

Giovanni Iorio

Corso di Diritto privato



QUINTA EDIZIONE



Giappichelli



Parte prima

LINGUAGGIO E STRUMENTI DEL DIRITTO PRIVATO

Capitolo 1

IL DIRITTO E LA NORMA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. La definizione di diritto. L'ordinamento giuridico. – 1.1. La legittimazione del diritto. – 2. Il diritto ed il suo carattere coercitivo, la morale, il costume e la religione. Il diritto naturale. – 3. La norma giuridica: il carattere della generalità ed astrattezza. Il principio di eguaglianza. – 4. Norme giuridiche imperative (o inderogabili) e norme giuridiche dispositive (o derogabili). – 5. La struttura della norma giuridica: (a) la norma-regola. – 5.1. (b) La norma-sanzione. – 5.2. (c) La norma che contiene la previsione di determinati effetti legali al verificarsi di certe situazioni. – 6. Diritto privato e diritto pubblico: la distinzione. – 6.1. Le varie branche del diritto. – 6.2. Il diritto privato come “diritto comune”.

1. La definizione di diritto. L'ordinamento giuridico.

Il diritto è l'insieme delle regole (norme giuridiche) per la soluzione dei conflitti che insorgono o possono insorgere fra gli uomini. Esso, dunque, stabilisce quale interesse, in un determinato contesto, debba prevalere e sia degno di protezione e quale interesse, invece, debba soccombere.

Così definito, il diritto costituisce lo specchio (*ubi societas ibi ius*) di un elemento storicamente costante della convivenza umana: la perenne contesa. Si pensi, ad esempio, ai conflitti per l'appropriazione delle risorse, a quelli per la distribuzione della ricchezza prodotta, per porsi alla guida della comunità, a quelli che si rinvengono nel nucleo familiare, nei rapporti di vicinato.

La **funzione del diritto** è proprio quella di dirimere le controversie fra gli uomini, impedendo che quest'ultimi affermino, senza regole e con l'uso della forza, i propri interessi.

Esempio. Si verifica un incidente, presso un incrocio stradale, fra un automobilista ed un motociclista. Quest'ultimo è passato quando il semaforo segnalava il rosso, mentre il primo transitava quando era segnalato il verde. Entrambi pretendono di avere ragione ed esigono il risarcimento del danno. Chi prevale? Chi farà la voce più grossa e userà la forza? È il diritto a risolvere il conflitto fra i litiganti: una norma stabilisce che chi ha di fronte il segnale verde è abilitato a transitare; chi, invece, ha di fronte il segnale rosso si deve fermare. Fra i due interessi a transitare prevale quello dell'automobilista: cosicché quest'ultimo avrà diritto al risarcimento del danno, anche contro la volontà del motociclista (carattere coercitivo del diritto: § 2).

Si abbia riguardo, ora, non soltanto alla singola norma che si occupa di regolare il diritto di transito agli incroci stradali. Si consideri, nel suo complesso, l'intero Codice della strada, composto da tante norme giuridiche: ci si accorgerà che con esso il legislatore ha inteso affermare alcuni interessi, come quello della sicurezza sulle strade, della tutela dei pedoni, del coordinamento del traffico.

Non ci si accontenti di questo: si considerino, più ampiamente, le norme giuridiche vigenti in Italia (quelle, cioè, create dalle fonti del diritto: Cap. 2): la Costituzione, le leggi statali, i decreti, le leggi regionali, i regolamenti, e così via. Tutte le norme giuridiche compongono, nel complesso, l'**ordinamento (o sistema) giuridico italiano** (altro sinonimo è **diritto oggettivo**).

La visione d'insieme dell'ordinamento giuridico italiano (cosa non facile, ovviamente, giacché comporta una certa dimestichezza con lo studio del diritto), fa emergere come la nostra società tenda ad affermare un dato modello di ordinata convivenza fra gli uomini.

Solo per limitarsi a qualche cenno, nell'ordinamento emerge il carattere democratico della Repubblica fondata sul lavoro (art. 1, 1° co., Cost.); la Repubblica, inoltre, riconosce e tutela i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui vive e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, sociale ed economica (art. 2 Cost.). Il nostro ordinamento, ancora, è fondato sul rispetto della dignità umana ed è ispirato ai principî di libertà e di eguaglianza, validi per chiunque si trovi a vivere nel territorio italiano (art. 3 Cost.).

Si sono citati alcuni principî della Costituzione, che è la fonte del diritto più importante nel nostro ordinamento (§ 10), cui devono conformarsi le altre norme gerarchicamente subordinate (§ 10.1).

Lo studio del sistema è importante non solo perché, in tal modo, risulta possibile cogliere le linee di fondo, i valori esistenti nella società in un dato momento storico.

Vi è di più. Quando si interpreta una singola norma giuridica, occorre tenere in considerazione l'ordinamento giuridico: si vedrà, infatti, come sia lo stesso legislatore ad imporre un'interpretazione "sistematica" delle norme giuridiche (§ 24). Il senso di una norma, in sostanza, si comprende qualora non si abbia una visione parziale del sistema.

Sotto un altro aspetto, poi, la protezione di un interesse è affidata di sovente non ad una singola norma ma ad una serie di norme collegate fra loro (§§ 5 ss.): ancora una volta occorre considerare il sistema al fine di individuare quale interesse sia tutelato. Talvolta il collegamento risulta più stretto in quanto alcune norme giuridiche concorrono a disciplinare una stessa materia: queste norme compongono un **istituto** (cosicché, nell'ambito del diritto privato, si ha l'istituto dell'usucapione, della proprietà, del contratto).

Infine, la lesione di un interesse tutelato dal diritto fa nascere l'esigenza di applicare altre norme con cui si reagisce alla lesione stessa: il che, dunque, pone l'interprete di fronte alla necessità di collegare sistematicamente le norme primarie con le norme secondarie (§§ 5 ss.).

L'ordinamento giuridico non è fisso, ma mutevole nel tempo e nello spazio. È fa-

cile verificare, infatti, come ogni ordinamento sia storicamente soggetto a profondi cambiamenti (anche se una matrice comune, almeno per il diritto continentale europeo, si rinviene nel diritto romano); inoltre, ogni società nazionale ha un proprio ordinamento giuridico, ancorché oggi occorra prendere atto della creazione di ordinamenti giuridici sovranazionali (sull'Unione europea § 11).

1.1. *La legittimazione del diritto.*

Il diritto, lo si è appena visto, ha la funzione di dirimere le controversie fra gli uomini attraverso norme che, nel complesso, compongono l'ordinamento giuridico.

Un fondamentale passaggio, nello studio delle nozioni preliminari del diritto, è il seguente: chi pone le norme giuridiche?

Nel 1600 (era il tempo delle monarchie assolute), Thomas Hobbes definiva il diritto come "ciò che il sovrano comanda": per il filosofo il consenso delle persone al potere del sovrano nasceva essenzialmente dal desiderio dell'uomo di sottoporsi ad un'autorità, pur di trovare la garanzia dell'ordine e della pace sociale (contro "la guerra di tutti contro tutti", diceva Hobbes).

Da un lato, dunque, il diritto veniva inteso come potere formale di cui era investito il sovrano; dall'altro il diritto veniva legittimato dal desiderio dei consociati di avere una difesa contro la violenza generalizzata.

La questione della **legittimazione** dell'**autorità** si ripete costantemente nella Storia. Si pensi ai regimi totalitari: qui campeggia l'autorità ed il consenso all'esercizio del potere sovrano viene ridotto al minimo, se non eliminato.

Nella nostra società democratica, invece, il diritto viene legittimato dal consenso sociale, chiamato a determinare la composizione degli organi che lo creano (i quali rappresentano il volto formale del diritto). Il diritto, in sostanza, è posto da assemblee elette a suffragio universale e chiamate ad essere rinnovate periodicamente.

Jean Jacques Rousseau, nel 1700, prefigurava un sistema politico in cui gli uomini, decidendo di assoggettarsi ad un'autorità, potessero "obbedire a se stessi". Le società democratiche si avvicinano a questo ideale: le istanze e le esigenze che si agitano nella comunità tendono a tradursi in nuove norme del diritto. Il diritto, così, finisce per essere l'espressione dei bisogni delle persone.

Non può nascondersi, d'altra parte, come le **democrazie moderne** conoscano, negli ultimi decenni, elementi di forte **tensione sociale** ed **economica**, le cui cause sono complesse e richiedono, per la loro spiegazione, un approccio multidisciplinare. Possono solo ricordarsi, qui, alcuni nodi cruciali, su cui i diversi ordinamenti sono chiamati a confrontarsi.

In un'epoca in cui si è passati dalla modernità alla post-modernità, gli avvenimenti accadono, si sviluppano e si modificano con estrema velocità, cosicché per il legislatore è spesso difficile adeguarsi ai bisogni che la società, nel suo complesso, di volta in volta manifesta.

Sotto un altro aspetto la crisi economica su scala mondiale mette in discussione la realizzabilità, in concreto, di quei valori e quei principi che, invece, costituiscono il

patrimonio genetico delle moderne democrazie. Basterà un esempio: si proclama solennemente, nella nostra Carta costituzionale, il diritto di tutti i cittadini al lavoro (art. 4 Cost.). In concreto però, la difficoltà di reperimento del lavoro è un fatto evidente, specie in alcune aree geografiche ed in determinate fasce sociali: l'assenza di una prospettiva di occupazione mina fortemente la sicurezza delle persone ed il patto sociale che costituisce la base di ogni società civile.

Infine, è ancora la crisi economica che porta di sovente il legislatore ad effettuare scelte (necessitate o meno che siano) le quali finiscono per non essere percepite come la traduzione effettiva dei bisogni delle persone: il che rischia di accentuare il distacco fra l'esercizio del potere sovrano e le istanze ed i bisogni della società. Si pensi, per rimanere ancora nel mondo del lavoro, al fenomeno diffuso (e in parte regolamentato) del precariato.

2. Il diritto ed il suo carattere coercitivo, la morale, il costume e la religione. Il diritto naturale.

Accanto alle regole del diritto, che compongono l'ordinamento giuridico, esistono altre regole che presiedono la convivenza umana: quelle della **morale**, del **costume sociale**, della **religione**, le quali costituiscono anch'esse un "sistema".

Le regole della morale sono basate sulla distinzione tra "bene" e "male"; quelle del costume sulla distinzione fra "ciò che è corretto" e "ciò che è scorretto"; quelle della religione, infine, si richiamano ad una fonte sovranaturale.

Talvolta i vari sistemi di regole coincidono con il contenuto del diritto. Uccidere è vietato dalle regole della morale e da quelle della religione. Il divieto è sancito anche dal legislatore italiano (art. 575 cod. pen.). La coincidenza non deve certo sorprendere, alla luce delle considerazioni svolte a proposito dei regimi democratici, chiamati a tradurre, attraverso le autorità politico-legislative, le istanze ed i bisogni dei consociati (§ 1.1).

Altre volte, però, non c'è identità: il diritto ammette che i coniugi possano ottenere il divorzio; per la Chiesa cattolica, invece, il matrimonio è un vincolo sacro e indissolubile. La Chiesa, ancora, condanna l'aborto, mentre il legislatore italiano disciplina i casi in cui la donna può interrompere volontariamente la gravidanza (l. n. 194/1978).

Al di là delle possibili sovrapposizioni, esiste un preciso elemento che consente di distinguere le regole del diritto dagli altri sistemi di regole: il **carattere coercitivo del diritto**.

Alle regole della morale, del costume, della religione si obbedisce (talvolta anche in maniera ferrea) in virtù di un'interna adesione ai valori espressi dalle stesse regole, e non in virtù di una costrizione esterna.

Si potrà dire, è vero, che la violazione dei precetti religiosi comporta alcune sanzioni "spirituali" da parte della Chiesa (si pensi alla scomunica): ma tali sanzioni non costringono, materialmente, il credente a fare qualcosa in via coercitiva (quest'ultimo non è tenuto, per intenderci, a pagare una somma di denaro).

Il diritto, invece, non soltanto afferma la prevalenza di un determinato interesse rispetto all'altro (proibendo o prescrivendo questo o quel comportamento, disciplinando i rapporti fra i soggetti in un determinato modo), ma impone l'osservanza delle proprie regole.

I modi in cui il diritto esprime il proprio carattere coercitivo sono diversi (alcuni di essi sono analizzati proprio nello studio del diritto privato). Ove sia possibile, esso tende ad eliminare le conseguenze della trasgressione.

Esempio. Il Sig. Rossi ha concluso un contratto con il Sig. Dalmasso di Torino, in base al quale il primo è obbligato a corrispondere al secondo la somma di 10.000 euro. Alla scadenza del termine convenuto il Sig. Rossi non adempie la prestazione. Poiché l'interesse del Sig. Dalmasso non viene soddisfatto con il pagamento spontaneo della somma, lo stesso può chiedere, ricorrendo al giudice, l'applicazione di altre norme del diritto: otterrà, così, una sentenza di condanna del Sig. Rossi al pagamento della somma e con la sentenza (con il titolo, si dice) potrà chiedere l'applicazione di ulteriori norme in grado di assicurargli il recupero coattivo. Dopo la pronuncia della sentenza di condanna, infatti, verrà promossa una procedura esecutiva (§§ 55 ss.) con conseguente vendita di un bene del patrimonio del Sig. Rossi: il ricavato della vendita sarà assegnato al Sig. Dalmasso (che alla fine sarà soddisfatto nel suo interesse, sebbene dopo un po' di tempo). In tal modo verranno eliminate le conseguenze della trasgressione.

In altri casi la rimozione delle conseguenze della trasgressione non è possibile. Ciò non vuol dire che l'autore della lesione non subisca alcuna conseguenza: nei suoi confronti si applicherà comunque una **sanzione**, che contribuirà nel suo complesso a rafforzare l'osservanza del diritto (sul ruolo della sanzione § 5.1).

Esempio. Tizio commette un omicidio nei confronti di Caio. Il carattere coercitivo del diritto, qui, non può spingersi fino ad eliminare le conseguenze della trasgressione (non si può riportare in vita Caio). L'omicidio allora viene sanzionato con la pena della reclusione, che può essere (a seconda dei casi) anche lunga. La minaccia della sanzione del carcere, inoltre, costituisce un deterrente a delinquere: se pure non si vuole obbedire alle regole della morale e della religione, si sa, in via preventiva, che chi commette un reato andrà in carcere. L'omicida, inoltre, può essere condannato al risarcimento dei danni a favore dei familiari del defunto.

Nell'accezione sin qui ricordata il diritto va inteso come il "**diritto positivo**" (*ius positum*) di una determinata società. Nel corso della storia, tuttavia, si è affermata di sovente l'idea che esista un altro diritto, quello **naturale**.

Esso, almeno secondo alcune definizioni, sarebbe costituito da quell'insieme di principi universali, connaturali all'uomo, che tutelano interessi dello stesso a prescindere dalla previsione di specifiche norme giuridiche. Già Aristotele (384-322 a.C.) proclamava l'esistenza di un diritto universale, percepibile da ciascun individuo attraverso la ragione, giacché intimamente connesso alla natura sociale o politica dell'uomo (*homo animal politicum*): un diritto, si aggiungeva, prevalente sui vari modelli di società esistenti, in quanto conforme ad un'idea di razionalità e ad un'esigenza superiore di giustizia.

Anche nel diritto romano, del resto, accanto allo *ius civile* (il diritto vigente per i cittadini) si elaborò lo *ius gentium*, ossia il diritto fondato sulla ragione e sulla buona fede e destinato ad operare anche nei confronti delle popolazioni con cui Roma entrava in contatto.

Pertanto, l'idea che il diritto naturale consista in un insieme di principî immuni agli avvicendamenti storici e giuridici non deve essere presa troppo alla lettera: ciò che era diritto naturale in epoche passate non è detto che lo sia attualmente. Talché l'idea che taluni diritti (come quelli della personalità) costituiscano diritti "naturali" dell'uomo va "relativizzata", occorrendo muovere sempre dall'ordinamento giuridico cui, di volta in volta, si fa riferimento (§ 78.1).

3. La norma giuridica: il carattere della generalità ed astrattezza. Il principio di eguaglianza.

L'unità elementare dell'ordinamento giuridico è la **norma giuridica**. In una legge (o in altre fonti del diritto) vi sono di solito più articoli, ciascuno dei quali può essere suddiviso in parti (commi): ogni comma corrisponde ad una o più norme giuridiche o ad un loro frammento. La maggior parte delle norme giuridiche sono strutturalmente formulate con il carattere della **generalità ed astrattezza**.

Si consideri, ad esempio, l'art. 2043 cod. civ.: "qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che lo ha commesso a risarcire il danno".

La norma è generale quando non si rivolge a determinate persone ma ad una serie indeterminata di soggetti: l'art. 2043 cod. civ. non stabilisce che coloro i quali appartengano a una determinata classe sociale, se commettono un fatto illecito, siano tenuti a risarcire il danno. La norma, invece, fa riferimento (genericamente) a "colui" che ha commesso il fatto.

La norma è astratta perché non si riferisce ad un fatto concreto ma ad una serie ipotetica di fatti ("qualunque fatto doloso o colposo").

Un **comando individuale** e concreto, all'opposto, è la **sentenza** del giudice che, applicando norme generali ed astratte, risolve la controversia. Si tratta di un comando che si rivolge, concretamente, ad un determinato soggetto: ad esempio a colui che, con la sua automobile, ha investito una persona, cagionandole un "danno ingiusto" (per utilizzare l'espressione di cui all'art. 2043 cod. civ.).

Ci sono abbastanza elementi, a questo punto, per introdurre la nozione di **fattispecie**, spesso adoperata nel linguaggio giuridico (letteralmente l'espressione vuol dire "immagine del fatto").

La descrizione del fatto contenuta in una norma giuridica, lo si è detto, può adattarsi ad una serie indefinita di eventi storici che presentino quelle caratteristiche descritte. La descrizione contenuta nella norma viene definita fattispecie astratta. La norma si dice analitica quando descrive in modo dettagliato la fattispecie astratta; si

dice, invece, che contiene una “**clausola generale**” allorché sia formulata in modo più ampio ed elastico (è il caso, ad esempio, degli artt. 1175, 1176, 1337, 1343, 1366, 1375, 2043 cod. civ.).

In concreto, nella vita di tutti i giorni, può verificarsi una situazione che rientra nella descrizione contenuta nella fattispecie astratta: si realizza allora, una **fattispecie concreta**.

L'operazione logica con cui si verifica che una fattispecie concreta corrisponda alla fattispecie astratta viene chiamata **qualificazione della fattispecie** (concreta). Il che permette di applicare direttamente, ad una singola persona, la regola formulata in astratto.

Va pure detto che, in non pochi casi, per effettuare la qualificazione della fattispecie concreta non basta prendere in considerazione l'evento storico e raffrontarlo con una singola norma giuridica. Occorre, invece, raffrontare la fattispecie concreta con più norme giuridiche, che vanno coordinate tra loro. Ciascuna norma, in questi casi, detta un frammento della fattispecie astratta: soltanto all'esito di tale coordinamento si comprende il trattamento giuridico di una fattispecie concreta. Nel linguaggio dei giuristi si discute di **combinato disposto** quando una soluzione giuridica deriva dalla lettura congiunta di due o più norme (il che accade di frequente ove si consideri che il diritto è organizzato, per lo più, in istituti: § 1).

L'art. 2059 cod. civ., ad esempio, prevede che il danno non patrimoniale sia risarcibile solo nei casi previsti dalla legge. Per qualificare la fattispecie, dunque, occorre invocare sia la ricordata disposizione codicistica sia una norma di legge che fa riferimento al danno non patrimoniale (si veda, ad esempio, l'art. 185 cod. pen.).

La fattispecie astratta può constare di un solo fatto: si discute, allora di **fattispecie semplice**. Quando, invece, si articola in più fatti, la **fattispecie** si definisce **complessa**.

Infine, si ha una fattispecie a **formazione progressiva** quando essa è caratterizzata da una serie di fatti che si sviluppano nel tempo. Può accadere che, prima del completamento dell'intera serie, si verifichino alcuni effetti preliminari. Si pensi, ad esempio, al contratto sottoposto a condizione sospensiva (artt. 1353 ss. cod. civ.): gli effetti definitivi si produrranno soltanto quando si sia verificata la condizione. Prima di quel momento, tuttavia, la parte contrattuale è titolare di un'aspettativa che riceve una certa protezione dall'ordinamento giuridico (si confronti l'art. 1356 cod. civ.).

Le ragioni che stanno dietro alla creazione di norme generali ed astratte richiamano la funzione stessa del diritto (§ 1): un sistema che già precostituisce le sue regole riesce ad impostare i rapporti umani ad un dato modello di convivenza sociale. Inoltre, la previsione *ex ante* delle regole asseconda un fondamentale principio di civiltà giuridica: la **certezza del diritto**. I consociati, infatti, devono sapere in anticipo, al fine di potersi regolare di conseguenza, quali siano gli interessi protetti dal diritto e quali siano quelli non protetti.

In alcuni Paesi di *Common law*, in cui vale la regola del “precedente giudiziario”, è la norma creata dal giudice ad assumere quei caratteri di **generalità** ed **astrattezza** che, invece, nei Paesi di *Civil law* si rinvengono nella norma scritta.

Il carattere della **generalità** ed **astrattezza** può essere più o meno ampio. È ampio nella sua massima misura per le c.d. **norme di diritto comune** o di diritto generale, che si riferiscono a “chiunque” (art. 575 cod. pen.) o a qualunque fatto (art. 2043 cod. civ.). Il carattere in discussione, invece, è meno ampio nelle c.d. **norme di diritto speciale**, in cui viene delimitata la serie delle persone o dei fatti cui si riferiscono, sottraendoli all’applicazione del diritto generale.

Ci si deve chiedere se le norme di diritto speciale abbiano diritto di albergo nel nostro ordinamento o se, invece, contrastino con un fondamentale principio, quello di uguaglianza (art. 3 Cost.). Il principio è talmente importante che va ricordato: “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali” (art. 3, 1° co., Cost.). Inoltre “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza 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” (art. 3, 2° co., Cost.).

Quest’ultima disposizione detta un programma per il legislatore, che deve assumere le misure più idonee al fine di attenuare le differenze di fatto (di carattere economico e sociale) che sussistono fra i consociati.

Ci si occupi, però, del 1° co. della norma costituzionale. La disposizione, come ha spiegato la Corte costituzionale (§ 10.1), non vuol dire che tutte le norme di legge debbano indirizzarsi in modo uguale a tutti i cittadini: se così fosse, anzi, rischierebbero di essere accentuate alcune disuguaglianze di fatto esistenti tra le persone.

Piuttosto, ripetono i giudici delle leggi (così, pure, sono chiamati i giudici della Corte costituzionale), l’individuazione della categoria dei “soggetti” cui la norma giuridica si riferisce (gli imprenditori, i lavoratori subordinati, i consumatori, le donne in stato di gravidanza, i locatori) deve avvenire in modo non arbitrario, in omaggio al “**principio di ragionevolezza**”: occorre evitare, in sostanza, di trattare situazioni omogenee in modo differenziato, ovvero situazioni disomogenee in modo eguale.

Si pensi, in particolare, alla disciplina dei “contratti dei consumatori” (artt. 33 ss. del d.lgs. n. 206/2005, Codice del Consumo: §§ 260 ss.): essa prevede una particolare tutela del “consumatore”, proprio al fine di riequilibrare la posizione di “debolezza” contrattuale in cui lo stesso si trova, attenuando nel contempo la posizione di preminenza del “professionista”.

Talvolta vengono emanate **norme eccezionali**, che fanno eccezione alla regola generale (art. 14 disp. prel. cod. civ.) in virtù di una situazione (eccezionale) che si è verificata. Se si vuol rinvenire un carattere differenziale fra norme speciali e norme eccezionali (entrambe, infatti, derogano al diritto generale), deve dirsi che quest’ultime sono dettate da considerazioni contingenti e variabili (non a caso si discute, talvolta, di norme congiunturali).

Esempio. Una norma generale prevede che i contribuenti, ogni anno, debbano pagare le tasse entro una certa scadenza. In una zona d’Italia si verifica un violento terremoto, che

priva gli abitanti del territorio della propria abitazione, costringendoli a fronteggiare una situazione economica straordinaria. Interviene una norma che fa slittare il pagamento delle tasse di qualche mese. La disposizione non può considerarsi contraria alla Costituzione (per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, 1° co., Cost.), sussistendo una situazione tale da giustificare l'emanazione della norma eccezionale.

Accade di imbattersi, inoltre, in leggi che si riferiscono a singole situazioni. Si utilizza, in questi casi, l'espressione **norme singolari o norme fotografia** (si pensi alla istituzione, con legge, di un determinato ente pubblico o alla l. n. 17/1982, che al 1° co. prevede lo scioglimento della loggia massonica denominata P2). La legittimità di queste leggi deve essere verificata alla luce dei principi costituzionali. È certo, comunque, che il principio della certezza del diritto nonché il modello di ordinata convivenza sociale rischiano di essere fortemente compromessi in un sistema giuridico caratterizzato da un elevato tasso di norme singolari.

Talvolta nel linguaggio comune si utilizza l'espressione "leggi *ad personam*". Si fa riferimento a leggi (o atti aventi forza di legge: § 1.2) che, almeno secondo alcune opinioni, sono state emanate avendo la finalità di raggiungere determinati effetti favorevoli (o sfavorevoli) per una persona singola o per uno stretto numero di persone; ciò anche quando esse abbiano, formalmente, i caratteri (più o meno ampi) della **generalità ed astrattezza**.

Una precisazione terminologica si impone. Occorre distinguere fra la norma giuridica prima della sua interpretazione (Cap. 4) e la norma giuridica dopo l'attività ermeneutica. All'esito di quest'ultima il significato della norma potrebbe non coincidere perfettamente con il suo enunciato linguistico. Proprio per questo fra gli interpreti talvolta si distingue tra **disposizione** e norma giuridica: la disposizione è l'enunciato presente in un documento normativo; la norma giuridica, invece, è il significato attribuibile ad una disposizione.

4. Norme giuridiche imperative (o inderogabili) e norme giuridiche dispositive (o derogabili).

La norma giuridica può essere **imperativa** (o inderogabile) o **dispositiva** (o derogabile). Mentre le norme del diritto pubblico sono, per lo più, imperative, quelle del diritto privato (§ 6) possono essere sia imperative sia dispositive.

La norma giuridica è detta imperativa quando i soggetti non possono regolare i loro rapporti in modo difforme rispetto a quanto contenuto nella disciplina legale. Qualora ciò avvenga, scatta una conseguenza giuridica negativa come, ad esempio, la nullità dell'atto giuridico compiuto in violazione della norma imperativa.

Esempio. Una norma giuridica vieta espressamente il commercio di una sostanza altamente pericolosa. Viene concluso un contratto di compravendita avente ad oggetto proprio la sostanza pericolosa. Il contratto è nullo e, dunque, non produce effetti.

La norma, invece, è detta dispositiva quando i privati possono modificarne il contenuto, regolando i loro rapporti in maniera diversa da quanto previsto nella norma stessa.

L'art. 1182, 1° co., cod. civ. prevede, ad esempio, che “se il luogo nel quale la prestazione deve essere eseguita non è determinato dalla convenzione o dagli usi e non può desumersi dalla natura della prestazione o da altre circostanze, si osservano le norme che seguono”. In particolare, per l'art. 1182, 2° co., cod. civ. “l'obbligazione di consegnare una cosa certa e determinata, deve essere adempiuta nel luogo in cui si trovava la cosa quando l'obbligazione è sorta”.

Esempio. Il Sig. Fabbri, in virtù di un contratto di compravendita, è obbligato a consegnare al Sig. Ferrari, di Bologna, un quadro di Guttuso. Il contratto è stato concluso in un negozio di antiquariato. La disciplina codicistica prevede che il quadro debba essere consegnato nel negozio (si confronti l'art. 1182, 2° co., cod. civ.). Succede, però, che le parti, con una clausola del contratto (attraverso, cioè, una singola partizione dello stesso) prevedano che la consegna del quadro debba avvenire presso l'abitazione del compratore. Poiché la norma del codice civile è derogabile, vale la regola stabilita convenzionalmente dalle parti. Il venditore, pertanto, è inadempiente se pretende di consegnare il quadro presso il negozio di antiquariato o in un altro posto che non sia l'abitazione del compratore.

La norma derogabile, si deve precisare, va applicata anche in assenza di qualsiasi statuizione delle parti in ordine ad alcuni aspetti della disciplina cui assoggettare la fattispecie (si confronti, ad esempio, l'art. 1490, 1° e 2° co., cod. civ.: § 270.3).

Si evidenzia, qui, la **funzione suppletiva o integrativa** delle norme dispositive, che operano in quegli spazi non regolati espressamente dai privati.

Talvolta, nel diritto privato, le parole utilizzate consentono di distinguere una norma imperativa da una norma dispositiva: quando, ad esempio, si incontrano gli incisi “salvo patto contrario”, “se le parti non dispongono diversamente”, “salva diversa volontà delle parti”, si è in presenza di una norma dispositiva.

Ciò, tuttavia, vale soltanto come indicazione di massima: una norma, infatti, può essere dispositiva anche se non contenga uno degli incisi ricordati. Occorre considerare la disposizione nell'ambito del sistema entro cui opera per verificare se sia derogabile o meno. Va accertato, in particolare, quale interesse il legislatore voglia tutelare, con la specifica norma dettata, per formulare un giudizio circa l'imperatività o meno della stessa.

Si consideri, ad esempio, l'art. 1343 cod. civ., secondo cui “la **causa** è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume”. Approfondendo i concetti di ordine pubblico e di buon costume (formulati con la tecnica della “clausola generale”: § 3), ci si accorge che essi intendono salvaguardare valori considerati come fondamentali nel nostro ordinamento (§§ 187.1, 187.2). Le parti, dunque, non possono stipulare un contratto con causa contraria all'ordine pubblico o al buon costume, pretendendo che lo stesso sia valido.

5. La struttura della norma giuridica: (a) la norma-regola.

Se si prendono in considerazione diverse norme giuridiche, ci si accorge che ciascuna di esse concorre a realizzare la funzione generale del diritto oggettivo (§ 1). Le norme giuridiche, tuttavia, non hanno una struttura sempre uguale (la diversità strutturale, anzi, è un requisito essenziale affinché il diritto assolva alla sua funzione).

Possono individuarsi, avendo riguardo alla **struttura**, almeno tre tipi di norme giuridiche: la norma-**regola**, la norma-**sanzione**, la **norma produttrice** di determinati **effetti legali** al verificarsi di certe situazioni.

Molte norme prevedono una regola, che di solito è una regola di condotta, rivolta ai consociati al fine di orientarne il comportamento nel senso desiderato (obbligo o divieto di condotta): si pensi alla norma che impone a chiunque di non tenere comportamenti che cagionino ad altri un danno ingiusto; alla norma che impone di pagare le tasse; a quella che prescrive a marito e moglie di essere fedeli, di coabitare, di assistersi moralmente e materialmente.

L'osservanza di queste regole realizza spontaneamente, da parte dei consociati, quel modello di ordinata convivenza disegnato dal legislatore. Può succedere, però, che le regole di condotta non siano osservate.

Un ordinamento che rinunciasse ad occuparsi di questa evenienza fallirebbe nel suo disegno generale di assicurare la convivenza fra gli uomini, facendo prevalere alcuni interessi rispetto ad altri.

Proprio in relazione alla possibile trasgressione della norma-regola (detta anche **norma primaria**) l'ordinamento giuridico prevede diverse norme-sanzione (definite anche **norme secondarie**, giacché entrano in gioco soltanto quando la norma primaria sia disattesa).

5.1. (b) *La norma-sanzione.*

Si definisce **sanzione** la conseguenza che la norma giuridica fa discendere dalla violazione della regola di condotta: se è violata la norma che codifica il principio del *neminem laedere*, ad esempio, vi è una regola secondaria che obbliga l'autore del comportamento (posto in essere trasgredendo la regola primaria) al risarcimento del danno. Prevede il già ricordato art. 2043 cod. civ. che “qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

Vi sono norme, nel nostro ordinamento, che contengono soltanto regole di condotta (o alcuni frammenti della regola di condotta) e norme che contengono soltanto regole sanzionatorie (o alcuni frammenti della regola sanzionatoria). Vi sono norme, infine, che contengono tanto la regola di condotta quanto la regola sanzionatoria o frammenti della stessa. È il caso, a ben guardare, dell'art. 2043 cod. civ.: è vero che in base a questa norma l'autore del fatto illecito è obbligato a risarcire il danno, ma nulla viene detto sul *quantum*; di questo aspetto della sanzione si occupa un'altra norma (art. 2056 cod. civ.), che a sua volta richiama altre norme del codice civile.

Si studino, più da vicino, le diverse funzioni che la sanzione ha nel nostro ordinamento.

Essa può avere, in primo luogo, **funzione satisfattiva**. Deve muoversi dal rilievo che la violazione della regola di condotta è la lesione di un interesse che la norma stessa vuole affermare e proteggere. La sanzione, dunque, serve ad eliminare la lesione dell'interesse e a ripristinare l'interesse tutelato dalla regola primaria. Ad esempio, la sanzione che colpisce chi non paga le tasse o non adempie un'obbligazione contrattuale è di carattere satisfattivo: il creditore (il Fisco o il contraente) otterrà, attraverso l'applicazione delle regole sanzionatorie, la soddisfazione dell'interesse al pagamento delle tasse o di una somma di denaro ad altro titolo.

In altri casi la sanzione ha **funzione compensativa**. Qui accade che la regola di condotta sia stata violata, ma l'applicazione della norma secondaria non può ripristinare esattamente l'interesse leso. Si pensi ad una persona che, trovandosi a visitare un museo, per distrazione rompe un vaso cinese. In questo caso viene applicata una norma sanzionatoria di carattere compensativo: la sanzione, infatti, consiste nell'obbligazione di pagare una somma di denaro, che costituisce un surrogato di valore economico equivalente alla perdita subita. Il titolare del credito, in definitiva, viene "compensato" per la lesione dell'interesse protetto dalla norma primaria, che non può più essere ripristinato.

In altri casi ancora la sanzione ha **funzione punitiva**: la norma sanzionatoria si applica a seguito della violazione di una regola di condotta, che impone un determinato comportamento giacché sarebbe "riprovevole" un comportamento diverso.

Nel diritto penale la funzione punitiva della sanzione è evidente: l'autore dell'omicidio (art. 575 cod. pen.) è punito con la pena della reclusione. La sanzione penale non ha certo una funzione satisfattiva (non si può riportare in vita la persona morta) né compensativa; essa ha la funzione di punire chi ha violato la norma penale.

La funzione punitiva, peraltro, si rinviene anche nel diritto privato (§ 6): si pensi all'indegnità a succedere, che costituisce la sanzione prevista per rimuovere un soggetto dall'eredità o dal legato a causa della sua condotta riprovevole nei confronti del defunto (artt. 463 ss. cod. civ.: § 507).

La sanzione punitiva finisce per avere, contestualmente, anche un'altra **funzione: deterrente o preventiva**. L'erede sa che, se terrà determinati comportamenti nei confronti del *de cuius* (la persona della cui eredità si tratta), subirà una pesante sanzione, giacché sarà escluso dalla eredità. Eviterà, pertanto, di assumere quei comportamenti sanzionati. Ecco spiegato perché la norma sull'indegnità a succedere ha una funzione punitiva (funzione che si realizza allorché la regola di condotta sia stata violata) e una funzione preventiva (che si esplica con la "minaccia" della sanzione, prevista dalla norma giuridica).

Nel diritto privato alla violazione delle norme giuridiche può seguire un'ulteriore conseguenza, ossia la negazione di validità o di efficacia di un atto giuridico (§§ 44, 44.1).

Chiarite le diverse funzioni della sanzione, ci si deve chiedere a chi spetti applicare le norme secondarie. Si tocca un nodo cruciale dell'organizzazione giuridica di uno

Stato, che costituisce l'oggetto di specifiche materie di studio: il corso di diritto costituzionale nonché il corso di diritto processuale (civile, penale, amministrativo).

Qui va solo detto, in linea generale, come i moderni Stati prevedano una distinzione fra il potere legislativo (ossia l'autorità deputata a creare le norme giuridiche) ed il potere giurisdizionale (ossia l'autorità, detta giudiziaria, chiamata ad applicare le norme). Ulteriore potere, poi, è quello esecutivo (il Governo). Nel sistema di *Common law* vale il ricordato principio del precedente giudiziario: i giudici sono creatori della norma giuridica e nel contempo sono chiamati ad applicarla (peraltro il diritto scritto, proveniente dal potere legislativo, non è sconosciuto nei Paesi anglosassoni ed in quelli angloamericani).

L'autorità giudiziaria ha la **funzione giurisdizionale**, ossia di applicare il diritto (§§ 51 ss.): una serie di norme giuridiche (dette norme processuali), sono deputate a regolare il funzionamento dell'attività dei giudici e le procedure che occorre rispettare, nel processo, da parte di tutti i soggetti chiamati a parteciparvi (giudici, attori, convenuti, avvocati). È la riprova, questa, che le norme giuridiche non possono essere considerate isolatamente nel sistema: il discorso sulle norme sanzionatorie, in particolare, si accompagna necessariamente a quello sulle norme processuali, che regolano modalità e procedure di reazione alla violazione dell'interesse leso ai fini dell'applicazione della sanzione prevista.

5.2. (c) *La norma che contiene la previsione di determinati effetti legali al verificarsi di certe situazioni.*

Ad ulteriore conferma della complessità del sistema giuridico, va ricordato come vi siano una serie di norme che non contengono né una regola di condotta né una sanzione.

Si tratta di norme che contengono la **previsione di determinati effetti legali**, in relazione al verificarsi di certe situazioni (che non consistono nella violazione di una regola di condotta).

Si pensi all'art. 1376 cod. civ., in cui opera il c.d. "**principio consensualistico**": in virtù di questa disposizione, il compratore diventa proprietario di un **bene determinato** per effetto dell'accordo con il venditore e non in virtù della consegna del bene o del pagamento del prezzo (§ 178).

Queste norme, a ben vedere, si sviluppano secondo uno schema che si rinviene nella regola di condotta e nella connessa sanzione. Per quest'ultime regole, infatti, lo schema è il seguente: "se si verifica (a), allora ne discende (b)" (ossia, se vi è la violazione di una regola di condotta, si applica la sanzione).

La stessa formula si rinviene nelle norme che prevedono determinati effetti legali, in relazione al verificarsi di certe situazioni: "se si verifica (a), ne discende (b)". Qui cambia, però, il contenuto della formula: per riprendere l'esempio appena fatto, può dirsi che se si firma un contratto di compravendita di un bene determinato (a), ne discende il passaggio di proprietà a favore del compratore (b).

Spesso, va precisato, la previsione di un effetto legale risulta dal combinato dispo-

sto di più norme, ciascuna delle quali detta soltanto un frammento di disciplina.

Si pensi all'art. 702 cod. civ., che richiede l'accettazione della nomina da parte dell'esecutore testamentario. Quale effetto legale ha questa nomina? Non lo dice l'art. 702 cod. civ., ma il successivo art. 703 cod. civ., rubricato "funzioni dell'esecutore testamentario". Questa norma, in concorso con le altre che compongono l'istituto, permette di applicare la formula sopra ricordata "se si verifica (a), ne discende (b)" (se viene nominato un esecutore testamentario, che abbia la capacità di essere nominato, ed accetti l'incarico, si verificano una serie di effetti legali).

Si consideri, ancora, la norma sopra ricordata (art. 1376 cod. civ.), secondo cui l'effetto traslativo immediato di un bene determinato si verifica allorché il consenso delle parti sia "legittimamente manifestato": le norme codicistiche che si occupano del consenso delle parti contribuiscono a realizzare lo schema dell'art. 1376 cod. civ.

6. Diritto privato e diritto pubblico: la distinzione.

L'ordinamento giuridico va considerato nel suo complesso: al suo interno, tuttavia, esistono varie branche del diritto (§ 6). Una fondamentale distinzione riguarda le norme di **diritto pubblico** e le norme di **diritto privato**.

Per comprendere bene la **distinzione** occorre evitare alcuni fraintendimenti: è sbagliato, in primo luogo, affermare che le norme di diritto pubblico sono quelle che si rivolgono ai soggetti pubblici (ad esempio Stato, Regioni, Province, Comuni) e le norme di diritto privato quelle che si rivolgono ai soggetti privati.

Ben può succedere che alcune norme di diritto privato trovino applicazione nei confronti degli enti pubblici: lo Stato, ad esempio, può decidere di acquistare un terreno (su cui intende costruire un ospedale) attraverso un contratto di compravendita, che è un tipico strumento privatistico. Va pure aggiunto, peraltro, che alcune norme di diritto privato non possono, per definizione, trovare applicazione nei confronti degli enti pubblici: è il caso, ad esempio, del diritto di famiglia.

Né può dirsi che la distinzione fra diritto privato e diritto pubblico dovrebbe rinvenirsi nelle diverse finalità delle norme. In particolare, le norme del diritto pubblico perseguirebbero interessi pubblici mentre le norme del diritto privato avrebbero di mira interessi privati. Tale affermazione è vera soltanto parzialmente: se è indubbio che le norme di diritto pubblico perseguono interessi generali, il diritto privato è "neutro" rispetto agli interessi perseguiti. Con esso, infatti, possono realizzarsi, alternativamente, sia interessi pubblici sia interessi privati: quando, ad esempio, lo Stato utilizza le norme di diritto privato, intende perseguire interessi pubblici (le norme privatistiche, dunque, si piegano alla realizzazione di interessi superindividuali).

Per le considerazioni anzidette è preferibile adottare un'altra distinzione: le norme

di diritto pubblico si caratterizzano per la posizione di **preminenza, autorità, supremazia** in cui formalmente si trova ad essere il soggetto pubblico rispetto a quello privato. Quest'ultimo è in uno stato di **soggezione**, giacché subisce l'esercizio del potere legittimo del soggetto pubblico.

Esempio. Gli enti pubblici stabiliscono che ogni contribuente, in base al proprio reddito, debba pagare le tasse. Il privato non è libero di pagarle o meno. Qualora ometta, in tutto o in parte, il pagamento, l'esercizio del potere sovrano si manifesta costringendo il contribuente (anche coattivamente) a pagare ciò che lo stesso deve corrispondere per il bene della *res publica*.

Esempio. Tizio, avendo commesso un reato, viene condannato alla pena della reclusione. Non può scegliere se scontare o meno la pena. Lo Stato, nel rispetto delle norme di legge, gli impone di subire la sanzione comminata.

Esempio. A causa di lavori di rifacimento del manto stradale, l'ente pubblico gestore di quel tratto di strada impone temporaneamente il divieto di transito.

L'ente pubblico, ovviamente, nell'esercizio del potere sovrano, è vincolato al rispetto delle norme di legge che regolano la sua attività e al dovere di realizzare l'interesse generale della collettività (si tratta di un punto acquisito nelle società moderne, che anche per questo segnano lo stacco rispetto alle antiche organizzazioni giuridiche, dove il re era *legibus solutus*).

Diversamente, le norme del diritto privato si fondano sulla reciproca **autonomia** e sulla **parità formale** delle parti nel regolare i propri interessi individuali.

Esempio. La Regione decide di prendere in locazione un immobile in cui deve svolgere un'attività di pubblico interesse. Si siede al tavolo delle trattative con il proprietario dell'immobile; il proprietario, poiché la Regione offre un canone di locazione ritenuto troppo basso, decide di non concludere il contratto. L'ente pubblico non può imporre la sua volontà. Diverso è il caso in cui esistano i presupposti per "espropriare" il bene (art. 43 Cost.): le norme che disciplinano l'espropriazione sono norme di diritto pubblico.

Di fronte a situazioni in cui lo squilibrio tra le parti (soprattutto di tipo economico) è evidente, il diritto privato mette in campo una delle sue funzioni più importanti dell'era moderna: quello di tutelare il contraente "debole" contro il potere del contraente "forte" (si vedano Cap. 24, § 175.2 e Cap. 39).

Le norme di diritto pubblico sono **imperative** (o **inderogabili o cogenti**): sono, cioè, vincolanti per i soggetti, che non possono disporre diversamente o adottare un contegno diverso da quello previsto.

Nel diritto privato, invece, accanto a norme imperative od inderogabili vi sono anche norme dispositive o derogabili (§ 4): i soggetti cui esse si rivolgono, in questo caso, possono modificarne in tutto o in parte il contenuto.

Inoltre, l'attuazione delle norme di diritto privato e le tutele previste dalle stesse

sono tendenzialmente rimesse all'iniziativa dei privati, ossia al loro **potere dispositivo** (§ 51). Il contraente, ad esempio, può decidere o meno se agire in giudizio per chiedere l'annullamento del contratto (artt. 1427 ss. cod. civ.); il proprietario può scegliere se richiedere o meno l'applicazione delle norme che tutelano il suo diritto (artt. 948 ss. cod. civ.); chi ha subito un fatto illecito, può decidere se chiedere il risarcimento del danno (artt. 2043 ss. cod. civ.).

Di converso, l'applicazione delle norme di diritto pubblico è indisponibile, giacché attiene ai compiti specifici delle autorità preposte alla loro applicazione (**principio di indisponibilità**).

6.1. *Le varie branche del diritto.*

Chiarita la *summa divisio* fra diritto pubblico e diritto privato, va aggiunto che ciascuna di queste due parti del diritto si suddivide in ulteriori branche.

Le principali aree del diritto pubblico sono il diritto costituzionale, il diritto amministrativo, il diritto tributario, il diritto processuale (civile, penale, amministrativo), il diritto ecclesiastico, il diritto canonico, il diritto penale.

Il **diritto costituzionale** detta le norme fondamentali dell'ordinamento giuridico, che sono contenute nella Costituzione: diritti e doveri dei cittadini; assetto istituzionale e finalità dello Stato; rapporti tra potere legislativo, giudiziario ed esecutivo; regolamentazione degli organi ed enti di maggiore rilevanza politica.

Il **diritto amministrativo** regola la struttura ed il funzionamento della Pubblica amministrazione, ossia dell'apparato che provvede alla concreta attuazione delle finalità dello Stato. Il diritto amministrativo, ancora, disciplina il rapporto tra Pubblica amministrazione ed i soggetti privati.

Il **diritto tributario** disciplina il rapporto tra i cittadini e le autorità pubbliche competenti a riscuotere imposte e tasse.

Il **diritto processuale** regola l'attività dei giudici e di tutti coloro che sono coinvolti nello svolgimento del processo.

Il **diritto ecclesiastico** si occupa dei rapporti fra lo Stato e le altre confessioni religiose, mentre il **diritto canonico** si occupa dell'ordinamento della Chiesa cattolica.

Il **diritto penale** detta regole di condotta la cui violazione (reato) comporta una sanzione essenzialmente punitiva di carattere personale. Ciò perché con il reato si lede l'interesse alla pacifica ed ordinata convivenza civile che l'ordinamento si prefigge di difendere.

All'interno dell'ordinamento giuridico, il diritto privato occupa un'area alquanto vasta. Si distingue, in particolare, il diritto civile, il diritto commerciale, il diritto industriale, il diritto del lavoro, il diritto della navigazione.

Il **diritto civile** si occupa, soprattutto, delle persone fisiche, degli enti non lucrativi, dei rapporti di famiglia, delle successioni, della proprietà e degli altri diritti reali, delle obbligazioni, dei contratti, della responsabilità civile.

Il **diritto commerciale** ha ad oggetto lo svolgimento delle attività economiche (attività di impresa) ed il funzionamento delle organizzazioni create a questo fine (le società).

Il **diritto industriale** (che può considerarsi una sottopartizione del diritto commerciale) regola la concorrenza tra le imprese, nonché i diritti sulle creazioni intellettuali (diritto di autore, marchi, brevetti per invenzioni industriali).

Il **diritto del lavoro** regola, principalmente, i rapporti tra datori di lavoro e lavoratori.

Il **diritto della navigazione** regola le attività di trasporto aereo, marittimo e per acque interne.

Il corso di “diritto privato”, tradizionalmente, si occupa delle nozioni fondamentali nonché degli istituti principali del diritto privato. Nel prosieguo degli studi si approfondiscono alcune materie trattate durante il corso istituzionale: ad esempio il corso di diritto civile ha ad oggetto lo studio monografico del contratto, oppure delle obbligazioni, delle successioni, del fatto illecito. Vi è poi il corso di diritto del lavoro, di diritto commerciale, di diritto industriale, di diritto della navigazione. A seconda dell’indirizzo di studio intrapreso ci si potrà imbattere in altri corsi privatistici, come quello di diritto di famiglia.

6.2. *Il diritto privato come “diritto comune”.*

Ci si deve chiedere quale sia, attualmente, la linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato: tende a prevalere, nella regolazione dei rapporti sociali, il diritto pubblico o il diritto privato?

La risposta a questa domanda non è facile, anche perché in non pochi casi accade che una medesima situazione possa essere regolata sia da norme del diritto pubblico sia da norme del diritto privato.

Si pensi all’istituto della proprietà: chi è proprietario di un terreno può invocare le norme del codice civile che gli consentono di reagire contro il comportamento del vicino, il quale propaghi in maniera intollerabile fumi ed esalazioni (art. 844 cod. civ.). Lo stesso comportamento può costituire un reato, interessando norme di diritto pubblico. Ed ancora, per sapere se il proprietario di un terreno possa costruire una casa, occorre avere riguardo al piano urbanistico, ossia a norme di diritto pubblico.

A parte i frequenti intrecci fra le due aree del diritto è possibile, attualmente, far riferimento ad un principio (c.d. **principio di sussidiarietà**) che è entrato nella Carta costituzionale.

La nuova versione dell’art. 118, 4° co., Cost. (introdotto dalla l. cost. n. 3/2001: § 10), stabilisce che lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali “favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

Ciò vuol dire, in sintesi, che per la realizzazione delle finalità di interesse sociale è preferibile assecondare, in prima battuta, l’iniziativa privata di persone fisiche e gruppi organizzati.

Si farà ricorso, in seconda battuta, agli interventi del diritto pubblico, allorché quei fini sociali non possano essere raggiunti con altrettanta efficacia attraverso gli strumenti del diritto privato.

Si giustifica, così, l'espressione ricorrente, secondo cui il diritto privato è il **diritto comune**. Ciò vale almeno in due sensi: esso, lo si è visto, può applicarsi sia a persone private sia a persone pubbliche. Ma soprattutto esso si applica, in via generale, a tutti i rapporti e a tutte le situazioni, esclusi soltanto i rapporti e le situazioni che sono soggetti (in virtù di norme di diritto pubblico) ad una disciplina diversa da quella generale, ossia la disciplina del diritto privato.

Questo non vuol significare, si badi, che il diritto pubblico debba considerarsi marginale, nell'attuale sistema, o destinato a scomparire di fronte al diritto privato.

L'importanza del diritto pubblico, infatti, si coglie svolgendo due brevi considerazioni. In primo luogo, vi sono settori che non possono essere lasciati alla libera iniziativa dei privati, in quanto riguardano aspetti fondamentali dell'organizzazione e del funzionamento di un ordinamento: la difesa, l'ordine pubblico, l'amministrazione della giustizia, la politica economica e monetaria.

Inoltre, anche in quei settori in cui è consentita l'iniziativa privata (si pensi alla sanità e all'istruzione), l'intervento del diritto pubblico assolve alla fondamentale funzione di consentire a tutti (anche a coloro che non hanno i mezzi economici sufficienti) di accedere ad un livello minimo e garantito di servizi. Muta, così, il modo di intendere il rapporto fra cittadini e lo Stato: mentre secondo la concezione dello Stato liberale (invalsa almeno fino alla Prima guerra mondiale) l'autorità pubblica si doveva astenere dall'intralcio la libera iniziativa privata, oggi l'intervento pubblico viene considerato come lo strumento attraverso cui è possibile reagire ad alcune forme di disuguaglianza (art. 3, 2° co., Cost.). È, in sostanza, il mezzo attraverso cui l'iniziativa privata può effettivamente e pienamente esplicarsi.