scriptum* – 14. Consuetudini costituzionali, parlamentari e delle autorità diplomatiche – 15. Norme giuridiche consuetudinarie *secundum ius scriptum* – 16. Consuetudini giuridiche e status dei minori – 17. Norme giuridiche consuetudinarie *contra ius scriptum* – 18. Postilla.

1 - Oggetto e contesto dell'analisi

Questo scritto ha un obiettivo circoscritto: rilevare e analizzare le consuetudini di cui parla la giurisprudenza italiana negli ultimi trent'anni, dunque dagli anni Ottanta del Novecento a oggi. Presenterò una rassegna casistica, procedendo per casi paradigmatici tratti dalla giurisprudenza (civile e penale) di merito e di legittimità, amministrativa e costituzionale¹.

* Il contributo è stato segnalato dal Prof. Mario Jori dell'Università degli Studi di Milano

¹ La ricerca è stata compiuta principalmente avvalendosi delle banche dati: *Rep. Foro it.*, *Leggi d'Italia*, *Platinum*, nonché del sito ufficiale della Corte Costituzionale; sono stati considerati sia le massime sia i provvedimenti per esteso. Per quanto concerne la giurisprudenza amministrativa (C. Stato, T.A.R., ecc.) l'arco temporale censito è limitato alle sentenze/ordinanze degli ultimi 6 anni, 2004-2010. Nelle citazioni si sono privilegiate le pronunce più recenti e/o note. Ho enfatizzato in corsivo i riferimenti espressi alle consuetudini.



Esso può essere considerato un'analisi di meta-giurisprudenza descrittiva con alcune proposte ricostruttive che per chiarezza esporrò in via preliminare (*infra* § 2). Esaminerò alcuni usi linguistici ordinari della giurisprudenza dietro ai quali è incerto se vi siano o no effettivamente consuetudini nel senso di *norme giuridiche consuetudinarie riconosciute secondo diritto vigente*.

Notoriamente, tutti i tentativi finora compiuti di distinguere tra consuetudini, usi e prassi postulando alcuni requisiti differenziali tra di essi sono andati incontro a critiche decisive, sicché allo stato è ancora assai controverso se si usino più «nomi» per una stessa «cosa» o se a ciascun «nome» corrisponda «qualcosa» di diverso². Perciò non formulerò una definizione generale di consuetudine tale da includere o escludere quanto a questo anche gli usi e la prassi, né proporrò criteri di distinzione tra questi fenomeni.

Studierò la *consuetudine*, adoperando un criterio di delimitazione dell'analisi puramente "lessicale": come demarcatori della ricerca, ho scelto le parole-chiave 'consuetudine/i' (e i termini derivati come 'consuetudinariamente'), 'consuetudine/i giuridica/che', 'norma/e consuetudinaria/e', 'regola/e consuetudinaria/e', 'diritto consuetudinario', 'comportamento/i consuetudinario/i'.

L'arco temporale considerato, come detto, va dagli anni Ottanta del Novecento a oggi. Trent'anni sono infatti un lasso di tempo sufficiente ampio da consentire di individuare eventuali continuità e discontinuità negli orientamenti giurisprudenziali ma anche abbastanza circoscritto da permettere di compiere un'analisi rappresentativa della giurisprudenza³.

Il mio sarà dunque un accostamento "dal basso" cioè un'analisi di alcune espressioni comunemente adoperate dai giudici per determinare a quale titolo essi parlino di consuetudini e cosa intendano parlandone⁴. Non prenderò invece posizione sul se l'esito della ricerca,

² Su ciò vedi ad es. i contributi raccolti in *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, a cura di S. Zorzetto, ETS, Pisa, 2008.

³ Come noto, fra l'altro, solo di recente si stanno digitalizzando i provvedimenti della giurisprudenza civile e penale di legittimità emessi negli anni Settanta e nei decenni precedenti.

⁴ Come osserva B. Celano, "'Consuetudine' è termine plurivoco, riferibile ad una molteplicità di situazioni diverse, e sotto molti aspetti eterogenee" (B. CELANO, *Consuetudini e convenzioni*, in *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010, p. 175). Credo che Celano abbia ragione a ritenere giustificata una ripresa del tema della consuetudine da un punto di vista analitico nel diritto italiano attuale. Oggi, infatti, la dottrina giuridica esalta spesso la dimensione non scritta del diritto ma raramente dà prova dell'esistenza e dello spazio di regole non scritte nei testi giuridici ufficiali facendo esempi concreti (tutto ciò vale sia per le consuetudini, sia



cioè le proposte ricostruttive che formulerò, possa o no essere esteso anche agli usi e alla prassi (o meglio, a ciò a cui i giudici si riferiscono quando usano queste parole).

Naturalmente, una ricerca come quella intrapresa che si basa sulla parola, non sul concetto di consuetudine, comunque definito, è solo un primissimo passo di una teoria della consuetudine che richiede una definizione, la sua giustificazione e l'applicazione di questa definizione nell'esame del materiale giuridico, ovviamente non più solo quello in cui appare la parola, ma in cui è presente il concetto.

Inoltre, posto che la mia rassegna casistica riguarderà solo il diritto positivo italiano attuale ossia un ordinamento giuridico specifico, le proposte ricostruttive che formulerò sono ipotesi di ricerca riguardo alla consuetudine, così come concepita nell'ordinamento giuridico italiano. Esse non aspirano a essere considerate tesi o assunzioni di una teoria della consuetudine che prescinde dall'ordinamento di volta in volta considerato, dunque una teoria generale della consuetudine.

Escluderò dalla mia indagine: *i)* il diritto consuetudinario internazionale pubblico e tutte le relative norme, dal momento che è notoriamente l'unico ambito del diritto moderno in cui la consuetudine è stata ed è oggetto centrale di studio e si contendono il campo moltissime tesi assai articolate che richiederebbero un esame apposito; *ii)* la giurisprudenza (copiosissima) che si è sviluppata attorno al tema della capitalizzazione degli interessi bancari (c.d. anatocismo bancario), dal momento che pare per ora consolidato l'orientamento che esclude l'esistenza di consuetudini (e usi normativi) in deroga all'art. 1283 cod. civ.⁵; *iii)* il fenomeno della cosiddetta *lex mercatoria* (ovvero gli usi o

per gli usi e la prassi per chi distingue tra i tre). Di conseguenza, sia la tesi che la consuetudine abbia uno spazio pressoché nullo nel diritto odierno, sia quella opposta che essa in realtà regoli numerosissime situazioni negli interstizi del e anche oltre il diritto scritto hanno l'aspetto di assunzioni di principio inverificate.

⁵ Sull'argomento, come noto, la giurisprudenza di merito e di legittimità è sterminata e sono numerosissimi i contributi dottrinali. Tra di essi, ricordo **G. LOMBARDI**, *Anatocismo: le Sezioni Unite non persuadono*, in *Corr. giur.*, 2005, 3, p. 431 ss. il quale osserva, a mio parere, giustamente che "l'oggetto della verifica [circa l'esistenza di una consuetudine relativa all'anatocismo bancario] è costituito non già dalla «doverosità» di una determinata condotta, ma dalla «ritenuta liceità» di una determinata pattuizione" e che occorre "stabilire quali elementi possano e debbano essere presi in considerazione a tal fine. La Cassazione, successivamente al 1999 (...) – ricorda l'A. – ha ritenuto che la sola circostanza che i contratti bancari prevedessero generalmente l'anatocismo non è di per sé sufficiente a provare che, nella coscienza dei clienti e a prescindere da ogni pattuizione, la corresponsione di interessi fosse avvertita come doverosa". A tale tesi Lombardi obietta "che la stessa circostanza sarebbe invece idonea a provare che anteriormente al 1999 esisteva nella coscienza



consuetudini del commercio internazionale) di cui la nostra giurisprudenza togata non parla se non eccezionalmente (se ne occupano principalmente i collegi arbitrali e le camere arbitrali internazionali, la cui giurisprudenza tuttavia non è pubblica se non in minima parte)⁶.

collettiva la convinzione della liceità delle pattuizioni contenenti interessi anatocistici. (...) il precetto giuridico enunciante la «liceità della pattuizione di un obbligo per un soggetto a tenere una determinata condotta» è meno forte del precetto enunciante la «doverosità per il soggetto di quella condotta». Infatti, nel primo caso, si consente alle parti di prevedere un determinato impegno a carico di una di esse. Ciò significa che tale precetto attribuisce alle parti la libertà di concludere un determinato accordo, in mancanza del quale, peraltro, l'impegno in questione non viene neppure ad esistenza. Nel secondo caso, invece, si impone a quest'ultima un determinato obbligo, a prescindere da qualsiasi pattuizione. Ne consegue che, assumendo come oggetto della consuetudine non già la doverosità dell'anatocismo, ma la liceità della sua stipulazione, la valutazione circa la sussistenza dell'*opinio iuris* deve investire tutti gli elementi da cui, nell'effettivo modo d'essere dell'ordinamento, possa ritenersi la liceità delle pattuizioni anatocistiche. Tra questi elementi vi è, anzitutto, «la prassi osservata dai contraenti» (...) non può non rilevare il fatto che la prassi negoziale seguita dalle banche e dai clienti avesse ricevuto un «sostanziale avallo» da parte della giurisprudenza. In questo senso (...) anteriormente al 1999, si [è] venuto formando un uso normativo che ha reso lecita la pattuizione di interessi anatocistici. Tale uso poi sarebbe venuto meno, per desuetudine; ed in questo andrebbe interpretata la giurisprudenza che, a partire dal 1999, ha negato la sussistenza di un uso normativo”.

⁶ Vide nella *lex mercatoria* un ordinamento di stampo consuetudinario autonomo rispetto agli ordinamenti statuali Cass. civ., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, I, 1982, 2285 che definì la *lex mercatoria* come un “insieme di regole osservate con convinzione di cogenza [dagli] operatori [economici], a prescindere dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e dall'ubicazione della loro attività in uno Stato”; non mi risulta che tale pronuncia sia stata seguita da altre conformi. Sul fenomeno della *lex mercatoria*, da ultimo, v. per tutti F. GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contr. e impr.*, 2, 2010, p. 353 ss.. Ricordo che il settore del commercio è da sempre considerato uno di quelli in cui maggiormente sono fiorite le consuetudini: per l'epoca antica ricordo per esempio le regole del commercio della città di Ur, al tempo della dinastia Larsa (c.a. 1950-1640 a.C.) con l'attuale isola di Bahrein. All'epoca l'isola era un mercato, in un territorio politicamente neutro, con rapporti commerciali anche con l'Oriente in cui si commerciavano anzitutto rame in cambio di tessuti e poi avorio, specie particolari di animali e piante, perle e lapislazzuli. Le tavolette ritrovate riportano, oltre a ringraziamenti e offerte al dio Ningal per la buona sorte dei traffici, i testi di numerosi contratti. La clausola cruciale riguardava, diremmo oggi, l'allocatione dei rischi tra i creditori (i commercianti importatori di rame a Ur il cui nome era *alìk Telmun*) e i debitori (i commercianti babilonesi esportatori di tessuti): la regola scritta in più incisioni è che il creditore, una volta portato a termine il viaggio, non riconosce gli eventuali danni o perdite subiti dal debitore e ha diritto a una remunerazione fissa. Il creditore dunque si assumeva il solo rischio di non portare a termine il viaggio, senza condividere col debitore il costo degli eventuali danni/perdite occorsi nel tragitto. Questo costo restava completamente a carico del debitore che doveva retribuire il proprio creditore con un



Nel presente contributo muoverò dal presupposto che il tratto caratterizzante delle consuetudini – perlomeno nel *nostro* ordinamento – sia quello di essere norme di diritto non scritto (*ius non scriptum*).

Parlando di 'diritto non scritto' intendo sottolineare che, nel nostro ordinamento, le consuetudini sono norme giuridiche che *non* hanno una *disciplina giuridica espressa delle procedure e competenze* per la loro *formazione* (a differenza per esempio delle leggi, dei decreti del Presidente della Repubblica, delle sentenze, ecc.)⁷. A sottolineare l'assenza di forme/formalità espresse di formazione si potrebbe parlare anche di '*diritto informale*' se l'espressione non fosse usata da molti a indicare cose diverse e contrastanti rispetto a questa.

Parlando di 'diritto non scritto' non intendo invece dare rilievo all'alternativa a cui spesso e volentieri ci si richiama tra norme dotate di una formulazione linguistica scritta e norme che ne sono prive. Come dirò, per distinguere le norme consuetudinarie dalle altre norme, a mio avviso, non è decisivo il fatto che esse non siano dotate di una formulazione linguistica scritta.

compenso fisso, anziché proporzionato al carico decurtato dei danni/perdite. Le tavolette ritrovate documentano peraltro anche l'uso di varie clausole che sanciscono la condivisione dei rischi di viaggio: si stipulavano garanzie tra debitori e anche tra debitori e creditori. Pare che si usasse anche depositare del rame presso il palazzo di Ur a titolo di garanzia. Cfr. **A.L. OPPENHEIM**, *The Seafaring Merchants of Ur*, in *J. Am. Oriental Society*, Vol. 74, No. 1, 1954, p. 6 ss.. Anche Niklas Luhmann ricorda che nell'antico commercio marittimo in Oriente erano già presenti istituti giuridici volti a regolare i rischi del commercio e in particolare forme di garanzia che distribuivano il rischio tra chi forniva il capitale per organizzare il viaggio e i commercianti che realizzavano le spedizioni: secondo Luhmann questi istituti, inizialmente difficilmente distinguibili dalle pratiche divinatorie, presentarono un'apprezzabile continuità con le regole proprie del diritto marittimo dei secoli medioevali (**N. LUHMANN**, *Risk: a Sociological Theory* (trans. by R. Barrett, with a new introd. by N. Stehr and G. Bechmann), Aldine Transaction, New Brunswick, 4^a ed., 2008, p. 8-9). Nell'epoca contemporanea, voci autorevoli hanno per contro negato che la consuetudine abbia spazio nel diritto commerciale attuale: v. per tutti **P. BONFANTE**, *Per una revisione della teoria della consuetudine (a proposito di un'opera recente del Lambert)*, estr. da *Riv. dir. comm.*, II, 4, Vallardi, Milano, 1904, il quale, per credere alla vitalità della consuetudine nel diritto commerciale contemporaneo, chiedeva – con una domanda dal sapore retorico – che gliene fosse fatto un esempio.

⁷ Per un accenno in tale senso si veda l'interessante scritto di **A. FERRACCIU**, *La consuetudine costituzionale. 1. Concetto, genesi, ufficio*, estr. *Studi Senesi*, 3, 1912, Fratelli Bocca, Torino, 1913. Noto per inciso che sarebbe utile verificare se nel nostro ordinamento vi sono norme che sono pacificamente considerate norme giuridiche *non* consuetudinarie e mancano di una disciplina espressa di formazione. Peraltro, naturalmente, l'assenza di forme non è detto che approdi sempre e necessariamente a diritto privo di scrittura.



Inoltre, parlando delle consuetudini come ‘diritto non scritto’ non intendo né che (a) la consuetudine possa avere “validità” in e per un ordinamento giuridico positivo (nel caso di specie, l’ordinamento italiano vigente) a prescindere “da alcuna legittimazione formale”⁸, né che (b) le consuetudini siano qualcosa di non scritto nel senso che esse provengano da “fonti-fatto” (in contrapposizione al diritto scritto “proveniente *da fonte atto*”)⁹.

Per un verso le consuetudini, come tutte le altre norme, possono o meno essere valide in e per un ordinamento giuridico positivo a seconda di ciò che esso dispone tramite le proprie norme di riconoscimento (norme che anch’esse potranno o meno essere in tutto o in parte formalizzate in un testo ufficiale e anche avere natura consuetudinaria)¹⁰; se e nei limiti in cui un diritto riconosce le consuetudini come norme valide, la loro accettazione e osservanza e il

⁸ Questa pare invece essere la tesi condivisa, tra gli altri, da **N. LIPARI**, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 141. La tesi di Lipari è che la validità delle norme possa dipendere o da una legittimazione *formale* o da una legittimazione di altro ordine che, per simmetria, potremmo chiamare ‘*informale*’ o ‘*sostanziale*’ o ‘*materiale*’ con alcune formule in voga nella letteratura sull’argomento. Poiché tutte queste formule sono spesso equivoche e adoperate per aggirare ciò che stabilisce il diritto vigente, mi pare preferibile dire che un ordinamento giuridico positivo può concedere *così come non* concedere legittimazione alle consuetudini cioè può o riconoscerle o non riconoscerle come norme valide, eventualmente stabilendo condizioni o limiti di validità. Per esempio, un ordinamento potrebbe riconoscere come norme valide, per sé legittime, solo le consuetudini relative a date materie, come per es. la caccia o la coltivazione dei fondi montani, o escludendo date materie, come per es. il diritto penale. Legittimazione e validità della consuetudine (come di ogni altra norma) sono due facce di una stessa questione specifica inerente alle norme di ciascun ordinamento positivo, questione che può essere riassunta in una domanda: secondo diritto vigente, è o non è corretto seguire le consuetudini (o una determinata consuetudine), considerarle/a modello di comportamento (per sé e/o per i consociati)?

⁹ Come noto, la distinzione tra fonti atto e fonti fatto è stata formulata dalla dottrina pubblicistica (V. Crisafulli) ed è impiegata da una parte della dottrina costituzionalistica (per es. **F. MODUGNO**, *Fonti del diritto. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XIV, Treccani, Roma, 1988, p. 7-9) per spiegare la diversa natura delle fonti del diritto italiano; in questo lavoro non seguirò questa teoria perché è estremamente controverso se e in che senso si possa parlare di «atti» e di «fatti» produttivi di diritto e mi pare che nessuna delle due nozioni, né quella di atto, né quella di fatto, riesca a chiarire in cosa differiscono le norme di legge e tutte le altre norme considerate pacificamente diritto scritto, rispetto alla consuetudine, tradizionalmente reputata all’opposto diritto *non* scritto.

¹⁰ Una norma di riconoscimento consuetudinaria per eccellenza pare essere la norma di riconoscimento del diritto internazionale secondo cui costituiscono diritto internazionale le consuetudini internazionali seguite (effettivamente) nella comunità internazionale e i trattati internazionali per il principio (consuetudinario) *pacta sunt servanda*.



loro impiego da parte degli organi giudiziari e dei privati potranno dirsi legittimi.

Per altro verso la genesi delle consuetudini giuridiche può riposare e normalmente si pensa che riposi su atti (*i.e.* comportamenti umani) che possono anche involgere l'uso della scrittura (questa non è una peculiarità del mondo moderno ma di tutte le civiltà che hanno conosciuto e conoscono la scrittura); inoltre, anche la formazione della legge e delle altre norme di diritto scritto (come ad es. i decreti ministeriali) comprende fatti o atti che non involgono la scrittura (si pensi alle varie modalità di voto di una legge per alzata di mano) ed è un'attività complessa, più che un atto, che potrebbe essere spiegata pure come un fatto: il fatto di legiferare.

In definitiva, ciò che caratterizza le consuetudini non è l'essere norme non scritte né l'essere norme prive di legittimazione formale o *extra-ordinem* (cioè non riconosciute dall'ordinamento)¹¹ ma è invece che la loro formazione non è espressamente regolata da alcuna norma dell'ordinamento per cui non esistono nel nostro diritto forme o formalità espresse a tale riguardo, diversamente che ad es. per le leggi per le quali, infatti, si parla tecnicamente di 'emanazione' e 'promulgazione'.

Naturalmente questa caratteristica negativa non è da sola sufficiente a individuare le consuetudini, né è propria solo delle norme consuetudinarie. Per esempio, di solito, in una rivoluzione giuridica si formano delle norme, anche provvisorie, al di fuori delle procedure previste dal vecchio ordinamento, che non hanno natura consuetudinaria né per il vecchio ordinamento né per quello rivoluzionario. Per identificare le consuetudini, tradizionalmente, si richiede infatti anche la presenza dei due elementi della ripetizione nel tempo e della cosiddetta *opinio iuris*.

Comunque, che le consuetudini nel diritto italiano siano caratterizzate dall'assenza di forme/formalità di produzione mi pare confermato dal fatto che il nostro ordinamento regola in modo esplicito unicamente la trascrizione e pubblicazione delle consuetudini, cioè la loro formulazione in apposite raccolte ufficiali, stabilendo che essa vale come presunzione *iuris tantum* di esistenza.

Si noti che se la pubblicazione di una consuetudine nelle raccolte ufficiali valesse invece come presunzione di esistenza *iuris et de iure*,

¹¹ Consuetudini di tal fatta assumono efficacia e valore rivoluzionari quando intaccano la sopravvivenza del diritto vigente (fino a quel momento).



essa sarebbe, per l'ordinamento, una forma di produzione di consuetudini¹².

Peraltro, per la giurisprudenza, nelle raccolte ufficiali talvolta sono trasposte norme che *non* sono consuetudini (né usi normativi) bensì meri usi negoziali¹³.

2 - Una classificazione degli usi linguistici della giurisprudenza

Prima di presentare in sintesi i risultati dell'analisi occorre premettere che:

i) le espressioni 'consuetudine/i giuridica/che' o 'consuetudine normativa' sono rarissime¹⁴;

¹² L'art. 9 disp. prel. cod. civ., stabilendo solo una presunzione di esistenza che ammette la prova contraria, è una regola processuale che riguarda l'onere probatorio e richiede per l'inversione di tale onere una serie di formalità stabilite dettagliatamente da alcuni decreti: parla infatti di 'usi (*i.e.* consuetudini) *pubblicati*', di 'raccolte *ufficiali*', 'enti ... organi a ciò *autorizzati*'. Per un accenno sulle raccolte di consuetudini o usi v. ad es. **A. PIZZORUSSO**, *Consuetudine. I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, VIII, Treccani, Roma, 1988, p. 7-8 e **G. CATALDI**, *Le raccolte degli usi generali e locali*, in *Rass. dir. pubbl.*, II, 2, 1947, p. 144-147.

¹³ Cfr. Cass. civ. sez. III, 2 giugno 1990, n. 5180 che deve decidere se il taglio di piante di ceppaia di età superiore a 5 anni da parte di un affittuario sia lecito o un inadempimento dell'obbligo di razionale coltivazione del fondo e fedeltà nell'esecuzione del contratto (*ex art. 4, lett. a*), D.L. 5 aprile 1945, n. 157, e art. 5 L. 3 maggio 1982 n. 203). Secondo la Cassazione, "le norme in materia di affitto agrario nulla dispongono in ordine al tempo ed alle modalità dei tagli consentiti all'affittuario, né rinviano, per integrare la disciplina legislativa carente sul detto punto, agli usi praticati nella zona ove è situato il bosco, così come (...) in materia di usufrutto (...) l'art. 989 c.c., che, come norma speciale, è, peraltro, inapplicabile alla diversa materia dell'affitto di fondo rustico. (...) l'uso locale, di cui il ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione relativamente all'art. 34 [lett. c), della raccolta Provinciale degli Usi, approvata dalla giunta camerale della C.C.I.A.A. di Bergamo il 13 luglio 1981], che disciplina il taglio di legna di ceppaia, va considerato come «uso negoziale», che come noto è efficace *inter partes* solo se le parti lo inseriscono in una clausola del contratto, cosa che nel caso di specie non è avvenuta.

¹⁴ Si possono citare a titolo d'esempio A. Bari, 31 gennaio 2005 e Cass. civ. sez. un., 11 dicembre 1990, n. 11778. La Corte di appello di Bari, pronunciandosi sull'anatocismo bancario, afferma che "il mero inserimento" nelle raccolte ufficiali "non vale di per sé a dare valore probatorio assoluto di *consuetudine giuridica*, potendo sempre dimostrarsi che una determinata pratica manca dei requisiti necessari per l'esistenza di un vero e proprio uso normativo" (come molti, la Corte considera consuetudini e usi una sola cosa). Cass. civ. sez. un., 11 dicembre 1990, n. 11778 riforma la sentenza di merito che aveva ritenuto modificato il regolamento organico di un ente (una fondazione operante come istituto di ricovero e cura), in punto di inserimento obbligatorio nelle commissioni di esame di un membro di designazione sindacale, a opera delle delibere di nomina dei rappresentanti nelle suddette



ii) l'espressione 'diritto consuetudinario' è usata quasi unicamente con riguardo al contesto internazionale ('diritto consuetudinario internazionale');

iii) l'espressione 'norma/e consuetudinaria/e' ricorre anch'essa soprattutto nel diritto internazionale, dove si parla abitualmente di 'norma/e consuetudinaria/e (di diritto) internazionale/i'¹⁵ ma talvolta è adoperata a indicare consuetudini interne riconosciute dal diritto vigente (norme giuridiche consuetudinarie);

iv) l'espressione 'regola/e consuetudinaria/e' è usata in modo sporadico e senza apprezzabili differenze rispetto alla nozione *sub iii*) di 'norma/e consuetudinaria/e' (per esempio, a proposito dello *ius sepulchri familiare o gentilizio*, istituto considerato dalla giurisprudenza come un "istituto di diritto consuetudinario"¹⁶, usa la locuzione 'norme consuetudinarie' T.A.R. Veneto Venezia sez. III, 26 settembre 2006, n. 3074, mentre parla di 'regole consuetudinarie' T.A.R. Calabria Reggio Calabria sez. I, 2 dicembre 2005, n. 2167);

v) che l'espressione 'comportamento/i consuetudinario/i' non è adoperata (quasi) mai nei testi giudiziari (sentenze e ordinanze).

Tutto ciò premesso, la locuzione più ricorrente tra quelle considerate è, pertanto, '*consuetudine/i*'. Tuttavia, con quest'espressione i giudici intendono cose diverse.

I) *Termini della lingua naturale analoghi o paronimi rispetto al termine ordinario 'consuetudine' (infra § 6)*

In primo luogo, essi usano il termine '*consuetudine/i*' in senso metaforico

commissioni, comportamento che era stato considerato dal T. Napoli, 15 febbraio 1988 (in *Foro it.*, 1989, I, 625) e dalla Corte di Appello come integrante una "*consuetudine normativa*" e afferma che "[i]n difetto di espresso richiamo, è inammissibile una *consuetudine normativa* su materie disciplinate da leggi o regolamenti". I giudici della Cassazione non ammettono dunque l'integrazione implicita dello *ius scriptum* da parte delle consuetudini.

¹⁵ *Ex multis*, v. ad es. T. Bologna, 11 gennaio 2010, in *Obbl. e contr.*, 3, 2010, p. 228 ss., con nota di Schiavone: "Allorquando un determinato fatto costituisce un crimine secondo il *diritto consuetudinario internazionale*, la penetrazione nell'ordinamento attraverso l'art. 10 Cost. fa sì che il medesimo fatto possa essere considerato illecito civile secondo il diritto interno. A tale illecito si applica il termine di prescrizione eventualmente previsto dal diritto internazionale. In mancanza di un termine di prescrizione secondo il diritto internazionale l'azione di danno è imprescrittibile anche nella prospettiva di diritto interno".

¹⁶ Lo ricorda anche la dottrina: v. ad es. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 145. Vedi *infra* nota 48.



(analogico o paronimico)¹⁷ sostituendo la parola 'consuetudine/i' ad altre parole della lingua naturale, concettualmente connesse alla prima, come per esempio 'atteggiamento'¹⁸, 'convenzione (linguistica)'¹⁹, 'usanza (sessuale)' e 'regola (morale)'²⁰, 'familiarità/amicizia'²¹, ecc. (v.

¹⁷ Parlo di paronimi e analogia nel senso in cui ne parlò H.L.A. Hart per analizzare il concetto di diritto: cfr. **H.L.A. HART**, *The Concept of Law* (with a postscript edited by P.A. Bulloch and J. Raz), Clarendon Press, Oxford, 2^a ed., 1994, par. 3 cap. 1 testo e note: come noto, Hart prende le mosse dalla convinzione che il concetto di diritto non possa essere definito per genere prossimo e differenza specifica (individuando dunque un genere superiore a cui ascrivere il diritto), né comunque per condizioni necessarie e sufficienti e che invece esso, come molti altri concetti, possa essere chiarito e spiegato esaminando nei vari usi le connessioni concettuali con altri concetti (nel caso del diritto, per es. i concetti di obbligo, norma, natura, morale, ecc.).

¹⁸ Cfr. Cass. pen. sez. I, (ud. 10 giugno 2010) 18 giugno 2010, n. 23677: in un'ipotesi di eccesso colposo in legittima difesa il comportamento dell'imputato si ritiene determinato da un errore d'individuazione del concreto pericolo per la propria vita; la Cassazione aderisce alla tesi del giudice di primo grado secondo il quale "la *consuetudine* alle aggressioni della vittima doveva indurre l'imputato a fronteggiarle con i soliti metodi senza giungere all'uso di un'arma". Qui, 'consuetudine alle aggressioni' significa 'atteggiamento aggressivo'.

¹⁹ Questo uso di 'consuetudine' è proprio anche del legislatore italiano: cfr. ad es. Regola 32 sulla forma dei disegni del Regolamento di esecuzione della Convenzione sulla concessione di brevetti europei ratificata con L. 26 maggio 1978 n. 260 che dispone che "i disegni devono essere eseguiti come segue: (...) g) L'altezza delle cifre e delle lettere non deve essere inferiore a 0,32 cm. L'alfabeto latino e, *se tale è la consuetudine*, l'alfabeto greco, devono essere usati per le lettere che figurano sui disegni."

²⁰ Cfr. Cass. pen. sez. III, (ud. 29 ottobre 1996) 6 febbraio 1997, n. 1032, in *Foro it.*, II, 1997, 387: "ai fini del reato di cui all'art. 573 c.p., il dissenso del genitore o del tutore, nonché la conoscenza dello stesso da parte dell'agente, devono essere accertati con la massima diligenza e cautela da parte del giudice di merito, tenendo ben presente che oggetto del dissenso deve essere la sottrazione e non solo il fine di essa (nella specie, avere con il minore una certa intimità sessuale); sicché, ove il dissenso sia solo «presunto», tale presunzione deve formare oggetto di un accertamento non «in astratto» bensì «in concreto», con riferimento ad inequivoci riscontri obiettivi (quali le particolari condizioni di ambiente, di abitudini, di *consuetudini morali* in cui il minore vive ed il modo con il quale la vigilanza sullo stesso viene esercitata) e, qualora siffatti riscontri siano tali da indurre a ritenere «secondo l'esperienza dell'uomo medio» che tra l'agente ed il minore vi fosse *consuetudine di rapporti sessuali*, non può, in base alle medesime circostanze, logicamente presumersi il dissenso degli esercenti la potestà genitoriale in ordine alla *abductio de loco in locum* del minore stesso da parte dell'imputato, anche in considerazione dei limiti ormai posti alla detta potestà dalla riconosciuta maggiore autonomia e libertà di autodeterminarsi, anche sessualmente, del figlio minorenne, da ultimo confermate dalla l. 15 febbraio 1996 n. 66".

²¹ Cfr. Cass. pen. sez. V, (ud. 28 aprile 2010) 7 giugno 2010, n. 21606: "la *familiarità* dei dialoghi *attesta una stretta consuetudine*, tale da consentire il rapporto di colleganza con l'associazione" mafiosa di cui all'art. 416-bis cod. pen.; C. Stato sez. VI, 12 novembre 2008, n. 5670 in cui un Sovrintendente della Polizia di Stato viene destituito

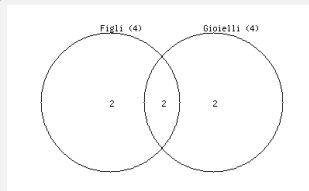


infra § 6 per altri esempi in questo senso).

L'uso dell'espressione 'consuetudine/i' in luogo di altri termini ordinari della lingua naturale che, sul piano lessicale, realizza una *sostituzione terminologica*, sul piano concettuale, è una *metafora* (*per analogia o paronimia*) dal momento che la sostituzione terminologica è permessa e dipende dal fatto che il termine 'consuetudine/i' e i termini sostituiti sono percepiti e impiegati (dai giudici ma anche dai parlanti ordinari) come connessi concettualmente, come aventi un elemento concettuale comune che rende il loro significato simile e sostituibile²².

dal servizio con il decreto del Capo della Polizia "in quanto, dal contenuto di alcune intercettazioni effettuate su utenze telefoniche a sua disposizione, «è emersa l'assidua frequentazione, senza ombra di dubbio, con un appartenente ad una associazione a delinquere dedita al traffico di sostanze stupefacenti, con il quale il dipendente intratteneva rapporti fiduciarî e professionali, fornendo informazioni riservate relative ad attività di servizio e fissando con il predetto pluripregiudicato appuntamenti durante l'orario di servizio». Il Cons. di Stato ritiene che "se è vero che dagli atti in questione emergevano elementi di obiettiva gravità riconducibili all'assidua frequentazione con il pregiudicato in questione e con i *rapporti di consuetudine* con lo stesso instaurati, d'altra parte non emergevano ulteriori e specifici elementi atti a configurare i contestati profili di «mancanza del senso dell'onore o del senso morale», ovvero di «grave abuso di autorità o di fiducia»": si parla di rapporti di consuetudine nel senso di rapporti amicali/amichevoli; T. Milano, 11 giugno 2008: "se il soggetto che riceve il pagamento oggettivamente revocabile è attrezzato, per dimensioni e strutture organizzative interne, per acquisire informazioni dettagliate quanto alle condizioni del proprio debitore, la valutazione degli elementi indiziari ai fini dell'azione revocatoria fallimentare ben può essere orientata nel senso di ritenere verosimile che il dato dei reiterati ritardi nei pagamenti avesse indotto una ricerca approfondita intesa a chiarire il reale stato delle cose. E ciò a maggior ragione, e per motivi di facile intuizione, ove il soggetto creditore abbia rapporti commerciali, con il proprio debitore, caratterizzati dalla regolarità, costanza, *consuetudine* e intensità". Qui, 'consuetudine' sta per 'familiarità', 'confidenza' o parole simili.

²² La sostituzione terminologica dipende ed è permessa dalla comunanza di una o più componenti concettuali tra le parole, che fa da perno alla metafora essendo quella rilevante nel contesto di discorso. La struttura concettuale sottesa alla metafora può essere spiegata tramite una rappresentazione grafica a spazi chiusi intersecati come la seguente.



Traggo spunto da S. GHIAZZA, M. NAPOLI, *Le figure retoriche: parola e immagine*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 243, ma v. p. 242-262 su metafora, sineddoche e metonimia. Nel grafico la parte comune ai due cerchi raffigura le componenti concettuali comuni al concetto di figli e al concetto di gioielli: nell'esempio, per semplicità, ho postulato che i due concetti abbiano due componenti concettuali comuni: a) l'essere preziosi (nel senso di qualcosa che arricchisce) e b) l'essere cari (in



Riprendendo gli esempi, le consuetudini intese come atteggiamenti hanno ad esempio la caratteristica dell'esteriorità cioè di essere qualcosa che si manifesta esteriormente; invece, le consuetudini intese come convenzioni linguistiche involgono spesso interazione strategica tra i partecipanti alla pratica consuetudinaria/linguistica (la comunicazione linguistica e la conformità di comportamento nelle consuetudini dipendono ambedue da meccanismi di iterato adattamento degli agenti alle azioni altrui e da una comprensione almeno minimale del senso di tali azioni); poi, le consuetudini, le usanze sessuali e le regole morali condividono il fatto del riconoscimento (in foro interno) della pratica (riconoscimento nella forma dell'accettazione/approvazione o all'opposto della dissociazione/riprovazione); infine, consuetudine e familiarità sono connotate da una componente, per così dire, ideale o spirituale di fiducia reciproca.

II) *Regole semiotiche o convenzioni linguistiche (infra § 7)*

In secondo luogo, quando parlano di 'consuetudini', 'norme consuetudinarie', ecc. i giudici intendono *regole o convenzioni linguistiche* (ivi comprese le regole definitorie) da osservare nel fare giurisprudenza; le regole o convenzioni linguistiche a cui i giudici ritengono di doversi adeguare sono vuoi quelle proprie del contesto linguistico ordinario, vuoi consuetudini linguistiche del legislatore, in sede legiferante, o interpretative della giurisprudenza.

A differenza che nel caso precedente in cui si usa 'consuetudine' al posto di 'convenzione linguistica' per denotare un certo fenomeno linguistico (appunto una convenzione come per esempio quella di scrivere in corsivo le parole latine), fenomeno regolato da una norma di *ius scriptum* (ad esempio in materia di privativa intellettuale), in questo caso i giudici parlano di consuetudini riferendosi a regole o convenzioni linguistiche che essi stessi adoperano per interpretare, argomentare, decidere i casi; si tratta o di regole a cui ritengono di doversi adeguare perché ad es. numerose sentenze hanno fatto altrettanto o di regole che il singolo giudice propone per risolvere il proprio caso specifico.

III) *Consuetudini «sociali» nel senso di non-giuridiche (infra §§ 8-12)*

senso affettivo) e abbiano ciascuno altre due componenti proprie e diverse (nel caso dei figli per esempio l'essere animali e l'essere più giovani dei genitori, nel caso dei gioielli l'essere un artefatto e l'essere un bene giuridico).



In terzo luogo, quando i giudici parlano di 'consuetudini', 'norme/regole consuetudinarie', ecc., fanno riferimento a consuetudini «sociali», nel senso di abiti di comportamento pre- o extra-giuridici cristallizzati in regole/regolarità proprie di una determinata comunità più o meno circoscritta di individui. Può trattarsi di una popolazione (identificata su basi culturali), di un ufficio o un'impresa, di una comunità territoriale, dell'insieme di coloro che svolgono un'attività lavorativa o pratica (cacciatori, commercianti, armatori, coltivatori), ecc.

Talvolta l'espressione 'consuetudine/i «sociale/i»' viene usata anche espressamente come concetto distinto anzitutto da quello di "vincolo giuridico" e di "dovere morale" (come avviene nella giurisprudenza sulla donazione remuneratoria, rispetto al quale i giudici hanno ripetutamente chiarito a quali condizioni vi è liberalità)²³.

La giurisprudenza attribuisce/riconosce rilevanza giuridica alle consuetudini «sociali»:

(1) vuoi perché lo *ius scriptum* le richiama o vi rinvia espressamente (v. *infra* § 8: ad es. la circostanza aggravante dell'esposizione alla pubblica fede di cui all'art. 625, n. 7, cod. pen.),

(2) vuoi perché essa ritiene di dovervi fare riferimento per definire alcuni concetti giuridici che, in assenza di definizioni legislative, definisce essa stessa (v. *infra* § 9: si richiamano consuetudini «sociali» per esempio per definire cos'è la "famiglia" al fine di stabilire il luogo

²³ Cfr. ad es. Cass. civ. sez. I, 29 maggio 1999, n. 5268; Cass. civ. sez. I, 14 febbraio 1997, n. 1411, in *Fall.*, 1998, p. 17 ss., con nota di Figone; Cass. civ. sez. II, 22 febbraio 1995, n. 1989; Cass., civ. sez. II, 1 febbraio 1992, n. 1077; Cass. civ., 13 maggio 1987, n. 4394, in *Fall.*, 1987, p. 1150; T. Benevento, 5 dicembre 2007. Per la Cassazione (1997), "la figura della donazione remuneratoria, prevista dall'art. 770, 1° comma, c.c., è caratterizzata dalla rilevanza giuridica che assume, in essa, il «motivo» dell'attribuzione patrimoniale, correlata specificamente ad un precedente comportamento del donatario, nei cui confronti la liberalità si pone come riconoscenza, apprezzamento di meriti, o «speciale remunerazione» di attività svolta; ancorché dominata da tale «motivo», l'attribuzione non cessa peraltro di essere spontanea, e l'atto conserva la «causa» di liberalità, rendendosi così suscettibile di revocatoria fallimentare, perché discrezionale nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quantum*, non essendovi il donante tenuto né in base ad un vincolo giuridico, né in adempimento di un dovere morale o di una consuetudine sociale, con la conseguenza che, in nessun caso, l'attribuzione patrimoniale può assumere la qualificazione giuridica di corrispettivo, neppure per la parte corrispondente al valore del servizio reso". Pertanto, se in una data circostanza vi fosse la consuetudine sociale di remunerare per un favore ricevuto, l'attribuzione non potrebbe dirsi spontanea e non vi sarebbe donazione remuneratoria. Ci si potrebbe allora chiedere se vi sarebbe per esempio: 1) un contratto non gratuito né liberale cioè diverso dalla donazione o 2) una obbligazione naturale o 3) un mero rapporto sociale di reciproca riconoscenza/remunerazione.



di residenza/dimora effettiva o per definire le condizioni di separazione coniugale e divorzio, in particolare sotto il profilo dell'assegnazione della casa familiare e per quanto concerne l'affidamento dei figli minori; oppure, ancora, per definire in cosa consiste la "ragione d'ufficio" nel reato di malversazione²⁴ o l'"utilità" di cui al delitto di concussione²⁵ e la "«causa» di liberalità" nella donazione remuneratoria²⁶),

(3) vuoi perché considera le consuetudini «sociali» un parametro per giudicare i comportamenti degli agenti (v. *infra* § 10: principalmente nel campo penale, è assai controverso se le consuetudini «sociali» possano essere rilevanti a tale scopo²⁷ eppure si contano alcuni casi

²⁴ V. ad es. Cass. pen., 27 maggio 1981, in *Riv. pen.*, 1982, p. 134 che "ai fini del reato di malversazione" precisa che "le ragioni d'ufficio devono essere intese non solo in relazione alle norme di diritto che regolano l'ufficio ma anche in base ad atti amministrativi interni, alle *consuetudini*, alla prassi e ad una tolleranza non espressamente vietata; pertanto la ragione d'ufficio può escludersi solo quando il possesso abbia la sua causa originaria in un fatto penalmente illecito".

²⁵ Cfr. Cass. pen. sez. VI, 19 giugno 2008, n. 33843, che in un caso di nomina a dirigente da parte di un direttore generale di un'azienda ospedaliera di persone collegate a un partito politico, afferma che "in tema di concussione l'espressione «altra utilità» di cui all'art. 317 c.p., ricomprende qualsiasi bene che costituisca per il pubblico ufficiale (o per un terzo) un vantaggio, non necessariamente economico, ma comunque giuridicamente apprezzabile; tale utilità quindi può consistere in un «dare», in un «*facere*», in un *vantaggio di natura patrimoniale o non patrimoniale, purché sia ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal comune convincimento* (Sez. 6[^], 9 gennaio 1997, n. 1894, Raimondo; Sez. 6[^], 11 novembre 1998, n. 3513, Piotino). Nell'ampiezza dell'accezione viene ricompreso anche il vantaggio di natura politica."

²⁶ *Supra* nota 23.

²⁷ Per tutti, **F. BASILE**, La nuova incriminazioni delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 6, p. 678 ss. puntualizza che "occorre ricordare l'opinione di una parte della dottrina secondo cui può scriminare soltanto una consuetudine richiamata, in funzione integrativa, da una legge attributiva di una facoltà legittima": è la tesi di **V. CARACCIOLI**, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, p. 108; v. anche **F. VIGANÒ**, *sub* Art. 51 c.p., in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano, 2006, p. 24. "La dottrina dominante" d'altra parte, ricorda sempre Basile, "non appone un siffatto limite all'efficacia scriminante della consuetudine". Quanto alla giurisprudenza, ricordo per es. Cass. pen., 23 gennaio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, p. 85 la quale, a proposito di un incidente mortale di caccia, in cui l'imputato deduceva che la vittima avesse tenuto un comportamento contrario alle regole seguite dai cacciatori nella situazione di fatto nella quale si verificò l'infortunio, afferma perentoriamente che "[i]n tema di fonti del diritto, la prospettazione di inosservanza di *regole, non scritte, ma assuntamente di fatto (per consuetudine) seguite nello svolgimento di taluna attività umana (altrimenti non regolamentata)*, si risolve in una *quaestio facti*, nel senso che la cognizione di quelle regole è da ritenersi accertamento in fatto precluso in sede di legittimità, vertendosi in tema di *violazione di regole di condotta non obbligatorie, perché non inserite nell'ordinamento giuridico statale*".



nella recente giurisprudenza) o un fattore a cui il diritto ricollega permessi/doveri/obblighi.

Al di fuori di queste ipotesi, le consuetudini «sociali» o sono repute irrilevanti, per cui non incidono sulla disciplina giuridica che resta solo ed esclusivamente quella di *ius scriptum*²⁸ (v. *infra* § 11) oppure, se si tratta di consuetudini sociali contrastanti con lo *ius scriptum*, sono qualificate come illecite, nel qual caso i relativi comportamenti sono spesso sanzionati sotto il profilo civile e/o penale (v. *infra* § 12)²⁹.

IV) Norme giuridiche consuetudinarie (*infra* §§ 13-17)

In quarto luogo, quando i giudici parlano di 'consuetudini', 'norme/regole consuetudinarie', 'diritto consuetudinario', 'consuetudini giuridiche/normative' ecc., danno conto di consuetudini *giuridiche* nel senso di norme giuridiche dotate secondo diritto vigente di una sfera di validità territoriale variabile (locale/nazionale) subordinate nel catalogo ufficiale delle fonti giuridiche alla legge (ricordo che considero le consuetudini interne, non quelle internazionali che, per la Costituzione, sono sovra-ordinate alle norme di legge

²⁸ V. per es. Arb. Roma, 8 gennaio 2003, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2003, p. 131: "Ai sensi della disciplina contenuta nel r.d. 25 maggio 1895 n. 350, l'efficacia giuridica di una riserva non è compromessa dalla mancata ripetizione della stessa dopo la prima iscrizione sul registro di contabilità in corrispondenza dei successivi allibramenti sul medesimo documento, atteso che la conferma della riserva precedentemente iscritta all'atto di apporre le successive firme sul registro di contabilità costituisce solo una *consuetudine* delle imprese".

²⁹ Cfr. *ex multis* Cass. pen. sez. III, 26 ottobre 2006, n. 2841 che esclude la possibilità di invocare "ex art. 51 c.p. l'esercizio del diritto da parte dei genitori o degli altri ascendenti, giacché esula dalle potestà parentali di educazione e direzione la facoltà di ridurre i figli e gli altri discendenti in stato di soggezione continuativa e di costringerli all'accattonaggio. Né si può pensare che un siffatto diritto derivi dalla *consuetudine delle popolazioni zingare di usare i bambini nell'accattonaggio*, atteso che la consuetudine può avere una valenza scriminante ai sensi dell'art. 51 c.p., solo in quanto sia richiamata da una legge, secondo il principio di gerarchia delle fonti di cui all'art. 8 preleggi. Anche un popolo allogeno come quello degli zingari, quando si insedia nel territorio italiano, deve osservare le norme dell'ordinamento giuridico vigente in questo territorio; e non può invocare i *propri usi tradizionali* per scriminare comportamenti che sono vietati dalle norme penali, eccetto il caso in cui questi usi siano richiamati, e quindi legittimati, dalle leggi territoriali. Peraltro, nel caso di specie, non si tratta di criminalizzare per se stesso il «*mangel*» usualmente praticato dagli zingari, e in particolare dai «rom», ma di sussumerlo sotto la previsione dell'art. 600 c.p. quando esso, attraverso l'impiego continuativo dei bambini, debordi in un assoggettamento pieno e totale della vita dei minori che mortifica e degrada la loro fragile personalità.".



nazionali).

È dato rintracciare ipotesi di consuetudini (quali norme giuridiche secondo diritto vigente) che:

- 1) integrano la disciplina di *ius scriptum*, la quale non regola uno specifico ambito (consuetudini *praeter ius scriptum*: v. *infra* §§ 13-14);
- 2) integrano la disciplina di *ius scriptum* che c'è ma non è compiuta o esaustiva (consuetudini *secundum ius scriptum*: v. *infra* §§ 15-16);
- 3) sanciscono qualcosa di contrastante con lo *ius scriptum* (consuetudini *contra ius scriptum*: v. *infra* § 17).

3 - Consuetudini '*praeter*', '*secundum*', '*contra ius scriptum*'. La concezione tradizionale

Per analizzare i ruoli delle consuetudini nella giurisprudenza, come tutti gli studiosi della consuetudine, adopererò quindi anch'io le tre formule latine '*praeter*', '*secundum*', '*contra*'³⁰; occorre tuttavia precisare il significato di queste tre locuzioni.

Quando si parla di consuetudini *praeter legem*, di solito, s'intendono quelle consuetudini che regolano materie non regolate dalla legge o dai regolamenti e che pertanto «colmano le lacune» dello *ius scriptum*; in questo contesto, si parla spesso di consuetudini come norme di terzo ordine o livello in quanto sussidiarie alla legge e norme equiparate (norme di primo ordine/livello) e ai regolamenti e norme equiparate (norme di secondo ordine/livello).

Negano l'esistenza di consuetudini *praeter legem* tutti coloro che, pur ammettendo l'esistenza di lacune nel diritto scritto (legislativo/regolamentare), ritengono che però l'ordinamento italiano imponga di colmare tali lacune (soltanto) per mezzo del ragionamento per analogia, nelle due versioni dell'*analogia legis* e dell'*analogia iuris*, nel secondo caso cioè facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento

³⁰ V. per tutti M. WEIGMANN, *Sulla consuetudine come fonte del diritto*, estr. da *Il Filangieri*, sett.-ott. 1915, Soc. ed. Libreria, Milano, 1915, p. 1 ss.; G. BETTIOL, *L'efficacia della consuetudine nel diritto penale*, «Vita e Pensiero», Milano, 1931; G.F. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Giuffrè, Milano, 1950; N. BOBBIO, *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 426 ss.; G. MARINUCCI, *Consuetudine (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 502 ss.; R. FRANCESCHIELLI, *Consuetudine (diritto moderno)*, Nss.DI, IV, Utet, Torino, 1967, p. 320 ss.; J. GLISSEN, *Consuetudine*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, III, Utet, Torino, 1988, p. 489 ss.; A. PIZZORUSSO, *Consuetudine. I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, cit., p. 1 ss.; F. MODUGNO, *Fonti del diritto. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, cit., p. 9 ss.; P. FEMIA, *Consuetudine*, in *Dizionario della globalizzazione*, Arnaud, Parigi, in corso di pubblicazione.



dello Stato (*ex art. 12 disp. prel. cod. civ.*).

Tradizionalmente sono invece considerate *secundum legem* quelle consuetudini che lo *ius scriptum* stesso richiama o a cui esso rinvia (si tratterebbe di un rinvio formale) ed è discusso se il richiamo/rinvio debba essere solo espresso o possa essere anche inespresso³¹. In linea di

³¹ Oltre ai testi e alle disposizioni di cui parlerò nel corso dell'analisi, rinviano a/richiamano espressamente la consuetudine nel nostro ordinamento per esempio i seguenti articoli: art. 445, comma 1, cod. nav. "Il termine di stallia si computa a giorni lavorativi. Non si considerano tali i giorni festivi secondo la legge e le consuetudini locali."; art. 531, comma 1, cod. proc. civ. "La vendita di frutti pendenti non può essere disposta se non per il tempo della loro maturazione, salvo diverse consuetudini locali"; art. 2 L. 6 dicembre 1991, n. 394 Legge quadro sulle aree protette che in merito al regolamento dei parchi richiama a più propositi le consuetudini locali, cfr. ad es. comma 2-bis: "Il regolamento del parco valorizza altresì gli usi, i costumi, le consuetudini e le attività tradizionali delle popolazioni residenti sul territorio, nonché le espressioni culturali proprie e caratteristiche dell'identità delle comunità locali e ne prevede la tutela anche mediante disposizioni che autorizzino l'esercizio di attività particolari collegate agli usi, ai costumi e alle consuetudini suddette, fatte salve le norme in materia di divieto di attività venatoria previste dal presente articolo." (v. anche Cons. Stato, Sez. VI, 21 agosto 2000, n. 4518, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 2001, p. 324 che ritiene non necessario menzionare nell'atto di istituzione del parco e dell'Ente parco i diritti reali e usi civici delle collettività locali esercitati secondo le consuetudini del luogo); art. 11 L. 14 marzo 1985 n. 132 di ratifica della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (il riferimento è a consuetudini interne); art. 30 L. 3 maggio 1982 n. 203 che reca disposizioni particolari in materia di mezzadria e colonia; art. 1 L. 10 aprile 1981 n. 157 di ratifica della Convenzione concernente i salari, a durata del lavoro a bordo e gli effettivi (il riferimento è a consuetudini interne); art. 10 L. 10 aprile 1981 n. 159 (che parla di 'consuetudini nazionali'); art. 27 L. 24 ottobre 1980 n. 745 di ratifica della Convenzione sull'assunzione all'estero delle prove in materia civile o commerciale (che menziona espressamente la 'consuetudine interna'); l'art. 19 d.p.r. n. 1035 del 1972 che rinvia alle consuetudini locali a proposito del computo dei servizi di custodia e portierato, di pulizia, di riscaldamento, di ascensore e altri eventuali nel canone di locazione degli alloggi (v. Cass., sez. III, 12 novembre 1994, n. 9553, in *Rass. locazioni*, 1994, p. 607 ss., con nota di Ferrone); l'art. 2 L. 11 giugno 1925, n. 998 conv. R.D.L. 15 luglio 1923, n. 1717, per la riforma delle disposizioni sulla affrancazione dei canoni, censi e altre prestazioni perpetue; art. 51 L. 20 marzo 1865 n. 2248 in tema di riparazione e conservazione delle strade vicinali. Facevano esplicito riferimento alle consuetudini e sono stati recentemente abrogati (rispettivamente nel 2006, 2008 e 2009): l'art. 8 L. 5 gennaio 1994 n. 36 sull'organizzazione del servizio idrico integrato, l'art. 1 L. 9 marzo 1961 n. 181 relativo ai canoni di affitto di fondo rustico dell'annata agraria 1959-60 e l'art. 20 L. 5 agosto 1978 n. 468 sull'amministrazione del patrimonio e contabilità dello Stato. Ai richiami alle consuetudini nelle leggi nazionali vanno aggiunti tutti quelli presenti nelle leggi regionali e nei contratti collettivi nazionali o locali, dove si fa riferimento principalmente a consuetudini locali (v. ad es. la l. reg. Sicilia n. 11 del 1947 che, in tema di ripartizione dei prodotti a coltura arborea e arbustiva, agrumeti esclusi, stabili percentuali di maggiorazione della quota già spettante al colono sulla base delle consuetudini: cfr. Cass., sez. III, 1 ottobre 1997, n.



principio si tende a preferire la prima ipotesi cioè a richiedere che una disposizione di un documento scritto ufficiale (legislativo o regolamentare) rechi nel proprio testo la parola 'consuetudine/i', accompagnata da eventuali precisazioni 'consuetudini locali', 'consuetudine interna' e simili³².

Vedremo tuttavia che vi sono vari casi di consuetudini («sociali» o riconosciute come norme giuridiche secondo diritto vigente) che, benché non siano espressamente richiamate dalla legge, di fatto integrano la disciplina dello *ius scriptum* (quanto alle consuetudini «sociali» esaminerò *infra* § 9 alcuni casi giurisprudenziali in cui si richiamano "consuetudini professionali", "consuetudini aziendali", "consuetudini di ufficio", ecc.; quanto alle norme giuridiche consuetudinarie accennerò *infra* §§ 13-14, tra le altre, alle consuetudini costituzionali, parlamentari e locali).

L'argomento più ricorrente a sostegno dell'inesistenza di consuetudini *secundum legem* è che in presenza di un rinvio/richiamo espresso del diritto scritto alla consuetudine non vi può essere vera e propria consuetudine ma solo auto-integrazione del diritto scritto.

Sotto questo profilo, con la formula '*secundum legem*' una parte degli studiosi intende, anziché le regole consuetudinarie richiamate dalla legge, piuttosto le cosiddette consuetudini interpretative, cioè le regole consuetudinarie con cui la giurisprudenza suole di fatto identificare lo *ius scriptum* ossia determinare il significato delle disposizioni legislative e regolamentari. D'altra parte, contro l'esistenza di consuetudini *secundum legem* in questo senso di consuetudini interpretative, si sostiene che esse sono non consuetudini bensì regole giurisprudenziali (più o meno consolidate e stabili) su come deve operare la giurisprudenza; costituirebbero quindi una forma di diritto precedenziale.

9566, e l'art. 51 del contratto collettivo provinciale per gli operai agricoli della provincia di Foggia del 7 luglio 1973 per il quale le retribuzioni dei braccianti avventizi, che prestino per consuetudine orari ridotti, non possono essere inferiori a quelle previste per gli orari normali: cfr. Cass., 24 marzo 1986, n. 2070).

³² Per tutti v. Cass. sez. lav., 3 novembre 2006, n. 23543, in *Mass.*, 2006, p. 1913 per la quale "[n]el diritto processuale civile, le cui fonti sono costituite dal codice di procedura civile, dalle leggi speciali e dai principi fondamentali indicati nella costituzione, gli atti amministrativi che sogliono disciplinare il rito nei suoi aspetti organizzativi e le consuetudini valgono solo se richiamati dalla legge". In materia di notificazioni, la suprema corte ha ritenuto che la facoltà di derogare alla legge attribuita dall'art. 151 cod. proc. civ. alla discrezionalità del giudice «quando lo consigliano circostanze particolari» permetta, se autorizzata dal giudice, di notificare gli atti nelle forme previste dalla consuetudine diplomatica. Questo orientamento, condiviso da altre pronunce, può considerarsi pacifico allo stato.



Infine, tipicamente sono consuetudini *contra legem* quelle che risultano contrarie a norme dello *ius scriptum* o perché la prescrizione consuetudinaria è contraria o contraddittoria con quella per esempio legislativa o regolamentare o perché essa verte su una materia che per l'ordinamento giuridico deve essere regolata solo dalla legge o al più dalla legge integrata da norme tecniche regolamentari (esempi tipici nel nostro ordinamento sono la materia penale e l'ambito relativo alle restrizioni della libertà personale, dell'inviolabilità del domicilio e della libertà e segretezza della corrispondenza)³³. Occorre ricordare però che a volte la consuetudine *contra legem* è considerata l'altra faccia della desuetudine (della legge)³⁴.

L'argomento più ricorrente contro l'esistenza di consuetudini *contra legem* è che nel nostro ordinamento una norma consuetudinaria in conflitto con una norma di ordine superiore è invalida per effetto del principio gerarchico, mentre l'inesistenza o inammissibilità della desuetudine (della legge) viene argomentata sulla base dell'art. 15 disp. prel. cod. civ. il quale, si ricorda, ammette tre tipi di abrogazione (per dichiarazione espressa, incompatibilità o esaustività della disciplina posteriore) ma non la desuetudine (per costante disapplicazione/inosservanza della legge).

4 -Alcune precisazioni sulle possibili relazioni tra consuetudini e norme di *ius scriptum*

i) Le cosiddette consuetudini interpretative

Quanto alle consuetudini *secundum legem* intese come consuetudini interpretative, si può notare che esse sono regole sull'attività interpretativa dei giudici o, come si suole dire, metanorme sull'interpretazione dello *ius scriptum*³⁵.

³³ Sulle incertezze circa la possibile integrazione della legge da parte di norme di livello inferiore v. per tutti R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge I*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1215-1217.

³⁴ Per G.F. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, cit., esistono solo consuetudini *praeter legem* (in assenza dello *ius scriptum*) o *contra legem* che chiama anche *consuetudines longa et inveterata* nel qual caso la legge c'è ma viene gradualmente disapplicata.

³⁵ Nel testo mi occupo solo delle consuetudini interpretative dello *ius scriptum* anche se vi possono anche regole consuetudinarie sull'«interpretazione» di norme non scritte e in particolare consuetudinarie, perché a mio parere l'attività interpretativa del diritto scritto presenta caratteristiche distinte e diverse rispetto all'attività «interpretativa» del diritto non scritto e delle consuetudini, nel qual caso non si può



Queste regole, nel nostro ordinamento giuridico, sono enunciate esplicitamente e formulate per iscritto nei testi giuridici ufficiali solo in alcuni casi (oltre all'art. 12 disp. prel. cod. civ., altri esempi meno familiari si leggono nell'art. 1 cod. nav.³⁶, nell'art. 4, secondo comma, D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 che riforma il T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici³⁷, nell'art. 4, secondo comma, D.Lgs. 26 marzo 2008 n. 62 che detta disposizioni integrative e correttive del Codice dei beni culturali e ambientali³⁸).

Di conseguenza, sia le regole interpretative che di fatto sono seguite dai giudici sia quelle che in astratto gli studiosi hanno saputo concepire, salvo alcune eccezioni, non hanno esplicito riconoscimento nel diritto italiano attuale, né godono di una disciplina espressa (si pensi per esempio a noti "principi" interpretativi quali il principio *inclusio unius exclusio alterius* e il principio *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*³⁹). I teorici del diritto e non solo usano parlare di *canoni e argomenti interpretativi*, sottolineando così che le regole interpretative che sono adoperate dalla giurisprudenza derivano dalla tradizione giuridica e si rintracciano nelle motivazioni degli atti giudiziari.

In breve, nel nostro ordinamento, le regole che i giudici seguono per interpretare le disposizioni di *ius scriptum* sono perlopiù prive di disposizione. Tuttavia, come detto, il fatto che una norma non sia scritta

parlare di interpretazione come determinazione del significato di enunciati ma si deve piuttosto parlare di identificazione di modelli di comportamento. Sul tema v. **U. SCARPELLI**, *L'interpretazione. Premesse alla teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Società norme e valori. Studi in onore di Renato Treves* (a cura di U. Scarpelli, V. Tomeo), Giuffrè, Milano, 1984, p. 141-165; **S. ZORZETTO**, *Introduzione*, in *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, cit., p. 22-33.

³⁶ Art. 1 *Fonti del diritto della navigazione* «1. In materia di navigazione, marittima, interna ed aerea, si applicano il presente codice, le leggi, i regolamenti, le norme corporative e *gli usi ad essa relativi*. 2. Ove manchino disposizioni del diritto della navigazione e *non ve ne siano di applicabili per analogia*, si applica il diritto civile». Pertanto, tutte le norme anche consuetudinarie in materia di navigazione sono applicabili in via analogica e solo in via residuale si applicano quelle del diritto civile.

³⁷ Esso dispone che «Le definizioni di cui al comma 1 [servizio di media audiovisivo', ecc.] *si applicano per analogia* ai servizi radiofonici»

³⁸ Il quale prescrive che: «L'articolo 166 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, *si interpreta nel senso che* dall'abrogazione dell'articolo 5 della legge 8 ottobre 1997, n. 352, è eccezzuato il comma 5 del medesimo articolo».

³⁹ *Ex multis*, v. per es. Cass. civ. sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523 che, a proposito dell'art. 111, comma 4, cod. proc. civ., per il quale la sentenza pronunciata contro l'alienante spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare, richiama i due principi citati per sostenere che la disposizione introduce una deroga alle regole in materia di trascrizione, deroga da considerarsi tassativa ma estensibile a casi simili con identica *ratio legis*.



non è decisivo per avere una consuetudine tanto che, al contrario, è molto incerto se, per il diritto vigente, le regole usate dai giudici per interpretare e argomentare le proprie decisioni siano norme vincolanti e in particolare norme consuetudinarie. Osservo per inciso che la stessa giurisprudenza normalmente non distingue tra tradizioni interpretative (non vincolanti secondo diritto vigente ma osservate perché persuasive) e consuetudini interpretative (osservate perché vincolanti, anche se non persuasive). Una ragione per cui la giurisprudenza non chiarisce la natura vincolante o meno / consuetudinaria o meno delle regole sulla base delle quali interpreta lo *ius scriptum* è che, nel nostro ordinamento, non solo è notoriamente controverso se gli *orientamenti* della giurisprudenza siano rilevanti⁴⁰, ma è ancora più incerto se gli *stili* giurisprudenziali vadano intesi come cogenti (*infra* § 7)⁴¹.

ii) La desuetudine della legge e della consuetudine

Rispetto alla desuetudine, posto che naturalmente occorre distinguere anzitutto tra la desuetudine delle norme di *ius scriptum* (per es. di una legge) e la desuetudine della consuetudine, tanto la *violazione* delle norme (per es. l'uccidere, stante il divieto di uccidere) quanto la *non applicazione* delle norme in giudizio (per es. l'inesistenza di casi giudiziari in materia di permuta) possono essere sì sintomo di *desuetudine* cioè del fatto che certe norme (negli esempi, il divieto di uccidere e quelle sulla permuta) non sono più osservate, ma possono

⁴⁰ Da ultimo v. Cass. civ. sez. un., (ord.), 6 settembre 2010, n. 19051 in cui i giudici propongono una propria interpretazione dell'art. 360-*bis* cod. proc. civ. (intr. da L. 18 giugno 2009, n. 69), disposizione comunemente nota col nome di «filtro al ricorso in Cassazione». Ricordo che secondo la lett. a) della disposizione il ricorso in Cassazione è inammissibile "quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa". La tesi dei giudici della Cassazione è che per 'questioni di diritto' si debbano intendere tutti i motivi riconducibili al concetto di *violazione di norme di diritto* e che il ricorso sia da rigettare non perché inammissibile ma perché *infondato* se la sentenza impugnata si è adeguata alla giurisprudenza fino a quel momento seguita dalla Cassazione e, nel momento in cui viene *deciso* il ricorso, i motivi di ricorso non offrono ragioni per mutare orientamento; inoltre, la Suprema Corte ritiene di poter e dover accogliere il ricorso se, al momento della decisione sullo stesso, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è già o va cambiato e ciò a prescindere dal fatto che il ricorso rechi motivi fondati in vista del cambiamento.

⁴¹ Parlo di stile giurisprudenziale – come distinto dall'orientamento giurisprudenziale – per distinguere tra le regole sul *modus procedendi e decidendi* della giurisprudenza (stile) e la collezione di decisioni tra loro conformi di una serie di casi giudiziari (orientamento).



anche essere per contro sintomo rispettivamente di *ineffettività* o di *effettività* di norme perfettamente vigenti (nel primo esempio, l'ineffettività del divieto di uccidere; nel secondo esempio, l'effettività e anzi l'efficienza delle norme sulla permuta per cui nessuno litiga e va in tribunale per aver scambiato un proprio bene con un altro).

Poi, naturalmente, bisogna distinguere tra la desuetudine della consuetudine (cioè il fatto che una consuetudine muoia) e l'abrogazione di una norma di *ius scriptum* che dava rilevanza a determinate consuetudini. In questo secondo caso si ha infatti non desuetudine della consuetudine richiamata (consuetudine *secundum legem*) ma un cambiamento della sua qualificazione giuridica da parte del diritto vigente: a seconda di ciò che prevede la norma abrogatrice, essa potrà diventare consuetudine o *praeter* o *contra ius scriptum*.

iii) Norme consuetudinarie (in)compatibili o eterogenee rispetto allo ius scriptum

Un primo problema relativo all'uso delle espressioni '*praeter*', '*secundum*', '*contra*' è che, quando si usano queste formule, non è chiarissimo se le norme consuetudinarie e non consuetudinarie sono comparate su base diacronica (tenendo conto del momento di formazione/emanazione delle norme) oppure in astratto, considerando ciò che esse prescrivono a prescindere dalla loro genealogia.

Poi, spesso ci si dimentica che la consuetudine – formandosi nel tempo e col tempo – di regola ma non necessariamente pre-esiste alle norme di *ius scriptum*: così come una legge può intervenire a disciplinare determinati ambiti e situazioni in maniera diversa o contrastante rispetto alle consuetudini già esistenti⁴², anche una

⁴² Ovviamente, così come non tutto il diritto antico è consuetudinario (basti pensare ai cinque blocchi documentari della legislazione mesopotamica, dati dal Codice di Lipit-Ishtar (1934-1924 a.C.), dal Codice della città di Eshnunna (odierna Tell Asmar) risalente probabilmente all'epoca del re Dadusha (secolo XVIII a.C.), al celeberrimo Codex di Hammurapi, alle Leggi Medio-Assire e alle Leggi dette "anattišu", a cui si può aggiungere un decreto sui prezzi del re di Uruk Sin-kashid (1865-1833 a.C.) e il Codice sumero forse più antico del re Ur-Nammu (2113-2096 a.C.). Cfr. **D. CECCARELLI MOROLLI**, *Prodromi di "diritto della navigazione" nel Vicino Oriente Antico con particolare riferimento ai "Codici" mesopotamici*, in *Iura Orientalia* (V) 2009, p. 15-22, www.iuraorientalia.net; **C. SAPORETTI**, *La nascita del diritto: studi sulle leggi della Mesopotamia antica*, Aracne, Roma, 2010), nemmeno il diritto consuetudinario è tutto diritto antico, se non altro perché le consuetudini nascono e muoiono (desuetudine) e la nascita o "rinascita" di una consuetudine può essere anche piuttosto "rapida": si pensi per esempio alle consuetudini vigenti sul territorio francese nel corso dell'*Ancient Regime* che cadute in desuetudine rinacquero piuttosto rapidamente sotto il regno di Luigi XVI (**R. MORO**, *La crisi dell'antico regime in Francia*



consuetudine può formarsi in una materia già regolata (in tutto o in parte) dallo *ius scriptum*.

Inoltre, in tutti e due i casi, cioè sia nel caso in cui una norma di *ius scriptum* venga emanata prima del momento di formazione di una consuetudine, sia nel caso in cui essa venga emanata dopo tale momento, sul piano del contenuto – vale a dire di ciò che le norme prescrivono – una norma di *ius scriptum* e una norma consuetudinaria (come qualunque altra norma) possono essere tra loro alternativamente:

a) norme *identiche* quanto all'oggetto regolato, e *compatibili* quanto alla modalità di qualificazione deontica (norme «ridondanti»),

b) norme *sub/super-implicate* cioè l'una speciale e l'altra generale quanto all'oggetto regolato⁴³, e *compatibili* quanto alla modalità di qualificazione deontica (norme speciali e generali compatibili o norme «concorrenti»),

c) norme *interferenti* quanto all'oggetto regolato, e *compatibili* quanto alla modalità di qualificazione deontica (cosiddette norme «bilateralmente» o «reciprocamente» speciali e generali e compatibili),

d) norme *identiche* o *sub/super-implicate* o *interferenti*, quanto all'oggetto regolato, e *incompatibili*, quanto alla modalità di qualificazione deontica, nel senso di contrarie o contraddittorie (norme «antinomiche»),

e) norme *eterogenee*, ossia né compatibili, né incompatibili quanto alla modalità di qualificazione deontica, perché l'una con l'altra né identiche, né sub/super-implicate, né interferenti quanto all'oggetto

1776-1788, I, Sansoni, Milano, 1975). Anche l'andare in desuetudine di una consuetudine può essere un processo che copre un arco temporale tutto considerato limitato, come avvenne per esempio per la qualifica di «ministro di stato», introdotta col regio biglietto 27 settembre 1713 e con l'editto 17 febbraio 1717 del re Vittorio Amedeo II, la quale – come ricorda il C. Stato sez. I, 4 maggio 1988, n. 1665/86, in *Foro it.*, III, 1988, 566 – “costituiva, nell'ordinamento anteriore alla costituzione attualmente vigente, un istituto di diritto consuetudinario che è considerato cessato, per convincimento generale ed incontrovertito attestato da varie circostanze di fatto, in seguito all'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale.”).

⁴³ Una norma è speciale quando presuppone logicamente, è logicamente sub-implicata da, un'altra norma: quella generale, che è la norma logicamente presupposta e super-implicante (secondo la relazione di implicazione stretta). Ad esempio, la norma “è obbligatorio studiare filosofia analitica del diritto” è speciale rispetto alla norma (generale) “è obbligatorio studiare filosofia del diritto”, perché *solo se* è obbligatorio studiare filosofia del diritto (antecedente), allora *può essere* obbligatorio studiare filosofia analitica del diritto (conseguente). Lo studio della filosofia analitica del diritto presuppone lo studio della filosofia del diritto, cioè non si può studiare filosofia analitica del diritto ma non studiare filosofia del diritto. Per un'illustrazione più ampia di ciò rinvio a S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, ETS, Pisa, 2010.



regolato.

Vediamo nel dettaglio le varie ipotesi.

- *Norme consuetudinarie e di ius scriptum (in)compatibili e identiche*

Si ha identità quando la norma di *ius scriptum* e la norma consuetudinaria regolano lo stesso oggetto. Se esse sono incompatibili avremo un'antinomia o conflitto tra le due. Se invece sono compatibili, avremo due norme «ridondanti», perché essendo norme identiche, esse prescrivono la stessa cosa.

In questa seconda ipotesi, se come avviene sovente la norma di *ius scriptum* viene emanata quando la consuetudine si è già formata, si potrebbe dubitare dell'esistenza di due norme e pensare che la norma di *ius scriptum* non sia una norma in senso proprio ma una proposizione sulla norma consuetudinaria, cioè la sua trasposizione o traduzione per iscritto. Di regola, comunque, quando la giurisprudenza si trova di fronte a norme di *ius scriptum* ripetitive di consuetudini, tende a fondare le sue decisioni sulla norma di *ius scriptum* considerandola come una norma distinta⁴⁴.

Particolarmente problematica è poi l'ipotesi che si possa formare una norma consuetudinaria identica a una norma per esempio di legge, una volta che questa sia stata emanata, perché la serie di comportamenti rispettosi della norma di legge verrà facilmente interpretata come segno di effettività della norma di *ius scriptum* e non come la generazione spontanea di una consuetudine.

- *Norme consuetudinarie e di ius scriptum speciali/generali e (in)compatibili*

Invece, si ha sub/super-implicazione o inclusione quando la norma di *ius scriptum* è o *speciale* o *generale* rispetto alla norma consuetudinaria e questa è a sua volta, rispettivamente, o generale o speciale rispetto alla prima. Le due norme potranno poi essere compatibili o incompatibili a seconda delle loro modalità di qualificazione deontica.

Anche in questo caso, se le norme sono compatibili, si può dubitare dell'esistenza di due norme distinte quando la norma di *ius scriptum* è anteriore e più generale: probabilmente infatti, più che di formazione successiva di una consuetudine speciale, parleremmo di effettività solo parziale della norma di *ius scriptum*.

⁴⁴ V. per es. Cass. civ. sez. un., 26 febbraio 1999, n. 103, in *Rass. forense*, 1999, p. 944 la quale si pronuncia su un'ipotesi di violazione del "principio consuetudinario recepito nel codice deontologico forense approvato il 17 aprile 1997, per il quale di massima l'avvocato non deve chiedere compensi sproporzionati all'attività in concreto svolta e il cliente, a sua volta, ha diritto di pagare compensi ragguagliati alla quantità e qualità delle prestazioni di fatto ricevute".



In tutti gli altri casi, mi pare invece possibile concepire la compresenza di due norme distinte, l'una consuetudinaria, l'altra di *ius scriptum*, in relazione di genere a specie, dal momento che:

1) se viene emanata una norma per es. di legge più generale di una consuetudine pre-esistente, non vi sarà la mera traduzione per iscritto della consuetudine poiché il campo di applicazione della norma di legge è più ampio di quello della consuetudine;

2) se invece, in costanza di una consuetudine, viene emanata una norma di legge meno generale, si potrebbe ritenere che il legislatore intenda riconoscerla non *in toto* bensì solo con riguardo alla sotto-fattispecie che interviene a regolare espressamente⁴⁵;

3) infine, se dopo l'emanazione di una norma di *ius scriptum* si forma una consuetudine più generale, vorrà dire che la prescrizione dello *ius scriptum* sarà stata seguita in via spontanea anche in altri casi non espressamente regolati dalla norma di legge.

- *Norme consuetudinarie e di ius scriptum interferenti e (in)compatibili*

Una norma consuetudinaria e una norma di *ius scriptum* possono anche essere interferenti, il che avviene quando ciascuna delle due regola lo stesso oggetto e anche altre ipotesi diverse non regolate dall'altra. Anche in questo caso le norme potranno essere compatibili oppure incompatibili, sicché con riferimento alla (sotto-)classe di casi qualificata da ambedue potrà esservi o ridondanza o antinomia, mentre tutti gli altri casi saranno qualificati da una sola delle due norme.

Quindi, per valutare se vi sia (in)compatibilità reciproca o eterogeneità tra le norme consuetudinarie e dello *ius scriptum* bisogna esaminarne sia l'oggetto regolato (ciò a cui esse si riferiscono), sia le modalità di qualificazione deontica (si tratta di analizzare se obbligano/non obbligano, vietano, permettono/non permettono, ecc.).

Un caso rilevante di *consuetudine compatibile* con lo *ius scriptum* si rintraccia per esempio in materia contrattuale. L'enunciato "l'ordine con cui un agente di cambio assume l'incarico di concludere, in nome e per conto dell'ordinante, un contratto di trasferimento di azioni nominative di una società cooperativa costituisce un rapporto giuridico patrimoniale vincolante tra le parti" esprime una consuetudine compatibile con la norma di cui all'art. 1322 cod. civ. secondo cui "le

⁴⁵ In un caso simile, non sarà irragionevole argomentare *a contrario* a partire dalla norma speciale di legge e sostenere che la consuetudine più generale non è riconosciuta dall'ordinamento: la si potrà considerare "superata" dalla norma di legge per quanto concerne la fattispecie espressamente regolata per iscritto, e per il resto incompatibile con lo *ius scriptum*.



parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare”.

Dico per inciso che il c.d. ordine di borsa, secondo la giurisprudenza, è un contratto atipico che si fonda sulle consuetudini di borsa, che sono considerate dai giudici come consuetudini *praeter legem*. A voler essere più precisi, le consuetudini di borsa sono consuetudini *praeter legem* solo rispetto alla disciplina speciale dei singoli contratti tipici, dal momento che esse soddisfano il principio di atipicità contrattuale enunciato nella disposizione citata del Codice Civile e si cumulano con le norme sul contratto in generale: sotto questo profilo sono dunque consuetudini *secundum ius scriptum*⁴⁶.

Un caso interessante di *incompatibilità* tra norme consuetudinarie e norme di *ius scriptum* è dato per esempio dalle misure provvisorie di salvaguardia ambientale di cui al d.p.r. 30 marzo 1998 istitutivo del Parco nazionale del Golfo di Orosei e del Gennargentu. I Commissariati degli usi civici della Sardegna hanno ritenuto che esse ledessero i diritti di uso civico spettanti, sulla base delle consuetudini locali, ai residenti di alcuni comuni rientranti nella perimetrazione provvisoria del parco nazionale e hanno deciso che, nonostante l'entrata in vigore delle predette misure di salvaguardia, i diritti di uso civico potessero continuare a esercitarsi secondo le consuetudini⁴⁷.

Infine, un esempio paradigmatico di *consuetudine eterogenea* rispetto alle norme di *ius scriptum* è dato dall'istituto già ricordato dello *ius sepulchri* gentilizio o familiare. L'enunciato “il diritto al sepolcro gentilizio o familiare si acquista *iure proprio* sin dal momento della nascita e *iure sanguinis* per il rapporto di discendenza da colui che ha eretto il sepolcro in comunione con ogni altro destinatario di esso” esprime una norma consuetudinaria eterogenea rispetto alla norma di cui all'art. 480 cod. civ. secondo la quale “il diritto di accettare l'eredità si prescrive in dieci anni”, perché il diritto al sepolcro familiare non può

⁴⁶ Cfr. ad es. Cass. civ. sez. I, 15 gennaio 2000, n. 426; Cass. civ. sez. I, 26 febbraio 1998, n. 2079; Cass. civ. sez. I, 18 luglio 1997, n. 6625; Cass. civ. sez. I, 15 novembre 1995, n. 11834, in *Corr. giur.*, 6, 1996, p. 655 ss., con nota di Balestra; Cass. civ. sez. I, 27 aprile 1988, n. 3176; T. Firenze, 30 gennaio 1986, in *Società*, 1986, p. 732; Cass. civ., 23 dicembre 1977, n. 5724, in *Mass. giur. it.*, 1977. Per la giurisprudenza, l'«ordine di borsa» “non si inquadra in nessuna delle figure negoziabili previste dal Codice Civile, nemmeno in quella del mandato, costituendo un contratto atipico per il quale manca una disciplina legislativa organica” e vi ravvisa “un contratto atipico regolato dagli usi” rispetto al quale si esige colmare le lacune con norme di legge come ad es. l'art. 1832 cod. civ. e quelle del mandato (si parla al riguardo anche di “integrazione in via analogica”).

⁴⁷ Commissariati usi civici Sardegna, 24 gennaio 2000, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, p. 811 ss., con nota di Deliperi.



perdersi per prescrizione ed è altro dal diritto al sepolcro ereditario. Tanto che il diritto al sepolcro familiare si trasforma in ereditario solo con la morte dell'ultimo superstite della cerchia dei familiari designati e solo in questo momento il suo trasferimento viene regolato secondo le ordinarie regole della successione *mortis causa*⁴⁸.

5 - Consuetudini 'praeter', 'secundum', 'contra ius scriptum'. Una proposta ridefinitoria

Per maggior chiarezza, si può dunque ridefinire la nozione di 'consuetudine *praeter ius scriptum*' riservandone l'uso con riguardo a tutti quei casi che sono regolati unicamente da una consuetudine senza che sia stata emanata alcuna norma di *ius scriptum* riguardo a essi. In questa ipotesi, le norme di *ius scriptum* esistenti sono eterogenee rispetto a quella consuetudinaria che è l'unica in effetti rilevante rispetto a quei determinati casi. Oltre allo *ius sepulchri*, un altro istituto consuetudinario che regola situazioni *non* disciplinate dallo *ius scriptum* è quello dell'immemorabile⁴⁹, per esempio con riguardo ai diritti di uso pubblico delle vie vicinali⁵⁰ o al fungatico⁵¹.

⁴⁸ *Ex multis*, v. Cass. civ. sez. II, 29 maggio 1990, n. 5015, in *Giust. civ.*, I, 1990, p. 2547; C. Stato sez. V, 7 ottobre 2002, n. 5294; T.A.R. Calabria Reggio Calabria sez. I, 2 dicembre 2005, n. 2167; T.A.R. Puglia Lecce sez. II, 19 luglio 2005, n. 3757; T.A.R. Sicilia Catania sez. III, 14 aprile 2009, n. 729.

⁴⁹ V. G.S. COCO, *Immemorabile b) diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 161-168, spec. p. 163 ss.; F. SCHUPFER, "Ab immemorabili", *tempo immemorabile, prescrizione immemorabile*, in *Nss.DI*, I, Utet, Torino, 1968, p. 45-55. I confini dell'istituto dell'immemorabile sono piuttosto incerti ma si può dare per acquisito che esso non rientra in alcuno dei diritti reali tipizzati nel nostro ordinamento; si ritiene che oggi l'immemorabile fondi situazioni reali in ambito pubblicistico, molto più discusso e incerto è se sia dia luogo a situazioni reali anche nei rapporti tra privati nel qual caso risulterebbe smentito il principio (dato per assoluto) di tassatività dei diritti reali nel diritto privato italiano vigente.

⁵⁰ Il T.A.R. Marche, 10 ottobre 2007, n. 1595, in *Dir. e lav. Marche*, 2008, p. 355, ricorda che "secondo gli «indici rivelatori» della destinazione ad uso pubblico di una strada, individuati dalla giurisprudenza, deve essere verificato: il requisito del passaggio esercitato da una collettività di persone qualificate dall'appartenenza ad un gruppo territoriale; la concreta idoneità della strada a soddisfare, anche per il collegamento con la via pubblica, esigenze di generale interesse; un titolo valido a sorreggere l'affermazione del diritto di uso pubblico, che può identificarsi nella protrazione dell'uso stesso da tempo immemorabile. (...) In relazione requisito del titolo idoneo a sorreggere l'affermazione del diritto di uso pubblico, (...) la prova della servitù di uso pubblico di una strada il cui sedime non appartenga (...) ad un ente pubblico non può essere desunta da un mero uso pubblico ma richiede un atto pubblico o privato (...) o l'intervento della usucapione ventennale, fermo restando che



Invece, si possono considerare 'consuetudini *secundum ius scriptum*' quelle norme che regolano casi che sono regolati anche, in parte, cioè per alcune sotto-fattispecie, da norme di *ius scriptum*. Deve trattarsi di norme compatibili non in relazione di identità (perché altrimenti la norma consuetudinaria nulla aggiunge a quella di *ius scriptum* e viceversa questa ripete la prima⁵²) bensì in relazione o di inclusione o di interferenza. Cioè, come dicevo, norme speciali/generali o bilateralmente speciali/generali. Le norme consuetudinarie *secundum ius scriptum* così concepite possono concorrere con le norme di *ius scriptum* a regolare (più) compiutamente i casi se il legislatore non prescrive che l'una deroghi all'altra, nel qual caso dovremo applicare una sola delle due: quella scelta dal legislatore, o la norma di *ius scriptum* o la consuetudine.

Per esempio, "la fornitura degli assegni postali esclusivamente da parte dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato alla società Poste italiane", per i giudici amministrativi, "è legittima, essendosi formata in tal senso una consuetudine *secundum legem* che costituisce svolgimento e specificazione di una disciplina legislativa non precisa né esauriente"⁵³.

Infine, si ha 'consuetudine *contra ius scriptum*' quando una norma

(...) va preliminarmente accertata la riconosciuta idoneità della strada a soddisfare esigenze di carattere pubblico (cfr. Cons. St., Sez. V, 1 dicembre 2003, n. 7831; T.A.R. Toscana, sez. III, 19 luglio 2004, n. 2637)". Il T.A.R. Toscana sez. III, 12 ottobre 2004, n. 4477, in *Riv. amm. Toscana*, 2004, p. 85, afferma che "com'è noto, ai fini dell'accertamento dell'uso pubblico di una strada, non sono determinanti le risultanze catastali o l'inclusione nell'elenco delle strade pubbliche - la classificazione delle strade avendo efficacia presuntiva e dichiarativa e non costitutiva - bensì le condizioni effettive in cui il bene si trova, atte a dimostrare la sussistenza dei requisiti del passaggio esercitato *jure servitutis publicae* da una collettività di persone qualificate dall'appartenenza ad una comunità territoriale, della concreta idoneità della strada a soddisfare (anche per collegamento con la via pubblica) esigenze di interesse generale, di un titolo valido ad affermare il diritto di uso pubblico, che può identificarsi anche nella protrazione dell'uso stesso da tempo immemorabile (T.A.R. Toscana, II, 3.2.2004 n. 257; C.S., IV, 2.3.2001 n. 1155)".

⁵¹ Cfr. C. Cost., 13 luglio 1990, n. 331 che dichiara non irragionevole l'art. 2, commi 1 e 2, della L.P. n. 20 del 1986 della Provincia di Trento che accorda ai residenti una più ampia libertà di ricerca e di raccolta dei funghi, rispetto a quanto stabilito per i non residenti in ragione della non assimilabilità delle situazioni poste a raffronto e della necessità di rispettare le consuetudini locali e i diritti di uso civico al fungatico, riconosciuto "*ab immemorabili*" ai primi.

⁵² Il che non significa che la norma di *ius scriptum*, ripetitiva di una norma consuetudinaria, sia superflua o inutile: vista l'incertezza congenita che accompagna usualmente le consuetudini, al contrario, si potrebbe pensare che ripeterla per iscritto serva a rendere più certa la disciplina. V. anche *supra* § 4.

⁵³ Cfr. T.A.R. Lazio, 22 marzo 2000, n. 2146, in *Trib. amm. reg.*, I, 2000, p. 2263.



consuetudinaria e una norma di *ius scriptum* sono in antinomia, incompatibili (contrarie/contraddittorie).

Come noto, quest'antinomia, nel nostro ordinamento, viene abitualmente risolta col principio gerarchico *lex superior derogat legi inferiori*, perché si muove dall'assunto che, nel diritto italiano, le consuetudini interne hanno rango inferiore alle norme di *ius scriptum*. Ciò posto, per effetto del principio della *lex superior*, l'unica norma da considerare rilevante per regolare un caso o una certa situazione è quella di *ius scriptum* mentre quella consuetudinaria viene disapplicata cioè esclusa dalla considerazione.

Noto solo per inciso che, relativamente alle norme di *ius scriptum* e alle consuetudini (interne), il principio della *lex superior* viene derogato, sicché si considera rilevante la *lex inferior*, anziché la *lex superior*, solo in casi eccezionali come nell'esempio sopra citato degli usi civici sardi.

Un caso ordinario di applicazione del principio della *lex superior* è, per esempio, il seguente. In presenza di un regolamento che attribuisce ai capi comparto il potere di stabilire le modalità particolari d'uso degli attrezzi da pesca utilizzabili secondo il regolamento medesimo, i giudici hanno ritenuto che essi fossero autorizzati a recepire consuetudini locali ma non a vietare indiscriminatamente l'uso di alcuni tipi di attrezzi. L'eventuale ricezione di un divieto consuetudinario d'uso di un attrezzo consentito dal regolamento è stata quindi giudicata illegittima o comunque *tamquam non esset* a fronte del permesso regolamentare⁵⁴. Si noti che, in questo caso, i giudici hanno preso le mosse dall'assunto che l'uso degli attrezzi da pesca fosse regolato dalle consuetudini locali in maniera eccessivamente stringente e angusta per lo *ius scriptum* e che il regolamento fosse appunto intervenuto per renderlo più ampio ed elastico.

6 - 'Consuetudine/i' e termini analoghi o paronimi

Come si è visto (*supra* § 2), in numerosi casi, parlando di 'consuetudine/i', 'norme/regole consuetudinarie' e termini derivati, la giurisprudenza non si riferisce a regole/regolarità di comportamento (né giuridiche, né sociali, né di altro ordine) bensì usa la parola 'consuetudine/i' al posto di altri termini della lingua naturale con i

⁵⁴ Cfr. T.A.R. Toscana, 9 maggio 1988, n. 597, in *Dir. maritt.*, 1989, p. 851 ss., con nota di Righi.



quali v'è un'aria di famiglia. Il meccanismo che porta alla sostituzione terminologica può essere spiegato sul piano dell'associazione concettuale tra categorie che hanno elementi comuni.

Oltre agli esempi precedenti in cui il termine 'consuetudine/i' è adoperato a indicare 1) un atteggiamento (tenuto sistematicamente da più persone organizzate in un gruppo), 2) familiarità tra individui, 3) una convenzione linguistica, 4) un'usanza o un costume (sessuale)⁵⁵, 5) regole (moralì), dalla giurisprudenza si ricava che, parlando di 'consuetudine/i', i giudici intendono altresì:

6) i protocolli tecnico-operativi di una disciplina (per es. l'ingegneria aeronautica)⁵⁶;

7) il tipo di relazioni personali intrattenute tra gli individui (per es. con riferimento al contenuto delle disposizioni di ultima volontà⁵⁷ o all'identificazione di una persona⁵⁸);

8) il gergo o i segni in uso in un certo settore (per es. il gergo commerciale^{59,60} o i segni usati nel mercato per identificare una serie di beni⁶¹);

⁵⁵ Per un altro caso in cui per 'consuetudine' si intende il costume di vita di un individuo (con riguardo ai suoi aspetti più intimi, in particolare sessuali), v. Cass. pen., 3 dicembre 1980, in *Giust. pen.*, II, 1981, p. 487 per la quale "perché possa applicarsi l'esimente prevista dall'ultimo comma dell'art. 530 c.p. non è sufficiente che il soggetto passivo abbia avuto esperienze sessuali, ma è necessario che per una *consuetudine* di vita rotta alla lascivia e ai piaceri sessuali versi in uno stato di depravazione morale così completo da non poter essere aggravato per effetto di altri atti di corruzione" (la norma che sanciva l'esimente in parola e il delitto di corruzione di minorenni di cui all'art. 530 cod. pen. è stata abrogata dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66).

⁵⁶ Cfr. Cass. pen. sez. IV, 27 maggio 1993, n. 8825, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2898 ss., con nota di Blaiotta, a proposito di un incidente aereo in cui un ingegnere viene imputato per l'aver previsto due velocità di navigazione aerea in condizioni di ghiacciamento; la Cassazione esclude che tra la condotta dell'ingegnere e il disastro aereo sussista il necessario nesso di causalità.

⁵⁷ Cfr. Cass. civ. sez. II, 24 agosto 1990, n. 8668, che per interpretare il testamento ammette il ricorso a elementi estrinseci all'atto come la mentalità, la cultura, la condizione sociale del *de cuius* e appunto le sue relazioni personali ("*consuetudine* di rapporti"), mentre ritiene di poter determinare il contenuto degli scritti del *de cuius* non aventi veste formale di testamento esaminandone solo il testo.

⁵⁸ Cfr. Cass. civ., 13 gennaio 1981, in *Vita not.*, 1982, p. 860 che ha escluso che l'identificazione di una persona, da parte di un notaio, sulla base di un documento d'identità falso integri il delitto di falso ideologico se altri elementi consentono al notaio di essere certo dell'identità della persona: tra questi elementi vi sono il fatto che la persona fosse accompagnata da altre note al professionista perché suoi clienti e la "*pregressa consuetudine* di rapporti".

⁵⁹ Cfr. T. I grado Comunità europee, 5 marzo 2003, n. 237/01, in *Raccolta*, II, 2003, p. 411 a proposito dell'art. 7, n. 1, lett. d) del Reg. CE n. 40/94 "sul marchio comunitario che vieta la registrazione dei marchi composti esclusivamente di segni o indicazioni



- 9) la ricorrenza di un dato messaggio in un certo contesto di discorso⁶²;
- 10) la cosiddetta volgarizzazione di un segno distintivo protetto⁶³;
- 11) il carattere generico/tipico ('generico'/'tipico' come opposti a 'originale' o proprio del *genere/tipo*) di un oggetto (per esempio dei componenti un'opera dell'ingegno⁶⁴);
- 12) il comportamento ripetuto di un determinato individuo (ad es. un amministratore di condominio/il cliente di un locale pubblico)

che siano divenuti di uso comune nel linguaggio corrente o nelle *consuetudini leali e costanti del commercio*". Qui le consuetudini del commercio riguardano segni nel senso proprio in cui si parla di segni in semiotica e si distingue tra segni comuni nel linguaggio corrente (i segni del linguaggio ordinario o lingua naturale) e segni comuni in un contesto linguistico specifico: quello adoperato per commerciare (linguaggio tecnico-commerciale). A conferma di ciò, si dà rilevanza alla percezione dei destinatari dei prodotti e relativi segni, usando come parametro il "consumatore medio ... normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto".

⁶⁰ Cfr. T. Cuneo, 19 dicembre 1996, in *Riv. dir. ind.*, II, 1998, p. 53 ss., con nota di Tassoni, che afferma che "il marchio di fatto «Bravo viaggi» adottato per contraddistinguere servizi di organizzazione di viaggi turistici deve essere considerato marchio debole poiché è costituito dalla sintesi di un termine diventato comune per *consuetudine* commerciale (come dimostra la grande quantità di prodotti contraddistinti nel marchio con l'espressione «Bravo»)".

⁶¹ Cfr. Cass. civ. sez. I, 14 aprile 2000, n. 4839, in *Dir. e giustizia*, 16, 2000, p. 23 "il fatto che [il marchio] consistesse esclusivamente in un patronimico non comport[a] (...) una qualificazione dello stesso come debole. Quest'ultima figura presuppone, infatti, un collegamento concettuale col prodotto o con parti di esso, ovvero una dimostrata *consuetudine del mercato* a designare con un certo segno una categoria di prodotti". Qui 'consuetudine di mercato' sta a indicare l'uso di certi segni (nella specie, la parola «Ottaviani») su una serie di beni posti in commercio.

⁶² Per es. nei "commenti politici italiani sugli eventi giudiziari" ha "carattere *consuetudinario*" la frase "«Non so se è una casualità la richiesta di arresto (...) proprio ora. Siamo in campagna elettorale e normalmente anche nelle altre sono sempre state avanzate procedure e notizie che hanno interferito pesantemente>". L'affermazione, "resa da un uomo politico in merito all'arresto di altro esponente del medesimo partito", per l'Uff. ind. prelim. Milano, 17 gennaio 2002, in *Foro ambros.*, 2002, p. 170, è un "«incipit» generico" che non integra il reato di diffamazione.

⁶³ Ovvero "l'eventuale *consuetudine* diffusa fra i consumatori di impiegare come denominazione generica una denominazione che god[e] invece della specifica protezione stabilita dalla legge per quelle riconosciute" (per esempio denominazioni d'origine o tipiche o marchi): cfr. P. Milano, 30 aprile 1999, in *Foro ambros.*, 2000, p. 71.

⁶⁴ Cfr. T. Roma, 18 novembre 2002, in *Giur. merito*, 6, 2002 che, ai fini dell'accertamento del plagio con riguardo alle "opere dell'ingegno fortemente *stereotipate*", ritiene di dover distinguere tra le "parti originali" e quelle parti "derivanti da *consuetudine* legata al genere", vale a dire quelle non originali proprie del *tipo* o *genere*.



nei confronti di alcune persone pure determinate (i conduttori degli appartamenti del condominio/il gestore del locale)⁶⁵⁶⁶;

13) la durata intesa come lasso di tempo (per es. misurato in termini di giorni in ordine al mancato ritiro di un bene depositato a titolo di cortesia)⁶⁷;

14) le abitudini degli animali (domestici e selvatici)⁶⁸;

15) l'usanza o la tradizione non dettata da norme giuridiche (ad esempio che i negozi si trovino tutti al piano terreno degli edifici)⁶⁹;

⁶⁵ Cfr. Cass. civ. sez. II, 13 settembre 2006, n. 19650, in *Immobili & dir.*, 3, 2007, p. 37 ss., con nota di Guida, che esclude di poter "ravvisare vincoli negoziali" nel fatto che l'amministratore chiedeva il pagamento degli oneri condominiali prima ai conduttori che ai condomini locatori.

⁶⁶ Cfr. Cass. pen., 19 ottobre 1982, in *Riv. pen.*, 1983, p. 910 che afferma che l'"ingresso gratuito in un locale pubblico per pretesa *consuetudine* di libero accesso ad ora inoltrata" costituisca ingiusto profitto ai sensi del delitto di estorsione (per la Corte costituisce 'ingiusto profitto' "qualsiasi utilità anche di natura non patrimoniale ovvero (...) che abbia rilevanza per il diritto").

⁶⁷ Cfr. Gdp Ancona, 12 novembre 2003, in *Corti marchigiane*, 2004, p. 558, per il quale è ragionevole una *consuetudine (rectius durata)* di giorni e non di mesi; oltre tale termine l'originario deposito di cortesia si trasformerebbe in un deposito contrattuale *ex art.* 1756 cod. civ..

⁶⁸ Cfr. Cass. pen. sez. III, 10 luglio 2000, in *RivistAmbiente*, 2001, p. 192 che parla di "*consuetudine comune di vita*" e di "*vicinanza*" tra animali domestici e padroni ai fini di stabilire se le situazioni di abbandono durante le ferie e/o l'affidamento dell'animale a terzi integrano la contravvenzione di cui all'art. 727 cod. pen. Nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito che aveva accertato che gli imputati "avevano abbandonato sul terrazzo della loro abitazione, durante un periodo di ferie, due gattini di circa tre mesi incaricando una vicina di casa di provvedere alle loro necessità senza tuttavia ottenere da detta persona un serio impegno in tal senso". Per un altro richiamo alla *consuetudine* che ha per protagonista animali (questa volta selvatici), v. T.R.G.A. Trentino-A. Adige Bolzano, 13 febbraio 2008, n. 37 in ordine a una controversia sulla realizzazione di un sentiero attrezzato entro un parco naturale e in particolare che attraversa "zone di interesse zoologico" ai sensi del regolamento del parco e cioè "anfratti, grotte ed altri caratteristici luoghi usati quali ricoveri delle diverse specie o di zone in cui esse di *consuetudine* stanziano".

⁶⁹ Cfr. Cass. civ., 5 dicembre 1981, n. 6457, in *Giust. civ.*, I, 1982, p. 656 per la quale "la circostanza che i negozi si trov[ino] tutti a piano terreno" è aderente "ad una prassi costruttiva rispondente a diffuse esigenze e *consuetudini*". Per i giudici la prassi costruttiva (il fatto di adibire a negozi il piano terreno degli edifici) si fonda su esigenze (risponde a criteri di funzionalità) e *consuetudini* cioè sulla tradizione (?). Ciò posto, la Corte ha ritenuto legittime le leggi regionali siciliane 18 ottobre 1954, n. 37 e 11 gennaio 1963, n. 4 che hanno esentato per venticinque anni dal pagamento dell'imposta sui fabbricati i negozi che si trovavano tutti al piano terreno. Noto per inciso che questa presunta tradizione è venuta meno dato che oggi spesso i negozi hanno magazzini ai piani superiori o sono a più piani per cui non c'è l'usanza di adibire a negozio solo il piano terreno degli edifici.



16) un comportamento ripetuto dagli individui di un gruppo qualificato (ad es. gli operatori finanziari) con la consapevolezza che non sia dovuto e, anzi, irrilevante per il diritto⁷⁰;

17) l'accordo tacito, per comportamento concludente, di due parti⁷¹;

18) un aspetto necessario e ripetitivo di una certa professione (ad es. il far parte e giudicare a fianco degli altri magistrati di un collegio)⁷².

7 - Regole o convenzioni linguistiche consuetudinarie

Il secondo insieme di usi linguistici a cui ho accennato (*supra* § 2) riguarda le consuetudini che i giudici stessi adoperano per fare giurisprudenza, cioè per interpretare, argomentare e decidere i casi giudiziari. Talvolta, quando la giurisprudenza parla di consuetudini, fa infatti riferimento a regole semiotiche della lingua naturale o del linguaggio giuridico, argomenti interpretativi, definizioni e convenzioni linguistiche.

Vediamo per esempio i sei casi seguenti.

1) La Cass. sez. V, 19 marzo 2003, in *Riv. pen.*, 2003, p. 1078 afferma che "in tema di diffamazione a mezzo stampa, il giornalista può lecitamente ricorrere ad un linguaggio particolare diretto a stimolare l'attenzione dei lettori, ma non può pretendere di stravolgere il nucleo semantico delle espressioni che adopera, in

⁷⁰ Cfr. T. Milano, 31 dicembre 2004, in *Mondo bancario*, 4, 2005, p. 46 ss., con nota di Bani in cui si ricorda che gli operatori finanziari, per controbattere all'accusa di mancanza di chiarezza, trasparenza e comprensibilità dei contratti finanziari, producono in giudizio articoli di quotidiani "secondo *consuetudine* invalsa in casi del genere" e che tale comportamento non è probante ai sensi dell'art. 23, comma 5, TUF.

⁷¹ Cfr. P. Torino, 18 settembre 1987, in *Giur. piemontese*, 1987, p. 666 a proposito del mancato versamento da parte di un agente di somme incassate per conto del preponente che "configura giusta causa di risoluzione del contratto di agenzia" a meno che l'agente dimostri che "tale comportamento, astrattamente illecito, corrisponde ad una *consuetudine operativa accettata da entrambe le parti*".

⁷² Cfr. C. Stato sez. IV, 28 maggio 2009, n. 3346 aderisce in toto alla pronuncia n. 78 del 21 marzo 2002 della Corte Costituzionale che, esaminando l'istituto della ricusazione ha escluso che "la semplice appartenenza del ricusato e dei giudici chiamati a decidere sulla ricusazione allo stesso collegio giudicante, e tanto meno allo stesso ufficio giudiziario o alla stessa sezione del medesimo, costituisca causa di compromissione dell'imparzialità dei decidenti" precisando che "la *consuetudine a giudicare a fianco di altri magistrati, nell'ambito dello stesso ufficio e dello stesso collegio*" non costituisce "di per sé sola, elemento tale da intaccare la imparzialità di chi decide sulla ricusazione di uno dei componenti di questo, sul presupposto del costituirsi di una sorta di solidarietà di collegio".



quanto il significato di una parola è quello che l'etimo, l'uso, la *consuetudine linguistica* e, se necessario, l'opinione degli studiosi gli attribuiscono".

Il significato di una parola – dicono i giudici – “è quello che [1] l'etimo, [2] l'uso, [3] la *consuetudine linguistica* e (...) [4] l'opinione degli studiosi gli attribuiscono”.

Dunque vi sono quattro variabili/fattori componenti il “nucleo semantico” di una parola o espressione.

La variabile “opinione degli studiosi” può essere spiegata tecnicamente in termini di *connotazione*, per ‘connotazione’ intendendo la componente di significato non referenziale, soggettiva, inerente all'espressione ovvero alle percezioni e intuizioni linguistico-sensoriali del singolo parlante. Invece, parlando di “etimo” di una parola normalmente ci si riferisce alla sua radice semantica originaria o comunque alla più risalente nota alla etimologia.

Più problematico è distinguere “l'uso” di una parola e “la *consuetudine linguistica*” con riguardo a essa. Può aiutare intendere l'uso come singolo uso concreto cioè l'impiego della parola in un caso specifico da parte di un determinato parlante e invece la *consuetudine linguistica* come la collezione dei suoi impieghi nei discorsi in una data lingua/discorso.

2) La C. conti sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 16 ottobre 2003, n. 2156, in *Riv. cortei conti*, 5, 2003, p. 98 sostiene che “episodi di dolosa, concorsuale e continuativa violazione dei doveri di ufficio, concretizzanti in grave fattispecie di responsabilità amministrativa e prospettando accertate valenze penalistiche” “costituiscono danno, *per consuetudine definitoria* individuato come danno all'immagine, ma più indicativamente assimilabile nella natura al civilistico «danno esistenziale», per la lesione arrecata ai principi di cui all'art. 97 cost. ed alla ragion d'essere degli apparati amministrativi”.

La “*consuetudine definitoria*” di cui parla la Corte dei Conti è una regola definitoria o, in breve, una *definizione*. Nel caso di specie si tratta della definizione della nozione di danno (all'immagine) che – osservano i giudici – è assimilabile a quella di danno esistenziale formulata dalla giurisprudenza civile. Abbiamo quindi due definizioni di matrice giurisprudenziale, proprie ciascuna di un settore dell'ordinamento: da un lato il concetto di danno (all'immagine) in uso in ambito gius-amministrativo, dall'altro lato il concetto di danno esistenziale in voga in ambito civilistico, che per i giudici presentano tratti intensionali comuni.



3) Il T. Roma, 18 febbraio 1987, in *Giur. it.*, II, 1987, p. 283 riconosce ai ministri degli esteri degli Stati stranieri, quando si trovino in missione all'estero, un'immunità diplomatica anche extra-funzionale per tutto il periodo di durata della carica "per consuetudine ed estensione analogica, in virtù della loro qualifica di vertici della diplomazia dello Stato per la cui rappresentanza agiscono".

La parola 'consuetudine' fa il paio con un argomento interpretativo non meglio definito e ibrido: l'"estensione analogica"⁷³.

L'estensione di significato è uno dei tre esiti possibili dell'attività di re-interpretazione di un testo/enunciato/termine/sintagma (nella specie, la locuzione "vertici della diplomazia dello Stato"). Un significato infatti può essere o (più) esteso o (più) ristretto o invariante rispetto a un significato di partenza, assunto per ipotesi. A meno di precisazioni si può presumere che questo significato da cui si muove sia quello ordinario o etimologico. Per raggiungere uno di questi esiti (estensivo, restrittivo, invariante), nell'interpretare (*rectius* re-interpretare) una stringa linguistica, ci si può valere di varie tecniche semiotiche o argomenti dell'interpretazione.

In ogni caso, dall'esito estensivo di una re-interpretazione occorre distinguere l'analogia o *argumentum a simili* che è uno specifico argomento interpretativo, col quale si attribuisce a un elemento A un carattere *x* proprio di un altro elemento B, sul presupposto che A sia simile in maniera rilevante a B sotto un certo profilo *y*. Per esempio, posto che il giudice ma non l'arbitro – stando alla lettera della legge – ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio l'improcedibilità dell'azione in caso di mancato tentativo obbligatorio di mediazione, si potrebbe sostenere che anche l'arbitro in realtà detenga tale potere-dovere poiché come il giudice è un organo di risoluzione delle controversie, non un compositore amichevole delle liti⁷⁴.

In questo contesto, far riferimento alla "consuetudine" potrebbe indicare l'impiego di un argomento interpretativo innominato, diverso dall'*argumentum a simili*. Si potrebbe pensare che l'espressione

⁷³ Sulla nozione di estensione (nell'interpretazione) e analogia (come argomento dell'interpretazione) v. V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica ed interpretazione estensiva*, in *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, (a cura di M. Manzin, P. Sommaggio), Giuffrè, Milano, 2006, p. 133-148.

⁷⁴ Traggo spunto per l'esempio dall'art. 5 D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Nell'esempio, A = giudice, B = arbitro, *x* = potere-dovere di rilevare d'ufficio l'improcedibilità dell'azione in caso di mancato tentativo obbligatorio di mediazione, *y* = organo di risoluzione delle controversie, non compositore amichevole.



consuetudine celi per esempio l'argomento storico o della natura delle cose o del cosiddetto legislatore ragionevole⁷⁵.

4) La Cass. pen. sez. V, 4 marzo 2009, n. 31096, a proposito della frase «ti stai comportando da cretino» pronunciata nel corso di una seduta di un consiglio comunale, afferma che “non appare inoltre convincente la tesi sull'esistenza nella nostra democrazia di una superiore area (il confronto politico) in cui si sarebbe *sedimentata - grazie a un lessico fatto di ingiurie reciproche - una sorta di desensibilizzazione ai termini offensivi, che perderebbero, per consuetudine, rilevanza penale*” e ritiene che “l'espressione che ecceda il limite della continenza, consistendo non già in un dissenso motivato espresso in termini misurati e necessari, bensì in un attacco personale lesivo della dignità morale ed intellettuale della persona” è penalmente rilevante e “non costituisce esercizio del diritto di critica politica, con effetto scriminante”.

I giudici, parlando di “consuetudine”, intendono fare riferimento all'uso della parola ‘cretino’, divenuto ordinario nei discorsi degli esponenti politici, e in particolare essi discutono se nel consesso politico l'uso di tale parola sia percepito, a livello di intuizione linguistica, con una carica negativa o neutra. Si ritiene di dover accertare se qualificare qualcuno come ‘cretino’, nel contesto della politica, abbia o no carica offensiva per la sensibilità comune perché il requisito della lesione dell'onore e del decoro altrui è necessario ai fini della integrazione del delitto di ingiuria.

5) Cons. giust. amm. sic., 9 dicembre 2008, n. 1008: “il termine “lavori” (...) indica, nel settore e *per consuetudine linguistica derivante dalla medesima legge* [sugli appalti pubblici], solo i lavori di natura edile”.

Anziché di consuetudine linguistica si potrebbe parlare di costanza terminologica: un termine o sintagma (nella specie, la parola ‘lavori’) presenta un determinato significato (nella specie, quello di lavori solo edili) in tutte le occorrenze in cui è usato in un dato discorso/contesto linguistico/testo (ad esempio il Codice dei contratti pubblici).

6) Il T.A.R. Veneto Venezia sez. III, 22 marzo 2005, n. 1110, a proposito della questione della esposizione dei segni/simboli religiosi nei luoghi pubblici come le scuole pubbliche, “ramment[a] che l'approccio delle varie confessioni cristiane

⁷⁵ Su tali argomenti v. per tutti G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.



rispetto alla rappresentazione del Cristo risulta alquanto diversificato; basti pensare alle note e variegata posizioni sul punto della chiesa cattolica, delle chiese riformate e ortodosse, di quella valdese, anglicana, vetero-cattolica, hussita, copta e armena” ma rileva d’altra parte che “nella prolungata prassi applicativa della normativa regolamentare, che (...) menziona solo il crocifisso, le singole scuole pubbliche espongono spesso una semplice croce. Posto che anche nel diritto amministrativo è ipotizzabile la configurabilità di una consuetudine quale fonte non scritta di diritto, il comportamento univoco, ripetuto e costante per un certo numero di anni risulta idoneo ad integrare la formazione di una consuetudine interpretativa della norma regolamentare. (...) Inoltre, il crocifisso è stato sempre (...) considerato fungibile con altre immagini di significato equivalente, tant’è che la circolare n. 8823 del 1923 del Ministero della pubblica istruzione, pur nel contesto di un quadro normativo che si riferiva anch’esso solo al crocifisso, ammetteva (sembra per venire incontro alle richieste dei valdesi) la possibilità che tale simbolo venisse sostituito con un’immagine del Cristo in un’altra postura, ad esempio da un quadretto raffigurante Gesù con i fanciulli. In sostanza, tenuto conto della consuetudine applicativa (e quindi anche interpretativa) della normativa sull’esposizione di tale simbolo nelle scuole, i due oggetti - croce e crocifisso - possono essere considerati assimilabili e intercambiabili”.

La “consuetudine” di cui parlano i giudici è in sostanza una regola d’interpretazione che essi ricavano dalla costante e univoca, a loro dire, interpretazione/applicazione di una serie di disposizioni di *ius scriptum* che pur menzionando solo il crocifisso sono state invece intese come se esse regolassero anche altri segni/simboli religiosi (la croce, immagini sacre ecc.) considerandoli sostituibili al primo⁷⁶. In poche parole, la regola interpretativa da seguire, per i giudici, è che la parola ‘crocifisso’ va intesa nel senso ad esempio di ‘crocifisso o altri simboli simili’ oppure di ‘crocifisso e analoghi simboli religiosi’.

8 - Consuetudini «sociali» espressamente richiamate dello *ius scriptum*. La circostanza aggravante di cui all’art. 625 n. 7 cod. pen.

⁷⁶ Ricordo che nell'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche si è anche vista una consuetudine in altro senso, cioè una norma consuetudinaria osservata e accettata dalla comunità scolastica (comunità composta dal personale scolastico, gli alunni e i loro genitori): cfr. T.A.R. Lombardia Brescia sez. I, 22 maggio 2006, n. 603.



Ho già anticipato che alcuni testi giuridici ufficiali oggi vigenti richiamano espressamente o rinviano in modo esplicito a consuetudini intese come norme giuridiche consuetudinarie (*supra* § 3 nota 31). Si contano tuttavia anche ipotesi di richiamo/rinvio espresso da parte di disposizioni di *ius scriptum* a consuetudini «sociali». Uno dei casi più discussi dalla giurisprudenza è rappresentato dalla circostanza aggravante di cui all'art. 625, primo comma, n. 7 cod. pen., che sancisce una pena più severa di quella prevista per il delitto di furto (non aggravato)⁷⁷ e per il delitto di danneggiamento (non aggravato, stante il rinvio dell'art. 635, secondo comma, n. 3 cod. pen.) “*se il fatto è commesso su cose ... esposte per necessità, per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede*”.

Dunque, il Codice penale detta tre condizioni alternative: “necessità” dell'esposizione, “destinazione” della cosa e appunto “consuetudine” di esporre la cosa alla pubblica fede. Tuttavia, non è facile distinguere tra le tre ipotesi; spesso la giurisprudenza non lo fa, la pena imputata essendo comunque identica. In primo luogo, la necessità, di regola, è intesa in senso lasso avendo riguardo all'uso tipico della cosa, che è condizione prossima a quella della destinazione. In secondo luogo, per valutare l'esistenza o meno di una consuetudine si fa riferimento all'uso normale o alla destinazione della cosa, alle ordinarie possibilità di sua protezione e appropriazione in via autonoma rispetto ad altre cose.

Comunque, la prevalente giurisprudenza interpreta (espressamente o implicitamente) il termine ‘consuetudine’ usato dal Codice nel senso di “abitudini sociali” o di “pratica di fatto rientrante negli usi e nelle abitudini sociali” e ritiene di poter desumere l'esistenza di tali abitudini accertando nei vari casi la presenza di condotte che si ripetono identiche in un ampio arco temporale e caratterizzate da notorietà.

Passando in rassegna alcune decisioni tra le moltissime pronunciate dai giudici penali, si trae che si ha esposizione della cosa alla pubblica fede “*per consuetudine*” quando:

1) la cosa (es. radiatori da riscaldamento) si trova in un luogo privato (eventualmente anche disabitato e in stato di abbandono) a cui, per mancanza di sorveglianza o di recinzione, si può liberamente accedere⁷⁸;

⁷⁷ Si tratta di un'aggravante speciale perché riguarda una *figura criminis* determinata e fissa un'autonoma cornice edittale per la reclusione (da uno a sei anni) e la multa (da 103 a 1032 euro).

⁷⁸ Cfr. Cass. pen. sez. V, (ud. 16 settembre 2008) 6 novembre 2008, n. 41375 per la quale il fatto che il luogo in cui erano stati lasciati i radiatori rubati fosse da lungo



2) la cosa (ad es. un'autovettura) viene lasciata incustodita sulla pubblica via, chiusa (sicché prima è necessario ad es. impossessarsi delle chiavi) o anche aperta (ad es. con gli sportelli aperti e le chiavi inserite nel cruscotto), senza predisporre un mezzo di difesa contro eventuali azioni criminose⁷⁹;

3) la cosa (gli effetti personali di una persona) è lasciata temporaneamente incustodita sulla spiaggia dal suo proprietario (mentre va a fare il bagno)⁸⁰;

4) la cosa (ad es. una merce) è esposta al pubblico per la vendita con il sistema del *self-service* (come avviene sui banchi del supermercato) e la vigilanza praticata dagli addetti è priva di carattere continuativo e si connota come occasionale e/o a campione⁸¹;

5) la cosa (ad es. medicinali) si trova – senza mezzi protettivi e incustodita dal personale incaricato (gli infermieri) – sull'apposito carrello (dei farmaci) per essere trasportata nei diversi locali in cui viene impiegata (le stanze del reparto dove sono ricoverati i pazienti)⁸²;

tempo disabitato e in stato di abbandono non esclude l'aggravante; v. anche Cass. pen. sez. II, 18 aprile 2007 (Ced Cass., rv. 237894 (m)).

⁷⁹ Cfr. *ex multis* Cass. pen. Sez. V, (ud. 12 novembre 2009) 27 gennaio 2010, n. 3510; Cass. pen. sez. III, 8 maggio 2007, n. 35872 in *Riv. pen.*, 2008, p. 163; T. Terni, 13 giugno 2009, in *Corr. mer.*, 10, 2009, p. 1006 che precisa che "è consuetudine lasciare la propria autovettura in quelle condizioni" "nei paesi con pochissimi abitanti", dunque non in (grandi) città; T. Campobasso, 20 marzo 2006, in cui l'autovettura era parcheggiata, chiusa, davanti all'abitazione della persona offesa da cui il ladro sottrae le chiavi: il furto delle chiavi viene considerato, dal Tribunale, "assorbito" nel furto dell'autovettura "in quanto l'appropriazione delle chiavi ha costituito, di fatto, il presupposto necessario per l'impossessamento del veicolo", sennonché posto che le chiavi dell'automobile sono state asportate dal tavolo della cucina dell'abitazione v'è stata anche violazione di domicilio ma il Tribunale non ne parla; A. Milano sez. II, 17 aprile 2007; T. Rovigo, 24 luglio 2009.

⁸⁰ Cfr. Cass. pen. sez. V, 19 marzo 2008, n. 14305, in *Riv. pen.*, 2008, p. 1042.

⁸¹ Cfr. Cass. pen. sez. IV, (ud. 18 dicembre 2009) 15 gennaio 2010, n. 1854; Cass. pen. sez. V, 20 settembre 2006, n. 34009; A. Milano sez. III, 10 luglio 2008.

⁸² Cfr. Cass. pen. sez. V, (ud. 8 marzo 2007) 4 aprile 2007, n. 13851: "l'adozione di mezzi protettivi privi di efficacia in quanto superabili agevolmente, caratterizzano la situazione oggettiva della cosa esposta alla pubblica fede (art. 625 c.p., n. 7), appunto perché il concetto di esposizione alla pubblica fede è antitetico a quello di normale custodia. Né ha rilevanza, ad escludere l'aggravante, che il comportamento del derubato possa essere considerato imprudente quando tale comportamento risulti conforme ad una *consuetudine, intesa come pratica di fatto generale e costante* (Sez. U., Sentenza n. 2 del 1965) e, nella concreta fattispecie, il medicinale era stato lasciato per necessità sul carrello dei farmaci non potendo contemporaneamente somministrare i farmaci e continuamente sorvegliare i medicinali." Si parla (anche) di necessità ma è indubbio che nei reparti ospedalieri sia consuetudine lasciare temporaneamente incustoditi senza protezioni, da parte del personale infermieristico, i carrelli dei farmaci in attesa del giro di visita ai pazienti.



6) la cosa (ad es. un telefono cellulare) si trova all'interno di un'autovettura lasciata in sosta sulla pubblica via ed è collegata a un impianto fisso (per l'impiego a «viva voce»), per cui il possessore, per portarla con sé, dovrebbe sobbarcarsi il (pur modesto) disagio di scollegarla e toglierla dall'apposito alloggiamento⁸³;

7) la cosa (ad es. beni usati) destinata a un ente di raccolta (la Caritas diocesana) è a tale fine collocata in appositi cassonetti situati sulla pubblica via incustoditi, in attesa del trasporto presso il destinatario⁸⁴;

8) oggetti che ingombrano l'utilizzatore del mezzo di trasporto nelle sue occupazioni (ad es. attrezzi di lavoro) sono lasciati al suo interno durante la sosta⁸⁵;

9) accessori di un'autovettura od oggetti che ne costituiscono dotazione e sono destinati al comfort dei viaggiatori sono lasciati sopra o dentro la medesima durante la sosta (per es., il porta-sci fissato sul tetto o l'autoradio e congegni simili allocati all'interno dell'abitacolo)⁸⁶;

10) in un locale pubblico di divertimento (discoteca), un accessorio da donna (la borsetta contenente il portafoglio) è lasciato temporaneamente incustodito al posto in cui ella siede e da cui si allontana per partecipare al ballo⁸⁷;

11) le cose (motori di natanti) poste in secco su un arenile sono sorvegliate da lontano e in modo saltuario (dal bagnino)⁸⁸;

12) la cosa (ad es. un capriolo femmina gravido) appartiene al patrimonio faunistico dello Stato ed è protetta contro l'uccisione, l'impossessamento e ogni altra forma di lesione/violenza⁸⁹;

13) un assegno circolare si trova nella cassetta delle lettere dell'atrio di un palazzo e viene sottratto dalla portinaia che lì presta attività lavorativa⁹⁰;

⁸³ Cfr. Cass. pen. sez. V, 12 luglio 2006, n. 26947, in *Riv. pen.*, 2006, p. 1037; *contro* T. Bologna, 30 gennaio 2009 se la cosa (telefono cellulare privo di qualsivoglia collegamento fisso) è lasciata nella autovettura aperta e il proprietario vi rimane accanto.

⁸⁴ Cfr. Cass. pen. sez. V, 24 marzo 2005 (Ced Cass., rv. 231876).

⁸⁵ Cfr. Cass. pen. sez. V, (ud. 12 maggio 2010) 23 giugno 2010, n. 24014 nel caso di specie attrezzi di lavoro, voluminosi e ingombranti, erano custoditi all'interno del veicolo di cui si servivano gli operatori per recarsi sul luogo dove gli stessi sarebbero stati usati; T. Rieti, 9 maggio 2003, in *Foro it.*, II, 2003, 670.

⁸⁶ Cfr. Cass. pen. sez. V, 29 settembre 1993, in *Riv. pen.*, 1994, p. 512; Cass. pen., 13 ottobre 1987, in *Riv. pen.*, 1989, p. 93; Cass. pen., 25 marzo 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 622.

⁸⁷ Cfr. Cass. pen. sez. IV, 7 marzo 1995, in *Riv. pen.*, 1996, p. 201.

⁸⁸ Cfr. Cass. pen., 15 dicembre 1981, in *Riv. pen.*, 1983, p. 217.

⁸⁹ Cfr. A. Trento, 2 maggio 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 57 ss., con nota di Di Francia.

⁹⁰ Cfr. T. Campobasso, 30 marzo 2006.



14) alcuni alberi di ulivo sradicati a causa del forte vento sono lasciati dal proprietario sul terreno in attesa di dar loro una diversa destinazione⁹¹;

15) capi di abbigliamento sono posti in vendita in un esercizio commerciale privo di servizio di vigilanza e percorso obbligatorio di uscita e il cui personale è addetto principalmente a ricevere i clienti e alle vendite⁹²;

16) effetti personali (ad es. una borsetta e il relativo portafoglio) sono lasciati incustoditi in un reparto ospedaliero (di ostetricia-ginecologia), liberamente accessibile ai visitatori dei pazienti, al fine di recarsi in sala parto o monitoraggio feti⁹³;

Invece, a parere della giurisprudenza, *non* sussiste una consuetudine all'esposizione della cosa alla pubblica fede, per esempio, quando:

a) la cosa (ad es. un ciclo) viene abbandonata in una pubblica via dall'utilizzatore (il ciclista) senza assicurarla mediante la chiave di chiusura in dotazione ovvero la catena anti-furto ordinariamente commercializzata come accessorio⁹⁴;

b) la cosa, anziché essere portata addosso come è sua destinazione (ad. es. un apparecchio telefonico cellulare privo di qualunque collegamento a un impianto fisso), viene lasciata all'interno di un veicolo in sosta sulla pubblica via⁹⁵;

c) la cosa (ad es. la porta di ingresso di un esercizio commerciale) è sì esposta alla pubblica fede ma presenta un dispositivo di sicurezza (la serratura) per cui la tutela della sua inviolabilità non è affidata solo al senso di rispetto dei terzi⁹⁶;

d) un accessorio di guida (ad es. il casco) è lasciato adagiato su un motociclo parcheggiato in un luogo pubblico senza assicurarlo al mezzo o riporlo nell'apposito vano⁹⁷;

e) la cosa (sabbia o ghiaia del greto o letto di un fiume o del lido del mare) non è esposta alla pubblica fede in virtù di un'attività umana e ha una propria individualità rispetto al bene a cui naturalmente

⁹¹ Cfr. Cass. pen. sez. IV, 25 giugno 2008, n. 33297.

⁹² Cfr. Cass. pen. sez. IV, 7 novembre 2007, n. 5113.

⁹³ Cfr. T. Perugia, 11 gennaio 2010, in *Mass. Trib. Brescia*, 2010.

⁹⁴ Cfr. Cass. pen. sez. V, (ud. 18 novembre 2008) 1 dicembre 2008, n. 44762; Cass. pen. sez. V, 17 gennaio 2006, n. 8450: al contrario, v'è la consuetudine di parcheggiare le biciclette assicurandone l'inamovibilità con un sistema di bloccaggio delle ruote.

⁹⁵ Cfr. Cass. pen. sez. IV, (ud. 13 novembre 2008) 22 dicembre 2008, n. 47478; Cass. pen. sez. IV, 22 febbraio 2001, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3228 ss., con nota di Cappitelli.

⁹⁶ Cfr. Cass. pen. sez. V, 13 ottobre 2004, n. 46187.

⁹⁷ *Supra* nota 85. Il Tribunale di Rieti ritiene che vi siano due consuetudini opposte sul punto, con riguardo ai veicoli e con riguardo ai motocicli.



accede (il fiume o il lido del mare) risultando suscettibile di appropriazione⁹⁸.

f) oggetti estranei alla dotazione dei veicoli (come ad es. le chiavi delle abitazioni) sono lasciati all'interno del veicolo in sosta⁹⁹;

g) la persona offesa si trova nei pressi della cosa sottratta tanto da poter intervenire¹⁰⁰;

h) la merce sottratta (una pianta in un vaso) è posta all'esterno (anziché all'interno) di un esercizio commerciale (negozi)¹⁰¹.

9 - Consuetudini «sociali» come componente concettuale di (altri) concetti giuridici

Come si è detto (*supra* § 2), in numerosi casi la giurisprudenza fa esplicito riferimento alle consuetudini intendendo non norme giuridiche consuetudinarie ma consuetudini «sociali» ('sociali' nel senso di non giuridiche e riguardanti gruppi più o meno ampi e organizzati di individui). Essa parla di 'consuetudini' in questo senso specialmente per definire alcuni termini giuridici dello *ius scriptum* che il legislatore non definisce espressamente. Di seguito riporto alcuni esempi più significativi.

1) Definizione di "atti idonei e diretti in modo non equivoco" di cui all'art. 56 cod. pen..

"Nessuno dubita che, in tema di delitto tentato, l'accertamento sulla idoneità e direzione non equivoca dell'atto deve essere svolto *ex ante*, tenendo presente le intrinseche connotazioni dello stesso, senza valorizzare la mera intenzione del suo autore, la quale non abbia rinvenuto espressione fenomenica. Ma, una volta che la condotta sia uscita dal foro interiore del suo autore, essa diviene oggetto di scrutinio sulla idoneità e sulla direzione non equivoca dell'atto compiuto, mediante la ricerca di ogni possibile significato, mediante parametri ancorati alla concreta situazione ambientale in cui il segmento di condotta è stato espresso, così come accade per ogni comportamento sospettato di illecito. Siffatto vaglio, al contempo, deve necessariamente giovare della connotazione storica del fatto, delle sue effettive implicazioni sia per quanto attiene alla posizione dell'autore del comportamento censurato sia

⁹⁸ Cfr. Cass. pen., 9 gennaio 1985, in *Giust. pen.*, II, 1985, p. 664 (m).

⁹⁹ Cfr. T. Pesaro, 16 marzo 2009.

¹⁰⁰ Cfr. T. Cassino, 17 settembre 2009.

¹⁰¹ Cfr. Cass. pen. sez. V, (ud. 26 settembre 2006) 25 ottobre 2006, n. 35773.



del suo interlocutore, dei significati del messaggio reso, alla luce delle *consuetudini locali*." (Cass. pen. sez. V, 1 luglio 2009, n. 34242)

Il giudizio se si è realizzato o meno un tentativo di delitto può dunque dipendere dalle consuetudini locali. Il che significa che consuetudini locali differenti possono far qualificare diversamente (ad esempio come tentativo o come mera azione preparatoria) fatti per altro verso uguali. Inutile dire quanto questa tesi sia problematica alla luce del principio costituzionale della riserva di legge penale, dal momento che essa finisce per ammettere un trattamento diverso dei casi di tentativo a seconda del luogo in cui essi avvengono.

2) Definizione di "associazione per delinquere di tipo mafioso" di cui all'art. 416-*bis* cod. pen..

"In tema di associazione per delinquere di tipo mafioso, al fine di individuare il requisito tipico di tale genere di sodalizio, consistente nella forza di intimidazione promanante dalla stessa esistenza del vincolo associativo (art. 416 bis, 3° comma, c.p.), *assume un particolare rilievo sintomatico la consuetudine alla latitanza dei suoi membri e in particolare dei suoi componenti di vertice*, giacché la latitanza contribuisce in misura notevole a far sì che l'attività della consorteria sia circondata dalla diffusa sensazione dell'impunità, che rende sfuggente e al tempo stesso incombente l'impressione di pericolo in chiunque pensi di ostacolare il raggiungimento dei fini associativi" (Cass. pen. sez. VI, 16 maggio 2000 (Ced Cass., rv. 217562).

Inoltre, "in mancanza di un quadro indiziario emergente dal compimento di atti diretti ad intimidire, deve, comunque, emergere *aliunde* e deve essere obiettivamente dimostrabile un clima di intimidazione diffusa scaturente dall'associazione medesima, quale risultante di *un'antica e, in ogni caso, consolidata consuetudine di violenza*, che venga chiaramente percepito come tale all'esterno e del quale gli associati si avvantaggino per perseguire i loro fini" (Cass. pen. sez. I, (ud. 10 luglio 2007) 17 settembre 2007, n. 34974).

Si noti che se le consuetudini alla latitanza e/o alla violenza esistenti nell'ordinamento mafioso sono fattori di individuazione dei casi di associazione per delinquere di tipo mafioso, il giudizio sull'integrazione o meno di questo reato dipenderà anche dai modi in cui tali consuetudini si esplicano per es. nei vari clan, famiglie o cosche.

3) Definizione di "utilità" ai fini del delitto di concussione *ex art.* 317 cod. pen..



“In tema di concussione, il termine «utilità» indica tutto ciò che rappresenta un vantaggio per la persona, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale, oggettivamente apprezzabile, consistente tanto in un dare quanto in un *facere e ritenuto rilevante dalla consuetudine* o dal convincimento comune.”¹⁰².

Le consuetudini «sociali» (e il “convincimento comune”) sono dunque un parametro di rilevanza per individuare le prestazioni di dare/fare vantaggiose o utili che possono integrare un caso di concussione.

4) Definizione di “ragione di ufficio o servizio” rispetto al possesso di danaro nel delitto di peculato *ex art. 314 cod. pen.*.

“[A]i fini della configurabilità del reato di cui all’art. 314 c.p., il possesso qualificato dalla ragione di ufficio o di servizio non è solo quello che rientri nella competenza funzionale specifica del pubblico ufficiale, bensì anche quello derivante da prassi e *consuetudini invalse nell’ufficio* che consentano al soggetto di inserirsi di fatto nel maneggio o nella disponibilità materiale del bene, trovando nelle proprie pubbliche funzioni l’occasione per un tale comportamento”¹⁰³.

Le consuetudini «sociali» (e la prassi) sono parametro per verificare nei singoli casi la presenza o meno della “ragione d’ufficio o servizio”, elemento necessario affinché vi sia peculato.

5) Definizione di “petulanza” ai fini del delitto di molestie e disturbo alle persone *ex art. 660 cod. pen.*.

¹⁰² Oltre alla citata Cass. pen. sez. VI, 19 giugno 2008, n. 33834, v. *ex multis* Cass. pen. sez. VI, 11 novembre 1998 (Ced Cass., rv. 212214); Cass. pen. sez. VI, 3 marzo 1998, n. 4317; Cass. pen. sez. VI, 9 gennaio 1997, n. 1894; Cass. pen. sez. un., 11 maggio 1993, in *Foro it.*, II, 1993, 552 che ritiene che il concetto di utilità sia “usato con ampiezza dal legislatore per fornire all’interprete un vasto metro di applicazione nell’intento di assicurare meglio il conseguimento della tutela a cui è diretta l’incriminazione” e che vi “rientrano anche i favori sessuali (non limitati alle prestazioni sessuali delle prostitute), in quanto rappresentano un vantaggio per il funzionario che ottenga la promessa o la effettiva prestazione; trattasi di un *comportamento rilevante, certamente condannato dalla consuetudine* e dalla opinione collettiva, pregiudizievole per l’immagine della p.a., del tutto estraneo, anzi contrario, ai compiti ed alle finalità dell’amministrazione medesima”.

¹⁰³ Cfr. Cass. pen. sez. VI, 13 maggio 2009, n. 20952; Cass. pen. sez. VI, 22 gennaio 2007; Cass. pen. sez. VI, 10 aprile 2001, n. 27850, in *Giust. pen.*, II, 2002, p. 483; Cass. pen. sez. VI, 10 luglio 2000 (Ced Cass., rv. 217705); Cass. pen. sez. VI, 28 novembre 1995 (Ced Cass., rv. 204771); Cass. pen. sez. VI, 8 aprile 1994, in *Mass. Cass. pen.*, 12, 1994, p. 141; Cass. pen., 7 aprile 1990, in *Riv. pen.*, 1991, p. 554; Cass. pen., 19 maggio 1987, in *Riv. pen.*, 1987, p. 1063.



Tale delitto si ravvisa “ogni volta che si tratti di ripetute e gravi interferenze nella vita privata e nella sfera di quiete e libertà della persona offesa: la petulanza è ravvisabile *icto oculi* ove si riscontri un modo d’agire pressante, ripetitivo, insistente, indiscreto ed impertinente, che finisce per condizionare abitudini e sfera psichica del soggetto passivo; alla luce della costante giurisprudenza, non è affatto condivisibile la tesi difensiva secondo cui la petulanza richiederebbe atteggiamenti, se non violenti, quanto meno offensivi, sprezzanti o ingiuriosi; al contrario, può essere anche formalmente gentile, purché per insistenza, reiterazione, scelta di orari o luoghi manifesti disprezzo, indifferenza o mancanza di riguardo per le *consuetudini di vita* e la tranquillità dell’offeso”¹⁰⁴.

6) Definizione di “atto di tolleranza” ai fini dell’interversione del possesso *ex art. 1144 cod. civ.*.

“*Ai sensi dell’art. 1144 c.c., gli atti di tolleranza, che non possono servire di fondamento all’acquisto del possesso, sono quelli che, implicando un elemento di transitorietà e saltuarietà, comportano un godimento di modesta portata, incidente molto debolmente sull’esercizio del diritto da parte dell’effettivo titolare o possessore e soprattutto traggono la loro origine da rapporti di amicizia o familiarità (o da rapporti di buon vicinato sanzionati dalla consuetudine), i quali, mentre a priori ingenerano e giustificano la permissio, conducono per converso ad escludere nella valutazione a posteriori la presenza di una pretesa possessoria sottostante al godimento derivatone*”¹⁰⁵.

Come mostrano le enfasi, siamo di fronte a una definizione giurisprudenziale espressa in forma diretta in cui uno dei concetti componenti il *definiens* è quello di consuetudine.

7) Definizione di “intesa restrittiva della concorrenza”.

¹⁰⁴ T. Milano, 2 luglio 2008, in *Merito*, 10, 2008, p. 57 ss., con nota di Sorgato.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. civ. sez. II, 19 aprile 1994, n. 3712, in *Arch. civ.*, 1994, p. 1033 per la quale “è esatto che, ai fini della definizione del concetto di atto di tolleranza, più che sugli elementi della transitorietà, saltuarietà, brevità del godimento e della modestia del contenuto di questo, bisogna porre l’accento sulla origine degli atti in questione, che va ravvisata nei rapporti di amicizia, familiarità, buon vicinato, sanzionati dalla *consuetudine*, e nello spirito di condiscendenza del proprietario o possessore, che si manifesta nella cosiddetta «*permissio domini*», espressa o tacita, la quale è un atto unilaterale”. Conformi: Cass. civ., 22 maggio 1990, n. 4631, in *Arch. civ.*, 1990, p. 1020; Cass. civ., 10 aprile 1986, n. 2497; Cass. civ., 25 febbraio 1986, n. 1185; Cass. civ., 5 ottobre 1985, n. 4820; Cass. civ., 25 gennaio 1983, n. 697. Non menzionano la consuetudine ma aderiscono a questa tesi Cass. civ. sez. II, 8 giugno 2007, n. 13443 e Cass. civ. sez. II, 18 giugno 2001, n. 8194.



“Configurano un’intesa restrittiva della concorrenza le previsioni disciplinari, contenute nei codici deontologici delle associazioni di agenti immobiliari, con le quali si pone a carico degli associati un vincolo di non concorrenza e un divieto di praticare *tariffe inferiori a quelle stabilite dagli usi e dalle consuetudini raccolte dalle camere di commercio di appartenenza.*” (Aut. gar. conc., 25 marzo 2004, n. 13035, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2157).

Le consuetudini in ordine alle tariffe degli agenti immobiliari (ma si potrebbe pensare che il principio valga per qualunque professione intellettuale: dai dottori commercialisti agli avvocati e così via) sono quindi un parametro di liceità/illiceità delle intese. Nel caso di specie si tratta più precisamente di una pratica concertata tra associazioni di professionisti.

8) Definizione di “diritto di veduta in «appiombo»” rispetto alla disciplina della cosa comune di cui all’art. 1102 cod. civ..

Con riguardo al diritto di veduta in «appiombo» dei condomini dei piani superiori rispetto alla copertura del marciapiede della pubblica via da parte di una tenda fissa posta dall’esercente l’attività commerciale nel locale sito al piano terreno, la giurisprudenza ha sancito che, ai fini dell’accertamento della violazione dell’art. 1102 cod. civ. e in particolare dell’abuso da parte del condomino commerciante, bisogna considerare “se la installazione della tenda fosse del tutto avulsa dalle *consuetudini* e dal normale comportamento degli esercenti aziende simili o fosse, al contrario, l’estrinsecazione del normale esercizio dell’uso esclusivo del marciapiede, in relazione alla sua destinazione a ristorante, nel particolare ambiente in cui l’azienda alberghiera operava”, nonché “accertare, in ogni singolo caso, quale sia la «*utilitas*» particolare che sia stata menomata dall’attività altrui”¹⁰⁶.

9) Definizione di “visibilità delle opere” in materia di servitù apparenti.

“[S]econdo l’orientamento giurisprudenziale ormai consolidatosi la visibilità delle opere destinate all’esercizio della servitù deve essere verificata caso per caso, tenendo conto della realtà sociale in cui si colloca e cioè degli usi e delle *consuetudini* propri di un determinato luogo in una precisa epoca e, proprio perché tale visibilità può assumere rilevanza espressiva diversa, in condizioni differenti di luoghi, di ambiente sociale e di tempo, la medesima

¹⁰⁶ Cfr. Cass. civ. sez. II, 25 ottobre 1991, n. 11392, in *Arch. locaz.*, 1992, p. 284.



deve riferirsi alle opere nel loro insieme, come inequivoca espressione di una precisa funzione”¹⁰⁷.

10) Definizione di “rapporto di lavoro subordinato”.

“Ai fini dell’accertamento della natura subordinata di un rapporto di lavoro è determinante il requisito della subordinazione socio-economica del lavoratore e della messa a disposizione del datore di lavoro di mere energie lavorative (nella fattispecie, non è stata accertata la natura subordinata del rapporto di lavoro sulla base della modestia delle prestazioni effettuate dal ricorrente, dal fatto che analoghi servizi sono stati svolti da altri in ossequio a *consuetudini locali e ambientali* e dal fatto che le prestazioni del ricorrente rientravano nell’ambito di un amichevole rapporto di buona vicinanza)”. (P. Montesarchio, 15 luglio 1987, in *Lavoro*, 80, 1988, p. 182).

11) Definizione di “destinazione (prestabilita) d’uso” in materia di locazione (in specie, in relazione all’obbligo del conduttore di mantenere la destinazione dei locali pattuita col locatore: ad es. uso abitativo, commerciale o di altro ordine).

“La giurisprudenza ha affermato che l’obbligo di mantenere la destinazione prestabilita implica quello di un uso che non ne alteri lo stato sotto i profili strutturale, tipologico, funzionale e di decoro e che la violazione di tale obbligo possa considerarsi rilevante in considerazione dell’interesse del locatore, delle condizioni personali delle parti, delle *consuetudini locali* e dell’equilibrio contrattuale anche nel caso in cui la modifica non arrechi danno al locatore o gli possa addirittura giovare.” (T. Monza sez. IV, 1 giugno 2007); così ad es. “nella nozione di abitazione, quale luogo in cui vivono e dimorano la persona e la sua famiglia, sono inclusi gli spazi destinati ad attività collaterali, aventi la loro sede naturale nell’ambito domestico, comprese le attività lavorative che, per intrinseche caratteristiche, per *consuetudine* o per esigenze particolari, siano esercitate nella casa o nelle sue pertinenze” (Cass. civ., 14 giugno 1982, n. 3623)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cfr. Cass. civ. sez. II, 11 novembre 2005, n. 22829, in *Mass.*, 2005, 1694; Cass. civ. sez. II, 17 febbraio 2004, n. 2994, in *Guida al dir.*, 14, 2004, p. 62.

¹⁰⁸ Nel primo caso si vorrebbe trasformare un capannone originariamente locato a fini industriali nella sede di un’associazione culturale/ricreativa (*ex art. 1401 cod. civ.*): il Tribunale osserva che la L. n. 329/78 distingue le locazioni a uso abitativo e quelle a uso imprenditoriale e di lavoro autonomo disciplinandole in due distinte norme, l’art. 27 e l’art. 42, e individua un *tertium genus* di locazioni aventi caratteristiche diverse da ambedue. Nel secondo caso, il conduttore colloca in locali



12) Definizione di “«premio fedeltà»” (che costituisce reddito imponibile).

“[C]ostituisce (...) orientamento ormai consolidato (...) (cfr. sentt. nn. 248, 681, 4132 e 5795 del 1999), (...) quello, secondo cui il c.d. «premio fedeltà» - che il datore di lavoro sia solito erogare ai dipendenti, quando raggiungano una determinata anzianità di servizio, senza discriminazioni, sulla scorta della mera durata dei rapporti, e secondo scelte ripetute nel tempo e divenute *consuetudinarie* - non rientra nelle previsioni dell'art. 48 comma 2 lett. f) del D.P.R. n. 917 del 1986 e, quindi, fa parte del reddito imponibile, in quanto costituisce, per il datore di lavoro stesso, erogazione liberale e ricorrente (ancorché eccezionale e non ricorrente per ciascun beneficiario)”¹⁰⁹.

13) Definizione di “famiglia” ad esempio *i)* rispetto all’adempimento degli obblighi da parte di una struttura sanitaria nei confronti dei pazienti e dei loro familiari, *ii)* ai fini della assegnazione della casa familiare in caso di separazione o di divorzio tra coniugi o tra conviventi *more uxorio*, *iii)* con riguardo al delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all’art. 572 cod. pen.. In tutte queste circostanze, per la giurisprudenza, la famiglia si basa su “consuetudini di vita”¹¹⁰.

originariamente locati a uso abitativo uno studio per l’attività professionale di perito in infortunistica stradale.

¹⁰⁹ Cfr. Cass. sez. trib., 9 agosto 2000, n. 10473; conformi, *ex multis*, Cass. civ. sez. I, 12 giugno 1999, n. 5795; Cass. civ. sez. I, 25 maggio 1999, n. 5058, in *Riv. dir. trib.*, II, 1999, p. 511 ss., con nota di Petrucci; Cass. civ. sez. I, 26 aprile 1999, n. 4132, in *Notiziario giurispr. lav.*, 1999, p. 559; Commiss. Trib. Prov. Milano sez. XLIII, 20 giugno 2005, n. 101, in *Mass Comm. Trib. Lombardia*, 3, 2005, p. 14 che parla di “consuetudine aziendale”.

¹¹⁰ V. nell’ordine: *i)* T. Campobasso, 27 gennaio 2009, in *Danno e resp.*, 4, 2009, p. 454; *ii)*, *ex multis*, Cass. civ. sez. I, 16 aprile 2008, n. 9995, in *Mass.*, 2008, p. 762; Cass. civ. sez. I, 5 luglio 2006, n. 15326, in *Famiglia e dir.*, 2007, p. 231 ss., con nota di Al Mureden; Cass. civ. sez. I, 20 gennaio 2006, n. 1198, in *Nuova giur. civ.*, I, 2006, p. 1164 ss., con nota di Di Nardo; Cass. civ. sez. I, 13 febbraio 2006, n. 3030, in *Foro it.*, I, 2007, 237; Cass. civ. sez. I, 27 giugno 2006, n. 14840, in *Quad. dir. e pol. eccles.*, 2007, p. 831; C. Cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Famiglia e dir.*, 1998, p. 205 ss., con nota di Carbone; *iii)* Cass. pen. sez. II, 2 ottobre 2009, n. 40727 per la quale “secondo l’insegnamento” della stessa “Corte: «ai fini della configurabilità del reato di maltrattamenti in famiglia, non assume alcun rilievo la circostanza che l’azione delittuosa sia commessa ai danni di una persona convivente *more uxorio*, atteso che il richiamo contenuto nell’art. 572 cod. pen. alla ‘famiglia’ deve intendersi riferito ad ogni consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e *consuetudini di vita*, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo» (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 20647 del 29/01/2008 Cc.”. Conformi: Cass. pen., 3 luglio 1990, in *Mass. Cass. pen.*, 1, 1991, p. 63;



14) Definizione di “correttezza professionale” ai sensi dell’art. 2598 n. 3 cod. civ..

“I principi della correttezza professionale vanno individuati con riferimento a *consuetudini* generalmente affermate e storicamente variabili, quali quelle del buon costume commerciale”¹¹¹ o, con altra formula, “al costume eticamente inteso”¹¹².

15) Definizione di “fattore di campagna” come figura distinta da quella di dirigente, imprenditore agricolo, impiegato d’ordine o ausiliario e salariato od operaio.

“Nel campo del lavoro agricolo la figura del «fattore di campagna» designa l’impiegato di concetto che collabora con il conduttore o chi per lui nell’organizzazione dell’azienda nel campo tecnico o amministrativo o in entrambi, con maggiore o minore autonomia ed apporto di iniziativa nell’ambito delle facoltà assegnategli e secondo *le consuetudini locali*”¹¹³.

Cass. pen. sez. VI, 9 dicembre 1992, in *Mass. Cass. pen.*, 6, 1993, p. 69; Cass. pen. sez. III, 3 luglio 1997 (Ced Cass., rv. 208444); Cass. pen. sez. VI, 8 novembre 2002, n. 55, in *Riv. pen.*, 2003, p. 220; Cass. pen. sez. VI, 24 gennaio 2007, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2858 ss., con nota di Beltrani; Cass. pen. sez. VI, 29 gennaio 2008, in *Famiglia e minori*, 7, 2008, p. 61 ss., con nota di Bilotta.

¹¹¹ Cfr. A. Roma, 5 dicembre 1988, in *Giur. dir. ind.*, 1989, p. 191; Cass. civ., 15 dicembre 1983, n. 7399, in *Giur. it.*, I, 1, 1984, p. 1594; T. Catania, 15 maggio 1990, in *Giur. dir. ind.*, 1990, p. 524. Ricordo per inciso che le norme dei codici deontologici che gli ordini o i collegi professionali emanano per fissare gli obblighi di correttezza cui i propri iscritti devono attenersi, per la giurisprudenza, “ripet[ono] la loro autorità (...) da *consuetudini professionali*” (Cass. civ. sez. un., 10 luglio 2003, n. 10842, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2004, p. 221). Segnalo una opinione difforme del T. Modena, 14 maggio 1999, in *Giur. merito*, 2001, p. 89 secondo il quale “la normativa Uni (Ente nazionale italiano di unificazione), la quale determina le caratteristiche tecniche di vari prodotti (nella specie, dei mattoni refrattari) interviene sugli aspetti non regolati dalla normativa statale ed opera in stretto collegamento con la Commissione della Comunità europea e con gli altri organismi sovranazionali. Tuttavia, essa *non* ha valore di legge, né di *consuetudine*; pertanto, *la sua violazione non rientra tra le ipotesi di concorrenza sleale ex art. 2598 n. 3 c.c.*”.

¹¹² Cfr. Cass. civ. sez. I, 15 febbraio 1999, n. 1259, in *Giornale dir. amm.*, 9, 1999, p. 1118 ss., con nota di Sanzo. Parlò di “un principio etico universalmente seguito” dalla categoria dei commercianti, “sì da divenire costume” Cass. civ., 31 luglio 1957, n. 3270, in *Riv. dir. ind.*, II, 1957, p. 219.

¹¹³ Cfr. Cass. civ. sez. III, 15 gennaio 2003, n. 483, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1238; Cass. civ. sez. III, 11 ottobre 2002, n. 14526, in *Arch. civ.*, 2003, p. 824; Cass. sez. lav., 25 marzo 1998, n. 3167; Cass. civ., 15 giugno 1984, n. 3594; Cass. civ., 5 gennaio 1983, n. 20; Cass. civ., 6 novembre 1982, n. 5822; Cass. civ., 23 gennaio 1981, n. 532, in *Giur. agr. it.*, 1981, p. 609 ss., con nota di Danza.



16) Definizione di “residenza” (effettiva o permanente) o “dimora” (abituale) per esempio *i*) ai fini dell’individuazione del luogo di esecuzione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno¹¹⁴, *ii*) per la corresponsione del beneficio dell’assegnamento di confine¹¹⁵, *iii*) rispetto alla competenza per territorio in ordine alla domanda di divorzio¹¹⁶, *iv*) come distinta dalla residenza anagrafica¹¹⁷, *v*) ai fini dell’applicabilità delle norme penali valutarie¹¹⁸, infine, in generale, *iv*) ai sensi dell’art. 43, secondo comma, cod. civ. e dell’art. 3 D.P.R. 30 maggio 1989 n. 223¹¹⁹.

10 - Consuetudini «sociali», status personali e correttezza di comportamento

In alcune circostanze, la giurisprudenza fa appello alla consuetudine per valutare se il comportamento degli agenti sia o no conforme a diritto ovvero se essi abbiano o no un determinato potere, dovere o obbligo di azione o astensione secondo il diritto. In questo frangente, spesso, le consuetudini richiamate dalla giurisprudenza non sono norme giuridiche consuetudinarie secondo diritto vigente bensì consuetudini «sociali» (regole/regolarità pre- o extra-giuridiche) rilevanti per il diritto o perché concorrono a definire lo status (*i.e.* la posizione giuridica nell’ordinamento) di un agente o perché sono reputate come un parametro di correttezza dei suoi comportamenti.

Un primo ambito in cui si dà rilevanza a questo proposito alle consuetudini nel senso precisato è il processo, in particolare al fine di valutare (la correttezza/scorrettezza de) i comportamenti dei giudici e dei cancellieri.

1a) Per esempio, posto che secondo la Cassazione in sede di merito “è consolidata consuetudine della «dialettica processuale» indirizzare, nella fase istruttoria, le parti o sollecitarle in ordine all’attività di produzione documentale”, non esorbita dai poteri del giudice l’invito a una parte di produrre un’integrazione documentale

¹¹⁴ Cfr. Cass. pen. sez. I, 5 dicembre 2007 (Ced Cass., rv. 238491).

¹¹⁵ Cfr. C. Stato sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4171, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, p. 2179.

¹¹⁶ Cfr. Cass. civ. sez. I, 5 agosto 2005, n. 16525, in *Mass.*, 2005, p. 1854.

¹¹⁷ Cfr. C. Stato sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5746, in *Nuova rass.*, 2002, p. 2638; Cass., 14 marzo 1986, n. 1738; T.A.R. Sicilia Catania sez. III, 21 dicembre 2006, n. 2507; T.A.R. Puglia Bari sez. II, 14 dicembre 2007, n. 2978.

¹¹⁸ Cfr. A. Genova, 30 giugno 1982, in *Giur. merito*, 1983, p. 1286 ss., con nota di Montanara.

¹¹⁹ Cfr. T.A.R. Valle d’Aosta, 20 novembre 1995, n. 172, in *Foro amm.*, 1996, p. 1312.



(ad es. la copia conforme all'originale di un documento già prodotto in copia fotostatica¹²⁰).

1b) Poi, si è ritenuto che "l'impugnazione proposta l'ultimo giorno utile dopo l'orario di chiusura dell'ufficio della cancelleria" ma in prossimità di esso sia ammissibile se il ricevimento dell'atto è "conseguenza di una *consuetudine instauratasi nell'ufficio*"¹²¹.

1c) Ancora, si è deciso che "la trasmissione di una rogatoria in via diretta ad una autorità giudiziaria straniera (...) non comporta la nullità della richiesta, se tale modalità di trasmissione si è affermata come *prassi consuetudinaria consolidata e reciproca tra l'autorità rogante e l'autorità rogata*"¹²².

Fuori dall'ambito processuale, la giurisprudenza ha avuto occasione di pronunciarsi in una serie molto variegata di casi riguardanti per esempio:

2) l'obbligo del datore di lavoro di formare il lavoratore nel contratto di formazione e lavoro;

Si è considerato legittimo il comportamento di un datore di lavoro che, in un contratto di formazione e lavoro di conducente di linea, ha svolto attività di formazione per 45 ore, anziché 54 ore come avrebbe dovuto, ma ha comunque fornito le conoscenze relative alla rete stradale e alle modalità di organizzazione del trasporto, alle regole di condotta rispetto ai colleghi e ai passeggeri, nonché allo svolgimento delle mansioni accessorie di rifornimento di carburante, di lavaggio e di parcheggio dei mezzi, che "*per consuetudine aziendale*" integravano quelle proprie di autista e bigliettaio¹²³.

3) lo svolgimento della «professione» sacerdotale, in particolare di quella di parroco con riferimento alla rumorosità dello scampanio delle campane della chiesa parrocchiale;

¹²⁰ Cfr. Cass. civ. sez. I, 19 settembre 2000, n. 12388: trattasi di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e il documento in questione è l'assegno per cui s'è chiesta e ottenuta l'ingiunzione di pagamento.

¹²¹ Cfr. Cass. pen. sez. VI, 31 gennaio 1996 (Ced Cass., rv. 206582) ha ritenuto ammissibili le impugnazioni del p.m. e di un imputato proposte trenta e trentacinque minuti dopo l'orario di chiusura della cancelleria.

¹²² Cfr. Cass. sez. VI, 7 maggio 2004, in *Dir. e giustizia*, 37, 2004, p. 54 ss., con nota di Cascone.

¹²³ Cfr. Cass. sez. lav., 8 maggio 2008, n. 11365, in *Lavoro nella giur.*, 10, 2008, p. 1060 per la quale nel contratto di formazione e lavoro la divergenza fra obblighi contrattuali e il concreto svolgimento del rapporto non realizza un inadempimento del datore di lavoro sanzionabile con la conversione del contratto in un rapporto a tempo indeterminato, se non ne compromette la funzione di favorire, con la formazione, l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale.



La Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi sul punto in due casi. Nel primo caso, per un verso, ha escluso che l'attività di parroco (definita come professione intellettuale) "sia di per sé rumorosa, sia pure con riguardo al suono delle campane, finalizzato al richiamo dei fedeli al culto, in quanto *lo scampanio rientra nelle consuetudini della vita della comunità*, e costituisce fatto periodico e di breve durata, normalmente privo di intensità tale da porre problemi di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone"; per altro verso, ha ritenuto che la rumorosità vada accertata in concreto verificando il rispetto dei limiti di rumorosità previsti dalla normativa sull'inquinamento acustico (D.P.C.M. 1 marzo 1991, oggi L. n. 447 del 1995) e che il fatto non integri la contravvenzione di cui all'art. 659, primo comma, cod. pen.¹²⁴. Nel secondo caso, ha affermato che "il rumore prodotto dal suono delle campane di una chiesa, mentre al di fuori del collegamento con funzioni liturgiche può dar luogo al reato previsto dall'art. 659 c.p. non diversamente da quello prodotto da qualsiasi altro strumento sonoro, nell'ambito delle funzioni liturgiche (...) integra il predetto reato solo in presenza di circostanze di fatto che comportino il superamento della soglia della normale tollerabilità e in assenza di specifiche disposizioni emanate dall'autorità ecclesiastica intese a recepire tradizioni e *consuetudini* atte a meglio identificare, in relazione alla non continuità del suono e al suo collegamento con particolari «momenti forti» della vita della chiesa, il limite della normale tollerabilità"¹²⁵.

4) la premeditazione nel c.d. fallo di gioco in un contesto caratterizzato da minacce e intimidazioni tra tifosi;

Con riguardo al calcio storico fiorentino, considerato "attività agonistica che non rientra nelle tradizioni di sport a violenza eventuale o a violenza necessaria", si è deciso che la "premeditazione è esclusa quando intimidazioni e minacce precedenti l'incontro possono essere sussunte nell'ambito di una *consuetudine di tifoseria*"¹²⁶.

5) la detenzione di munizioni inerti da parte di un militare;

In un caso in cui un soldato di leva, in occasione dello sgombero del poligono, si impossessa di cinque bossoli costituenti residuo inerte di munizioni già esplose si è esclusa la rilevanza penale del

¹²⁴ Cfr. Cass. pen. sez. I, 24 novembre 1995, n. 848, in *Informatica e dir.*, 1996, p. 149.

¹²⁵ Cfr. Cass. pen. sez. I, 23 aprile 1998, in *Nuovo dir.*, 1999, p. 381 ss., con nota di Ciauri.

¹²⁶ Cfr. P. Firenze, 25 settembre 1996, in *Toscana giur.*, 1997, p. 244.



fatto in quanto trattasi di “una diffusa *consuetudine militare*” (del resto, osserva il Tribunale, re-impiegare un bossolo residuo di munizione già esplosa è impossibile senza impiego di apparecchiature particolarmente sofisticate e, nel caso di specie, l’entità e modalità della detenzione e il contesto in cui l’apprensione e la detenzione dei bossoli si sono realizzate portano a escludere tale intenzione nell’agente)¹²⁷.

6) l’allontanamento dal luogo di lavoro per una breve pausa durante l’orario d’ufficio;

“Poiché assentarsi dal luogo di lavoro per andare a prendere un caffè rientra nella *consuetudini* di tutti gli uffici” si è deciso che “tale comportamento può essere rilevante sul piano disciplinare solo qualora il tempo impiegato sia troppo lungo e gli allontanamenti diventino troppo frequenti”¹²⁸.

7) colluttazioni condotte “senza esclusione di colpi”;

Occorre distinguere in questo caso tra “una colluttazione senza armi, svincolata da qualsiasi regola, condotta (...) in modo selvaggio e bestiale” e una colluttazione condotta con “l’osservanza delle *consuetudini cavalleresche*” nel qual caso si ha un duello cioè uno scontro che si svolge “a condizioni prestabilite secondo le regole cavalleresche, mediante l’uso di armi determinate (spada, sciabola o pistola), alla presenza di più persone (padrini e secondi), per una riparazione d’onore”¹²⁹.

8) il comparire in un luogo pubblico, indossando maschere tradizionali, in occasione di determinate festività popolari;

Si è deciso che tale situazione “non integra il reato di cui all’art. 85, 1° comma, t.u.l.p.s.”: “trattandosi (...) di *consuetudini* formatesi prima della emanazione della norma suddetta, e da questa non espressamente sconosciute” s’è ritenuto che “le manifestazioni delle stesse devono ritenersi escluse dal divieto di legge”¹³⁰.

Benché questa giustificazione sia problematica, comparire in luogo pubblico indossando maschere tradizionali in occasione di determinate festività popolari è un comportamento che oggi non viene incriminato (forse principalmente perché di per sé in tale fatto non si

¹²⁷ Cfr. T. Trento, 22 febbraio 1994, in *Riv. pen.*, 1994, p. 651.

¹²⁸ Cfr. T.A.R. Umbria, 21 febbraio 1996, n. 64, in *Foro it.*, III, 1997, 150 e *Rass. giur. umbra*, 1996, p. 550.

¹²⁹ Cfr. Cass. pen., 24 aprile 1987, in *Riv. pen.*, 1988, p. 303.

¹³⁰ Cfr. P. Monguelfo, 26 marzo 1981, in *Giur. merito*, 1982, p. 109.



rinviene un'offesa rilevante a un bene giuridico e le autorità locali sovente intervengono emanando provvedimenti circa lo svolgimento dei festeggiamenti).

9) l'erogazione delle spese di rappresentanza da parte di un ente sanitario;

La Corte dei Conti ha statuito che l'erogazione delle "spese di rappresentanza" non deve "necessariamente conseguire ad una formale deliberazione del comitato di gestione" né seguire "particolari formalità contrattuali amministrative" "essendo sufficiente l'osservanza delle norme e *consuetudini* commerciali concernenti ogni singolo caso"¹³¹.

10) le forme di ospitalità o gli atti di cortesia in occasione di rapporti ufficiali tra organi rappresentativi dell'università e soggetti rappresentativi di altro ordine;

Secondo la Corte dei conti, purché "svolti per *consuetudine* o per motivi di reciprocità", tali forme e atti anche "eventualmente implicanti oneri finanziari" "devono riconoscersi idonei al perseguimento dei fini istituzionali"¹³².

11) la retribuzione da parte di un ente locale a un amministratore (ad es. un assessore) di assenze e permessi goduti oltre i limiti di legge;

Per la Corte dei Conti, "l'esistenza (...) di una consolidata e pacifica prassi amministrativa" da parte di un ente locale a retribuire "in eccedenza ai limiti di legge" "un proprio dipendente in relazione ad assenze e permessi" "non vale di per sé a escludere la colpa grave dell'amministratore che abbia beneficiato di tali periodi di astensione dal lavoro, dovendosi invero valutare in concreto la misura in cui la *consuetudine* possa aver influito sulla consapevolezza del medesimo circa l'illiceità del comportamento tenuto"¹³³.

12) il donare qualcosa a un pubblico ufficiale amico in occasione del matrimonio;

¹³¹ Cfr. C. Conti sez. I, 30 ottobre 1986, n. 665, in *Riv. corte conti*, 1986, p. 718.

¹³² Cfr. C. Conti sez. I, 13 gennaio 1984, n. 10, in *Finanza loc.*, 1984, p. 1013 ss., con nota di Pollice; C. Conti sez. contr., 15 ottobre 1981, n. 1191, in *Cons. Stato*, II, 1982, p. 516 precisa che "l'ufficialità dell'occasione e la rappresentatività di entrambi i soggetti del rapporto costituiscono gli elementi la cui ricorrenza consente all'amministrazione, dismessa la veste impersonale ed astratta che caratterizza il normale espletamento delle sue funzioni, di assumere una soggettività formale specificamente idonea ad esaltare il suo ruolo verso l'esterno".

¹³³ Cfr. C. Conti sez. III, 15 luglio 2005, n. 465, in *Foro Amm. CDS*, 2005, p. 2376.



Per la Cassazione, colui che “dona ad un pubblico ufficiale qualcosa diversa dal denaro non al fine di comprarne un favore e di remunerarlo, sibbene per adempiere ad una *consuetudine* quale è quella di *donare un oggetto ad un amico o a un conoscente in occasione del suo matrimonio*, non commette il reato di millantato credito perché non agisce per guadagnarsi il favore del pubblico ufficiale sibbene per adempiere alla *consuetudine* nei confronti di un amico o di un conoscente che riveste una pubblica funzione; egli infatti, *in omaggio a tale consuetudine, gli offre in dono un oggetto senza nulla pretendere in cambio tranne un ringraziamento*”¹³⁴.

13) le forme di pubblicità di un’opera cinematografica che recano il solo titolo;

S’è deciso che “secondo *consuetudine* le forme di pubblicità col solo titolo” “non incidono negativamente sui diritti alla paternità dell’opera”, mentre “il regista cinematografico può rivendicare il proprio diritto alla paternità dell’opera, per quanto attiene alla direzione artistica, nell’ipotesi in cui, nella pubblicità dei film, la menzione del suo nome e della sua qualifica sia omessa o sia indicata in forma inadeguata rispetto alle altre indicazioni ivi riportate (attori, ecc.)”¹³⁵.

14) gli infortuni *in itinere* del personale marittimo, che si verificano nel corso degli spostamenti tra il posto di imbarco del natante e l’abitazione dei marittimi stessi;

La Cassazione ha ritenuto che gli infortuni di questo genere possano essere indennizzati sulla base dei “principi sull’infortunio *in itinere* elaborati in via generale” a partire dagli artt. 2 e 4 D.P.R. n. 1124 del 1965 e ciò in quanto “è notorio che è *consuetudine* che i marittimi imbarcati su (...) piccole navi - che non offrono alloggio - rimangano a bordo solo per il tempo in cui il peschereccio è in mare, mentre quando rientra in porto essi soggiornano a casa, salvo ad imbarcarsi al momento della nuova uscita”¹³⁶.

15) la pubblicità di agevolazioni di pagamento;

¹³⁴ Cfr. Cass. pen., 24 gennaio 1980, in *Riv. pen.*, 1980, p. 982.

¹³⁵ Cfr. T. Roma, 4 giugno 1980, in *Dir. autore*, 1981, p. 41.

¹³⁶ Cfr. Cass. sez. lav., 28 ottobre 1997, n. 10621 che distingue da tale tipo di infortunio quello degli infortuni *in itinere* che si verificano durante i viaggi compiuti dal personale marittimo per imbarcarsi o per rimpatriare, ipotesi regolata dall’art. 6 d.p.r. cit..



Il Giurì del Codice di Autodisciplina pubblicitaria ha ritenuto che tale tipo di pubblicità “sia illecita, perché ingannevole” quando “le agevolazioni di pagamento presentate come particolarmente favorevoli” risultino in realtà non “rispondenti a quelle *consuetudinariamente* praticate nel settore”¹³⁷.

La consuetudine in un certo settore di mercato di praticare agevolazioni di pagamento è dunque parametro di liceità/illiceità dei relativi messaggi pubblicitari.

16) il rilascio del titolo necessario (allora, la concessione edilizia) per la costruzione di un’opera.

I giudici amministrativi hanno deciso che il carattere di temporaneità dell’opera a questo proposito va valutato in base alla “mancanza di ancoraggio fisso, diretto o indiretto, al suolo ovvero ad altro immobile, dalla smontabilità o mobilità dell’opera” e alla “limitazione, nel tempo, dell’occupazione desumibile da atti ovvero da *consuetudini*”¹³⁸.

Occorre notare che al fine di determinare lo status (la posizione in termini di obblighi, doveri, facoltà, poteri ecc.) di un agente, in alcuni casi, si dà rilevanza alle consuetudini intese nel senso di norme giuridiche consuetudinarie secondo diritto vigente; si pensi per esempio alle seguenti ipotesi:

a) l’accertamento della colpa nei reati colposi omissivi;

Sul presupposto che “nei reati colposi omissivi, l’accertamento della colpa non può prescindere dalla individuazione della «posizione di garanzia», cioè della norma che impone al soggetto, cui si imputa la colpa, di tenere quel comportamento positivo la cui omissione ha determinato il verificarsi dell’evento”, la Corte di Cassazione “ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna che aveva ritenuto il primo ufficiale di coperta di una nave responsabile per un incidente verificatosi per un’erronea manovra avvenuta nel corso delle operazioni di ormeggio, evidenziando come mancasse una precisa disposizione di legge o *consuetudinaria*, ovvero un ordine impartito dal comandante, che imponesse a detto soggetto di eseguire il controllo delle operazioni, che era invece affidato alla competenza del nostromo, per il quale solo, pertanto, veniva confermato il giudizio di responsabilità”¹³⁹.

¹³⁷ Cfr. Giurì Codice Autodisciplina pubblicitaria, 13 giugno 1983, in *Foro it.*, I, 1984, 1423.

¹³⁸ Cfr. T.A.R. Molise, 14 maggio 1984, n. 127, in *Foro amm.*, 1984, 2183.

¹³⁹ Cfr. Cass. pen. sez. IV, 9 maggio 2006 n. 32273, in *Foro it.*, II, 2008, 101.



Fondamento della posizione di garanzia di un agente può dunque essere, se si accoglie questa tesi della Corte di Cassazione, anche una consuetudine, nel senso di una norma giuridica consuetudinaria secondo diritto vigente.

b) il dovere del segreto a cui è obbligato il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 326 cod. pen..

Secondo un orientamento consolidato, "il p.u. e l'incaricato di pubblico servizio sono tenuti a mantenere il riserbo sulle notizie apprese, quando ciò sia imposto da leggi, regolamenti, *consuetudini*" oppure dalla "natura" o "materia" o "contenuto stesso della notizia"¹⁴⁰.

11 - Consuetudini «sociali» irrilevanti

Sovente, per la giurisprudenza, le consuetudini «sociali» sono irrilevanti nel senso che la loro esistenza non muta la disciplina giuridica, né per quanto concerne la qualificazione dei fatti né per quanto concerne le conseguenze giuridiche. Naturalmente l'irrilevanza (così come la rilevanza) è concetto relativo, sicché una consuetudine «sociale» può essere rilevante per il diritto a certi riguardi e irrilevante invece ad altri.

Alcune ipotesi sono ad esempio:

1) la consuetudine di concedere sconti o abbuoni;

La Cassazione ha affermato che "il secondo comma dell'art. 26 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, richiede espressamente che gli sconti od abbuoni per dar luogo a detrazione dell'imposta debbano essere previsti contrattualmente, ed è quindi escluso che essi possano esser dedotti da *consuetudini* od usi commerciali di qualsiasi genere"¹⁴¹.

¹⁴⁰ Cfr. Cass. pen. sez. VI, 6 febbraio 1990, in *Giust. pen.*, II, 1991, p. 160; Cass. pen. sez. VI, 5 dicembre 1997, in *Guida al dir.*, 6, 1998, p. 77 ss., con nota di Forlenza; Cass. pen. sez. VI, 19 febbraio 1999, n. 2183, in *Riv. giur. polizia*, 1999, p. 480.

¹⁴¹ Cfr. Cass. civ. sez. I, 8 aprile 1992, n. 4310, in *Corr. trib.*, 1992, p. 1709; Cass. civ. sez. I, 29 maggio 1992, n. 6520, in *Foro it.*, I, 1993, 2304 secondo la quale operazioni a premio, consistenti in rimborsi di sconti differenziati o nell'utilizzazione dell'importo di tali sconti in acquisti successivi, nonché omaggi di beni mobili ai rivenditori acquirenti di un determinato prodotto *non* fondati su *consuetudini* (contratti o altre convenzioni) sono soggette alla disciplina di cui al R.D.L. 19 ottobre 1938 n. 1933.



2) la consuetudine di occupare determinati spazi pubblici per parcheggiare;

Tale occupazione non dà luogo a una pretesa di esclusiva sicché la sua privazione da parte di un altro soggetto “non legittima alcuna reazione riconducibile all’esimente prevista dall’art. 52 c.p., a meno che il detto comportamento non fosse preordinato a ledere un vero e proprio diritto”; nella esimente della legittima difesa “non possono farsi rientrare (...) situazioni di fatto da cui ogni cittadino può trarre o trae determinati vantaggi e utilità soggettive”: “l’uso del parcheggio in un’area di proprietà pubblica, derivante dall’occupazione del sito con la presenza di persona interessata, dà luogo ad una di queste situazioni di fatto, che acquisiscono rilevanza attraverso la correttezza dei rapporti intersoggettivi improntati al rispetto reciproco delle persone secondo regole sociali o di etica collettiva radicate nella comunità; ma è evidente come il vantaggio temporaneo acquisito non abbia alcuna rilevanza giuridica e non assurge a diritto vero e proprio, nemmeno sotto il profilo della esistenza di una consuetudine normativa”¹⁴². C’è quindi una consuetudine non giuridica ma solo «sociale» e irrilevante per il diritto.

3) la consuetudine di lanciare petardi o fuochi artificiali in occasione di festeggiamenti;

S’è deciso che “chi lancia petardi dal balcone della propria abitazione è tenuto a risarcire i danni cagionati alle autovetture colpite dai residui dei fuochi, né può andare esente da responsabilità adducendo di avere effettuato i lanci in un’occasione in cui è *consuetudine* sparare fuochi artificiali”¹⁴³.

4) consuetudini aziendali circa i percorsi di ingresso o di uscita dei lavoratori dagli stabilimenti aziendali;

In un caso di infortunio sul lavoro occorso a un dipendente, si è deciso che l’esistenza di una *consolidata consuetudine* dei lavoratori di un’azienda di attraversare una linea di trasporto merci per usufruire di uscite secondarie non esime da responsabilità per il reato di lesioni personali i responsabili della produzione dell’azienda¹⁴⁴.

5) la consuetudine di convivere, anche per breve tempo, prima del matrimonio da parte di minori ultrasessantenni;

¹⁴² Cfr. Cass. pen. sez. II, 17 novembre 1999, n. 2692, in *Arch. circolaz.*, 2000, p. 482.

¹⁴³ Cfr. Gdp. Pozzuoli, 11 aprile 1997, in *Giudice di pace*, 1998, p. 36.

¹⁴⁴ Cfr. P. Pordenone, 24 novembre 1994, in *Riv. critica dir. lav.*, 1995, p. 742.



Tale comportamento non integra i requisiti richiesti dall'art. 84 cod. civ. perché al minore ultrasadecenne possa essere concessa l'autorizzazione al matrimonio¹⁴⁵.

6) la consuetudine di pagare il corrispettivo di determinate prestazioni in un momento successivo al conseguimento delle stesse;

Sfruttare questa consuetudine per posticipare il pagamento della prestazione a un momento in cui chi l'ha fornita non può più ottenerne la restituzione non esclude il delitto di cui all'art. 641 cod. pen.¹⁴⁶.

7) la consuetudine (locale) di far scivolare a valle i tronchi tagliati facendoli rotolare lungo il pendio del monte.

Non ha "alcun rilievo scriminante" perché chi taglia il tronco di un albero deve comunque controllarne l'area di caduta e adottare idonee misure di sicurezza; in mancanza si risponde per esempio del reato di lesioni personali *ex art. 590 cod. pen.*¹⁴⁷.

12 - Consuetudini «sociali» illecite

Oltre che consuetudini «sociali» irrilevanti, vi sono anche consuetudini «sociali» illecite. Casi in cui la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi sul punto concernono per esempio:

1) le scelte degli individui circa il proprio stato personale e in particolare matrimoniale e il consenso al matrimonio;

Si possono confrontare al proposito due decisioni del Tribunale apostolico della Romana Rota: in un primo caso riguardante un matrimonio tra due giovani stranieri concordato dalle rispettive famiglie, il Tribunale ha affermato che nell'applicare le norme del Codice canonico (spec. can. 219 e 1103), "nonché nella valutazione delle culture, si deve tener conto dell'inculturazione della fede, intesa (...) come (...) un cristianizzare, mediante un lavoro di giudizio e di purificazione, le diverse *consuetudini culturali*; i matrimoni concordati tra le famiglie, ancora presenti in diverse culture, soprattutto in Africa ed in Asia, non ledono necessariamente la dignità e i diritti dell'uomo, sicché non si può escludere *a priori* la possibilità che i contraenti che vivono in

¹⁴⁵ Cfr. Proc. Rep. T. minorenni L'Aquila, 13 dicembre 1991, in *Dir. famiglia*, 1992, p. 258.

¹⁴⁶ Cfr. P. Bari, 24 ottobre 1980, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1982, p. 83.

¹⁴⁷ Cfr. Cass. pen. sez. IV, (ud. 24 settembre 2007) 20 dicembre 2007, n. 47138.



questo ambiente culturale facciano propria la scelta del coniuge fatta dai genitori o da altri membri della loro famiglia; però, se si provasse che il matrimonio o il coniuge è stato imposto ledendo gravemente la legittima libertà della persona, senza dubbio si potrebbe dichiarare la nullità del consenso manifestato; (...) la questione giuridica da decidere è questa: se il contraente, motivato dall'amore filiale o dal rispetto verso i più anziani, ha acconsentito liberamente al matrimonio o, contrariamente, si è sposato contro la sua volontà, a causa del timore grave¹⁴⁸; in un altro caso in cui un sacerdote "per evitare la propria infamia e lo scandalo nella piccola comunità, cui è posto a capo" avrebbe indotto una giovane al matrimonio, il Tribunale ha affermato che la legge canonica "riconosce rilevanza al c.d. *metus reverentialis* posto che "se pure (...) ai genitori deve esser riconosciuto il diritto-dovere di consigliare e guidare i figli, non è ad essi lecito imporre il matrimonio, neppure se ciò avvenga in sintonia con le *consuetudini del luogo se l'incutiens* [colui che esercita il *metus reverentialis*] sia un sacerdote che agisca in tal modo"¹⁴⁹.

2) lo sfruttamento delle prestazioni lavorative di minori;

Ricorrono gli estremi del delitto di cui all'art. 600 cod. pen. quando "un datore di lavoro (...) sottopone un minore (...) ad uno stato di profonda e continua soggezione con sfruttamento delle sue prestazioni lavorative" e ciò a prescindere dalla nazionalità dell'autore e della persona offesa perché in un caso simile "non è invocabile la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto per richiamo alle *consuetudini delle popolazioni*" in cui tali pratiche esistono¹⁵⁰.

3) la sottrazione delle giacenze di cassa di un ente pubblico da parte dei suoi dipendenti;

Si è considerata fonte di "responsabilità amministrativa del capo del settore economato e responsabile della cassa centrale di una U.S.L." l'aver lasciato agli impiegati dell'ufficio-accettazione la disponibilità delle chiavi della cassa avallando così "la *consuetudine* di prelevare saltuariamente le giacenze di cassa" e "favorendo la sottrazione, da parte di ignoti, di parte del denaro ivi esistente"¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. T. Apostolico Romana Rota, 20 gennaio 1994, in *Ius ecclesiae*, 1996, p. 145 ss., con nota di Franceschi.

¹⁴⁹ Cfr. T. Apostolico Romana Rota, 27 aprile 1990, in *Dir. eccles.*, II, 1991, p. 31.

¹⁵⁰ Cfr. Cass. pen. sez. V, 4 giugno 2008, n. 36058, in *Dir. e pratica lav.*, 5, 2009, p. 318.

¹⁵¹ Cfr. C. Conti, sez. giur. reg. Marche, 18 agosto 1998, n. 1929, in *Riv. corte conti*, 5, 1998, p. 62.



Trattasi di una consuetudine d'ufficio (che coinvolgeva tanto i capi quanto i sottoposti) illecita per il diritto vigente.

4) le consuetudini burocratiche instauratesi tra i dipendenti in violazione del contratto collettivo di lavoro;

La Corte dei Conti ha chiarito che tali consuetudini non hanno alcuna "efficacia esimente" quando dalla violazione dei "precetti contenuti in un accordo collettivo di lavoro" "sia derivata in qualche modo una *deminutio patrimonii*"¹⁵².

5) la documentazione necessaria per ottenere il rilascio dell'autorizzazione all'apertura di un esercizio di commercio al dettaglio;

Posto che l'art. 8, comma secondo, del Regolamento di esecuzione della legge provinciale della Provincia di Bolzano 17 febbraio 2000 n. 7, dispone che «Le domande di rilascio dell'autorizzazione debbono essere esaminate secondo l'ordine cronologico di presentazione. Prima del rilascio materiale dell'autorizzazione, l'autorità competente richiede all'interessato tutti i documenti non già in suo possesso e ritenuti necessari a certificare i fatti e i dati dichiarati all'atto della domanda, salvo quelli per i quali è sufficiente ed è stata resa l'autocertificazione, ed in particolare la planimetria dei locali di vendita, approvata dall'organo competente, e riportante la destinazione d'uso di commercio al dettaglio», i giudici amministrativi hanno chiarito che "la produzione della planimetria (...) è presupposto indispensabile per il rilascio" dell'autorizzazione, sicché "non giova" che nella Provincia di Bolzano si sia consolidata la consuetudine che la planimetria sia "da produrre solo su espressa richiesta del Comune"¹⁵³;

6) la consuetudine di vendere la merce a peso senza scomputare dal calcolo del prezzo la tara.

Tale comportamento integra "il reato di frode in commercio" o "se la consegna non avviene" quella del delitto tentato corrispondente, posto che non "hanno valore" né un eventuale consenso dell'acquirente né la suddetta consuetudine¹⁵⁴.

13 - Norme giuridiche consuetudinarie *praeter ius scriptum*

¹⁵² Cfr. C. Conti, sez. II, 25 giugno 1987, n. 113, in *Informazione prev.*, 1988, p. 404.

¹⁵³ Cfr. T.R.G.A. Trentino-A. Adige Bolzano, 7 maggio 2009, n. 175.

¹⁵⁴ Cfr. Cass., 28 maggio 1981, in *Giust. pen.*, II, 1981, p. 690.



Nelle pagine precedenti (*supra* §§ 4-5) ho già accennato a tre ipotesi di consuetudini giuridiche *praeter ius scriptum*, che quindi regolano situazioni e vicende (che si ritengono) non regolate dallo *ius scriptum*:

- 1) i diritti di uso pubblico *ad immemorabili*;
- 2) lo *ius sepulchri* familiare o gentilizio;
- 3) il contratto denominato «ordine di borsa».

Altri istituti di diritto consuetudinario o consuetudini giuridiche che regolano ipotesi non regolate dallo *ius scriptum* sono per esempio le seguenti:

4) la consuetudine secondo cui è un diritto del singolo individuo scegliere il luogo della propria sepoltura, scelta che può essere manifestata senza particolari formalità¹⁵⁵;

5) la consuetudine secondo cui la successione nei ricordi di famiglia è sottratta alla delazione testamentaria ed è attribuita ai più stretti componenti del nucleo familiare¹⁵⁶;

6) la consuetudine secondo cui il diritto sul cadavere del defunto spetta ai suoi congiunti (trattasi di diritto non patrimoniale e non ereditario riconosciuto in considerazione del sentimento di pietà che li lega al defunto)¹⁵⁷;

7) la consuetudine secondo cui lo scambio di doni tra fidanzati, che avviene per il solo fatto di considerarsi tali, ha effetti definitivi senza che occorranzo forme o requisiti di capacità né altra plausibile giustificazione, e a prescindere dalla circostanza che essi abbiano o no già deciso se e quando sposarsi ed eventualmente quale regime patrimoniale adottare una volta sposati¹⁵⁸;

¹⁵⁵ Cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro sez. II, 22 dicembre 2005, n. 2542 che – richiamando una decisione del T. Cosenza civ. sez. I, 2 novembre 2004 – ritiene che l'*electio sepulchri* sia disciplinata da norme consuetudinarie e che in mancanza di prova dell'avvenuta *electio*, la moglie possa scegliere di trasferire la salma del defunto marito in un cimitero più vicino al luogo di residenza suo e delle figlie minori. Considera l'*electio sepulchri* un diritto della personalità fondato sulla consuetudine anche, ad. es., P. Macerata, 6 giugno 1992, in *Giur. it.*, I, 2, 1992, p. 577 ss., con nota di Weigmann. Si ritiene invece che non esista alcuna norma neppure consuetudinaria che prevede un termine di estumulazione della salma dal sepolcro e il trasferimento dei residui nell'ossario (cfr. A. Catania sez. II, 21 gennaio 2006).

¹⁵⁶ Cfr. A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successioni. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Cedam, Padova, 1988, p. 9.

¹⁵⁷ Secondo Cass. civ. sez. I, 5 agosto 2008, n. 21128, in *Fam. e dir.*, 12, 2008, p. 1165 i reperti biologici (nel caso di specie, un frammento di tessuto polmonare prelevato in occasione di un intervento chirurgico) non sono assimilabili al cadavere, per cui su di essi non si può vantare il diritto consuetudinario in questione.

¹⁵⁸ Cfr. Cass. civ., 2 maggio 1983, n. 3015, in *Foro it.*, I, 1983, 1590 ss., con nota di Di Paola; la Cassazione precisa che l'art. 80 cod. civ., in tema di restituzione dei doni fra



8) la consuetudine vigente su tutto il territorio nazionale secondo cui è valida la comunione tacita familiare e le consuetudini locali che ne regolano la disciplina in relazione, ad esempio, alle modalità di costituzione, alla disciplina dei conferimenti, degli acquisti, dello scioglimento, ai poteri dei singoli componenti, ecc.¹⁵⁹;

9) la consuetudine locale dei Comuni di considerare festivo il giorno del Santo Patrono cittadino¹⁶⁰;

10) la consuetudine secondo cui è lecita l'affissione sulle pareti degli uffici pubblici di volantini, pareri, richieste e opinioni scritte¹⁶¹;

11) le consuetudini che onerano o impongono a una parte negoziale di formulare una dichiarazione in assenza della quale il silenzio vale assenso e impedisce successive contestazioni¹⁶²;

12) la consuetudine secondo cui al colono uscente che abbia provveduto a seminare e concimare il fondo spetta la cosiddetta «indennità colonica» che può consistere anche nel godimento del fondo per un determinato periodo di tempo, senza che ciò comporti l'instaurazione di un nuovo contratto agrario tra le parti¹⁶³;

13) la consuetudine secondo cui costituisce contratto di vendita di erbe l'accordo con cui un soggetto acquisisce il diritto di utilizzare l'erba di un fondo verso il corrispettivo di un prezzo¹⁶⁴;

fidanzati quando la promessa di matrimonio non abbia avuto seguito, si riferisce a detti effetti, i quali possono essere rimossi, ove non segua il matrimonio, in base a una facoltà di revocazione che spetta indipendentemente dal fatto che il revocante sia o meno causa della rottura del fidanzamento.

¹⁵⁹ Cfr. Cass. civ., 14 gennaio 1980, n. 337, in *Giur. it.*, I, 1, 1981, p. 405 ss., con nota di Tanzi.

¹⁶⁰ Il Cons. Giust. Amm. Sic., 12 aprile 2007, n. 261 ha annullato la sentenza del T.A.R. Sicilia Catania sez. II, 28 marzo 2006, n. 479 che aveva ritenuto di individuare le festività in base alla citata "consuetudine che – a detta del T.A.R. – trova esplicito riconoscimento nell'intesa tra Stato e Santa Sede, cui rinvia l'art. 6 della L. n. 121/1985". In realtà l'articolo del Concordato non menziona consuetudini di alcuna sorta.

¹⁶¹ Secondo P. Roma, 30 gennaio 1992, in *Foro it.*, II, 1992, 545 ss., con nota di Visconti, in virtù di tale consuetudine il comportamento non costituisce reato ai sensi dell'art. 663, 2° comma, cod. pen..

¹⁶² Cfr. Cass. sez. lav., 29 luglio 1999, n. 8235, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2000, p. 62 ss., con nota di Bano. Ricordo che la figura del silenzio-assenso è istituito non espressamente regolato dallo *ius scriptum* nei rapporti contrattuali interprivati, ad es. nell'ambito del contratto di lavoro privato. Nella specie, la Cassazione ha escluso l'esistenza di una consuetudine a che il lavoratore contesti, pena il silenzio-assenso, l'elenco delle assenze per malattia fornito dal datore di lavoro al fine di licenziare il dipendente per superamento del periodo di comporto.

¹⁶³ Cfr. Cass. civ., 3 luglio 1982, n. 3974, in *Giur. agr. it.*, 1983, p. 561.

¹⁶⁴ Cfr. T. Frosinone, 14 dicembre 2005, in *Nuovo dir.*, 2006, p. 289 ss., con nota di Lotito.



14) la consuetudine secondo cui, nel contratto di terratico, il concessionario ha il diritto di far propri tutti i frutti del suolo, provvedendo alla concimazione e irrigazione, apportando vantaggio anche ai soprassuoli che il concedente si è riservato¹⁶⁵;

15) la consuetudine secondo cui l'occupazione di terreni abbandonati e incolti, tollerata dal proprietario e protratta per un lungo periodo di tempo, si accompagna all'obbligo, a carico dell'occupante, del pagamento di un canone, normalmente in natura: si parla di "colonia perpetua"¹⁶⁶;

16) le consuetudini che regolano il momento d'inizio dei rapporti agrari (con riferimento ai contratti stipulati e cessati anteriormente al 6 maggio 1982)¹⁶⁷;

17) la consuetudine vigente nella Provincia di Milano secondo cui l'iniziativa della richiesta di registrazione del contratto di locazione è a carico del locatore¹⁶⁸;

18) la consuetudine vigente nella provincia di Mantova secondo cui, in caso di annacquamento del latte, si applica, a carico del fornitore, una penale che può giungere sino alla perdita di tutto il latte conferito dall'inizio della campagna¹⁶⁹;

19) la consuetudine vigente nel porto di Livorno secondo cui la decima parte della «senseria di piazza» – ossia del compenso sul nolo netto corrisposto dall'agenzia dell'armatore (per conto di questi) allo spedizioniere, per l'acquisizione del trasporto marittimo (c.d. «decimo di senseria») – spetta al personale dell'agenzia marittima¹⁷⁰;

20) la consuetudine secondo cui, all'equipaggio delle navi, una parte della retribuzione spettante può essere corrisposta in natura sotto

¹⁶⁵ Cfr. A. Reggio Calabria, 22 maggio 1986, in *Nuovo dir. agr.*, 1986, p. 269, che considera il terratico come un contratto oneroso di origine consuetudinaria riconducibile all'affitto.

¹⁶⁶ Cfr. Cass. civ., 28 gennaio 1985, n. 444, che ricorda che questo istituto consuetudinario di origine feudale è stato abolito dal Codice Civile del 1865 e dunque non è più ammesso da allora ma è ancora configurabile con riguardo a rapporti preesistenti all'entrata in vigore di detto Codice, nel qual caso gli si applica l'art. 13 della L. 22 luglio 1966, n. 607 in materia di prestazioni fondiarie perpetue.

¹⁶⁷ Cfr. Cass. civ. sez. III, 21 novembre 2001, n. 14736, in *Giust. civ.*, I, 2002, p. 1615. La data d'inizio dei rapporti agrari derivanti da contratto stipulato successivamente a tale data è invece regolata dalla L. 3 maggio 1982 n. 203: *infra* § 17.

¹⁶⁸ Cfr. Cass. civ., 18 aprile 1988, n. 3054, in *Arch. locaz.*, 1988, p. 331.

¹⁶⁹ Cfr. Cass. civ., 5 agosto 1985, n. 4388, che ritiene che la disciplina legislativa in materia sia completa e che quindi perché tale consuetudine possa operare i contraenti la debbano richiamare nel contratto con una clausola *ad hoc*. Inutile dire quanto sia problematica questa posizione.

¹⁷⁰ Cfr. T. Livorno, 6 dicembre 1983, in *Dir. maritt.*, 1984, p. 627 ss., con nota di Vincenzini; P. Livorno, 8 aprile 1986, in *Dir. maritt.*, 1987, p. 134.



forma di rimborso delle spese sostenute per i pasti consumati a terra anziché a bordo¹⁷¹;

21) la consuetudine di riconoscere l'indennità di disagio in favore di tutta la categoria dei vigili urbani, anche di quelli che svolgono mansioni d'ufficio¹⁷²;

22) la consuetudine, nel caso di cani muniti di *pedigree*, da parte della padrona della femmina di compensare per l'accoppiamento il padrone del maschio riconoscendogli la proprietà di due cuccioli di prima e di terza scelta su un totale di sette cuccioli¹⁷³.

14 - Consuetudini costituzionali, parlamentari e delle autorità diplomatiche

Le consuetudini costituzionali sono uno degli esempi più noti di consuetudini *praeter ius scriptum*. A esse si possono aggiungere le consuetudini parlamentari e quelle diplomatiche interne che hanno la comune caratteristica di avere come protagonisti attori istituzionali (i componenti degli organi di vertice dello Stato e delle istituzioni di governo e burocratiche).

Per 'consuetudini diplomatiche interne' intendo quelle norme consuetudinarie che regolano l'operato del corpo diplomatico rispetto ad altri organi dello Stato. Si può menzionare ad esempio il riconoscimento in Italia dei diplomi universitari conseguiti all'estero, dal momento che l'autorità diplomatica territorialmente competente compie "per *consuetudine*" una valutazione comparativa circa la corrispondenza scientifica tra i programmi d'esame dei corsi di laurea svolti all'estero e quelli relativi ai corsi di laurea istituiti in Italia¹⁷⁴.

Invece, per quanto concerne le consuetudini parlamentari si può ricordare il *modus operandi* delle Camere dopo lo scioglimento: questo

¹⁷¹ Cfr. P. La Spezia, 3 novembre 1980, in *Dir. maritt.*, 1981, p. 601 ss., con nota di Ballestrero.

¹⁷² Cfr. A. Napoli, 1 aprile 2008 ha deciso nel senso indicato con riguardo ad alcuni agenti assunti in servizio presso il Comando di Polizia Municipale che non avevano percepito, durante il periodo di prova, l'indennità di disagio, prevista dal contratto collettivo, per l'esposizione del lavoratore alle intemperie e lo svolgimento della prestazione lavorativa in ambiente malsano.

¹⁷³ Cfr. A. Genova sez. III, 4 marzo 2006 con riguardo alla razza canina *Dogue de Bordeaux*; dal caso risulta che l'ENCI di Savona (importante ente cinofilo italiano) ha confermato l'esistenza della suddetta consuetudine e cioè che in caso di nascita di sette cuccioli il diritto di proprietà per il padrone del maschio si estende a due cuccioli in prima e terza scelta.

¹⁷⁴ Cfr. T.A.R. Abruzzo L'Aquila sez. I, 11 maggio 2007, n. 199.



evento e il successivo avvio della nuova legislatura, “per effetto di una nota consuetudine di diritto parlamentare, (...) comport[ano] la decadenza dei disegni di legge costituzionale”¹⁷⁵.

Inoltre, la giurisprudenza ricorda che il procedimento istruttorio riguardante un'istanza di grazia e in particolare “la controversa questione relativa alla competenza a concedere la grazia nell'ambito dei rapporti di natura politica tra Presidente della Repubblica e Ministro” è “un contesto permeato dalla *consuetudine*”; parrebbe “che l'iniziativa in materia prov[enga] obbligatoriamente dal Ministro,” con la conseguenza che “la valutazione negativa manifestata da quest'ultimo preclude qualsiasi autonoma decisione” da parte del Presidente della Repubblica¹⁷⁶.

A proposito della carica di Presidente della Repubblica, la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale all'unisono affermano che, in quanto titolare di una “funzione pubblica”, il Presidente nominato non può decidere “quali siano le sue funzioni, in quanto queste sono inevitabilmente ed esclusivamente quelle previste dalle norme costituzionali, sia pure integrate dalle prassi applicative, che allorché sono in armonia con il sistema costituzionale, contribuiscono ad integrare le norme costituzionali scritte ed a definire la posizione degli organi costituzionali alla stregua di principi e regole non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi, vale a dire nella forma di *vere e proprie consuetudini costituzionali*”¹⁷⁷.

Poi, in ordine ai gruppi parlamentari, la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che le attività da essi svolte devono essere distinte in due tipi: da un canto, v'è l'attività squisitamente parlamentare inerente agli strumenti necessari per lo svolgimento delle funzioni proprie del Parlamento, dall'altro canto, v'è l'attività politica per la quale i gruppi parlamentari sono equiparati ai partiti politici e dunque a soggetti privati. La prima attività deve svolgersi osservando, e in conformità alla Costituzione, ai regolamenti delle Camere, alle

¹⁷⁵ Cfr. C. Cost. (ord.), 14 maggio 2008, n. 140.

¹⁷⁶ Cfr. T.A.R. Lazio Roma sez. I, 28 febbraio 2004, n. 1837.

¹⁷⁷ Cfr. Cass. civ. sez. III, 27 giugno 2000, n. 8734 (caso Onorato c. Cossiga); C. Cost., 18 gennaio 1996, n. 7, in *Giur. costit.*, 1996, p. 41 ss., con nota di Bartole, Niccolai (caso Mancuso c. Senato Rep. e altri). V. anche T.A.R. Lazio Roma sez. I, 10 aprile 2006, n. 2522 che “non disconosce l'esistenza di consuetudini nell'ambito del funzionamento degli organi costituzionali”.



“consuetudini costituzionali”, oltre ai regolamenti interni dei medesimi gruppi¹⁷⁸.

Un altro esempio di consuetudine che coinvolge organi primari dello Stato è la procedura cosiddetta «a interpello» “seguita per prassi dal Consiglio Superiore della Magistratura per la copertura dei vertici dell’organizzazione giudiziaria”: la procedura consiste nell’individuare, tra i magistrati in possesso dei requisiti prescritti, un gruppo di candidati, cui viene rivolto l’invito a manifestare la relativa disponibilità, per poi operare tra questi la valutazione comparativa ai fini della scelta del designando. Tale procedura è stata considerata legittima pur non essendo regolata dai testi ufficiali considerato che “la normativa consuetudinaria è fonte elettiva per gli organi a rilievo costituzionale, quale è il Consiglio Superiore della Magistratura”¹⁷⁹.

15 - Norme giuridiche consuetudinarie *secundum ius scriptum*

Esaminando la giurisprudenza si rinvengono numerosi esempi di consuetudini (norme giuridiche consuetudinarie) qualificabili come norme *secundum ius scriptum*. Sono norme riconosciute dal diritto vigente perlopiù in modo espresso e più di rado inespresso. Si ha riconoscimento espresso quando una disposizione di un testo giuridico ufficiale richiama o rinvia a quanto sancisce la consuetudine (o le consuetudini) i anziché dettare direttamente la disciplina. Tali norme per il loro contenuto o *i*) rappresentano una norma base generale, che viene precisata da norme dello *ius scriptum* o, viceversa, *ii*) rendono più compiuta, nel senso di più specifica, la disciplina dei testi giuridici ufficiali.

Più sopra ho già fatto l’esempio della fornitura in esclusiva degli assegni postali da parte dell’Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato alla società Poste italiane.

Altri esempi significativi riguardano:

2) l’ammontare dei contributi base dell’assicurazione generale obbligatoria per l’invalidità, la vecchiaia e i superstiti con riguardo alla

¹⁷⁸ Cfr. Cass. civ. sez. un., 19 febbraio 2004, n. 3335, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1456 che qualifica come attività politica e riconosce la giurisdizione del giudice ordinario circa il pagamento del compenso per l’attività di promozione e sensibilizzazione svolta dagli esponenti di un gruppo parlamentare in favore di aziende produttrici di latte in ordine alla possibilità che fossero promosse iniziative giudiziarie contro gli allevatori in protesta; Cass. civ. sez. II, 19 febbraio 2004, n. 3256, in *Foro amm. CDS*, 2004, 368.

¹⁷⁹ Cfr. T.A.R. Lazio sez. I, 27 dicembre 2000, n. 12943, in *Trib. amm. reg.*, I, 2001, p. 109.



categoria dei giornalieri di campagna e assimilati;

Ai sensi dell'art. 28, primo comma, del d.p.r. 27 aprile 1968 n. 488 tale ammontare deve essere determinato con riferimento alle retribuzioni medie annue per provincia sulla base delle retribuzioni previste dei contratti collettivi di lavoro; l'art. 18, 17° comma, l. 23 dicembre 1994 n. 724, stabilisce che, con decreto ministeriale, devono essere individuate le province nelle quali si pratica un orario ridotto rispetto a quello praticato nel restante territorio nazionale e i criteri per determinare i relativi salari medi ai fini della liquidazione dei contributi previdenziali e assistenziali. Inoltre, per il contratto collettivo nazionale l'orario di lavoro giornaliero è sei ore e quaranta minuti, ma c'è la possibilità di una sua riduzione secondo le *consuetudini locali*. Su queste basi una copiosa giurisprudenza afferma che "la paga giornaliera da prendere a base per la determinazione dei contributi deve essere commisurata (...) all'orario di fatto praticato" provincia per provincia tenendo conto delle "*consuetudini locali*"; per quanto concerne per es. la Provincia di Lecce in cui l'orario risulta di cinque ore, s'è ritenuto ammissibile prendere a riferimento tale valore e che il diverso trattamento rispetto ai lavoratori delle altre province non violi il "principio costituzionale di uguaglianza - sempre che la (...) retribuzione risulti sufficiente a garantire le essenziali esigenze di vita e le prestazioni previdenziali previste dalla legge"¹⁸⁰.

3) la demanialità di piazze, spazi e vicoli aperti sul suolo pubblico adiacenti alle strade comunali per es. *i*) con riguardo al pagamento della tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche (TOSAP)¹⁸¹; *ii*) con riferimento al divieto di sosta in zona pedonale del codice della strada¹⁸²; *iii*) ai fini dell'esonero dal rispetto dell'obbligo delle distanze legali nelle costruzioni¹⁸³ o al contrario per ottenere il

¹⁸⁰ *Ex multis* v. ad es.: Cass. sez. lav., 6 maggio 1998, n. 4584; Cass. sez. lav., 5 novembre 1997, n. 10881; Cass. sez. lav., 28 giugno 1997, n. 5813, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 1998, p. 298 ss., con nota di Forte; Cass. sez. lav., 28 giugno 1997, n. 5808; Cass. sez. lav., 10 aprile 1996, n. 3349; Cass. sez. lav., 14 novembre 1995, n. 11785, in *Dir. lav.*, II, 1997, p. 78 ss., con nota di Gatta; Cass. sez. lav., 21 giugno 1995, n. 6991; Cass. sez. lav., 7 giugno 1995, n. 6397; Cass. sez. lav., 1 aprile 1994, n. 3178, in *Dir. lav.*, II, 1994, p. 445 ss., con nota di C. G.; Cass. sez. lav., 14 giugno 1994, n. 5762, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 1995, p. 423 ss., con nota di Gatta.

¹⁸¹ Cfr. Cass. sez. trib., 6 agosto 2009, n. 18052, in *Mass.*, 2009, p. 1014: ipotesi di un'area classificata come seminativo ubicata in un agglomerato urbano in cui vige il sistema tavolare.

¹⁸² Cfr. Cass. civ. sez. II, 8 agosto 2007, n. 17338, in *Arch. circolaz.*, 2008, p. 536.

¹⁸³ Cfr. Cass. civ. sez. II, 27 maggio 2002, n. 7708, in *Urb. e appalti*, 9, 2002, p. 1041.



ripristinando delle distanze legali tra edifici a seguito di nuova opera¹⁸⁴; iv) per accertare l'esistenza di un diritto di uso pubblico *ad immemorabili* su di un vicolo¹⁸⁵; v) per ottenere l'eliminazione di un'opera di sopraelevazione, di balconi, di una pensilina sporgente dal solaio di copertura¹⁸⁶.

L'art. 22, terzo comma, L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F (disposizione che si ritiene non abrogata, neppure tacitamente, dall'art. 7, lett. b), l. 12 febbraio 1958 n. 126), pone una presunzione *iuris tantum* di demanialità circa i luoghi sopra elencati, concedendo la facoltà di prova contraria di *consuetudini* che escludano la demanialità per il tipo di aree di cui faccia parte quella considerata¹⁸⁷.

4) il termine di scadenza del contratto di locazione con riguardo ad es. i) alla locazione della *dependance* di un albergo¹⁸⁸, ii) alla nuova scadenza della locazione di abitazioni non arredate nel caso di tacita riconduzione¹⁸⁹; iii) a scadenze del contratto anteriori alla l. 27 luglio 1978, n. 392¹⁹⁰;

5) la pesca del novellame e del rossetto¹⁹¹ e quella dei gamberi di

¹⁸⁴ Cfr. Cass. civ. sez. II, 20 marzo 1991, n. 2974.

¹⁸⁵ Cfr. Cass. civ. sez. II, 15 maggio 1997, n. 4279.

¹⁸⁶ Cfr. Cass. civ. sez. II, 16 febbraio 1993, n. 1927; Cass. civ. sez. II, 23 maggio 1988, n. 3567; Cass. civ. sez. II, 9 aprile 1987, n. 3497, in *Giur. it.*, I, 1, 1988, p. 80.

¹⁸⁷ Sull'interpretazione di tale disposizione v. poi *ex multis* C. Stato sez. II, 13 giugno 2007, n. 1777, in *Giornale dir. amm.*, 10, 2007, p. 1104; C. Stato sez. V, 5 marzo 2001, n. 1240, in *Foro amm.*, 2001, 484; T.A.R. Piemonte sez. I, 25 febbraio 1998, n. 85, in *Riv. giur. edilizia*, I, 1998, p. 462; T. Catania Giarre, 21 ottobre 2004, in *Giur. aetnea*, 1, 2005, p. 9.

¹⁸⁸ Ipotesi che integra una "locazione di bene complementare, che non rientra nell'ambito di operatività dell'art. 27 l. 27 luglio 1978, n. 392, bensì nella disciplina del codice civile, con la conseguenza che non sussiste obbligo di rinnovo contrattuale alla scadenza, che la durata del rapporto successiva alla proroga legale è regolata dalla consuetudine e l'indennità di avviamento non è dovuta" (P. Sorrento, 17 febbraio 1982, in *Arch. locaz.*, 1982, p. 309).

¹⁸⁹ Fattispecie a cui non è applicabile la legge sull'equo canone in cui la Cassazione ha ritenuto che la suddetta nuova scadenza "deve essere determinata in coincidenza con la data della locale scadenza consuetudinaria, ove di essa sia accertata l'esistenza": Cass. civ. sez. III, 21 giugno 1993, n. 6861 che viene richiamata ad es. da T. Salerno sez. I, 13 aprile 2007.

¹⁹⁰ Nel qual caso deve comunque farsi riferimento al termine consuetudinario, così come per la durata: P. Firenze, 10 dicembre 1985, in *Arch. locaz.*, 1986, p. 514.

¹⁹¹ Cfr. C. Stato, sez. II, 23 novembre 1994, n. 2778, in *Cons. Stato*, I, 1996, p. 1067. Ai sensi dell'art. 1 D.M. 1 dicembre 1989 la pesca del novellame e del rossetto può essere autorizzata solo nei compartimenti nei quali per comprovata consuetudine tale pesca viene praticata: il D.M. regola poi vari aspetti di tale tipo di pesca (per es. l'art. 5 dispone che i proprietari delle navi autorizzate a svolgerla debbano annotare, su un



profondità nel Mar Ionio e nel Mar Tirreno¹⁹²;

6) la classificazione degli immobili a fini catastali;

Premesso che l'art. 62 del D.P.R. n. 1142 del 1949 prevede espressamente che "la destinazione ordinaria [di un immobile] si accerta con riferimento alle prevalenti *consuetudini locali*, avuto riguardo alle caratteristiche costruttive dell'unità immobiliare", la Commissione tributaria della Regione Emilia-Romagna ha per esempio deciso che "appaiono lecite ed in esatta rispondenza al quadro generale disposto dal Catasto, le rendite attribuite dall'ufficio" nel 2001 all'esito del "monitoraggio (...) effettuato (...) sui valori immobiliare nel territorio"¹⁹³.

7) il pagamento da parte del committente e a favore dell'appaltatore del corrispettivo di un'opera ancora in corso di esecuzione;

La Cassazione ha interpretato l'art. 1665, quinto comma, cod. civ., nel senso che la disposizione facendo salvi gli usi contrari "resta superata dalla [notoria] *consuetudine in vigore nella provincia di Roma*" con riguardo all'appalto "di costruzioni edilizie" nel quale l'appaltatore ha titolo a ricevere "il pagamento del corrispettivo con acconti durante l'esecuzione dei lavori"¹⁹⁴.

8) la disciplina della caccia da parte degli enti locali;

La legge quadro sulla caccia 27 dicembre 1977, n. 968 stabilisce che le funzioni in materia devono essere normalmente delegate agli enti locali (art. 5) e che il territorio alpino è considerato zona faunistica per la quale le regioni devono dettare normative particolari nel rispetto delle *consuetudini e tradizioni locali* (art. 7)¹⁹⁵. Questa norma è stata considerata compatibile anche riguardo alla Regione Trentino-Alto Adige e in particolare alla L. regionale 7

modulo i dati, anche negativi, relativi all'attività esercitata, e consegnarlo alla capitaneria di porto competente).

¹⁹² Cfr. C. Stato sez. VI, 18 marzo 2004, n. 1451. Le consuetudini circa tale tipo di pesca sono riconosciute e regolate ad es. dal D.M. 16 giugno 1998 sulle modalità di attuazione del fermo pesca (art. 2, quinto comma, "Le navi iscritte nei compartimenti marittimi dell'Adriatico, adibite per consuetudine alla pesca dei gamberi di profondità nello Ionio e nel Tirreno secondo le risultanze agli atti del Ministero per le politiche agricole, sospendono obbligatoriamente la pesca dal 14 settembre al 28 ottobre 1998").

¹⁹³ Cfr. Commiss. Trib. Reg. Emilia-Romagna sez. XXV, 27 giugno 2001, n. 223, in *Riv. guardia fin.*, 2003, p. 301 ss., con nota di Gallo.

¹⁹⁴ Cfr. Cass., 5 febbraio 1982, n. 675.

¹⁹⁵ Cfr. T.A.R. Veneto sez. II, 18 marzo 1988, n. 228, in *Foro amm.*, 1989, 1842.



settembre 1964 n. 30 e alla L. provinciale della Provincia di Trento
9 dicembre 1978 n. 56¹⁹⁶.

9) l'ordinamento dei masi chiusi e delle comunità familiari
montane;

Per esempio, "l'art. 8, n. 8 t. u. 31 agosto 1972, n. 670, delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, attribuisce alle province di Trento e di Bolzano la potestà di emanare norme legislative in materia di ordinamento dei masi chiusi e delle comunità familiari rette da *antiche consuetudini*"¹⁹⁷.

10) il regime di pascolo nelle malghe;

Per esempio, è stata riconosciuta l'esistenza di regole consuetudinarie per l'esercizio estivo del pascolo sulle malghe (di Tarres e di Raprucolo)¹⁹⁸.

11) gli Statuti del Cadore;

Essi "rappresentano *antiche consuetudini agrarie*, comprese nel concetto di leggi locali, cui si richiama l'art. 22 delle disposizioni sulla legge in generale e poi espressamente richiamate dalle leggi sulla montagna 25 luglio 1952 n. 991, art. 34 e art. 10 e 11, l. 3 dicembre 1971, n. 1102"¹⁹⁹.

12) il fabbisogno lavorativo dei fondi nelle varie zone;

L'art. 7 del D.L. n. 7 del 1970 prevede che "per l'accertamento, ai fini previdenziali e retributivi, delle giornate di lavoro necessarie per la coltivazione del fondo si applicano i valori medi di impiego di manodopera per singola coltura, quali stabiliti con deliberazione delle commissioni provinciali, avuto riguardo ai modi correnti di coltivazione dei terreni ed alle *consuetudini locali*"²⁰⁰.

¹⁹⁶ Cfr. T.R.G.A. Trentino-A. Adige Trento, 9 settembre 1989, n. 317, in *Trib. amm. reg.*, 1989, I, p. 3965.

¹⁹⁷ Cfr. C. Stato sez. VI, 12 ottobre 1982, n. 486, in *Cons. Stato*, I, 1982, p. 1270.

¹⁹⁸ T.R.G.A. Trentino-A. Adige Bolzano, 30 settembre 2008, n. 328.

¹⁹⁹ Cfr. Commiss. usi civici Venezia, 19 settembre 1986, in *Nuovo dir. agr.*, 1987, p. 399, che distingue dagli Statuti i "laudi" che contemplanò una forma di uso dei campi e dei prati promiscuo, collettivo, inalienabile e non usucapibile denominata "colonnello" ("caratterizzata dalla partecipazione dei componenti il consorzio nelle forme delle collettività a mani riunite, di tipo *iure germanico*" si è sviluppata per es. nei Comuni di Villagrande e di Villapiccola).

²⁰⁰ Cfr. Cass. sez. lav., 21 gennaio 1989, n. 356. Distinto da tale profilo è quello del fabbisogno lavorativo minimo dei fondi per l'iscrizione negli elenchi dei coltivatori



13) la quota dei prodotti e degli utili alla quale ha diritto il colono parziario, il mezzadro, il compartecipante o il soccidario;

L'art 37, primo e secondo comma, della L. 3 maggio 1982, n. 203 dispone: "1. Al mezzadro, colono, compartecipante o soccidario che non può ottenere, o che comunque non richiede, la conversione del contratto in affitto è riconosciuto un aumento della quota dei prodotti e degli utili alla quale ha diritto per legge, patto individuale, contratto collettivo o *consuetudine*, pari al sei per cento della produzione lorda vendibile. 2. *Nei casi previsti dal comma precedente*, il colono, compartecipante o soccidario ha diritto ad una quota non inferiore al sessanta per cento della produzione lorda vendibile, sempre che partecipi o intenda partecipare a non meno del cinquanta per cento delle spese di conduzione, escluse quelle per la mano d'opera estranea"²⁰¹.

14) l'assoggettamento delle somme che il datore di lavoro versa al lavoratore a titolo di contributo previdenziale;

Per la giurisprudenza, sono "soggette a contribuzione previdenziale (salvo espressa esclusione)" "ai sensi dell'art. 27 d.p.r. 30 maggio 1955, n. 797" "solo le somme che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere per obbligo di legge, di *consuetudine* o di pattuizione"²⁰².

15) la responsabilità del committente delle opere per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nel corso della loro realizzazione.

diretti per la quale l'art. 3 della L. n. 9 del 1963 prevede un limite fisso di 104 ore, al di sotto del quale i coltivatori sono esclusi.

²⁰¹ Cfr. Cass. civ. sez. III 21 marzo 2008, n. 7697. Per la Corte i due commi regolano due ipotesi nettamente distinte. "La prima (...) ricorre allorché il colono (...) non può ottenere o (...) comunque non richiede la conversione del contratto in affitto. La seconda (...) è applicabile - palesemente - unicamente nella eventualità oltre a ricorrere la non conversione del rapporto in affitto (per impossibilità o per omessa richiesta da parte del colono) il colono abbia diritto per legge, patto individuale, contratto collettivo o *consuetudine* a una quota inferiore al sessanta per cento della produzione lorda vendibile". La Corte ritiene che il secondo comma dell'art. 37 in esame riguardi solo i rapporti cessati anteriormente all'entrata in vigore della L. 3 maggio 1982, n. 203 in cui il mezzadro, colono, compartecipante o soccidario aveva diritto a una quota inferiore al sessanta per cento della produzione lorda vendibile, e nulla preveda invece quanto ai criteri di ripartizione delle spese con riguardo ai medesimi rapporti in corso alla data di entrata in vigore della legge.

²⁰² Cfr. T. Torino, 21 maggio 1981, in *Giust. civ.*, I, 1981, p. 2754: nella fattispecie si è ritenuto non soggetto alla contribuzione previdenziale l'emolumento, erogato periodicamente fino al 1967, a titolo di premio annuale, ai dirigenti e impiegati di grado elevato di Fiat auto S.p.A..



Essa è esclusa se dipendono da violazione dell'appaltatore che "agisca in piena autonomia, con mezzi e personale proprio, senza ingerenze dirigenziali e operative, anche di fatto, da parte del committente" a meno che "il soggetto commissionario venga ad operare, per necessità dell'espletamento dell'opera dei lavori commissionati, nell'ambito di un cantiere non proprio, ma organizzato e gestito dall'appaltante; e, ancor più, quando, per contratto o per *consuetudine* o per tolleranza, utilizzi strutture di supporto, opere provvisorie, strumentazioni appartenenti al committente" e l'infortunio sia imputabile anche alla loro cattiva manutenzione"²⁰³.

16 - Consuetudini giuridiche e status dei minori

Un ambito in cui le consuetudini giuridiche vigenti nel nostro Paese e/o in altri Stati hanno rilevanza riguarda i minori: in particolare, in materia di asilo e riconoscimento dello status di rifugiato e ai fini del ricongiungimento familiare.

In primo luogo si può ritenere che la definizione di "minore non accompagnato" accolta a livello comunitario dalla Direttiva n. 2003/9/CE sul diritto di asilo e dalla Direttiva n. 2005/85/CE sul riconoscimento dello status di rifugiato richiami norme giuridiche consuetudinarie. Per "minore non accompagnato" s'intende "una persona d'età inferiore ai diciotto anni che arrivi nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnata da un adulto che ne sia responsabile *per la legge o in base agli usi*, fino a quando non sia effettivamente affidata a tale adulto, compreso il minore che venga abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli Stati membri". Il testo ufficiale in lingua italiana, come si vede, parla di 'legge' e 'usi' ma nella versione inglese si legge l'espressione "*by law or by custom*".

Stante tale definizione, "la condizione di minore non accompagnato si esaurisce quando subentri una forma legale di affidamento implicante la custodia effettiva da parte di un adulto"²⁰⁴, dove per 'forma legale di affidamento' si intende quindi una situazione di affidamento fondata o su una norma di *ius scriptum* oppure su una norma giuridica consuetudinaria.

²⁰³ Cfr. Cass. pen. sez. IV, 15 dicembre 1998, n. 2800, che viene richiamata in senso adesivo per esempio da Cass. sez. lav., 2 marzo 2005, n. 4361. In materia penale, il "principio" citato nel testo è considerato "pacifico": cfr. Cass. pen. sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 15225.

²⁰⁴ Cfr. T.A.R. Lombardia Brescia sez. I, 14 settembre 2009, n. 1692.



In secondo luogo istituti di diritto consuetudinario stranieri, ammessi nell'ordinamento italiano, come per esempio la *kafalah*²⁰⁵, possono costituire titolo per il ricongiungimento familiare in aggiunta ai titoli previsti dal diritto nazionale.

Nella *kafalah* l'esercizio della titolarità della potestà genitoriale che è in capo a un organo pubblico (*wali*) è attribuito a un soggetto (*kafil*) che, in sostituzione dei genitori, anche fuori delle ipotesi di assenza o inidoneità di costoro, assume l'obbligo di provvedere al mantenimento, educazione e protezione di un minore a lui affidato (*makfoul*). La '*kafalah*' può avere "base volontaria" e non richiede necessariamente lo stato di abbandono del minore; sua caratteristica è che "tra *kafil* e *makfoul* non si instaura alcun legame di tipo parentale (...), né sorgono diritti o aspettative successorie o impedimenti matrimoniali, sicché il rapporto del minore con la sua famiglia d'origine non subisce cesure e gli effetti della *kafalah* stessa sono in ogni caso reversibili". Tuttavia, s'è deciso che "l'assenza di effetti irretrattabili e legittimanti non osta alla considerazione della *kafalah* quale titolo di ricongiungimento familiare, più di quanto non osterebbe all'affido familiare, che pure è espressamente previsto dall'art. 29, 2° comma T.U. Immigrazione"²⁰⁶.

17 - Norme giuridiche consuetudinarie *contra ius scriptum*

Sono assai più rari i casi in cui la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi su consuetudini *contra ius scriptum*.

Oltre all'esempio dell'uso degli attrezzi da pesca fatto in precedenza (*supra* § 5), si può ricordare il problema, discusso anche recentemente dalla giurisprudenza, della durata dei contratti di affitto a coltivatore diretto per determinare la quale occorre individuare l'annata agraria in cui ha avuto inizio il rapporto. Dall'emanazione della L. 3

²⁰⁵ Cfr. A. Torino sez. II, 28 febbraio 2008 il quale ricorda: a) la *kafalah* di diritto islamico è espressamente contemplata dall'art. 20, terzo comma, della Convenzione di New York 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, tra gli istituti di protezione sostitutiva dell'ambiente familiare; b) l'art. 28, terzo comma, D.Lgs. n. 286/98 stabilisce che «in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo» in conformità alla norma citata della Convenzione di New York. Per i giudici ciò "dimostra senza possibilità di dubbio che" la *kafalah* deve ritenersi (non già implicitamente, ma) espressamente conforme all'ordine pubblico sia internazionale che interno".

²⁰⁶ *Ibidem*.



maggio 1982 n. 203, la giurisprudenza ha preso atto di non poter più applicare le consuetudini locali vigenti nelle singole regioni ai contratti di affitto a coltivatore diretto in corso o in regime di proroga all'entrata in vigore della medesima legge (cioè al 6 maggio 1982), e di dover invece fare riferimento alla data dell'11 novembre di ciascun anno solare fissata dalla legge per tutto il territorio nazionale²⁰⁷. Consuetudini prima *praeter ius scriptum* sono dunque divenute *contra ius scriptum* a seguito dell'emanazione della legge in parola e l'applicazione delle consuetudini che regolano la durata dei rapporti di affitto è legittima soltanto con riguardo a tutti i contratti terminati prima del 6 maggio 1982.

Un altro esempio è costituito dalle consuetudini territoriali, che delimitano i confini tra le diverse comunità locali (il più delle volte da epoca antichissima). Il Consiglio di Stato, in una controversia tra due Comuni, ha affermato che "la giurisprudenza (...) ha elaborato un criterio che si può riassumere nel senso che la ricerca della linea di demarcazione dei confini fra due Enti territoriali, allorché gli stessi siano controversi, deve essere eseguita verificando quale sia, all'epoca di riferimento, il confine da ritenersi vigente alla luce degli ultimi atti di data certa che si rinverranno", restando escluso il ricorso "ad indicatori diversi (...) ed in particolare alle registrazioni delle singole proprietà presso i catasti rispettivi" poiché "giurisdizioni non continue ma a macchia di leopardo" come quelle "ben conosciute nella *consuetudine medievale*" sono "inconcepibili alla luce del moderno ordinamento, che non contempla l'ipotesi di un confine spezzettato in centinaia di *enclaves*"²⁰⁸.

Si può ricordare poi il caso di un'antica consuetudine venatoria vigente nel territorio della Malgazza che permetteva di cacciare sul territorio anche ai cacciatori di una certa comunità limitrofa, in esso non ricompresa secondo le mappe catastali: modificando le estensioni delle riserve venatorie, il legislatore regionale privava la suddetta comunità del permesso di cacciare nella Malgazza sicché l'antica consuetudine diveniva da un giorno all'altro *contra ius scriptum*²⁰⁹.

²⁰⁷ Cfr. ad es. Cass. civ. sez. III, 21 novembre 2001, n. 14736, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2002, p. 511 ss., con nota di Filippini; Cass. civ. sez. III, 21 agosto 1998, n. 8313; Cass. civ. sez. III, 13 febbraio 1997, n. 1329, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 1998, p. 36 ss., con nota di Mandrici. V. spec. artt. 2 lett. a) e 39, L. 3 maggio 1982 n. 203.

²⁰⁸ Cfr. C. Stato sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1136.

²⁰⁹ Seguirono tensioni tra i cacciatori delle comunità locali tanto che intervenne, dapprima, la Giunta provinciale a rimodificare le estensioni delle riserve venatorie, poi il Presidente della Giunta provinciale a vietare a tempo indeterminato l'esercizio di ogni genere di caccia nella Malgazza. Cfr. C. Stato sez. VI, 8 novembre 2001, n. 5731, in *Giust. civ.*, I, 2002, p. 1084.



Invero queste ipotesi di consuetudini *contra ius scriptum* sono piuttosto marginali. Assai più rilevante è la questione della attribuzione del cognome paterno ai figli, rispetto alla quale però è controverso che esista un fondamento consuetudinario. La Corte di Cassazione pare escluderlo dal momento che riconosce l'esistenza di una norma che attribuisce ai figli solo il cognome paterno ma la considera una norma non consuetudinaria bensì "implicita" "nel sistema" cioè ricavabile per via di interpretazione da alcune disposizioni del Codice Civile e non solo²¹⁰; le corti di merito tuttavia sono di avviso opposto²¹¹.

Ammesso dunque che la norma in questione sia una norma consuetudinaria, a seguito delle varie riforme del diritto di famiglia succedutesi dal 1975 a oggi, nonché della implementazione anzitutto da parte della Corte Costituzionale del principio (costituzionale) di uguaglianza tra marito e moglie e dei principi comunitari in materia, essa starebbe mutando qualificazione da consuetudine *praeter ius scriptum* a consuetudine *contra ius scriptum* (dico 'starebbe' perché, come noto, si attende un intervento sul punto del legislatore)²¹².

²¹⁰ Cfr. Cass. civ. sez. I, ord., 17 luglio 2004, n. 13298 che solleva questione di legittimità costituzionale poiché dubita della coerenza di tale norma implicita nel sistema giuridico vigente con la Costituzione.

²¹¹ V. per es. A. Milano, 4 giugno 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 173 ss., con nota di Figone la quale ha deciso che "non è consentito ai genitori di un figlio legittimo chiedere la sostituzione del cognome paterno del figlio con quello materno; pur in mancanza di espressa previsione legislativa sussiste, infatti, nell'ordinamento una norma consuetudinaria che impone al figlio legittimo il solo cognome paterno". V. anche A. Torino, 15 febbraio 1993, in *Dir. famiglia*, 1993, p. 1110 che a proposito di un cittadino spagnolo che secondo la consuetudine del proprio paese ha doppio cognome, paterno e materno, ha stabilito che "l'art. 262, 2° comma, c.c. va interpretato nel senso che al figlio, prima riconosciuto dalla madre e successivamente dal padre, (...) va attribuito il cognome paterno anteposto al cognome materno ove così richieda l'interesse del minore (come nella ipotesi in cui il figlio abbia una sorella, figlia degli stessi genitori, e sussista quindi la necessità di far coincidere i cognomi dei due germani); il cognome paterno così attribuito deve essere necessariamente quello a sua volta ricevuto dal padre per discendenza paterna (...) e non anche quello al padre derivante per discendenza materna".

²¹² Sulla questione sollevata da Cass. civ. sez. I, ord., 17 luglio 2004, n. 13298 sopra citata, C. Cost., ord., 16-22 febbraio 2006, n. 61, muovendo dalle proprie ordinanze n. 176 e 188 del 1988, afferma che "l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna. (...) Tuttavia, l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte". Successivamente, Cass. civ. sez. I, ord., 22 settembre 2008, n. 23934 ritiene di trasmettere gli atti al Primo Presidente, ai fini dell'eventuale rimessione alle Sezioni Unite, per valutare la questione "alla luce della mutata situazione della



18 - Postilla

La giurisprudenza parla dunque di consuetudini a vario proposito e per indicare cose tra loro molto diverse, tra cui in particolare: *a)* norme giuridiche consuetudinarie; *b)* regole di altro ordine, anzitutto regole linguistiche o tipiche del diritto o della lingua naturale e regole di comportamento seguite da gruppi di persone o singoli individui in determinati contesti; *c)* caratteri propri delle consuetudini giuridiche e/o «sociali» (come per esempio l'esteriorità, l'esistenza di un «punto di vista interno», il protrarsi nel tempo, ecc.) o situazioni e fenomeni ordinari riscontrabili anche in queste (come per esempio la ripetizione di comportamenti di gruppo o individuali, l'interazione strategica o l'accordo tra individui, ecc.).

La giurisprudenza riconosce norme giuridiche consuetudinarie, oltre che nelle materie in cui lo *ius scriptum* stesso le richiama, principalmente nel diritto successorio e di famiglia e con riguardo alla regolamentazione dei rapporti agrari, delle attività venatoria e ittica e delle zone e comunità site in località montane o aventi interesse ambientale. Oltre a ciò, fa riferimento alla/e consuetudine/i per *definire (altri) concetti giuridici*. In questo caso le consuetudini/le norme o regole consuetudinarie di cui parlano i giudici sono più spesso regole/regolarità di comportamento di un certo gruppo di individui identificato perlopiù su basi culturali, territoriali, in ragione dell'attività svolta, ecc..

Altri usi giurisprudenziali rilevanti del termine 'consuetudine' riguardano il linguaggio: si parla di consuetudini per riferirsi a regole semiotiche della lingua (italiana), regole interpretative, definizioni giuridiche, ecc. e, soprattutto nel settore della privativa intellettuale e delle opere dell'ingegno, si parla di consuetudini per indicare alcuni fenomeni semiotici specifici come per esempio la «volgarizzazione» di un segno (il fatto di divenire d'uso comune e di non essere più percepito come criterio esclusivo di identificazione di ciò cui si

giurisprudenza costituzionale" (cfr. sent. nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007) "e del probabile mutamento delle norme comunitarie" (cfr. la firma del c.d. «Trattato di Lisbona» in data 13 dicembre 2007) perché sia "adottata un'interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero, se tale soluzione sia ritenuta esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa [delle Sezioni Unite], la questione possa essere rimessa nuovamente alla Corte Costituzionale". Accenno appena che, ora che il Trattato di Lisbona è in vigore, potrebbero sorgere altre richieste di intervento della Consulta da parte della Suprema Corte.



riferisce). Infine, in moltissimi casi, la parola 'consuetudine' è adoperata in luogo di altre parole comunissime (tra cui 'atteggiamento', 'costume', 'abitudine', 'tradizione', e così via).

A mio avviso, si possono trarre alcune lezioni da tutto ciò.

In primo luogo, che la giurisprudenza adoperi il termine 'consuetudine' (e le parole da esso derivate come ad esempio 'consuetudinario', 'consuetudinariamente') invece di altri termini ordinari, se certo non conferma, rende però plausibile la tesi che il linguaggio giuridico condivida la struttura semiotica della lingua naturale non solo a livello *logico-sintattico* e *sintattico-linguistico* (è appena il caso di dire che i testi giuridici di diritto italiano, oggi, sono scritti secondo la grammatica e l'ortografia della lingua italiana²¹³) ma anche a livello *logico-semantico*. Induce a coltivare in particolare l'ipotesi che vi siano connessioni sistemiche tra i concetti ordinari, su cui sono intessuti i discorsi comuni, e i concetti che formano i discorsi giuridici. In breve, mostra che il linguaggio giuridico ha una *struttura semiotica aperta* rispetto alla lingua naturale. Parlo di 'struttura semiotica aperta' per sottolineare non che in diritto italiano si usa il vocabolario italiano (il che, oggi, è scontato) ma che *la rete concettuale ordinaria costituisce lo strato linguistico-base dei discorsi giuridici*²¹⁴. Beninteso: ciò non vuol dire che i discorsi giuridici siano (come i) discorsi ordinari, dal momento che anzi è vero il contrario. Sulla struttura concettuale ordinaria incidono regole semiotiche specifiche del contesto giuridico (regole semantico-sintattiche e semantico-pragmatiche) che modificano gli usi, le funzioni e i significati dei termini giuridici rispetto a quelli ordinari.

In secondo luogo, il termine 'consuetudine', in alcuni impieghi – ricordo l'esempio dell'aggravante dell'esposizione alla pubblica fede "per consuetudine" –, mostra di non essere adoperato sulla base di pre-

²¹³ Anche se è banale, ciò non è ovvio ed è solo frutto della tendenziale coincidenza odierna nel mondo Occidentale dei diritti nazionali con gli Stati territoriali; come dimostrano la storia e la comparazione giuridica in molti Paesi ed epoche i discorsi giuridici si sono tenuti e i testi giuridici sono stati scritti in una lingua diversa dalle lingue e dagli idiomi ordinari dei parlanti (che il parlar causidico fosse incomprensibile alla gente comune è un motivo ricorrente della storia giuridica: per esempio, sul continente europeo la lingua giuridica è stata per secoli il latino e si pensi poi alla situazione che si creò nei territori coloniali tra cui è notoriamente emblematico il caso del c.d. *dutch-roman law* in Sud-Africa).

²¹⁴ Prendo dunque le mosse dalle tesi sulla natura *open texture* del linguaggio umano e giuridico di H.L.A. Hart il quale sul punto si rifà a F. Waismann di cui è anche la nozione di *language strata* e la teoria della porosità tra strati linguistici. Cfr. F. WAISMANN, *Analytic-Syntetic*, part IV, in *Analysis*, 11, 6, 1951, p. 115 ss. e part V, in *Analysis*, 13, 1, 1952, p. 1 ss. Id., *Language Strata, Essays on Logic and Language*, (ed. by A. Flew), Blackwell, Oxford, 1952, p. 11 ss..



definite condizioni necessarie e sufficienti (una previa definizione). Manifesta piuttosto i tratti di un concetto le cui condizioni d'uso vanno rintracciate nei «fatti» di causa, oggetto di accertamento. La giurisprudenza non è pervenuta a formulare una definizione onnicomprensiva di (tutti i casi in cui ricorre) 'la consuetudine di esporre qualcosa alla pubblica fede' e cerca di accertare se v'è o no tale consuetudine volta per volta, tenendo conto delle specifiche circostanze concrete nonché di alcune assunzioni di senso comune. L'elenco che ho presentato nel § 8 può quindi essere considerato una definizione per enumerazione di casi paradigmatici (più precisamente, proto-tipici) di consuetudini.

Nei casi giudiziari in cui s'è riconosciuta la circostanza aggravante di cui all'art. 625, n. 7, cod. pen. s'è reputata esistente una consuetudine a esporre una data cosa alla pubblica fede. Naturalmente, il fatto che un giudice decida che, in una certa situazione, c'è una consuetudine o che invece lo escluda non prova che in effetti quella consuetudine davvero vi sia o non vi sia. Tuttavia, le ipotesi in cui i casi giudiziari hanno riconosciuto (fondatamente o meno) una consuetudine a esporre qualcosa alla pubblica fede sono state trattate come condizioni di applicazione del relativo concetto giuridico e possono essere considerate le sue componenti definitorie nel diritto.

In terzo luogo, l'abitudine della giurisprudenza a richiamare le consuetudini «sociali» per definire altri concetti giuridici (quelli di famiglia e di residenza, figure di reato, ecc.), mostra non solo che essa procede in maniera massiccia e sistematica alla *costruzione* dei concetti giuridici (cosa nota), ma anche che – per tenere conto delle circostanze proprie di ciascun caso (*i.e.* decidere in maniera più equa/confacente al singolo caso) – tende a inglobare nei concetti giuridici più astratti concetti, come quello di consuetudine, che richiedono accertamenti empirici. Ricordo che le consuetudini «sociali» sono reputate parametro di correttezza o liceità delle condotte in numerosi frangenti.

Infine, quanto alle consuetudini propriamente giuridiche, credo che sia questione opinabile se, nel diritto italiano contemporaneo, esse abbiano o no uno spazio residuale. Quel che si può osservare è che, malgrado oggi si auspichi – sia in ambito nazionale sia in ambito comunitario – un'effettiva implementazione del principio di sussidiarietà e tipicamente le consuetudini siano state e siano utilizzate per regolare la vita dei consociati in maniera più aderente ai casi concreti²¹⁵, esse non sono incluse (a quanto mi consta) tra gli strumenti

²¹⁵ In tema di rapporti agrari, materia in cui storicamente la consuetudine ha mantenuto più a lungo – anche ai nostri giorni – una certa importanza, la disciplina



di politica legislativa reputati utili al fine di implementare questo principio (a differenza invece dell'autonomia privata e in specie negoziale²¹⁶).

non solo sostanziale ma anche processuale è volta a garantire una regolamentazione quanto più possibile vicina alle diverse zone e situazioni agricole. Dal 1980 a oggi, la giurisprudenza della Cassazione afferma che "in materia di controversie agrarie, come giudice di rinvio deve essere sempre designato il giudice che ha emesso la sentenza cassata e ciò quale conseguenza dell'assoluta inderogabilità della competenza delle sezioni specializzate agrarie non soltanto *ratione materiae*, ma anche *ratione loci*, la quale si giustifica con l'esigenza di assicurare alle parti un organo meglio adatto, per la sua composizione, a valutare la situazione agricola del luogo, in rapporto alla natura dei terreni e delle colture ed alle consuetudini della zona" (Cass., 11 aprile 1980, n. 2320, in *Giur. agr. it.*, 1981, p. 406 ss., con nota di Cappiello; conformi ad es. Cass., 23 febbraio 1983, n. 1405, in *Giur. agr. it.*, 1983, p. 431 ss., con nota di Danza e Cass. civ. sez. II, 22 giugno 2005, n. 13370, in *Guida al dir.*, 40, 2005, p. 59).

²¹⁶ Sulla declinazione della sussidiarietà in questa direzione: v. ad es. **P. FEMIA**, Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo, in *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, a cura di P. Perlingieri, F. Casacci, Esi, Napoli, 2004, p. 145 ss., **P. DURET**, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova, 2004.