

PARTE I IL DIRITTO PRIVATO IN GENERALE. LE SUE FONTI

1. L'ORDINAMENTO GIURIDICO E LA NORMA

1.1 IL CONCETTO DI DIRITTO

La vita dell'uomo, dalla nascita alla morte e in ogni momento del suo svolgimento, si attua attraverso una serie infinita di relazioni poste in essere con altri uomini. Per sua natura l'uomo è un essere politico, cioè *"naturalmente destinato alla vita associata"*; la relazionalità ovvero il necessario rapporto con gli altri esseri umani si rivela, pertanto, carattere essenziale all'uomo. Da qui nasce l'esigenza di una regolamentazione di tali rapporti: è questo il fenomeno del diritto, che si traduce nell'insieme delle regole di condotta e di organizzazione di una collettività umana (*ubi societas, ibi ius*).

Tuttavia, vi sono alcune regole, che sebbene disciplinino i comportamenti degli uomini allo scopo di attuare una civile convivenza, non fanno capo al diritto, e quindi non possono considerarsi *"norme giuridiche"*: si tratta delle norme dell'etichetta, dell'onore, i precetti morali e religiosi.

Il criterio distintivo delle norma giuridica è da ravvisarsi nelle funzione essenziale del diritto, che è quella di stabilire le regole dell'azione dell'uomo nei rapporti sociali con gli uomini. Caratteristiche proprie del comando giuridico sono:

- a) l'alterità;
- b) la statualità;
- c) l'obbligatorietà.

Innanzitutto, il diritto si presenta come espressione di un gruppo sociale e tende ad assicurare l'ordinata convivenza dei suoi membri, attraverso relazioni giuridiche, il cui contenuto è formato da una serie di diritti e di obblighi. Ogni relazione di vita regolata dal diritto costituisce un rapporto giuridico, nel quale vi sono sempre due persone, l'una è il soggetto attivo cui appartiene il diritto, l'altra è il soggetto passivo, a cui spetta il corrispondente obbligo.

Fondamentale per l'attuazione del diritto è l'ordine legato ad un'autorità, quale lo Stato. Ed è proprio l'intervento dello Stato a garantire l'osservanza dell'ordinamento giuridico.

Infine, l'importanza sociale dell'ordinamento giuridico ne impone l'applicazione con una serie di norme, il rispetto delle quali viene assicurato mediante il possibile ricorso alla forza. Pertanto, l'ordinamento ha approntato un complesso di sanzioni che hanno la funzione di costringere all'osservanza del comando; nel sistema normativo i precetti sono raggruppati in una serie di disposizioni che hanno per oggetto la disciplina di uno stesso rapporto.

Con l'espressione di **istituto giuridico** si designa il complesso di norme coordinate per la disciplina di singoli rapporti tipicamente previsti dall'ordinamento (es.: il matrimonio, il pegno, il contratto di compravendita).

1.2 GLI ORDINAMENTI GIURIDICI

L'insieme degli imperativi giuridici vigenti in una determinata comunità costituisce un **ordinamento giuridico**: quello statale è il più importante di tutti, ma non l'unico. Esiste, infatti una pluralità di ordinamenti giuridici: al di sopra di quello statale, c'è l'ordinamento Internazionale e per la nostra nazione, membro della Comunità Europea, c'è un ordinamento comunitario; accanto esiste l'ordinamento dei singoli Stati esteri e della Chiesa.

1.3 DISTINZIONI FONDAMENTALI:

a) DIRITTO OGGETTIVO E SOGGETTIVO

b) DIRITTO NATURALE E POSITIVO

Tradizionalmente, si distingue tra **diritto oggettivo** (*norma agendi*) per indicare il regolamento che disciplina la condotta degli uomini e **diritto soggettivo** (*facultas agendi*) per definire il potere attribuito alla volontà del soggetto di agire per il soddisfacimento dei propri interessi, potere riconosciuto e garantito dall'ordinamento giuridico (cioè, il diritto oggettivo). In sintesi, il diritto (oggettivo) garantisce la mia proprietà; io, come proprietario ho il diritto (soggettivo) di godere il mio bene.

Si definisce **diritto naturale** l'insieme dei principi non arbitrari legati alla natura e alla ragione umana, volti a fondare una convivenza umana basata sulla forza della ragione anziché sulle ragioni della forza.

Il **diritto positivo** costituisce l'insieme delle norme che compongono l'ordinamento giuridico di una data collettività in un dato momento storico: si definisce positivo in quanto formalmente posto (*ius in civitate positum*) dagli organi competenti in base alle regole specificamente dettate dal sistema.

2. LE FONTI DEL DIRITTO OGGETTIVO

2.1 FONTI DI COGNIZIONE E DI PRODUZIONE - LA COSTITUZIONE

Si dice correntemente che il diritto scaturisce da alcune fonti, cioè da alcuni fatti che lo producono. Bisogna distinguere, allora tra **fonti di cognizione** e **fonti di produzione**: le prime sono i testi che contengono le norme giuridiche (leggi, regolamenti, etc.); le fonti di produzione o materiali, invece, costituiscono un'espressione dinamica per l'ordinamento. Si parla di fonti materiali per evidenziare i fattori che determinano il sorgere del precetto giuridico, come la coscienza del popolo, i bisogni economici; si parla di fonti formali per indicare i procedimenti che il contenuto della norma deve percorrere per ottenere il crisma della giuridicità.

Sono fonti formali di produzione:

- la Costituzione,
- le leggi costituzionali,
- i regolamenti comunitari,
- le leggi ordinarie e gli atti aventi forza di legge,
- le leggi regionali,
- i regolamenti governativi,
- gli usi (*art. 1* disposizioni preliminari al codice civile).

Le strutture fondamentali della vita giuridica sono regolate nella **Costituzione**, che è entrata in vigore il 1° gennaio 1948 e contiene le regole di principio dell'assetto politico ed istituzionale dello Stato italiano. Il carattere essenziale della Carta costituzionale è la **"rigidità"**: essa, al pari delle altre leggi di rango costituzionale, può essere abrogata o modificata solo da un'altra legge costituzionale, cioè una legge approvata con un particolare procedimento, più rigoroso e dotato di maggiori garanzie rispetto alle leggi ordinarie (la cd. "Costituzione rigida": *art. 138 Cost.*).

2.2 I REGOLAMENTI COMUNITARI

Si definiscono **regolamenti comunitari** gli atti normativi della Unione Europea, i quali hanno efficacia diretta nel territorio degli Stati membri e vincolano pertanto i cittadini dei singoli Stati al pari delle norme di fonte statale. Organo legislativo della Comunità è il Consiglio, composto da rappresentanti degli stati membri; i suoi regolamenti costituiscono veri e propri atti normativi di portata generale, paragonabili alle leggi. L'efficacia dei regolamenti all'interno del nostro sistema giuridico è subordinata solo alla Costituzione e prevale sulle leggi ordinarie. Le **direttive** e le **raccomandazioni**, invece, non hanno efficacia normativa diretta e immediata, svolgendo piuttosto la funzione di orientare l'attività dei singoli Stati al fine di realizzare una progressiva armonizzazione delle legislazioni nazionali.

2.3 LE LEGGI ORDINARIE

Le fonti di diritto più numerose e di contenuto più ampio sono le **leggi ordinarie**

dello Stato. Sono atti normativi emanati dal Parlamento secondo le regole dettate per la loro formazione (*art. 70 Cost.*); ad esse sono equiparati i **decreti legge** e i **decreti legislativi**.

I primi sono atti aventi forza di legge emanati dal Governo in casi straordinari di necessità ed urgenza (*art. 77 Cost.*); devono essere convertiti in legge dal Parlamento entro 60 giorni, pena la loro decadenza. I secondi, invece, detti anche leggi delegate, sono emanati dal Governo in forza di un'apposita legge-delega delle Camere, la quale conferisce il potere legislativo su materie determinate, specificando i principi e i criteri direttivi cui esso dovrà attenersi (*art. 76 Cost.*). Anche i **codici** (*civile, di procedura civile, penale, di procedura penale, della navigazione*) rappresentano una fonte normativa in quanto atti aventi forza di legge; essi sono emanati in virtù di deleghe concesse al potere esecutivo e sono diretti a regolare tutto un vasto campo dell'attività giuridica.

2.4 LE LEGGI REGIONALI

Le regioni esercitano la potestà legislativa nei limiti in cui è ad esse attribuita; le **leggi regionali** costituiscono atti normativi sebbene subiscano una limitazione territoriale regionale e siano subordinate ai principi e alle direttive delle leggi statali. La competenza a giudicare sulla loro illegittimità è attribuita alla Corte Costituzionale in base ad un apposito procedimento (*conflitto di attribuzione*) sollevato dal Commissario regionale.

2.5 I REGOLAMENTI GOVERNATIVI

Le autorità amministrative emanano atti normativi allo scopo di disciplinare la pratica applicazione delle leggi: di qui i **regolamenti governativi**, la potestà normativa dei quali compete al potere esecutivo (Governo ed altre autorità), sia pure nei limiti stabiliti dalla legge (*art. 87 Cost.*). Tale fonte normativa è stata disciplinata ex novo dalla L. 400/1998, la quale prevede quattro tipi di regolamenti:

- 1) **i regolamenti esecutivi**, i quali disciplinano la pratica applicazione della legge, determinandone le modalità di esecuzione e i concreti adempimenti. Tale potere compete al Governo e ai singoli ministri, senza bisogno di un'apposita autorizzazione nelle singole leggi;
- 2) **i regolamenti integrativi**, i quali sono diretti a completare la legge, dettando una vera e propria disciplina sostanziale della materia, eventualmente anche abrogando precedenti disposizioni legislative. Occorre peraltro che essi siano autorizzati da un'apposita legge, che ne fissi i limiti e l'ambito operativo;
- 3) **i regolamenti indipendenti**, che sono emanati in materie non disciplinate dalla legge ovvero disciplinate da una legge che viene appositamente abrogata per consentire una nuova disciplina tramite, appunto, tali regolamenti;
- 4) **i regolamenti organizzativi**, i quali vengono emanati da autorità diverse, nei limiti delle rispettive competenze e in conformità delle leggi particolari che li riguardano, per disciplinare l'organizzazione e il funzionamento degli uffici

e l'esercizio delle relative funzioni (*art.3, co. 2, disp. prel.*). Tale potere regolamentare spetta ai prefetti, ai consigli comunali e provinciali. In linea di principio, va sottolineato che, nella gerarchia delle fonti del diritto, i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge (*art. 4, co 1, disp. prel.*).

2.6 GLI USI

L'**uso** o **consuetudine** rappresenta una regola di condotta osservata uniformemente e costantemente dai membri di una comunità sociale con la convinzione di obbedire a un imperativo giuridico (*art.1 disp. prel.*). È una norma non scritta che nasce spontaneamente nel corpo sociale per effetto della costante osservanza, protratta nel tempo, di una certa condotta. Perché si abbia un uso normativo, occorrono due requisiti: il primo, oggettivo, consiste nella uniforme e ripetuta osservanza di un dato comportamento nell'ambito di un determinato gruppo sociale; il secondo, di natura soggettiva o psicologica, si traduce nella convinzione dell'obbligatorietà di quel comportamento in quanto conforme ad una regola giuridica (*opinio iuris seu necessitatis*). L'uso, in quanto norma non scritta, ha efficacia, al di fuori di un esplicito richiamo, solo qualora manchi del tutto la legge che disciplini una materia (*praeter legem*). Quindi, per le materie già regolate dalla legge, gli usi hanno efficacia soltanto se espressamente richiamati (*art. 8 disp. prel.*). Non è ammesso l'uso *contra legem* o che abroghi per *desuetudinem* la legge. Atteso che l'uso è una norma non scritta, è necessario accertarsi della sua esistenza: allo scopo di agevolare tale prova, la legge dispone che gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali delle Camere di Commercio si presumono esistenti fino a prova contraria (*art. 9 disp. prel.*). Dagli **usi normativi**, che sono vere e proprie fonti normative di carattere generale, (esempi dei quali si trovano negli *artt. 1326, co. 2, 1336, 1374, 2118, 2140*) vanno tenuti distinti gli **usi negoziali** o contrattuali e quelli **interpretativi**: i primi sono clausole contrattuali che, pur senza essere ritenute vincolanti, vengono tuttavia usualmente adottate nella pratica contrattuale, rispondendo a sperimentate esigenze di regolamentazione del rapporto secondo determinati schemi. La legge, pertanto presume che tali clausole siano state volute dagli interessati, pur se ad esse non abbiano fatto riferimento; più precisamente l'art. 1340 stabilisce che: "*esse si intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti*". Le clausole d'uso operano, quindi, come regola del rapporto se le parti non hanno diversamente disposto; operano poi come criterio interpretativo delle clausole ambigue pattuite fra le parti. In altre parole, gli usi interpretativi sono gli usi negoziali utilizzati in funzione di mezzo di interpretazione delle pattuizioni contrattuali.

2.7 LA GIURISPRUDENZA, LA DOTTRINA E L'EQUITÀ

Fonti indirette del diritto sono: la **giurisprudenza**, che deve intendersi come l'attività di interpretazione e applicazione delle norme giuridiche svolta istituzionalmente dai giudici; la **dottrina** esprime i risultati dello studio scientifico del diritto. Entrambe le attività concorrono al medesimo risultato di chiarire il contenuto

delle norme e le si designa perciò globalmente come giurisprudenza (dottrinale e forense), in quanto attività del *ius peritus*. La giurisprudenza non viene annoverata nelle fonti del diritto, elencate nell'art. 1 disp. prel., ma nel nostro ordinamento vige il principio della vincolatività dei precedenti giurisprudenziali (il cd. *stare decisis*, che si ritrova negli ordinamenti di common law). Infatti, l'indirizzo giurisprudenziale su una certa materia, una volta consolidatosi, opera come vincolo di fatto, facendo prevedere future decisioni conformi dei giudici e inducendo gli interpreti e i destinatari a conformarvisi (per le decisioni della Suprema Corte, vedi art. 384 c.p.c.). Infine, l'equità è fonte del diritto solo quando è richiamata dalla legge (artt. 1371, 1374, 1733, 2047, co. 2, 2118 c.c.); essa risponde all'esigenza di applicare secondo un criterio di giustizia ed umanità le disposizioni generali e astratte della legge, considerando che conviene adattare le norme vigenti, con la loro forza e il proprio significato, alle circostanze dei concreti rapporti di fatto, anziché creare nuove norme per i singoli casi.

3. LE NORME GIURIDICHE

3.1 I CARATTERI DELLA NORMA GIURIDICA

Il diritto oggettivo costituisce un complesso di norme giuridiche, cioè di regole generali ed astratte, dirette a disciplinare la condotta degli individui nella vita sociale.

Caratteri tipici della norma giuridica sono:

- **la generalità,**
- **l'astrattezza,**
- **l'imperatività.**

La norma è **generale** in quanto indirizza il suo precetto alla generalità dei consociati e non ad un singolo individuo.

La norma è **astratta** in quanto detta una regola destinata a disciplinare non questo o quel rapporto concreto, bensì tutti i rapporti e le situazioni suscettibili di rientrare nello schema prefigurato.

La norma è **imperativa**, perché impone di attenersi ad un certo comportamento, pena l'irrogazione di una sanzione ovvero di una conseguenza sfavorevole per l'inosservanza del precetto.

3.2 EFFICACIA DELLE NORME NEL TEMPO E NELLO SPAZIO

Il principio fondamentale che regola l'efficacia della legge nel tempo è sancito nell'art. 11 disp. prel.: *"la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"*.

Tale **principio di irretroattività** rappresenta l'espressione di un'importante esigenza di certezza, giacché la legge non può avere efficacia per i fatti avvenuti nel tempo anteriore alla sua emanazione. Fanno eccezione come normalmente retroattive: le leggi penali che stabiliscono pene più leggere o non ricono-

scono più come reati alcune azioni (art. 2 c.p.); le leggi interpretative (*interpretazione autentica*) in quanto la norma precedente viene chiarita, ma non sostituita con una nuova; le leggi di ordine pubblico con le quali sono tutelati i fondamentali interessi dello Stato e in particolare le leggi che aboliscono un intero istituto giuridico.

Funzionali all'esigenza di certezza sono inoltre, le disposizioni secondo le quali leggi e regolamenti entrano in vigore a partire dal quindicesimo giorno successivo a quello della loro pubblicazione (artt. 73, 3° co. Cost., 10 disp. prel.). Il periodo intermedio tra la pubblicazione e l'entrata in vigore - che può essere abbreviato o allungato o addirittura annullato - viene definito "*vacatio legis*": essa ha lo scopo di consentire ai destinatari di prendere conoscenza della legge. Una volta entrata in vigore, infatti, la legge vincola i destinatari, non assumendo alcun rilievo il fatto che essi la ignorino, anche senza colpa: *ignorantia legis non excusat*. È costituzionalmente vietata solo la retroattività della legge penale (art. 25, co. 2 Cost.).

Le norme dell'ordinamento giuridico sono destinate ad esplicare efficacia nei confronti dei cittadini italiani. Accade, tuttavia che uno straniero acquisti un bene in Italia o vi contragga matrimonio; per converso, può accadere che un cittadino italiano assuma lavoro all'estero oppure lasci in eredità a uno spagnolo un bene situato in Francia. A regolare il possibile conflitto fra le legislazioni dei diversi paesi interviene il diritto internazionale privato; la materia è stata profondamente innovata dalla L. n. 218/1995, la quale ha stabilito che nel processo di determinazione della legge applicabile bisogna distinguere due momenti:

- il primo è quello di qualificazione, che vale a determinare la natura o tipo di rapporto giuridico che viene in considerazione: per esso vale esclusivamente la legge italiana, pertanto una questione relativa alla capacità si qualificherà come attinente allo stato delle persone, pur se le leggi straniere lo qualificassero come attinente alla materia contrattuale.
- Il secondo momento del procedimento è il criterio di collegamento: esso serve ad individuare la disciplina applicabile ai rapporti sulla base della pregressa qualificazione.

In sintesi, la legge applicabile si determina in relazione a:

- 1) cittadinanza del soggetto (stato e capacità delle persone, rapporti familiari, donazioni e successioni: c.d. *lex civitatis*);
- 2) luogo in cui si trova la cosa o l'atto è compiuto (proprietà, diritti reali, fatti illeciti: *lex loci*);
- 3) scelta degli interessati (obbligazioni contrattuali; in mancanza si applicherà la *lex loci*).

In ogni caso, "*la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico*" (art. 16, L. n° 218/95), quando essa cioè, sia in contrasto con i fondamentali principi che regolano la convivenza sociale.