

Virgilio D'Antonio
Giovanni Sciancalepore
Pasquale Stanzone

Diritto privato

Nozioni fondamentali

SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

INTRODUZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

La seconda edizione di un'opera manualistica rappresenta, indubbiamente, un traguardo importante: indica che la stessa, come originariamente concepita, è riuscita ad incontrare, per un verso, il favore di studenti e colleghi, che vi hanno scorto un utile viatico di formazione, e, per un altro, la necessità di una revisione in termini di aggiornamento.

Nel caso di specie, un manuale di diritto privato, idealmente dedicato agli studenti che dei corsi di studio in scienze politiche e di area economica, impone agli autori la capacità di cogliere e trasferire nelle pagine del testo il senso di quell'incessante dialogo tra dato sociale e dettato giuridico, dialogo che può vedere quali primi interpreti ora il legislatore, ora il formante dottrinale, ora ancora giurisprudenza.

Questa nuova edizione, dunque, nasce proprio dalla necessità di cogliere e trasferire agli studenti i fermenti sempre vivi di siffatto dialogo, quando già si sono tradotti in diritto codificato o, ancora, quando sono prossimi ad esserlo, magari nella prospettiva anticipatrice della riflessione autorevole della dottrina o dello sforzo interpretativo delle corti.

Restano immutate, nel testo, le opzioni di fondo di analisi della normativa codicistica: la scelta del rapporto giuridico, inteso in termini di relazione tra situazioni giuridiche soggettive, quale chiave di lettura unificante delle singole disposizioni, così come l'attenzione alla transizione, che una lettura costituzionalmente orientata delle norme impone, dal soggetto astratto alla persona concreta, ossia all'uomo nelle relazioni sociali (secondo la felice formula dell'*homme situé*).

Si tratta di coordinate ermeneutiche finalizzate a trasferire – soprattutto a chi deve imparare a guardare al precetto anche in chiave prospettica – la complessità di uno strumento – quale il diritto è – che deve sapere, al contempo, interpretare il presente e anticipare il futuro.

Salerno-Roma, 13 marzo 2022

Virgilio D'Antonio
Giovanni Sciancalepore
Pasquale Stanzione

INTRODUZIONE

La scrittura di un manuale agile per le matricole si giustifica se si muove da una prospettiva chiara e ben delimitata della materia. Questa, nella dimensione storica, è vasta e difficilmente riconducibile ad unità. Ma se s'impone tutto il discorso in termini di rapporto giuridico, probabilmente si può raggiungere qualche risultato utile.

Innanzitutto, proprio se si parte dal rapporto giuridico, non esaminato come relazione tra soggetti, bensì tra situazioni giuridiche soggettive. I centri di interessi recuperano la complessità del reale, dei traffici giuridici quotidiani, giacché comprendono in sé diritti, obblighi, pretese, oneri, doveri. Non solo. Inoltre, non esauriscono la loro funzione nella mera contrapposizione, ma si contraddistinguono altresì per il coordinamento delle stesse situazioni.

Imprescindibile allora diventa il passaggio, nell'esperienza privatistica, dal soggetto – come punto di riferimento astratto e generale – alla persona in concreto, con le sue esigenze, i suoi bisogni, le sue particolarità: vale a dire, la persona in situazione.

Il diritto privato, così atteggiato, diventa antropocentrico e impronta di questa caratteristica anche gli istituti più strettamente patrimoniali: dai contratti alle obbligazioni, dalla proprietà alla responsabilità.

È evidente allora che nell'analisi di tali discipline è presente il dettato costituzionale, non soltanto come lettura del codice civile alla luce della costituzione, ma come costante riferimento al principio di legalità costituzionale.

La centralità della persona umana nel sistema ordinamentale privatistico non può quindi prescindere dalla relazionalità che, nell'ora presente, si connota di solidarietà.

È a tali principi che hanno tentato di ispirarsi gli autori di queste pagine, dedicate agli studenti del primo anno delle Facoltà economiche e politiche.

Virgilio D'Antonio
Giovanni Sciancalepore
Pasquale Stanzione

Le varie parti vanno così attribuite:

- al prof. Pasquale Stanzione, i capitoli dal I al XIX capitolo incluso;
- al prof. Giovanni Sciancalepore, i capitoli dal XX al XXX capitolo incluso;
- al prof. Virgilio D'Antonio, i capitoli dal XXXI al XXXVII capitolo incluso.

CAPITOLO I

L'ORDINAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. L'ordinamento giuridico e le norme. – 2. Le clausole generali e la certezza del diritto. – 3. Diritto pubblico e diritto privato. – 4. Le fonti del diritto. – 5. Le cc.dd. *fonti indirette*. – 6. Il codice civile. – 7. L'efficacia delle norme giuridiche. – 8. L'interpretazione della norma e l'analogia.

1. *L'ordinamento giuridico e le norme*

In ogni gruppo di persone organizzato, cioè in ogni comunità, la pacifica convivenza e l'ordinato svolgimento delle relazioni sociali sono assicurati dal rispetto da parte dei consociati di regole di comportamento. Tali regole sono espresse mediante *norme giuridiche* che, poste da una o più autorità aventi specifico potere al riguardo, consistono in comandi *generali*, vale a dire rivolti a tutti i cittadini.

Proprio perché indirizzate a tutti i consociati, le norme sono, sotto il profilo del contenuto, individuate da proposizioni *astratte*: chiunque si trovi infatti nella situazione prevista dalla disposizione normativa deve comportarsi secondo quanto essa prescrive e sottostare alle conseguenze in essa contemplate. Da ciò deriva che la norma è, in ipotesi, passibile di essere applicata un numero indefinito di volte, e cioè tutte quelle in cui si verifichi, in concreto, il caso, ovvero la *fattispecie astratta* in essa disciplinata. Un esempio può aiutare a fare chiarezza. L'art. 2043 c.c. stabilisce che chiunque leda un diritto di un altro soggetto provocandogli un danno, è tenuto al risarcimento: tale proposizione, così come espressa, costituisce la regola e cioè la fattispecie astratta prevista dalla norma. Essa infatti impone la conseguenza risarcitoria a chiunque commetta l'atto lesivo (generalità), e tutte le volte che tale atto venga commesso (astrattezza).

Normalmente il precetto disposto da una norma giuridica è anche corredato di strumenti volti a garantirne l'osservanza: essi sono costituiti da *mezzi di coazione* o da *sanzioni* che l'ordinamento commina in danno del soggetto renitente. Tali strumenti sono finalizzati o ad assicurare, anche attraverso l'uso della forza, l'effettiva adozione, da parte dei cittadini, dei comportamenti imposti dalla disposizione normativa, o comunque ad indurre lo spontaneo rispetto di quest'ultima attraverso la minaccia di una sanzione o di una pena, e cioè di una priva-

zione (riguardante il patrimonio, la libertà personale o un altro bene del soggetto) che sarà inflitta a colui che ne violi i precetti. Nel campo del diritto privato, che come vedremo regola i rapporti tra soggetti privati, strumenti di attuazione della norma sono costituiti anche dall'*invalidità*, che priva di efficacia i contratti o gli atti di autonomia assunti dai consociati in violazione delle prescrizioni normative; dai *mezzi ripristinatori*, che ricostituiscono la situazione di fatto preesistente alla modifica che un soggetto abbia compiuto con una propria azione contraria al comando di legge (ad esempio nelle azioni poste a tutela del possesso); da *strumenti risarcitori*, che, in alternativa o congiuntamente al ripristino, impongono all'autore dell'azione illecita di riparare, con una somma di danaro, i pregiudizi sofferti dal soggetto leso.

Proprio in tal senso la norma assume i caratteri della *giuridicità* e si distingue da altri tipi di precetti (come quelli morali o religiosi), il cui rispetto è invece garantito da diverse forme di censura, quali ad esempio la riprovazione sociale o la penitenza spirituale.

L'applicazione della sanzione o degli effetti giuridici previsti da una norma viene garantita attraverso un atto denominato *sentenza* adottata da soggetti appartenenti all'ordine autonomo della magistratura. La sentenza rappresenta l'espressione della reazione dell'ordinamento alla violazione delle regole contenute nel precetto legale. Essa, dunque, dal punto di vista sia logico che cronologico, segue la disposizione normativa, costituendone una sua attuazione. Ciò significa che la sentenza, almeno in via di principio, applica una regola che è ad essa preesistente. In ciò consiste quello che viene normalmente definito *principio di legalità*, espresso nella massima *nulla poena sine lege*, in base al quale nessuno può subire le conseguenze giuridiche per un fatto commesso se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso (art. 25, 2° comma, Cost.).

Per il principio di legalità, in altri termini, i giudici non creano la norma ma si limitano ad applicarla.

In alcuni casi, tuttavia, questi ultimi possono essere chiamati a giudicare secondo *equità*, e cioè a decidere la controversia non mediante l'applicazione di norme giuridiche esistenti, ma attraverso l'individuazione di una regola creata proprio per la risoluzione di quel particolare caso. Ciò però non significa che in tali ipotesi il principio di legalità sia superato. Infatti, anche nel giudizio secondo equità, non è possibile derogare ai principi desumibili dalle norme fondamentali vigenti.

L'insieme delle disposizioni giuridiche forma l'*ordinamento giuridico*, che viene normalmente indicato anche con il termine di *diritto oggettivo*, il quale, come vedremo, si suddivide in branche a seconda dell'oggetto della sua regolamentazione.

Normalmente un insieme di norme che regolano un particolare argomento è anche chiamato *istituto*: ad esempio, le regole che disciplinano il caso in cui un soggetto non concluda un contratto personalmente, ma ricorra ad una persona

che lo sostituisca nella conclusione dell'accordo, costituiscono l'istituto della *rappresentanza*.

Non tutte le norme che concorrono a formare l'ordinamento disciplinano i comportamenti umani, imponendo comandi ai cittadini. Ad esempio, molte disposizioni (c.d. *organizzative*) regolano l'organizzazione degli enti pubblici e cioè delle strutture attraverso le quali lo Stato persegue i propri obiettivi. Altre, hanno un contenuto semplicemente *definitorio* e cioè costituiscono l'esplicazione di un termine utilizzato in altre disposizioni. In altri casi ancora, soprattutto nel campo del diritto privato, la norma contempla una fattispecie astratta non allo scopo di imporre un comando e dunque una regola di comportamento, bensì per l'opposta finalità di consentire ai privati di esercitare, con effetti giuridici rilevanti, il proprio diritto di autonomia. Così, ad esempio, ogni persona può disporre, con un atto che si chiama testamento, dei propri beni per il periodo successivo alla propria morte, individuando le persone chiamate alla sua successione. Il codice regola l'istituto del testamento attribuendo ad esso efficacia. Le norme che regolano tale istituto non pongono dunque un comando, ma assecondano un'aspirazione ed una manifestazione di volontà di un soggetto privato. Lo schema della norma viene comunque rispettato, nel senso che anche in tale ipotesi vengono ricondotte alla verifica di un fatto previsto dalla fattispecie astratta (nella specie il testamento), delle conseguenze giuridiche, anche se non di tipo sanzionatorio.

Analogo discorso può farsi poi per le norme costituenti il c.d. *diritto premiante*, che anziché punire l'inosservante, premiano chi rispetta la legge o, in alcuni casi, chi semplicemente ammetta di averla violata.

Proprio per evidenziare il diverso contenuto e significato che può assumere una norma, si può dunque ancora attribuire valore alla distinzione tra *norme proibitive*, che appunto interdicono l'assunzione di un comportamento, *norme precettive*, che, al contrario, lo impongono, e *norme permissive*, che infine ne consentono l'assunzione.

Tutti i tipi di norma indicati restano pur sempre disposizioni normative, atteso che partecipano della più generale funzione che l'ordinamento persegue, e cioè la regolamentazione di un corpo sociale organizzato e dunque di una società.

Ciò significa che le norme possono perseguire, nell'ambito di tale generalissima funzione, obiettivi e finalità differenti.

Nel campo del diritto privato, ad esempio, può dirsi che la funzione preminente perseguita dall'ordinamento sia quella della regolamentazione dei conflitti di interesse, attuali o potenziali, tra privati cittadini, afferenti a determinati beni della vita. È possibile, infatti, che tra due o più cittadini possa sorgere un conflitto a riguardo di chi possa soddisfare il proprio interesse. Il diritto privato risolve tali contrapposizioni, stabilendo chi (e in quali termini) si trovi nella condizione di poter realizzare l'interesse in questione.

Peraltro il nostro ordinamento giuridico, come tutti gli altri, non esclude che il conflitto tra privati possa essere regolato autonomamente dagli stessi interes-

sati. Sicché molteplici norme giuridiche sono derogabili, nel senso che i soggetti possono stabilire di adottare, nei loro rapporti, anche una regola difforme da quella legale. In tali casi, secondo la terminologia corrente, la norma si chiama *dispositiva*, quando pone una regola che si applica se non derogata dalle parti. Quando poi la regola è lasciata alla libera determinazione dei soggetti titolari degli interessi, e l'ordinamento provvede solamente in via di supplenza, ci troveremo di fronte a norme *suppletive*.

Le norme che non ammettono deroghe sono invece chiamate *cogenti*.

Rilevante anche a fini pratici è, infine, la distinzione tra norme generali, speciali ed eccezionali.

Le norme *speciali* sono quelle che si applicano soltanto ad una determinata materia o ad una determinata categoria di soggetti. Ad esempio: le norme sul fallimento del debitore insolvente, e cioè di colui che non può far fronte ai propri debiti, si applicano solamente a coloro che rivestano la qualità di imprenditore commerciale "non piccolo", e dunque sono norme speciali. Tali norme sono pur sempre dotate del carattere della generalità ed astrattezza, nel senso che si applicano a *tutti* gli imprenditori insolventi, e non dunque a soggetti ben individuati.

Sono *generali* le norme che non subiscono una riduzione, oggettiva o soggettiva, del loro ambito di applicazione.

Le norme sono invece *eccezionali* quando il loro contenuto si ispiri ad un principio contrastante con quello generale che è sotteso a tutte le altre disposizioni che regolano una determinata materia. Ad esempio, nei rapporti tra privati, nessuno può, con un proprio atto unilaterale, modificare il patrimonio altrui, senza che l'interessato vi acconsenta: nessuno può, in termini pratici, acquistare un bene altrui senza che il proprietario decida di venderlo. Questa regola, detta della *relatività delle sfere giuridiche*, è una concreta applicazione del principio di autonomia e di libertà del soggetto. L'enfiteuta, che come vedremo è il titolare di un diritto reale limitato, è però autorizzato a comprare, attraverso l'esercizio del c.d. diritto di affrancazione, il bene dal proprietario, pagando un prezzo determinato dalla legge, anche senza o contro la volontà di quest'ultimo. È questa un'eccezione alla regola: la norma che disciplina l'affrancazione è dunque eccezionale. Come vedremo, le norme eccezionali sono assoggettate ad un particolare regime: ad esempio sono applicabili nei soli casi previsti dalla legge.

2. Le clausole generali e la certezza del diritto

Le norme, quindi, sono costituite da fattispecie astratte cui sono ricondotte determinate conseguenze giuridiche. Esse, ad esempio, pongono un precetto (una regola di comportamento imposta), e prevedono la relativa sanzione, cioè la punizione comminata a colui che tale precetto non osservi. La tecnica con la quale

viene redatta una norma è generalmente di tipo *casistico*; la disposizione, infatti, individua e prevede, in modo più o meno analitico, la fattispecie astratta, descrivendo specifici fatti o comportamenti e le relative conseguenze giuridiche. Tale tecnica chiaramente costituisce un vincolo per il giudice, il quale, se il caso concreto manchi di uno o più presupposti previsti dalla fattispecie astratta, non potrà evidentemente applicare la norma con le conseguenze giuridiche connesse. Il legislatore moderno utilizza però anche una diversa tecnica di redazione, quella c.d. delle *clausole generali*. È bene subito chiarire che anche tali clausole regolano fattispecie astratte, le quali, tuttavia, non sono dettagliatamente indicate dal legislatore, ma hanno un contenuto generico che deve essere specificato e completato, in concreto, dal giudice in sede applicativa.

Ad esempio, molte disposizioni del codice civile stabiliscono che le parti che stipulano un contratto devono comportarsi, nella fase delle trattative come in quella della sua esecuzione, secondo *buona fede*. Il comportamento dunque che i contraenti devono osservare non è precisato nel suo contenuto e non è dettagliatamente individuato.

Altra clausola generale è quella dell'*ordine pubblico*. L'ordinamento giuridico sancisce la nullità dei contratti contrari all'ordine pubblico, e cioè a quei principi che, pur non essendosi tradotti in specifiche disposizioni di divieto, sono comunque deducibili dai valori ispiratori dell'intero ordinamento giuridico e sono considerati inderogabili.

Le clausole generali sono pertanto definite *norme-valvola*, perché assicurano la completezza dell'ordinamento. Data la difficoltà per il legislatore di prevedere ed elencare ogni comportamento potenzialmente rilevante per il diritto, viene lasciato al giudice il potere di completare la disposizione di legge, specificandone il concreto contenuto.

Ciò però non contrasta con il principio di legalità. La clausola generale è pur sempre costituita da un contenuto o da un nucleo normativo che vincola il giudice. Il concetto di buona fede, infatti, individua con chiarezza un modello etico ispirato a canoni di lealtà: il giudice dunque ha solamente il compito di individuare in concreto quei comportamenti non rispondenti a tale modello, il quale è comunque sancito dalla norma.

Il contenuto delle clausole generali è poi *elastico*. Anche qui bisogna intendersi. Tutte le norme possiedono un certo grado di elasticità: pur in mancanza di modifiche del suo testo, il contenuto della disposizione normativa può variare in conseguenza dell'introduzione di nuove disposizioni, soprattutto se di portata generale.

Le clausole generali sono però dotate di un più elevato grado di modificabilità, proprio per la loro formulazione aperta e generica.

Senza dubbio il ricorso alle clausole generali può, in alcuni casi, contrastare con il principio della *certezza del diritto*, pure accolto nel nostro ordinamento.

Tale espressione è invero polisensa e molteplici sono le accezioni che posso-

no essere ad essa ricondotta. In senso oggettivo e tradizionale tale principio indica che la norma deve essere intellegibile e conoscibile prima della sua applicazione, e ciò anche in considerazione del fatto che il nostro ordinamento accoglie la regola secondo cui *ignorantia legis non excusat*, sicché nessuno può sottrarsi alle conseguenze collegate ad una norma o ad un suo comportamento, invocando la mancata conoscenza della disposizione. Da ciò naturalmente deriva la necessità di prevedere, a garanzia dei cittadini, norme che siano da tutti conoscibili. La certezza del diritto è poi un valore ancillare all'osservanza del principio di legalità, cui si è fatto precedentemente riferimento.

Ma il possibile contrasto tra tecnica delle clausole generali e certezza del diritto è in un certo senso attutito dalla valorizzazione del contenuto normativo di tali clausole, le quali, come detto, non sono norme in bianco, ma devono considerarsi regole non definite, da riempire dei contenuti che il giudice ha l'obbligo di ricavare dai principi e dalle regole fondamentali del nostro ordinamento.

Con tale precisazione può dunque apprezzarsi l'utilità della tecnica delle clausole generali sotto due profili. Per un verso infatti essa consente di adeguare molto rapidamente le previsioni normative alle circostanze del caso concreto, certamente più mutevoli ed eterogenee di quelle che il legislatore possa mai prevedere. Per l'altro, garantisce la risposta dell'ordinamento alla richiesta di giustizia anche nei casi non espressamente regolati, contribuendo, con altri istituti, ad assicurare quella completezza del diritto oggettivo, che è specificazione proprio del principio di certezza del diritto in un'altra delle sue accezioni: quella cioè secondo cui l'ordinamento non può omettere di regolare un conflitto di interessi insorto tra i consociati, ai quali una risposta normativa deve sempre essere e comunque data.

3. Diritto pubblico e diritto privato

Nell'ordinamento giuridico, tradizionalmente, si distinguono le norme di *diritto pubblico* da quelle di *diritto privato*.

La distinzione è normalmente fondata su aspetti di tipo oggettivo. Ed infatti si definiscono di *diritto pubblico* tutte quelle norme che regolano da un lato la costituzione ed il funzionamento degli enti pubblici e, dall'altro, il rapporto tra tali enti e i privati cittadini. Al riguardo è opportuno evidenziare che gli enti pubblici sono costituiti da apparati ed organizzazioni dotati di personalità giuridica, sono cioè considerati, nel campo giuridico, veri e propri soggetti, e perseguono interessi pubblici. Tali enti sono autorizzati ad esercitare, nell'ambito delle loro competenze, poteri autoritativi nei confronti dei privati, e sono dunque, nei rapporti con questi ultimi, in una posizione di sovraordinazione. Ad esempio alcuni enti pubblici, se lesi nei loro diritti, sono abilitati ad adottare strumenti c.d. di *autotutela*, possono cioè difendere da sé gli interessi lesi, cosa che è invece preclusa ai privati.

Per esempio nell'ipotesi in cui un terreno di proprietà di un Comune venga occupato illegittimamente da un privato, l'amministrazione può disporre lo sgombero, facendo ricorso all'intervento della polizia municipale. Tutti invece sanno che se il fondo occupato appartiene ad un privato, costui, per ottenerne il rilascio, può solo invocare l'intervento del giudice. Pertanto le norme di diritto pubblico, che regolano i rapporti tra enti pubblici e soggetti privati, sono anche caratterizzate da una tendenziale disparità di posizioni. Ciò non significa però che esse legittimino abusi o prevaricazioni: le disposizioni in questione infatti stabiliscono anche le modalità del legittimo esercizio del potere amministrativo ed autoritativo degli enti pubblici, al fine di garantire la posizione dei privati.

Per completezza di esposizione occorre evidenziare che il diritto pubblico si articola in branche. Esse sono: il *diritto costituzionale*, che è costituito dalle norme di organizzazione dei principali poteri dello Stato nonché dalle disposizioni che pongono i principi fondamentali su cui si fonda l'intero ordinamento giuridico nazionale; il *diritto penale*, che individua i comportamenti dei privati che sono considerati antisociali e lesivi di interessi pubblici (i reati), e li punisce; il *diritto amministrativo*, che disciplina il funzionamento e l'attività della pubblica amministrazione, e cioè di quegli enti che hanno la funzione di perseguire le finalità di pubblico interesse, e regola altresì il rapporto della stessa con i privati.

È considerato normalmente di diritto pubblico anche il *diritto processuale*, il quale regola l'attività giurisdizionale, e cioè lo svolgimento dei processi in tutte le branche dell'ordinamento (civile, penale, amministrativa e tributaria).

Si definiscono invece di *diritto privato* le norme che disciplinano i rapporti e i conflitti di interesse tra privati. In tale campo, secondo la definizione consegnata alla tradizione giuridica occidentale, i rapporti tra le parti sono caratterizzati da tendenziale uguaglianza e dunque dall'assenza di poteri di sovraordinazione di un soggetto rispetto all'altro.

Occorre però precisare che non tutti i rapporti tra enti pubblici e soggetti privati sono disciplinati dal diritto pubblico. E ciò perché la pubblica amministrazione possiede comunque generale capacità di diritto privato, può cioè rinunciare ad utilizzare i propri poteri autoritativi e trattare con i privati in regime di parità. Può, come si dice, agire *iure privatorum*. Ad esempio è abilitata a stipulare contratti, a partecipare alla costituzione di società di capitali, a compiere attività che sono regolate, in tendenziale regime di eguaglianza, da norme tradizionalmente qualificate di diritto privato.

Anche il diritto privato è articolato in branche, le più importanti delle quali sono tradizionalmente costituite dal *diritto civile*, che disciplina i rapporti tra soggetti che non esercitano attività di impresa, e dal *diritto commerciale*, che regola l'impresa e i rapporti degli imprenditori tra di loro o con soggetti non imprenditori. Tale partizione del diritto privato, un tempo a tal punto rilevante che esistevano due codici, l'uno civile e l'altro commerciale, ha, con l'adozione del codice civile ancora vigente, mantenuto una funzione soprattutto di tipo didattico.

Altre branche importanti del diritto privato sono costituite dal *diritto del lavoro*, che disciplina il contratto di lavoro subordinato, dal *diritto agrario*, dal *diritto industriale* e dal *diritto della navigazione*.

La distinzione tra diritto pubblico e privato, cui sovente si ricorre a fini soprattutto didattici o di specializzazione professionale, è però da accogliere solo a condizione che se ne percepisca e chiarisca la sua storicità o relatività, e, soprattutto, la sua evidente caratterizzazione politica.

La considerazione in termini di separazione e quasi di incomunicabilità tra le due grandi branche dell'ordinamento giuridico, è infatti frutto di un'impostazione ideologica che trova le sue radici nell'Ottocento europeo e cioè nel secolo dell'affermazione dell'ideale liberale. È noto che le esperienze nazionalistiche che hanno caratterizzato la storia del nostro Paese, ma, infine, anche la stagione dello Stato sociale imposto dalla nostra carta costituzionale, hanno modificato l'equilibrio ottocentesco e dunque anche i rapporti di forza tra diritto pubblico e diritto privato, a favore del primo ed a scapito del secondo. Si è dunque assistito ad un massiccio intervento pubblico nell'economia, attraverso lo strumento delle partecipazioni statali; all'emanazione di normative di sostegno che, limitando la libertà contrattuale di alcuni soggetti, hanno favorito altre categorie considerate deboli, e hanno dunque realizzato un effetto redistributivo (si pensi alla legislazione delle locazioni ad uso abitativo).

D'altro canto, anche dal punto di vista degli strumenti tecnici caratterizzanti le due branche, si è assistito ad un fenomeno di osmosi, in virtù del quale tecniche e istituti propri dell'uno sono stati recepiti nell'altro settore del diritto. Si pensi, a solo titolo di esempio, alla recente utilizzazione, in campo amministrativo, dello strumento del contratto nel caso di cosiddetta amministrazione per accordi, nella quale il perseguimento della finalità pubblica avviene per il tramite di un istituto di marca civilistica, il contratto appunto, che coinvolge una molteplicità di enti pubblici ma anche di soggetti privati. Si pensi ancora, all'inverso, all'istituto dell'*officium*, che il diritto privato ha mutuato dal diritto pubblico.

Pertanto, non pare più possibile oramai sostenere, se non per finalità didattiche, la separazione tra diritto pubblico e diritto privato.

Come abbiamo visto, non sono gli strumenti tecnici (ad esempio il contratto) a distinguere le due sfere.

Dunque l'*unitarietà dell'ordinamento* costituisce non soltanto un dato tecnico o semplicemente di fatto, ma anche un valore giuridico che è garanzia della attuazione degli interessi e dei principi posti a base della nostra costituzione.

4. Le fonti del diritto

In ogni ordinamento esistono delle disposizioni che individuano le autorità dotate del potere di emanare le norme giuridiche, e regolano i procedimenti che

devono essere seguiti per lo loro concreta adozione. Nel nostro ordinamento, come in molti altri, tali disposizioni sono scritte nella costituzione la quale, come già detto, è la norma fondamentale che disciplina i poteri dei principali organi dello Stato. Come in altri ordinamenti di derivazione liberale, anche nel nostro paese il potere normativo è attribuito principalmente ad assemblee rappresentative, e cioè elette dal corpo elettorale a suffragio universale.

Quasi sempre la norma costituisce il contenuto di un atto di volontà (comando) espresso dall'autorità cui compete il potere normativo. Esso deve essere adottato con il rispetto di specifiche procedure. Tali procedure sono denominate *fonti di produzione*. Nel nostro ordinamento è infatti prevista una pluralità di atti a contenuto normativo, e dunque una pluralità di fonti. Esse sono tipiche e cioè sono un *numerus clausus*. Sono inoltre caratterizzate da marcati elementi di natura formale, sì da garantire, per un verso, la loro facile riconoscibilità e dunque la certezza del diritto, e per l'altro il corretto funzionamento dell'organo emanante e, in definitiva, l'assetto istituzionale disegnato dalla Costituzione.

Una volta adottata, la norma deve essere pubblicata e resa conoscibile ai cittadini. Gli strumenti attraverso i quali avviene tale forma di pubblicità sono chiamati *fonti di cognizione*.

Le singole fonti di produzione previste nel nostro ordinamento sono elencate nell'art. 1 delle *Disposizioni preliminari al codice civile*: esse sono 1) *le leggi*; 2) *i regolamenti*; 3) *le norme corporative*; 4) *gli usi*. Tale disposizione, entrata in vigore, insieme al codice, nel 1942, è stata parzialmente abrogata: con la fine del fascismo, infatti, le norme corporative, emanate da enti che rappresentavano categorie di imprenditori e lavoratori, sono state espunte dal nostro sistema delle fonti. Essa deve essere inoltre integrata. Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si è infatti aggiunta all'elenco delle fonti anche la *Costituzione* medesima e le *leggi costituzionali*. A seguito dell'adesione dell'Italia all'Unione Europea fanno parte del sistema anche le *fonti cc.dd. sovranazionali*. Infine, con l'attuazione del decentramento regionale, anche le *leggi regionali* sono divenute effettivamente fonti del diritto.

La pluralità di fonti implica la necessità di un loro coordinamento e di un'armonizzazione. Tale coordinamento avviene in virtù di un principio gerarchico, che assegna alle varie fonti un diverso peso nell'ambito dell'ordinamento giuridico, peso che dipende anche dall'importanza dell'organo da cui promana la norma, o dalla particolare rilevanza delle procedure richieste per la sua adozione.

Gerarchia delle fonti significa, non senza un certo grado di approssimazione, che la norma derivante da fonte di grado inferiore non può contrastare con la norma derivante da fonte superiore. E se tale contrasto dovesse sussistere, allora l'ordinamento provvede ad eliminare l'antinomia, attraverso l'annullamento o la disapplicazione della norma di grado inferiore.

Il primo posto della gerarchia è occupato dalla *Costituzione* e dalle *leggi co-*

stituzionali. La costituzione è stata approvata da una speciale assemblea. Essa è modificabile solo dal parlamento attraverso una procedura che è detta *aggravata*, perché impone che la modifica sia adottata con doppia votazione e con *quorum* deliberativi, cioè con maggioranze, particolarmente elevati, nonché con la possibilità che si faccia anche ricorso al corpo elettorale, attraverso un *referendum*. Tali procedure garantiscono che le norme fondamentali del nostro ordinamento siano espressione della volontà della più ampia maggioranza dei cittadini.

Nel sistema attuale, pertanto, la costituzione ha, nella gerarchia, una posizione sovraordinata alla legge ordinaria e a tutte le altre fonti, le quali non possono infatti modificarla: è, come si suol dire, una costituzione *rigida*.

Essa ha un importante rilievo anche nel campo del diritto privato. Soprattutto i primi articoli (artt. 1-47) sanciscono una serie di principi che riguardano i rapporti tra i cittadini e a cui devono ispirarsi tutte le norme derivanti da fonte di grado inferiore. Tali principi riguardano in primo luogo la tutela dei diritti fondamentali della persona e la sua promozione. Essi però attengono anche ai rapporti economici, familiari, di lavoro. Cioè a rapporti che sono di tipo privatistico.

La più importante tra le fonti subordinate alla costituzione è la *legge*. Essa è emanata dal parlamento secondo il procedimento stabilito dagli artt. 72 ss. Cost. (approvazione del disegno di legge da parte di ciascuna delle due camere del parlamento, promulgazione della legge ad opera del presidente della repubblica, pubblicazione sulla gazzetta ufficiale). Alla legge del parlamento, denominata anche *legge in senso formale*, sono equiparati i decreti legislativi e i decreti legge. Essi sono emanati dal governo, ma sotto il controllo dell'organo che detiene il potere legislativo primario, e cioè il parlamento. I *decreti legge* sono adottati dal governo in casi straordinari di necessità ed urgenza, e devono essere convertiti in legge dal parlamento entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione, pena la retroattiva perdita di efficacia.

Anche i *decreti legislativi* sono emanati dal governo, ma su delega del parlamento, che deve definirne l'oggetto e indicare i principi e le direttive cui devono attenersi. Essi non hanno bisogno successivamente di alcuna conversione, poiché ci si muove nell'ambito dei criteri forniti preventivamente dal parlamento stesso. I decreti legge e i decreti legislativi sono anche detti *leggi in senso sostanziale*.

Sono equiparate alle leggi dello Stato nella gerarchia delle fonti, le *leggi regionali* emanate dalle regioni in tutte le materie che l'art. 117 Cost. non riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Le leggi regionali, oltre ad essere subordinate alla fonte costituzionale cui non possono derogare, devono anche osservare, con diverso grado di vincolatività a seconda che si tratti di regioni a statuto speciale o ordinario, i principi fondamentali stabiliti dalla legge ordinaria.

Le leggi (statali o regionali) che contrastino con la costituzione sono illegit-

time. Se, come detto, la fonte regionale è stata introdotta dalla costituzione, un'altra serie di fonti del diritto è stata introdotta con l'adesione del nostro paese alle Comunità prima e all'Unione europea dopo. Le principali norme europee sono quelle dettate dai *trattati* istitutivi. Gli organi europei sono poi dotati di potestà normativa che esercitano attraverso due atti tipici: i *regolamenti*, che, al pari dei trattati, sono atti normativi direttamente efficaci nell'ordinamento dei singoli Stati membri, senza bisogno del loro recepimento per mezzo di un atto normativo interno; e le *direttive*, che di tale recepimento hanno invece bisogno, atteso che vincolano gli Stati ad adottare provvedimenti che diano attuazione ai principi da esse sanciti.

Alle fonti comunitarie, a seguito di un lungo *iter* interpretativo, è stato attribuito valore sovraordinato anche alla legge ordinaria, oltre che a tutte le fonti secondarie e cioè subordinate alla legge. Le disposizioni normative contrastanti con le norme comunitarie sono oggetto di un controllo che può essere esercitato da qualsiasi giudice che sia chiamato ad applicarle, e che pertanto è di tipo *diffuso* e non accentrato come quello di costituzionalità. Ogni autorità giudiziaria, se riscontra tale contrasto tra norma interna e norma europea, può infatti provvedere alla *disapplicazione* della prima. La norma comunitaria non può però contrastare con i principi fondamentali della Costituzione nazionale.

Fonti secondarie sono costituite principalmente dai *regolamenti*. Essi sono adottati da autorità che esercitano funzioni amministrative, quali il governo, gli organi amministrativi regionali, ma anche le province ed i comuni.

Formalmente i regolamenti sono atti amministrativi. Il loro contenuto è però normativo, perché da essi sono poste disposizioni generali ed astratte.

Esistono varie categorie di regolamenti. Alcuni di essi sono *esecutivi* o *attuativi* rispettivamente di disposizioni di legge o di principi sanciti dalla legge. Essi in tal caso integrano il contenuto di una norma prevista da fonte primaria. Quando invece sono chiamati a regolare una materia che non è disciplinata da specifiche disposizioni o da principi dettati dalla legge, i regolamenti si chiamano *autonomi*. In tal caso costituiscono l'unica fonte di disciplina della materia. Infine esistono i *regolamenti organizzativi* delle pubbliche amministrazioni, che regolano il funzionamento di un ente.

I regolamenti sono fonti secondarie per due fondamentali ragioni. In primo luogo perché la loro emanazione deve essere autorizzata, anche implicitamente, da una norma di legge. In secondo luogo perché non possono violare le norme di grado superiore (costituzione, leggi, norme comunitarie). Può però avvenire che una disposizione legislativa autorizzi il regolamento a derogare ad una o più norme di legge. In tal caso si parla di *delegificazione*, il che significa che la legge dismette la regolazione di una materia per lasciarla ai regolamenti.

Il regolamento che contrasti con disposizioni di grado superiore è illegittimo.

Ultima fonte normativa prevista dal nostro ordinamento è la *consuetudine* o *uso normativo*. Diversamente dalle altre fonti, essa non consiste in un atto di vo-

lontà manifestato da un'autorità con potestà normativa. La consuetudine si forma infatti quando i consociati mantengono spontaneamente un comportamento, ritenendolo giuridicamente vincolante. Due sono dunque i suoi elementi costitutivi. Il primo è di tipo *materiale*. Esso consiste nella ripetizione costante di un comportamento da parte della generalità dei cittadini. Tale ripetizione deve protrarsi per un periodo di tempo sufficiente a farne apprezzare la stabilità. Il secondo elemento è di tipo *psicologico*: esso consiste nella convinzione dei consociati di osservare, con l'assunzione di quella condotta, un precetto normativo (*opinio iuris ac necessitatis*).

Gli usi normativi sono produttivi di norme giuridiche. Il comportamento, benché in origine osservato spontaneamente, diviene infatti, con la ripetizione, vincolante per tutti i consociati. In ciò si distinguono dunque dagli *usi negoziali*, che sono soltanto prassi contrattuali che due o più contraenti normalmente adottano nei loro frequenti rapporti, ma che non sono costitutivi di vere e proprie norme.

Gli usi normativi, quale fonte subordinata a tutte le altre, non possono contrastare con nessuna di queste, compresi i regolamenti. È opportuno ricordare, comunque, che non può esistere una consuetudine *contra legem*, cioè un uso normativo che confligga con una disposizione esplicita di legge, né è possibile un'abrogazione della legge stessa per desuetudine o uso contrario tenuto dalla collettività. Lo spazio di applicazione della consuetudine, dunque, è quello consentito dalle fonti sovraordinate che richiamino espressamente la consuetudine stessa (*consuetudo secundum legem*). È inoltre ammissibile il ricorso all'uso normativo laddove esistano vuoti dell'ordinamento non colmati neanche da regolamenti (*consuetudine praeter legem*).

5. Le *cc.dd.* fonti indirette

Oltre alle fonti che sono state elencate nel paragrafo precedente, esistono altri fattori che concorrono a costituire la complessa realtà giuridica. Essi non sono formalmente strumenti di produzione di norme. Tuttavia influenzano, direttamente o indirettamente, il contenuto della regola che concretamente viene applicata e che costituisce l'effettiva disposizione normativa. Proprio per questo sono anche definiti *fonti indirette* del diritto.

Tra tali fonti, in primo luogo, può essere annoverata la *giurisprudenza*, intesa come l'insieme delle decisioni assunte dall'autorità giudiziaria. Il nostro ordinamento, a differenza di altri, non contempla alcuna disposizione che conferisca ai giudici potere creativo nella formazione del diritto. I giudici però, nell'applicare una norma, la interpretano, specificandone dunque il concreto contenuto che a volte può anche divergere dal tenore letterale della disposizione interpretata. L'interpretazione giudiziale, soprattutto se proveniente dalle più alte auto-

rità giurisdizionali come ad esempio la Corte di Cassazione, pur non vincolando formalmente il giudice chiamato a decidere un caso analogo, può però esercitare sullo stesso una consistente forza persuasiva. I precedenti giudiziari, se ripetuti costantemente, diventano, come si suol dire, *ius receptum*, e in tal caso essi costituiscono vere e proprie regole cristallizzate, la cui conoscenza è indispensabile per poter individuare, anche al di là della lettera del testo normativo, l'effettiva portata della regola giuridica operativa.

Un importante ruolo nel sistema delle fonti è poi rivestito dalla Corte costituzionale. E ciò non soltanto perché essa esercita una funzione normativa di tipo negativo, nel senso che, con la declaratoria di incostituzionalità delle leggi, espunge queste ultime dall'ordinamento, ma anche perché, con le sue cc.dd. *sentenze interpretative*, spesso conferma la legittimità di una norma indicandone, però, tra varie possibili interpretazioni, quella che considera conforme a costituzione e che dunque diviene vincolante per tutti i giudici.

Anche la *dottrina*, e cioè l'opinione o l'interpretazione espressa dagli studiosi del diritto, può influenzare la realtà giuridica. La dottrina, a differenza che nel diritto romano, non è fonte diretta di regole giuridiche. Non si può negare, tuttavia, che il pensiero degli autori più illustri può influenzare indirettamente le decisioni dell'autorità giudiziaria e può inoltre essere recepito dall'autorità legislativa.

Fonte indiretta è infine l'*equità*: essa, come già detto, costituisce una norma che non preesiste alla decisione del giudice. Viene creata dal giudice stesso per il caso concreto ove egli sia a ciò autorizzato (es. art. 114 c.p.c.), ma comunque nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento: il che consente di ritenere non violato il principio di legalità di cui si è detto in precedenti paragrafi.

6. Il codice civile

La principale fonte normativa del diritto privato è costituita dal codice civile, il quale è stato adottato con legge ordinaria. Tale tipo di fonte possiede un'indubbia caratterizzazione ideologica: il codice, nel secolo XIX, ha rappresentato la concretizzazione dell'aspirazione liberale ad un testo normativo che regolasse e tutelasse i diritti dei privati e principalmente la proprietà. Altra caratteristica riconosciuta, non senza una certa enfasi, al codice, può dirsi costituita dalla sua completezza, dal fatto cioè che in esso si riteneva essere contenuto l'intero ordinamento dei rapporti privatistici.

La centralità e la completezza di tale testo è però oggi assai discutibile. Nel nostro ordinamento, infatti, ruolo fondamentale, anche ai fini della regolazione dei rapporti privatistici, deve essere riconosciuto alla carta costituzionale, la quale, come già sopra avvertito, non si limita a disciplinare i poteri dello Stato, ma sancisce regole cogenti che riguardano rapporti personali, familiari ed eco-

nomici dei cittadini, e soprattutto si fa carico di promuovere e tutelare la persona umana. Pertanto può dirsi che lo statuto privatistico, e cioè la norma principale da cui dedurre i valori su cui si fonda l'ordinamento civilistico, non può più essere identificato nel codice. Ciò dunque comporta la necessaria ed indiscutibile subordinazione del codice alla costituzione: il che ha peraltro legittimato una serie di interventi di modifica di rilevanti istituti codicistici. Basti pensare alla rivoluzione copernicana attuata con la riforma del diritto di famiglia del 1975, che ha adeguato il regime dei rapporti familiari ai principali valori dettati dalla costituzione in tema, ad esempio, di eguaglianza tra coniugi o di tutela dei figli nati fuori dal matrimonio.

D'altro canto la centralità del codice risulta oggi messa in discussione anche dall'estesa legislazione speciale, che disciplina numerosi istituti privatistici, ispirandosi spesso a principi non perfettamente congruenti con le regole fondamentali degli analoghi istituti regolati dal codice.

Il codice civile italiano regola anche la materia commerciale. Il *diritto commerciale*, tradizionalmente considerato una delle principali branche del diritto privato, prima del 1942 trovava la sua disciplina in un apposito testo, il codice di commercio, emanato nel 1882. Per motivazioni storiche che sarebbe impossibile riasumere nella presente sede, il settore commerciale, e cioè la disciplina dei commercianti e dei contratti da questi conclusi con altri commercianti o con privati (i cc.dd. *atti di commercio*), è stata per molti anni sottoposta a regole diverse da quelle applicabili ai rapporti tra privati non commercianti: regole finalizzate a garantire maggiore sicurezza nei traffici, laddove le norme di diritto privato perseguivano principalmente l'obiettivo di tutelare la proprietà e l'intangibilità delle sfere private. Peraltro le norme di diritto commerciale erano di derivazione consuetudinaria, nel senso che esse trovavano la loro principale fonte negli *usi di commercio*.

Il codice del 1942, riunificando diritto privato e diritto commerciale, ha anche sancito la fine di un regime differenziato tra atti privati e atti di commercio.

Peraltro la possibilità che le norme di diritto privato, soprattutto nel campo contrattuale, possano ispirarsi a principi differenti a seconda della qualità rivestita dal soggetto implicato nel conflitto regolato dalla norma, oggi è riemersa con la introduzione nel nostro ordinamento di regole poste a tutela del *consumatore*, e cioè di colui che nel contratto non agisce per la soddisfazione di un interesse professionale. I consumatori, infatti, sono destinatari di particolari forme di tutela che li garantiscono in quanto parti deboli. In tal modo, invero, il legislatore si fa carico anche di assicurare il corretto funzionamento dei mercati.

7. L'efficacia delle norme giuridiche

L'efficacia delle norme giuridiche incontra limiti di tipo temporale e spaziale. Sotto il primo profilo è proprio l'ordinamento a stabilire il momento dal quale

una disposizione inizia ad avere efficacia. Le leggi ordinarie, ad esempio, producono effetti dopo quindici giorni dalla loro pubblicazione sulla gazzetta ufficiale, che è edita a cura dell'amministrazione statale. Tale termine di quindici giorni viene detto *vacatio legis* e il suo decorso dovrebbe consentire la conoscenza della norma da parte dei cittadini, al fine di metterli in condizione di osservarla.

La durata della *vacatio legis* può essere abbreviata o prolungata in virtù di una scelta discrezionale del legislatore: in altre parole ogni legge può anche stabilire quale sia il momento in cui acquista efficacia. Le motivazioni che giustificano la modifica della *vacatio* possono essere molteplici. Ad esempio una norma che disciplina una questione particolarmente seria può entrare in vigore subito: ed infatti i decreti legge, che sono emanati soltanto in casi di necessità e di urgenza, entrano di norma in vigore il giorno successivo alla pubblicazione.

Quando una norma perde efficacia si dice che viene *abrogata*. L'abrogazione può riguardare un'intera legge o una sola parte di essa. Può essere *espressa*, quando una norma esplicitamente priva di efficacia una disposizione precedente. Può essere invece *tacita*, allorché la nuova norma abbia un contenuto incompatibile con quello di norme precedenti, o quando disciplina nuovamente l'intera materia. L'abrogazione, sia espressa che tacita, deve essere disposta da una fonte che occupa, nella gerarchia, una posizione analoga o superiore rispetto a quella che ha posto in essere la norma abrogata: in caso contrario, infatti, il contrasto sarebbe sanzionato con l'illegittimità della nuova disposizione.

In definitiva può dirsi che nel contrasto tra norme di pari grado, quella posteriore prevale sempre su quella anteriore, determinandone la caducazione (art. 15 disp. prel. c.c.). Il contrasto tra norme di grado differente è invece risolto dal principio gerarchico.

Altra ipotesi di abrogazione è costituita dal *referendum abrogativo*, disciplinato dall'art. 75 Cost.

Anche la declaratoria di incostituzionalità di una legge o l'annullamento di un regolamento comportano l'eliminazione dall'ordinamento di una norma: ma in tali casi, a differenza di quanto accade con l'abrogazione, la norma perde efficacia retroattivamente (*ex tunc*), come se non fosse mai stata posta in essere.

Quando una nuova disposizione entra in vigore, sostituendosi ad una anteriore, si pone un problema di regolazione dei rapporti nati sotto la vigenza della precedente norma. Si pensi al caso in cui un contratto prima considerato lecito, venga successivamente vietato: quale sarà la sorte dei contratti validamente stipulati sotto la vigenza della precedente normativa? Le disposizioni che disciplinano tali aspetti sono dette di *diritto transitorio*. Spesso è proprio il legislatore a regolare il passaggio dall'uno all'altro regime. In mancanza di tali previsioni, bisogna invece far ricorso al principio generale secondo cui la legge è normalmente irretroattiva (art. 11 disp. prel. c.c.), sicché non può che disciplinare i rapporti futuri e non quelli già sorti sotto la vigenza della precedente norma. Tale principio fa dunque salvi i cc.dd. *diritti quesiti*.