

Pasquale Stanzone

# Manuale di diritto privato

QUINTA EDIZIONE



**Giappichelli**

PARTE I  
L'ORDINAMENTO GIURIDICO



## CAPITOLO 1

# L'ORDINAMENTO GIURIDICO E LE NORME

SOMMARIO: 1. L'ordinamento giuridico e i caratteri delle norme. – 2. Gli strumenti di attuazione della norma. – 3. L'applicazione degli strumenti di attuazione del precetto e il principio di legalità. – 4. Norme a contenuto non precettivo. La funzione promozionale del diritto. – 5. La derogabilità della previsione normativa. Le norme speciali e le norme eccezionali. – 6. Le clausole generali e la certezza del diritto. – 7. Diritto pubblico e diritto privato: le branche del diritto. – 8. Unitarietà dell'ordinamento.

### 1. *L'ordinamento giuridico e i caratteri delle norme*

Ogni gruppo di persone organizzato, e cioè ogni società, al fine di assicurare la pacifica convivenza e l'ordinato svolgimento delle relazioni interindividuali, si dà delle regole di comportamento che vincolano tutti i consociati. Tali regole sono espresse, in genere, attraverso precetti, vale a dire attraverso comandi che impongono a chiunque si trovi in una particolare situazione di comportarsi in un determinato modo, e che stabiliscono altresì, per il caso in cui il precetto normativo sia violato, una serie di conseguenze che possono anche consistere in vere e proprie sanzioni.

Precetti

I precetti in questione si definiscono *norme*. Essi, per la maggior parte, sono, almeno nella nostra tradizione giuridica, posti da una o più autorità titolari appunto di potere normativo, e sono rivolti a tutti i cittadini, sicché sono dotati del carattere della *generalità*, in ciò distinguendosi da altri comandi, quali quelli che promanano dalle sentenze o dagli atti amministrativi, che sono, invece, normalmente rivolti ad uno o più soggetti determinati.

Norme

Proprio perché indirizzate a tutti i consociati, le norme sono, sotto il profilo del contenuto, individuate da regole o proposizioni *astratte*: chiunque si trovi, infatti, nella situazione prevista dalla disposizione normativa deve comportarsi secondo quanto da essa prescritto o deve soggiacere alle conseguenze in essa contemplate. Da ciò consegue che la norma è, in ipotesi, passibile di essere applicata un numero indefinito di volte, e cioè tutte le volte che si verifichi, in concreto, il caso o, come si

Caratteristiche della norma

suol dire, la *fattispecie astratta* in essa disciplinata. Un esempio può forse aiutare a chiarire questo facile concetto. L'art. 2043 c.c. stabilisce che chiunque leda un diritto di un altro soggetto provocandogli un danno è tenuto a risarcire i danni cagionati. Tale proposizione, così come riassunta in modo peraltro incompleto, costituisce la regola. Essa, infatti, impone a tutti i cittadini di non ledere i diritti altrui e, nel caso di violazione, sancisce la conseguenza risarcitoria a carico di chiunque commetta l'atto lesivo (*generalità*), e tutte le volte che tale atto venga commesso (*astrattezza*). Siffatta previsione normativa, proprio per i suoi caratteri di generalità e astrattezza, viene definita, come già accennato, *fattispecie astratta*; se, poi effettivamente, una persona ponga in essere un atto col quale leda i diritti altrui, restando assoggettato alla conseguenza prevista dalla norma, il suo gesto viene definito fattispecie concreta.

I caratteri in esame – e cioè, appunto, quelli della generalità e dell'astrattezza – distinguono i precetti normativi da altri tipi di precetto, come ad esempio quelli derivanti da sentenza o da atto amministrativo, che, di norma, riguardano fattispecie specifiche e ben individuate: ad esempio, l'atto col quale la pubblica amministrazione, per realizzare un'opera pubblica (una strada, una scuola, ecc.) espropria determinati beni di proprietà di un altro soggetto, si riferisce ad una persona specifica (il titolare, appunto, dei beni oggetto di espropriazione, alla quale l'atto è diretto); allo stesso modo, la sentenza del giudice che condanni un soggetto a pagare una determinata somma è anch'essa riferita ad una persona particolare. In entrambi i casi, il comando promanante dall'atto amministrativo e dalla sentenza – che, correlativamente, impone un obbligo di comportamento a carico del destinatario – vincola solamente le persone indicate nell'atto ed è passibile di essere applicato, una sola volta, unicamente a loro riguardo. Peraltro, non tutti gli atti amministrativi hanno contenuto specifico: esistono atti amministrativi (e cioè atti promananti dalla pubblica amministrazione, la quale è costituita da quegli enti incaricati di attuare interessi di tipo generale), che sono dotati dei caratteri della generalità e dell'astrattezza e che impongono vere e proprie norme: tali sono i c.d. regolamenti che, infatti, proprio perché pongono in essere norme giuridiche, sono considerati fonti del diritto (v. paragrafi successivi).

## 2. *Gli strumenti di attuazione della norma*

Di regola, il precetto sancito 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 ad indurre comunque lo spontaneo rispetto di quest'ultima. Essi sono costituiti:

a) *dalla pena o dalla sanzione*, e cioè dalla minaccia di una privazione da infliggere a colui che violi i precetti della norma. Essa può consistere nella privazione di una libertà personale: ad esempio, la libertà di movimento del soggetto cui è comminata (come nel caso della detenzione), ovvero la libertà di intraprendere determinate attività lavorative o anche di concludere validi contratti con altri soggetti privati (v. l'istituto della *interdizione legale* di cui si tratterà nei prossimi paragrafi). Può poi essere data da una *sanzione pecuniaria* e cioè dalla inflizione dell'obbligo di pagare una somma di danaro.

Di regola, le pene devono essere scontate in favore dello Stato o di un'autorità pubblica e sono comminate quando la norma di comportamento violata sia posta a tutela di interessi considerati di rilievo generale.

Strumenti di  
attuazione della  
norma

Anche nel campo del diritto privato, che come vedremo disciplina i rapporti tra soggetti privati, sono previsti strumenti di attuazione della norma. Essi non seguono lo schema della pena da pagare in favore dello Stato o di altra autorità pubblica perché, di regola, le norme che li prevedono non coinvolgono interessi di tipo generale. Essi sono costituiti:

a) *dall'invalidità*, che priva di efficacia i contratti o gli atti di autonomia che sono assunti dai consociati in violazione di precetti normativi;

b) *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. È ad esempio il caso della tutela del possesso. Il possesso, come si illustrerà più compiutamente di seguito, è costituito dall'esercizio di un diritto: chi esercita, ad esempio, il diritto di proprietà e cioè si comporta come proprietario di un determinato bene, è possessore di quel diritto. Nessuno può arbitrariamente turbare il possesso altrui: questa è una regola di comportamento e, dunque, una norma giuridica. Se taluno, violando il precetto, sottragga il bene al suo legittimo possessore o comunque arrechi molestie allo stesso, in presenza di determinate condizioni stabilite dal codice, ha l'obbligo di reintegrare il soggetto leso nella sua situazione precedente. In tal caso, lo strumento di attuazione del comando di legge è costituito da una misura reintegratoria;

c) *da strumenti risarcitori*. Quando non è possibile il ripristino, l'autore dell'azione illecita è obbligato a riparare, con una somma di danaro e dunque per equivalente, tutti i pregiudizi (e cioè tutti i danni, di

qualunque genere) provocati al soggetto leso. L'impossibilità del ripristino può essere di tipo materiale, quando non è più possibile fisicamente ricostituire lo *status quo ante*, ovvero di tipo giuridico, quando l'ordinamento vieta che l'attuazione del precetto sia garantita da una misura ricostruttiva e impone, invece, una riparazione per equivalente dell'interesse leso dal comportamento contrario alla norma;

d) *dalle pene private*: è possibile che una pena pecuniaria debba essere espiata a vantaggio di un soggetto privato – di norma il soggetto leso dal comportamento illecito altrui – piuttosto che dello Stato: in tal caso, essa viene, appunto, definita *pena privata*. Nel diritto romano, ad esempio, la commissione di un illecito civile comportava risarcimenti pari al doppio ovvero al triplo o al quadruplo del danno provocato al soggetto leso e, dunque, assolveva a funzione eminentemente penale. Il concetto di danno punitivo (*punitive damages*) è, inoltre, ampiamente diffuso nella cultura giuridica anglosassone. Nel nostro ordinamento, un esempio può essere dato dal risarcimento dei c.d. *danni morali* (art. 2059 c.c.): quando la lesione di un interesse privato è particolarmente grave e lede interessi meritevoli di speciale tutela, l'ordinamento impone, a chi li ha lesi, non solo di riparare il danno – e cioè di ricostituire la situazione patrimoniale del soggetto offeso così com'essa era prima dell'illecito – ma anche di risarcire ulteriori danni detti morali, con i quali si attua una sanzione a carico dell'autore dell'illecito medesimo.

Norme  
imperfette

La sanzione e ogni strumento di attuazione del precetto sancito dalla norma contribuiscono a completare il dettato normativo. Essi sono dettati da disposizioni che si definiscono *secondarie* perché la loro efficacia è subordinata alla presenza di una disposizione *primaria*, appunto il comando, dalla cui violazione discende l'applicazione della sanzione medesima. Secondo la dottrina, possono poi esistere anche norme che, pur imponendo un precetto, non sono tuttavia assistite da alcuna sanzione: esse, proprio per questo motivo, sono dette *norme imperfette*.

In quanto assistita da una sanzione, la norma assume i caratteri della *giuridicità* e si distingue da altri tipi di norme (come quella morale o religiosa), il rispetto delle quali è invece garantito da altri strumenti, quali ad esempio la riprovazione sociale o la pena spirituale. Ciò peraltro non vuol dire necessariamente che le regole non giuridiche siano assistite da un corredo di sanzioni dotato di un minor grado di efficienza. Basti al riguardo evidenziare che, in determinati ambienti (si pensi ad alcuni settori economici o professionali) e in determinate civiltà giuridiche (quale ancora oggi quella orientale), la riprovazione morale o il discredito sociale vengono percepiti dai cittadini come sanzioni molto gravi, anche per le ulteriori conseguenze che esse possono comportare, come ad esempio l'esclusione dagli ambienti nei

quali il cittadino medesimo svolge la propria attività lavorativa o coltiva i propri interessi di tipo esistenziale.

### 3. *L'applicazione degli strumenti di attuazione del precetto e il principio di legalità*

L'applicazione della sanzione o degli effetti giuridici previsti da una norma viene garantita attraverso un atto che si chiama *sentenza*. Esso, nelle esperienze giuridiche occidentali, è adottato da soggetti che compongono un corpo o un potere autonomo: i giudici. La sentenza rappresenta l'applicazione, al caso concreto, delle conseguenze che la legge riconnette alla fattispecie astratta. Essa, dunque, dal punto di vista sia logico che cronologico, segue la disposizione normativa: costituisce, infatti, una sua mera attuazione. Ciò significa che la sentenza, almeno in via di principio, applica una regola che è ad essa preesistente; significa, in altre parole, che i giudici non creano la norma ma si limitano ad attuarla. In ciò consiste quello che viene normalmente definito *principio di legalità*. Tale principio non è però assoluto. L'applicazione di una norma presuppone infatti la sua interpretazione (v. paragrafi successivi): in tale attività ermeneutica, a volte, il giudice è influenzato da una serie di fattori (la sua formazione culturale ad esempio) che possono condurre, e spesso conducono, a risultati concreti diversi da quelli previsti dall'autorità che ha posto la regola.

Sentenza

In alcuni casi, poi, i giudici possono essere chiamati a giudicare secondo *equità*, e cioè ad applicare, al caso concreto, una regola che non è sancita, con lo strumento della fattispecie astratta, da una norma preesistente, ma che essi stessi creano proprio per quel particolare caso. Ciò però non significa che il principio di legalità sia, in tali ipotesi, del tutto superato. Infatti, anche quando giudicano secondo equità, i giudici non possono violare i principi desumibili dalle norme fondamentali vigenti.

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

Diritto oggettivo

Normalmente un insieme di norme che regolano un particolare argomento è 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*.



#### 4. *Norme a contenuto non precettivo. La funzione promozionale del diritto*

Non tutte le norme che concorrono a formare l'ordinamento rispecchiano però la definizione che è stata data e che, peraltro, risponde ad una risalente tradizione giuridica. E invero, non tutte le norme disciplinano i comportamenti umani e dunque pongono 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.

Norme  
definitorie

Altre disposizioni hanno, poi, un contenuto semplicemente *definitorio*, in quanto costituiscono esplicitazione di un termine utilizzato in altre disposizioni. L'art. 1470 c.c., ad esempio, definisce la compravendita come il «*contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo*». Esso non impone, direttamente, alcun precetto ma si limita a definire la funzione di quel particolare contratto denominato compravendita. Le *norme definitive* concorrono però alla individuazione del contenuto di altri precetti che presuppongono il concetto da esse definito. Ad esempio, l'art. 1476 c.c. elenca e sancisce gli obblighi posti a carico del venditore (che sono, in sostanza, quello di consegnare la cosa venduta o far in modo che il compratore ne acquisisca il diritto, nonché di garantirne la mancanza di vizi e di diritti altrui): tali obblighi gravano su chi ponga in essere, appunto come venditore, il contratto di compravendita descritto dall'art. 1470 c.c.; il quale, dunque, con la sua definizione, contribuisce ad integrare il precetto posto dall'art. 1476 c.c.

In altri casi, 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, ciascun individuo può disporre, con 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 (art. 587 c.c.). 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 è comunque rispettato, nel senso che anche in tale ipotesi vengono riconosciute alla verifica di un fatto previsto dalla fattispecie astratta (nella specie il testamento) delle conseguenze giuridiche, anche se non di tipo sanzionatorio.

Distinzione tra  
norme

Proprio per evidenziare il diverso contenuto e significato che può assumere una norma, si può, dunque, ancora attribuire valore alla di-

stinzione 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. Funzione ancora diversa può essere, inoltre, assegnata alle norme costituenti il c.d. *diritto premiale*, che, anziché punire l'inosservante, premiano chi rispetta la legge o, in alcuni casi, chi semplicemente ammetta di averla violata. Ad esempio, le norme che consentono il c.d. *condono fiscale*.

Diritto premiale

In effetti, da ormai diversi decenni, il nostro ordinamento – come, in generale, quelli occidentali – ha fatto registrare l'introduzione di disposizioni normative a contenuto positivo. Ciò è soprattutto dovuto al temperamento che, appunto nell'esperienza occidentale, l'idea liberale ha subito ad opera di concezioni politiche a contenuto più o meno marcatamente sociale.

In effetti, l'idea classica di stampo liberale, di cui il moderno concetto di norma giuridica e di ordinamento è pur sempre figlio, assegnava allo Stato solamente talune funzioni di salvaguardia dell'ordine pubblico (interno e internazionale): in tale ottica, tutti i comportamenti che non fossero contrastanti con la descritta esigenza venivano considerati leciti e ammessi. In altre parole, secondo tale teoria, ciò che non è vietato è da ritenere permesso. Dunque, l'ordinamento conosce solo due paradigmi normativi: il divieto (che è eccezionale) e la libertà (che è, invece, la regola: da cui appunto la denominazione *liberale* dell'ideale in esame). Tale concezione, negli ultimi decenni, è stata però modificata da una diversa impostazione di tipo sociale che non è fondata sul solo binomio libertà\divieto, ma che utilizza le norme giuridiche al fine di *promuovere* l'effettivo acquisto ed esercizio dei diritti da parte dei cittadini. Di fondamentale rilievo, in tale ottica, è ad esempio la previsione dell'art. 3, 2° comma, Cost., secondo cui «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Tale disposizione evidenzia come all'ordinamento sia oggi assegnata una funzione anche *promozionale*: le norme sono utilizzate non solo in funzione di divieto di comportamenti ritenuti contrastanti con le esigenze di garanzia dell'ordine pubblico, ma come strumento per attribuire ai cittadini *diritti a contenuto positivo*, finalizzati al raggiungimento degli obiettivi di eguaglianza sostanziale e di effettiva libertà. L'ordinamento sociale persegue, dunque, una funzione che è, altresì, *promozionale*; il che determina che il contenuto delle disposizioni normative, da negativo (fondato cioè sul divieto), può tramutarsi anche in positivo e cioè può essere costituito da una specifica posizione di diritto del cittadino rispetto a prestazioni e riconoscimenti di prerogative, finalizzate al raggiungimen-

to degli obiettivi sociali riassunti dalla previsione costituzionale sopra riportata.

### 5. La derogabilità della previsione normativa. Le norme speciali e le norme eccezionali

Tutti i tipi di norma indicati sono pur sempre disposizioni normative, atteso che partecipano della più generale funzione che l'ordinamento persegue, e cioè la regolazione 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 che sorgono o che potrebbero sorgere tra privati cittadini, e che riguardano determinati beni della vita. Data la scarsità di tali beni, è possibile che tra due o più cittadini possa sorgere un conflitto a riguardo di chi possa soddisfare il proprio interesse. Il diritto privato, con le sue regole e con il suo principale strumento, che vedremo essere il rapporto giuridico, risolve tali contrapposizioni, stabilendo chi (e in quali termini) si trovi nella condizione di poter realizzare l'interesse in questione.

Norme  
derogabili

Peraltro il nostro ordinamento giuridico, come tutti gli altri, non esclude che il conflitto tra privati possa essere regolato autonomamente dagli stessi interessati. 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, o *suppletiva*, quando la regola è lasciata alla libera determinazione dei soggetti titolari degli interessi, e l'ordinamento provvede solamente, in via appunto di supplenza, se la regola privata manchi.

Norme cogenti

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.

Norme generali,  
speciali,  
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 rivestono la qualità di imprenditore commerciale non piccolo, e dunque sono norme speciali. Tali norme sono pur sempre dotate del carattere della

generalità e astrattezza, nel senso che si applicano a *tutti gli imprenditori insolventi*, e non dunque a soggetti ben individuati.

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

Le norme sono infine *eccezionali* quando il loro contenuto si ispira ad un principio contrastante con quello generale che è sotteso a tutte le altre norme 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 norma eccezionale. Le norme eccezionali sono assoggettate ad un particolare regime: ad esempio sono applicabili nei soli casi previsti dalla legge.

## 6. Le clausole generali e la certezza del diritto

Si è già evidenziato che le norme sono costituite da fattispecie astratte cui sono ricondotte conseguenze giuridiche. Esse, ad esempio, impongono una regola di comportamento ai cittadini, e sanciscono la sanzione, cioè la punizione in ipotesi di inosservanza. La tecnica con la quale viene redatta una norma è generalmente di tipo *casistico o regolamentare*; la disposizione, infatti, individua e prevede, in modo più o meno analitico, la fattispecie astratta, descrivendo specifici fatti o comportamenti cui sono riconnesse le conseguenze giuridiche. Tale tecnica chiaramente costituisce un vincolo per il giudice, il quale, se nel caso concreto manchi uno o più presupposti previsti dalla fattispecie astratta, non potrà evidentemente applicare la norma e far dunque discendere le conseguenze da essa contemplate.

Il legislatore moderno utilizza però anche una diversa tecnica di redazione delle norme, quella c.d. delle *clausole generali*. È bene subito chiarire che anche tali clausole regolano fattispecie astratte, che però non sono dettagliatamente precisate dal legislatore, ma sono in un certo senso incomplete, perché hanno un contenuto generico che deve essere specificato, 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

Tecnica di  
redazione della  
norma

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 vieta una serie di contratti attraverso delle norme imperative che ne stabiliscono la nullità. Esso però sancisce la nullità anche 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 che potrebbe considerarsi 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 nocciolo normativo che vincola l'interprete. 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 però *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 possono ad essa attribuirsi. In senso oggettivo e tradizionale essa significa 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 da una norma ad un suo comportamento, invocando la mancata conoscenza della disposizione. Dal che naturalmente deriva la necessità di sancire, 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 già sopra si è fatto riferimento.

Ma il possibile contrasto tra la tecnica delle clausole generali e la 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 ricava comunque da principi e 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 può 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, al quale una risposta normativa deve sempre essere data.

## 7. *Diritto pubblico e diritto privato: le branche del diritto*

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, per un verso, la costituzione e il funzionamento degli enti pubblici, e, per l'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 che perseguono interessi pubblici. Tali enti sono autorizzati ad esercitare, nell'ambito delle loro competenze, poteri autoritativi nei confronti dei privati, e sono dunque posti, 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 soli gli interessi lesi, cosa che è invece preclusa ai privati. Se, per esempio, un terreno di proprietà di un Comune viene occupato illegittimamente da un privato, l'amministrazione può disporne 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 e autoritativo degli enti pubblici, al fine di garantire la posizione dei privati.

Norme di  
diritto privato

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, una 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. Ed occorre avvertire che tali attività possono essere esercitate anche in sostituzione di atti autoritativi: in altre parole l'amministrazione può realizzare, attraverso strumenti privatistici, i medesimi risultati perseguibili con i propri atti amministrativi. Può per esempio comprare, al fine di destinarli alla pubblica utilità, beni che potrebbero essere oggetto di espropriazione.

Peraltro, la tendenziale disparità di posizione tra Amministrazione pubblica e privato cittadino ha subito, recentemente, una consistente attenuazione in conseguenza dell'imposizione, a carico della prima, di obblighi di informazione e di audizione del soggetto interessato dai suoi provvedimenti. In pratica, il privato, che viene coinvolto dagli effetti del provvedimento amministrativo, deve essere messo in condizione di conoscere l'avvio del relativo procedimento, sì da potervi partecipare attivamente. Ciò ha determinato ricadute sulla complessiva considerazione del rapporto tra P.A. e privato cittadino, non più valutato in termini gerarchici bensì quale relazione tra due soggetti tendenzialmente eguali, ma titolari di interessi, l'uno pubblico e l'altro privato, che si confrontano e che possono anche prevalere l'uno sull'altro.

Inoltre, se non può dirsi che sia più corrispondente al vero l'affermazione secondo cui l'amministrazione pubblica è posta in condizione di superiorità gerarchica rispetto al privato cittadino, è, allo stesso modo, vero che i privati non sono sempre, tra loro, in posizione di parità. Molte disposizioni, proprio per l'attuazione di quella funzione promozionale cui sopra si è fatto riferimento, attribuiscono ad alcuni soggetti

diritti e prerogative speciali rispetto a quelle di altri privati. Ad esempio, l'ordinamento, al fine di riequilibrare il rapporto esistente tra professionista e consumatore, attribuisce a quest'ultimo una serie di diritti che il professionista invece non ha: il consumatore (soltanto) ha, così, diritto ad avere particolari informazioni; ha diritto di recedere, ad alcune condizioni, dai contratti stipulati col professionista. La tutela dei consumatori, in sostanza, è espressione di un diritto formalmente diseguale che tende a rimettere in equilibrio un rapporto che, nella realtà economica, è squilibrato a favore del professionista.

Per completezza di esposizione occorre dunque 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).

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 da far luogo a 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*.

Branche del  
diritto pubblico

## 8. Unitarietà dell'ordinamento

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.



Impostazione  
ideologica

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. Secondo tale concezione, infatti, il ruolo dello Stato doveva limitarsi soltanto a garantire il mantenimento dell'ordine pubblico interno ed internazionale, doveva ridursi, in altri termini, principalmente all'esercizio delle funzioni di polizia e di difesa. Esso non poteva, se non in casi eccezionali, toccare gli interessi dei privati e soprattutto il diritto fondamentale ad essi riconosciuto, e cioè la proprietà privata. In tale contesto, i concetti di supremazia del diritto privato, di residualità e limitazione del campo di applicazione del diritto pubblico, e soprattutto di distinzione tra pubblico e privato, erano strumentali alla realizzazione del modello sociale e statale dell'epoca: la divisione tra le due branche del diritto garantiva, in altre parole, l'intangibilità degli interessi dei privati, l'assoluta separazione tra interesse dello stato e interesse dei proprietari. E tale garanzia venne, dal punto di vista della filosofia politica, esaltata dall'idea che l'intera organizzazione sociale fosse in effetti stata fondata in forza del più tipico degli accordi privatistici: il *contratto sociale*, come ben sa chi ha letto la fondamentale opera di Rousseau.

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 i rapporti di forza tra diritto pubblico e diritto privato, a favore del primo ed a scapito del secondo. Si è così 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, così, realizzato un effetto redistributivo (si pensi alla legislazione delle locazioni ad uso abitativo).

D'altro canto, anche dal punto di vista degli strumenti 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.

Neoliberismo

Recentemente, invero, a seguito di scelte politiche adottate soprattutto in campo europeo, l'invasione del diritto pubblico nella sfera del privato sembra oggetto di un fenomeno di ritrazione. Il neoliberismo di mercato, che ha preso il posto della tecnica della programmazione eco-

nomica, ha determinato una riduzione dell'intervento pubblico nell'economia, nella convinzione che il mercato, se regolato in modo da impedirne i cosiddetti fallimenti, ha la capacità di assicurare, da sé e senza necessità di compromettere l'iniziativa privata, anche alcune delle esigenze di crescita economica e sociale perseguite da enti o imprese pubbliche. E, per dare soltanto un esempio di tale fenomeno di ritrazione, basti pensare alla stagione delle privatizzazioni che ha di fatto smantellato gran parte dell'intervento statale nell'economia.

Ma ciò nonostante, 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.

Ma non sono nemmeno gli interessi, pubblici o privati, perseguiti dalle rispettive norme, a fondare la distinzione. Basti pensare che, con l'entrata in vigore della Costituzione, gli interessi fondamentali dell'ordinamento non sono più soltanto quelli della difesa o dell'ordine interno, ma anche quelli di promozione e sviluppo della persona umana, la quale è posta al centro della regolazione sia pubblicistica che privatistica, costituendo dunque l'elemento unificatore dell'ordinamento. Il diritto privato non è più soltanto la sede della regolazione dei rapporti patrimoniali, ma anche quello della tutela e dello sviluppo degli interessi esistenziali, che lo Stato si fa carico di promuovere, anche contro la consuetudine e le differenti convinzioni culturali dei consociati.

La c.d. *funzione promozionale del diritto* – cui si è già sopra accennato – sta, pertanto, a confermare che l'ordinamento si fa carico di perseguire anche interessi di alcune categorie di privati, che spesso vengono poste in una posizione di miglior trattamento. Ciò fa chiaramente capire che l'osservazione secondo la quale, nel diritto privato, a differenza di quello pubblico, i soggetti sono in posizione di parità ed eguaglianza formale, non è sempre vera.

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.

## CAPITOLO 2

# LE FONTI DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. La pluralità delle fonti del diritto e il principio di gerarchia. – 2. Le fonti interne. – 3. Le fonti comunitarie. – 4. Le fonti secondarie. – 5. La consuetudine. – 6. Le cc.dd. *fonti indirette*: la giurisprudenza, le *authorities* e la dottrina. – 7. Il codice civile. – 8. L'efficacia delle norme giuridiche. – 9. Interpretazione, creazione della norma e principio di legalità. – 10. Il procedimento interpretativo e i risultati dell'interpretazione. – 11. Gli strumenti interpretativi. – 12. Ragionevolezza e analisi economica del diritto. – 13. L'interpretazione autentica. – 14. L'analogia.

### 1. *La pluralità delle fonti del diritto e il principio di gerarchia*

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 la 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, 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*.