

MANUALI PER IL SERVIZIO SOCIALE

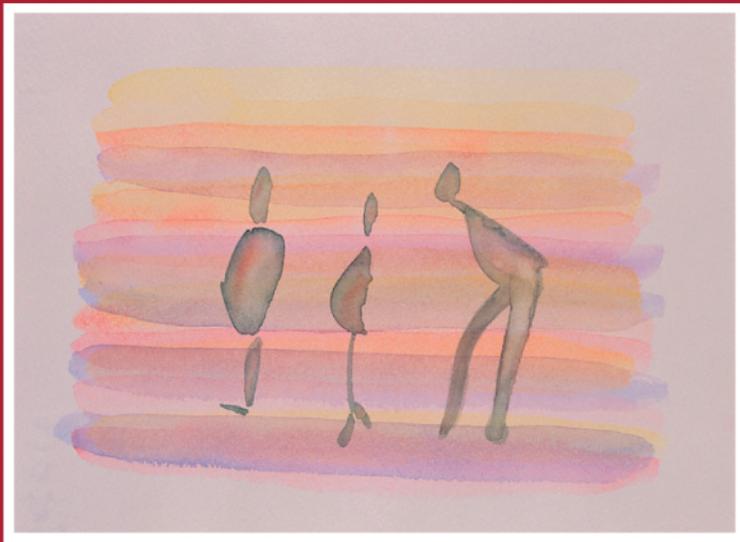
Collana diretta da Guido Neppi Modona

1

Leonardo Lenti

Diritto di famiglia e servizi sociali

Quarta edizione



G. Giappichelli Editore – Torino

Parte prima

Il diritto in generale e le nozioni
fondamentali del diritto privato

I

Il diritto e le sue fonti

1. *Il diritto: nozione e caratteristiche odierne*

Il diritto (in francese *droit*, in spagnolo *derecho*, in tedesco *Recht*) consiste in un insieme di regole, dette *norme giuridiche*, che i membri della società sono obbligati a rispettare, al fine di prevenire o risolvere i conflitti tra gli individui e di garantire così una comunità sociale organizzata e pacifica. Qualora i comportamenti non siano conformi alle norme, può intervenire l'autorità pubblica per imporne il rispetto in modo coercitivo, cioè con la forza.

Le parole che si riferiscono al diritto hanno radici diverse.

La radice delle parole *diritto* e *regola* (che è anche la radice delle parole *re* e *reggere*) è la stessa: si riferisce alla funzione di governare, di dirigere i comportamenti umani. Ciò che è conforme alla *regola* è diritto (nel senso di rettilineo, altro significato della parola diritto), cioè è regolare; ovvero ancora è conforme alla *norma*, e quindi normale.

Le parole *giusto*, *giudice*, *giuridico* invece, nascono dal latino *jus* e indicano una finalità da raggiungere o quanto meno da perseguire, la *giustizia*. Secondo la tradizione risalente all'antichità greca e romana la giustizia costituisce il fine ultimo del sistema di regole che governa la convivenza umana; consiste nell'indurre i membri della società a comportarsi in modo corretto e leale gli uni con gli altri, a non provocare danni agli altri e ad attribuire a ciascuno quanto gli spetta.

La parola *legge*, derivante dal latino *lex*, indica le regole stabilite in un testo normativo, al quale viene riconosciuta un'efficacia vincolante. Come preciserò in seguito, la parola *diritto* e la parola *legge*, benché oggi siano spesso usate nel linguaggio comune come sinonimi, continuano ad avere significati diversi.

L'insieme delle regole del diritto consiste di elementi diversi, ma organizzati e strettamente collegati tra loro, a formare un *sistema*: ogni norma non può essere considerata isolatamente, ma deve essere vista in rapporto con tutte le altre. Tale sistema prende il nome di *ordinamento giuridico*: è un insieme organico di regole giuridiche. Per esempio, menzionando l'ordinamento giuridico italiano, francese, tedesco ci si riferisce all'insieme delle norme giuridiche vigenti rispettivamente in Italia, Francia, Germania.

Le norme giuridiche hanno per lo più carattere *precettivo*, cioè impongono o vietano determinati comportamenti. Nell'epoca in cui viviamo sono formulate in termini *generali* e *astratti*. Per *generalità* s'intende che la regola è formulata in modo tale da dover essere rispettata da chiunque si trovi in quella determinata situazione descritta dalla norma; per *astrattezza* s'intende invece che la regola è formulata in modo tale da dover essere applicata in ogni situazione che corrisponde a quella prevista dalla norma. Per esempio, *chiunque* abbia dei figli è tenuto al rispetto dei doveri verso di loro elencati in via generale nell'art. 316 del codice civile.

Non tutte le norme che hanno la caratteristica di essere generali e astratte sono tuttavia norme *giuridiche*. Esistono anche norme di altro tipo: religiose, morali, di cortesia, della cosiddetta buona educazione, e così via. Il confine tra le regole qualificabili come norme di *diritto* e le regole di diverso tipo e contenuto ha subito nel tempo mutamenti molto profondi, sicché non può essere tracciato in un modo che sia valido ed esatto per ogni tempo e per ogni luogo. Per esempio, è una regola di cortesia e di civiltà, ma non una regola giuridica, quella secondo la quale chi vuole salire su un treno o un autobus deve lasciar prima passare dalle porte chi ne vuole scendere.

Nelle società contemporanee il diritto si presenta, prevalentemente, sotto forma di *norme scritte* poste, stabilite dall'autorità politica dello Stato, e precisamente dal potere legislativo: da ciò il nome di *diritto positivo* (dal latino *jus positivum* che significa appunto "posto" o "imposto"). Per un lungo periodo della storia delle società umane il diritto si presentò invece prevalentemente sotto forma di *norme consuetudinarie*: per la maggior parte, le norme giuridiche non venivano stabilite da un'autorità e non erano redatte in forma scritta, ma venivano prodotte spontaneamente dalla società stessa attraverso la costante ripetizione nel tempo di certi comportamenti da parte dei suoi membri, con la convinzione della loro obbligatorietà, che si formava progressivamente nel tempo.

Tuttavia anche nell'epoca attuale, nella quale il diritto è principalmente scritto ed è posto dagli organi dello Stato, il diritto consuetudinario non è completamente scomparso: i rapporti economici e sociali che gli individui e i gruppi stabiliscono tra loro, come espressione della loro libertà e autonomia, tendono a generare continuamente nuove regole consuetudinarie, che integrano la legislazione statale.

Fra i molti tratti caratterizzanti che distinguono il diritto dagli altri insiemi di norme, quattro sono quelli che *nel nostro tempo* vengono di solito indicati come fondamentali:

a) gran parte delle norme di diritto è posta direttamente dall'autorità statale, o quanto meno da questa accolta come se fosse propria;

b) l'applicazione delle norme di diritto è in linea di principio affidata all'autorità di un giudice imparziale, che svolge il suo compito in nome dello Stato (le sentenze sono infatti pronunciate «in nome del popolo italiano»);

c) la violazione delle norme di diritto è per lo più colpita da sanzioni, cioè da conseguenze sgradevoli, negative a carico del trasgressore;

d) l'esecuzione delle sanzioni di solito può essere imposta al trasgressore anche coattivamente, mediante l'impiego della forza pubblica.

Non sempre questi tratti caratterizzanti sono tutti presenti: uno o più di questi può mancare. Vi sono norme di diritto, infatti, che hanno solo alcune di queste caratteristiche: per esempio, l'art. 315-*bis* c. 4° del codice civile, che stabilisce il dovere dei figli di rispettare i genitori, è una norma priva di sanzione, ma non per questo inefficace: indica infatti un principio che può servire per valutare i comportamenti delle parti nelle controversie tra genitori e figli.

2. Le funzioni del diritto

Il diritto svolge numerose *funzioni*, raggruppabili in quattro grandi settori.

a) Il diritto detta le regole *sul rispetto della personalità degli esseri umani e sulla distribuzione e utilizzazione delle risorse* all'interno della società. Le risorse sono i beni, le cose utili all'uomo che esistono in natura (la terra, le risorse minerarie, il mare, i fiumi ecc.) oppure che sono il risultato del lavoro umano (i prodotti agricoli, artigianali, industriali, culturali) e si distinguono, secondo la loro utilizzazione, in *mezzi di produzione e beni di consumo*.

Le risorse sono prodotte, utilizzate e distribuite tra gli uomini in base alle attività che essi decidono autonomamente di intraprendere, in forma individuale o associata. Il diritto si preoccupa però di stabilire alcune regole generali di comportamento in questa sfera, affinché tali attività si svolgano secondo un certo ordine e in modo tale che, in caso di conflitto – per esempio, sul rispetto dei diritti fondamentali della persona umana, sull'attribuzione dello stato di figlio di determinate persone, sulla proprietà di una cosa, sull'esecuzione di un contratto, sull'attribuzione di un'eredità – si possa stabilire chi ha ragione e chi ha torto. Questa funzione viene svolta soprattutto dalle norme del *diritto privato*, che si suddivide in *diritto civile* (che regola le persone e la famiglia, le successioni a causa di morte, la proprietà, le obbligazioni, i contratti, la responsabilità civile e gli strumenti di tutela di questi diritti), *diritto commerciale* (che regola l'impresa e le società) e *diritto del lavoro* (che regola i rapporti di lavoro).

b) Il diritto detta le regole *per reprimere i comportamenti considerati socialmente pericolosi*, sia per le singole persone che ne vengono colpite sia per l'intera società. Questa funzione viene svolta soprattutto dalle norme del *diritto penale*, che definiscono i *reati*, ossia quei comportamenti che sono vietati, in quanto considerati nocivi o pericolosi per la società o per i singoli consociati; per le sanzioni che li colpiscono rinvio al successivo § 3.

c) Il diritto detta le regole *sull'istituzione e l'organizzazione dei pubblici poteri, sulla formazione delle norme giuridiche e sulle modalità attraverso le quali le singole persone possono giungere a esercitarli*. Questa funzione viene svolta per un verso dalle norme del diritto costituzionale, che stabiliscono i principi fondamentali riguardanti le libertà delle persone e le regole basilari sulle istituzioni che governano la società (le più importanti sono il parlamento, il governo, la presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale); per l'altro verso dalle norme del *diritto amministrativo*, che stabiliscono la struttura e l'organizzazione dell'apparato statale e degli enti pubblici e regolano i rapporti tra gli apparati pubblici e le persone che compongono la società, sia cittadini italiani sia stranieri.

d) Il diritto detta le regole secondo le quali *si svolgono i procedimenti giudiziari*, che hanno lo scopo di accertare le violazioni dell'ordine giuridico e di irrogare le relative sanzioni previste dalla legge. Tali processi si svolgono davanti a un'autorità pubblica, il *giudice*. Questa funzione viene svolta dal *diritto processuale*: regola le controversie che riguardano tanto la distribuzione e l'utilizzazione delle risorse (diritto privato → diritto processuale civile), quanto la repressione dei comportamenti vietati dalle norme penali (diritto penale → diritto processuale penale), quanto infine la tutela dei diritti dei privati nei confronti del potere pubblico (diritto amministrativo → diritto processuale amministrativo).

Non bisogna mai dimenticare che le norme, soprattutto quelle del diritto privato, hanno un *fondamento razionale*, cioè sono costruite in considerazione degli effettivi bisogni e interessi degli esseri umani in carne e ossa, tenendo conto della necessità di rispettare prioritariamente i diritti fondamentali delle persone. Inoltre le norme, come già detto, hanno la funzione di dirimere le controversie fra le persone, cioè di stabilire, in caso di conflitto, quali siano gli interessi che prevalgono o quale sia il modo in cui debbono essere contemperati, allo scopo di trovare una soluzione equilibrata e ragionevole.

2.1. *Certezza ed effettività del diritto*

Affinché il diritto raggiunga i suoi scopi, cioè garantire una convivenza sociale pacifica, giusta e rispettosa dei diritti di tutti, è necessario che presenti nella massima misura possibile due caratteristiche fondamentali: la certezza e l'effettività.

Certezza significa possibilità per ogni persona di prevedere in modo ragionevolmente sicuro le conseguenze che la legge fa derivare dai suoi comportamenti: essere messi dunque in grado di sapere, prima di tenere un dato comportamento, se questo è lecito o illecito secondo il diritto. Se è lecito, essere messi in grado di sapere quali sono gli effetti che produce, se ne derivano gli effetti che chi lo tiene vorrebbe ottenere oppure no, e così via. Se è illecito, essere messi in grado di sapere quali sono le sanzioni che dovrebbero essere comminate.

Effettività significa che il diritto dev'essere realmente rispettato nella società e che le sue violazioni devono essere efficacemente scoraggiate, mediante un sistema di sanzioni, proporzionate in modo ragionevole e applicate effettivamente e costantemente.

3. Il rispetto delle norme e la giurisdizione

Le persone hanno l'obbligo di rispettare le norme giuridiche. Il rispetto è incentivato dal timore delle *sanzioni*, cioè delle conseguenze negative o spiacevoli che colpiscono il trasgressore; ma è pure incentivato dalla pressione sociale esercitata sul singolo dagli altri membri del gruppo.

Tuttavia non sempre le cose si svolgono in questi termini. Accade infatti che nella vita di tutti i giorni alcuni rapporti sociali si svolgano nei fatti *indipendentemente* o *in contrasto* con le norme giuridiche. Le cause della dissociazione, dello "scollamento", tra il sistema normativo e la realtà sono molteplici: mancata conoscenza da parte dei soggetti dei propri diritti e delle modalità per farli valere; rifiuto del diritto in quanto non percepito come "giusto", cioè conforme al proprio sistema di valori e principi etici; rifiuto di coinvolgere soggetti pubblici in questioni sentite come esclusivamente domestiche, come spesso accade in caso di controversie fra i componenti di una famiglia; acquiescenza della persona in condizioni di debolezza alla volontà altrui, come spesso accade ai soggetti più deboli (per esempio bambini, anziani non del tutto autosufficienti); malfunzionamento del sistema pubblico di intervento a sostegno dei soggetti in condizioni di disagio sociale, economico, psichico (minori, anziani, famiglie in difficoltà).

Le sanzioni sono di diversi tipi:

– *punitive*: consistono nell'infliggere al responsabile una *pena*, come la privazione della libertà personale o il pagamento di una somma di denaro allo Stato; sono caratteristiche del diritto *penale*.

– *risarcitorie*: consistono nell'obbligare il responsabile a *risarcire* il danno prodotto *per equivalente in denaro*, cioè mediante il pagamento al danneggiato di una somma di denaro di ammontare corrispondente al danno; per esempio, l'automobilista responsabile di aver provocato un incidente stradale deve risarcire i danni che ha causato sia alle persone sia alle cose altrui; sono caratteristiche soprattutto del diritto *privato*.

– *ripristinatorie*: consistono nell'imporre al responsabile il ripristino dell'ordine giuridico violato, realizzando la stessa situazione che si sarebbe avuta se la violazione non fosse stata compiuta; per esempio, la persona che utilizza indebitamente una cosa altrui può essere costretta, coattivamente, a riconsegnarla a chi è titolare del diritto di utilizzarla; chi ha ingannato la controparte nella conclusione di un contratto può vederlo annullato e perderne quindi i benefici; anche queste sono caratteristiche soprattutto del diritto *privato*.

I diversi tipi di sanzioni possono *cumularsi* fra loro, nei casi in cui la legge lo prevede: per esempio, un ladro può essere condannato a una pena detentiva e alla restituzione dell'oggetto rubato o al pagamento del suo valore in denaro; chi utilizza indebitamente una cosa altrui può essere condannato a restituirla e a risarcire ogni altro eventuale danno che il titolare del diritto di utilizzare quella cosa abbia subito a causa del suo comportamento.

Le sanzioni possono essere applicate *solo dall'autorità istituzionalmente preposta a ciò: il giudice*. Questi è un componente del *potere giudiziario*, che costituisce uno dei tre poteri nei quali si articola lo Stato di diritto, insieme con il potere *legislativo* e quello *esecutivo*. Il giudice è un'autorità pubblica indipendente, esterna rispetto alle parti e loro sovraordinata; esprime il suo giudizio mediante una *sentenza*, nella quale accerta in ogni caso concreto se la norma sia stata violata e, in caso affermativo, quali conseguenze ne debbano derivare. Nel corso del giudizio devono essere seguite le regole di *procedura*, stabilite dal diritto allo scopo di garantire a chiunque il diritto di difendersi nel processo e di far valere le proprie ragioni.

L'autorità pubblica ha infine la funzione di imporre, se necessario con il ricorso alla forza pubblica, il rispetto delle sentenze che hanno accertato la violazione delle regole giuridiche e che, per conseguenza, hanno stabilito le relative sanzioni (per esempio, mettere effettivamente in stato di detenzione la persona riconosciuta colpevole di omicidio; costringere l'automobilista colpevole di un incidente a pagare effettivamente il risarcimento del danno cui è stato condannato ecc.).

Non è lecito farsi giustizia da sé – cioè tenere comportamenti di *autotutela* – salvo i rari casi in cui la legge lo permette espressamente: chi subisce la lesione di un suo diritto e vuole far valere le sue ragioni deve sempre rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere la soddisfazione che gli spetta.

4. Il diritto privato

Il diritto privato regola i rapporti reciproci tra gli individui che si presentano come portatori di *interessi privati*. È governato da due principi fondamentali:

- l'*eguaglianza formale*: le persone che entrano fra loro in relazioni regolate dal diritto privato si trovano in condizioni di eguaglianza formale fra loro;
- l'*autonomia*: le persone sono libere di entrare fra loro in rapporti regolati dal diritto e di determinarne il contenuto per propria libera decisione; esse possono dunque agire in modo *autonomo*, vale a dire stabilendo esse stesse le regole che dovranno rispettare, senza imposizioni di un'autorità, ma soltanto con il rispetto di alcuni limiti stabiliti dalla legge, riconducibili direttamente o indirettamente all'interesse generale.

In nome dei principi di eguaglianza e di autonomia, le persone possono *liberamente* raggiungere *accordi* fra loro, mediante i quali assumono degli obblighi e correlativamente dei diritti reciproci, che quindi li *vincolano*, come per esempio quando due persone contraggono fra loro matrimonio. Questi accordi, se hanno contenuto patrimoniale, prendono il nome di *contratti* (cfr. cap. IV). Allo stesso modo le persone possono compiere atti unilaterali, come per esempio fare un *testamento*, cioè un atto con il quale stabiliscono a chi saranno attribuiti i loro beni in seguito alla loro morte.

Le persone, nell'esercizio della loro autonomia, possono dunque scegliere *se* stipulare un contratto con il quale concordano che, per esempio, l'uno venda all'altro un bene, *se* sposarsi, *se* fare testamento, e così via. Inoltre, se la legge non lo proibisce, possono definire il *contenuto dei diritti e doveri che da tali atti derivano*: per esempio il venditore può concordare con il compratore la concessione di una garanzia per i difetti della cosa venduta di durata più lunga di quella stabilita per legge; i coniugi possono concordemente intendere il dovere coniugale di convivenza in modo più rigido, come coabitazione permanente sotto lo stesso tetto, o in modo più elastico, come condivisione periodica di uno spazio domestico nei tempi consentiti dall'attività lavorativa di uno di loro, che si svolge in luoghi diversi e lontani fra loro. I contraenti, di comune accordo, possono anche scegliere di porre fine a una determinata relazione contrattuale.

Alcune relazioni sociali sono invece sottratte in tutto o in parte all'autonomia privata: per esempio, i genitori non possono porre fine per propria scelta alla relazione con i propri figli.

Il principio di eguaglianza formale impone di applicare la legge in modo uguale a tutti coloro a cui si riferisce e vieta ogni distinzione basata sulle condizioni personali e sociali dell'individuo (cfr. § 6). Pertanto le norme di legge che regolano le relazioni tra i privati sono tendenzialmente *neutrali*: sono cioè *indifferenti* ai rapporti di forza eventualmente presenti all'interno della relazione. Nessuna norma, per esempio, comporta l'invalidità di un contratto di compravendita solo per il fatto che sia stato concluso a un prezzo molto superiore o inferiore a quello di mercato a causa della differente forza contrattuale delle parti.

Accanto a queste norme neutrali esistono tuttavia da tempo norme di diritto privato ispirate a una logica diametralmente opposta: assicurare una *protezione speciale* ad alcuni gruppi di soggetti che, in virtù delle loro condizioni personali, non sono in grado di difendere i propri interessi in modo abbastanza efficace, o potrebbero non esserlo. Le norme giuridiche appartenenti a questo diverso ambito del diritto privato sono materialmente orientate a proteggere la persona che si trova in condizioni di debolezza rispetto all'altra con cui entra in relazione.

Un esempio è particolarmente significativo: nel rapporto fra il datore di lavoro e il lavoratore subordinato i due soggetti sono eguali solo in senso forma-

le; nella sostanza, invece, è un rapporto squilibrato a favore del primo per molte ragioni, fra le quali la principale è il fatto che per il lavoratore lo svolgimento dell'attività lavorativa serve a soddisfare un suo bisogno esistenziale fondamentale, quello di ricevere una retribuzione, cioè il denaro che gli permette di acquistare i beni e i servizi necessari per condurre una vita decente. Proprio per questo il diritto del lavoro non tratta egualmente le parti, ma difende e promuove i diritti del lavoratore.

Altre norme del diritto privato ispirate a una logica diversa da quella dell'eguaglianza formale sono, per esempio, le regole che governano il rapporto tra genitori e figli minori: i primi hanno un potere sui secondi, fondato su un evidente dato biologico; ma i secondi ricevono dal diritto una protezione particolarmente accentuata, che si realizza in moltissime regole, fra le quali quella che impone ai genitori di esercitare i poteri connessi con la responsabilità genitoriale in modo conforme al miglior interesse dei loro figli minori.

5. Le fonti del diritto: principi generali

Come vengono prodotte le norme giuridiche, da chi, attraverso quali atti? Da dove derivano? O, come si usa dire nel linguaggio tecnico giuridico, quali sono le *fonti* del diritto?

In Italia la grandissima maggioranza delle norme giuridiche si presenta in forma *scritta* ed è deliberata dalle autorità pubbliche a ciò abilitate dall'ordinamento, cioè dagli organi cui la Costituzione attribuisce il potere *legislativo*. Si può perciò dire che le fonti del diritto sono prevalentemente gli atti, deliberati da determinati soggetti pubblici e secondo determinate procedure, che introducono nuove norme giuridiche, oppure modificano o abrogano (eliminano) norme precedenti.

Secondo l'autorità che le delibera (per esempio parlamento, governo, consiglio regionale) e seconda la loro natura (per esempio legge, decreto legislativo, regolamento), le fonti del diritto sono dotate di valore diverso. Per assicurare la coerenza dell'ordinamento giuridico, il sistema delle fonti del diritto è organizzato sulla base di tre principi: la *gerarchia*, la *competenza* e la *successione nel tempo*.

a) *Gerarchia*

Secondo il principio di *gerarchia*, le fonti del diritto sono disposte secondo una scala. Le norme che si trovano su un gradino superiore hanno una forza maggiore di quelle che si trovano su un gradino inferiore. Le norme di grado inferiore non possono mai modificare o abrogare quelle di grado superiore o contenere disposizioni in contrasto con esse; in caso contrario sono considerate non valide e possono essere eliminate dall'ordinamento giuridico, secondo regole di cui dirò tra poco.

b) *Competenza*

Le norme che appartengono allo stesso grado della scala gerarchica sono ordinate secondo un altro principio, il *principio di competenza*. Secondo questo principio, alcuni tipi di atti normativi hanno *competenza generale*, cioè possono disciplinare qualsiasi materia; altri tipi di atti normativi hanno invece *competenza speciale*, cioè possono disciplinare soltanto quelle specifiche materie che sono attribuite alla loro competenza. Ciò comporta che, a loro volta, gli atti normativi a competenza generale non possano invadere il campo riservato agli atti normativi a competenza speciale. Per esempio, come si vedrà in seguito, la legislazione statale non può intervenire nelle materie che la Costituzione riserva alla competenza delle regioni, né queste ultime possono legiferare nelle materie di competenza esclusiva dello Stato, pretendendo – per esempio – di dotarsi di un “codice civile” regionale; e la legislazione statale non può neppure regolare le materie che i trattati dell’Unione europea attribuiscono alla competenza di quest’ultima.

c) *Successione nel tempo*

Le norme possono *succedersi nel tempo*: quando viene emanata una nuova norma sulla stessa materia che una norma precedente regolava in modo diverso, è la nuova norma a prevalere. In questo caso la norma precedente è *abrogata* da quella successiva. L’abrogazione è *espresa*, se la nuova norma indica con esattezza qual è la vecchia norma abrogata; è *tacita* se non lo indica, ma contiene regole incompatibili con quelle precedenti.

6. *La Costituzione*

Al vertice della gerarchia delle fonti del diritto vi è la *Costituzione della Repubblica italiana*, elaborata e approvata dall’Assemblea costituente ed entrata in vigore il 1° gennaio 1948. È un atto normativo composto di 139 articoli: stabilisce i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico dello Stato italiano, riguardanti i diritti fondamentali delle persone, i rapporti tra i cittadini e lo Stato, gli organi principali posti al vertice della struttura dello Stato e le forme di governo, l’organizzazione dei pubblici poteri.

I principi costituzionali sono il vero e proprio *tessuto connettivo* della società, ossia stabiliscono le “regole del gioco”, alle quali le maggioranze politiche che via via si susseguono devono comunque sempre obbedire. Per questa ragione le costituzioni del nostro tempo sono per lo più *rigide*: non possono essere stabilite né modificate da maggioranze semplici, ma necessitano se non dell’unanimità, in concreto irraggiungibile, almeno di una maggioranza molto ampia. Anche la Costituzione italiana è tale: le sue norme possono essere modificate, integrate o abrogate soltanto dalle *leggi costituzionali*, che vengono approvate dal parlamento con un procedimento speciale e con la maggioranza dei 2/3 dei suoi componenti (art. 138 cost.); se tale maggioranza non è rag-

giunta, possono essere approvate egualmente mediante il *referendum costituzionale*, nel quale devono ottenere la maggioranza dei voti¹.

Le leggi costituzionali hanno lo stesso rango delle norme della Costituzione. Le fonti primarie, come le *leggi* emanate dal parlamento, avendo rango inferiore, non possono modificarla.

L'organo supremo cui è attribuito il compito di controllare che le fonti primarie siano conformi alla Costituzione è la *Corte costituzionale* (cfr. § 7).

La Costituzione contiene numerosi principi di importanza fondamentale per il diritto privato in generale e per il diritto della famiglia in particolare. Il più rilevante tra essi è probabilmente quello dell'eguaglianza (art. 3 cost.), intesa sia come eguaglianza formale sia come uguaglianza sostanziale.

Secondo il principio di uguaglianza formale, la legge deve essere applicata in modo uguale a tutti coloro a cui si riferisce e non deve operare alcuna distinzione basata sulle condizioni personali e sociali dell'individuo, quali il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche (l'elenco dell'art. 3 è solo esemplificativo). La proclamazione dell'uguale "valore" degli esseri umani fonda, com'è evidente, l'intero sistema dei cosiddetti diritti fondamentali dell'uomo, che devono essere riconosciuti a ogni essere umano in quanto tale (art. 2 cost.) e che sono resi effettivi mediante il diritto di invocarne la tutela giudiziale in caso di violazione (artt. 24 e 111 cost.).

Specificazioni di questo principio, nel campo del diritto familiare, sono l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29) e l'eguaglianza tra i figli nati nel matrimonio e i figli nati fuori dal matrimonio (art. 30)².

Il principio di uguaglianza sostanziale, invece, impone ai pubblici poteri di attivarsi per rimuovere gli ostacoli che impediscono la concreta realizzazione delle condizioni di uguaglianza (art. 3 c. 2° cost.).

Specificazione di questo principio, nel campo del diritto familiare, è il riconoscimento del diritto a una protezione speciale per alcuni componenti della famiglia: i minorenni (artt. 30, 31 c. 2°, 34 c. 2° e 3°, 37 c. 2° e 3°) e le madri lavoratrici (artt. 31 c. 2°, 37 c. 1°).

L'iniziativa economica privata è libera, ma «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (art. 41). «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti» (art. 42).

¹Come per esempio il referendum con il quale nel 2003 è stato approvato il nuovo titolo V della Costituzione, sul riparto delle competenze tra Stato e regioni; o il referendum con il quale nel 2016 non è stata approvata la riforma costituzionale che modificava tra l'altro la composizione e le competenze del senato.

²Per maggiori approfondimenti rinvio al cap. VII § 3 sgg.

7. Le fonti primarie

Sono poste immediatamente al di sotto della Costituzione. Possono essere a competenza generale o speciale.

La principale fonte primaria *a competenza generale* è la *legge ordinaria*. È approvata dagli organi cui la Costituzione attribuisce il potere *legislativo*, cioè il parlamento; è promulgata (cioè resa esecutiva) dal presidente della Repubblica. Può disciplinare qualsiasi materia, purché rientri nella competenza dello Stato: non può quindi regolare le materie riservate alla competenza delle regioni e a quella dell'Unione europea, né può contenere norme in conflitto con quelle delle convenzioni internazionali, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 117 cost.).

La legge ordinaria incontra il limite costituito dalle norme della Costituzione e delle leggi costituzionali, cui è subordinata secondo il principio di gerarchia.

Altre fonti primarie a competenza generale sono i decreti-legge e i decreti legislativi.

Il *decreto-legge* è un atto normativo deciso dal governo in casi straordinari di necessità e urgenza (art. 77 cost.), che resta in vigore per 60 giorni; entro tale termine dev'essere *convertito* dal parlamento con *legge ordinaria*, eventualmente con modifiche, altrimenti perde efficacia. Il ricorso ai decreti-legge è da tempo molto frequente, ben oltre lo stretto limite costituzionale della straordinarietà.

Il *decreto legislativo* è un atto normativo del governo, emanato in base a una *legge-delega* approvata in precedenza dal parlamento, nella quale sono indicati i principi fondamentali e i criteri direttivi cui il governo dovrà uniformarsi e il termine entro il quale dovrà emanarlo. Vi si ricorre con frequenza nei seguenti casi:

– per recepire nel sistema legislativo italiano le direttive dell'Unione europea;

– per regolare materie ampie e complesse, ove le esigenze di chiarezza nei principi e di coerenza, rigore e precisione nelle soluzioni tecnico-giuridiche da adottare sono presenti al massimo grado e difficilmente sarebbero soddisfatte se il testo fosse esposto alle modifiche decise dal parlamento, spesso incoerenti fra loro e tecnicamente inadeguate; è questo il caso, per esempio, del *Codice di procedura penale*, emanato nel 1988;

– per riordinare e semplificare il sistema legislativo: questi decreti, spesso detti *codici di settore*, accorpano testi normativi che prima erano sparsi in una pluralità di leggi e vi introducono modifiche, al fine di rimuovere le numerose incoerenze e contraddizioni che vi erano presenti e di aggiornarli; è questo il caso, per esempio, del *Codice del consumo* (d.lgs. 206/2005), del *Codice in materia di protezione dei dati personali* (d.lgs. 196/2003), del *Codice delle assicurazioni private* (d.lgs. 209/2005).

Sostanzialmente assimilabile agli odierni decreti legislativi è il *regio decreto*, con il quale nel 1942, quando l'Italia era una monarchia, fu approvato il *Codice civile* vigente, che contiene gran parte delle norme più importanti del diritto privato.

Il codice civile, più volte modificato, consta di sei libri, dedicati rispettivamente (I) alle *persone* e alla *famiglia*, (II) alle *successioni a causa di morte*, (III) ai *beni* e alle loro *forme di appartenenza*, (IV) alle *obbligazioni*, ai *contratti* e alla *responsabilità civile*, (V) al *lavoro*, all'*impresa* e alle *società*, (VI) alla *tutela dei diritti*; è seguito dalle *disposizioni per l'attuazione*³.

La principale fonte primaria a *competenza speciale* è costituita dalle *leggi regionali*, che regolano le materie attribuite dalla Costituzione alla competenza delle regioni (e delle province autonome di Trento e di Bolzano); sono approvate dai consigli regionali e vigono solo all'interno del territorio di ciascuna regione. La ripartizione delle competenze fra Stato e regioni è stabilita dall'art. 117 cost.

L'organo supremo cui è attribuito il compito di controllare la conformità delle fonti primarie alla Costituzione è la *Corte costituzionale*, composta da 15 giudici (5 eletti dal parlamento, 5 nominati dal presidente della Repubblica, 5 eletti dagli organi giudiziari supremi). La dichiarazione di *illegittimità costituzionale* di una fonte primaria da parte della Corte costituzionale ne determina l'*annullamento*: da quel momento cessa di far parte dell'ordinamento e non può più essere applicata⁴.

8. Le fonti secondarie

Sono costituite da vari tipi di *regolamenti*, deliberati con *decreto dal potere esecutivo*, cioè dagli organi dell'amministrazione dello *Stato* (sia centrali come i ministeri, sia periferici come le prefetture), degli *enti pubblici territoriali* (le regioni, le città metropolitane e i comuni) e degli altri enti pubblici come per esempio l'INPS o l'INAIL. Hanno principalmente la funzione di dettare norme particolareggiate per l'applicazione delle leggi⁵.

Una norma contenuta in una fonte secondaria che contrasti con una norma di fonte primaria può essere annullata dalla giurisdizione amministrativa, composta dai tribunali amministrativi regionali (TAR) e dal Consiglio di Stato.

³ Per le più importanti leggi e decreti legislativi riguardanti il diritto di famiglia rinvio al cap. VII § 4.

⁴ Per l'attività della corte costituzionale in materia di diritto familiare rinvio al cap. VII § 3.3.

⁵ Per i più importanti regolamenti che riguardano il diritto familiare rinvio al cap. VII § 5.

9. Il diritto dell'Unione europea e i trattati internazionali

L'Italia è uno dei paesi membri dell'Unione europea: pertanto le fonti europee vincolano il nostro paese e contribuiscono a formare il nostro ordinamento giuridico. Le norme di fonte europea sono di due tipi principali: il regolamento e la direttiva.

Il *regolamento* è immediatamente applicabile nel territorio di tutti i paesi membri e detta norme nelle materie in cui gli Stati membri hanno rinunciato alla propria sovranità a favore della normazione comunitaria. Per esempio, oggi la materia della riservatezza dei dati personali è disciplinata anzitutto dal Regolamento UE 679/2016 del parlamento europeo. Il giudice italiano deve disapplicare le norme di fonte interna che contrastano con i regolamenti comunitari.

La *direttiva* stabilisce principi e regole comuni che devono essere adottate dai singoli Stati membri su una determinata materia, con lo scopo di armonizzare le loro legislazioni. La direttiva non è immediatamente applicabile: ciascuno Stato membro deve recepirla mediante provvedimenti legislativi nazionali che le diano attuazione. Per esempio, la normativa italiana sulla protezione dei dati personali e quella sulla tutela del consumatore derivano interamente dalla recezione, fatta mediante decreti legislativi, delle direttive dell'Unione europea.

L'Italia fa parte, come tutti gli Stati, della *comunità internazionale*; le norme giuridiche che la regolano prendono il nome di *diritto internazionale*. Fra queste hanno particolare importanza i *trattati* (detti anche *convenzioni* o *patti*): sono accordi conclusi fra due o più Stati che regolano questioni di interesse comune, su un piano di reciprocità e vincolano soltanto le parti contraenti. Dopo la firma, i trattati devono essere approvati dagli organi statali competenti secondo le diverse regole vigenti in ciascun ordinamento: tale approvazione prende il nome di *ratifica*. La ratifica dei trattati riguardanti questioni di maggiore importanza dev'essere autorizzata dal parlamento con legge ordinaria (art. 80 cost.).

Per il diritto delle persone e della famiglia ha una particolare importanza la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950: su questa Convenzione e sulle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, che giudica sulle sue violazioni, rinvio al cap. VII § 3.2.

10. L'interpretazione del diritto

Qualsiasi proposizione verbale, espressa in forma orale o scritta, necessita di un lavoro più o meno difficile e approfondito di *interpretazione*: necessita, in altre parole, che le *si attribuisca un significato*. Anche le norme giuridiche, consistendo di un insieme di *parole*, pongono necessariamente problemi di in-

interpretazione: è di intuitiva evidenza che per applicare una norma a un caso concreto bisogna prima di tutto comprenderne il significato.

Un esempio: secondo una delle norme più importanti del codice civile, «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno» (art. 2043). Questa norma stabilisce il principio fondamentale della responsabilità civile per danno ingiusto, che sarà oggetto di una brevissima trattazione in seguito. Per applicarla al singolo caso concreto, cioè per decidere una controversia, con la quale una persona pretende da un'altra il risarcimento del danno subito, occorre che sia *interpretata*. A un primo esame la norma sembra abbastanza chiara: per esempio, se una persona adulta, giocando a pallone in un cortile, rompe un vetro altrui con un tiro, dovrà pagare al proprietario del vetro il costo della sua riparazione. Ma non è sempre tutto così chiaro, come risulta dagli esempi seguenti: deve risarcire il danno un bambino di 3 anni che ferisca accidentalmente un suo coetaneo, compagno di giochi? Deve risarcire il danno una persona che rende noto un fatto della vita privata altrui, che l'interessato non intendeva rivelare? Deve risarcire il danno un automobilista che, per evitare di investire un bambino che inizia ad attraversare la strada d'improvviso, si sposta sull'altra corsia di marcia e si scontra con un'altra automobile?

In questi ultimi tre casi la risposta non emerge più in modo evidente e sicuro, come emergeva invece nel primo caso. Nel caso del bambino che ferisce il compagno di giochi: la formula legislativa «colui che ha commesso il fatto» comprende anche un bambino così piccolo, che non può essere ben consapevole delle sue azioni? Negli altri due casi: la formula legislativa «danno ingiusto» comprende anche queste ipotesi? In particolare, nel caso del fatto della vita privata, render noti i fatti altrui è sempre illecito, o vi sono situazioni nelle quali è invece lecito? Eppoi, occorre chiedersi se la sola norma riportata sopra sia sufficiente per dare una soluzione o se vada invece integrata con altre norme del codice civile (per esempio, rispettivamente con gli artt. 2046, 10, 2045).

I problemi interpretativi, dunque, possono essere più o meno difficili, poiché ogni proposizione ha una zona centrale, più o meno ampia, di significato ben chiaro e inequivocabile; questa zona è sempre circondata da una zona di penombra, più o meno ampia, in cui i riferimenti sono incerti, imprecisi, discutibili. È inevitabile che un problema di interpretazione si ponga in ogni caso: qualsiasi norma, per quanto sia formulata in modo chiaro e univoco, può presentare un qualche margine di incertezza di fronte alla molteplicità e all'imprevedibilità dei casi concreti.

Il principale interprete istituzionale del diritto è il *giudice*, che ha il compito di applicarne le norme. Quando deve decidere una determinata controversia, segue un procedimento logico composto principalmente delle seguenti tappe:

a) determina qual è la *situazione di fatto*, cioè come si sono svolti i fatti che hanno portato alla lite;

b) identifica qual è *l'insieme di norme di diritto nel quale la vicenda reale può essere inquadrata*, vale a dire collega i fatti che si sono svolti nella realtà con la previsione astratta di una norma o di un insieme di norme collegate fra loro, che deve *interpretare*, per attribuire loro un significato;

c) *trae la conclusione*, cioè applica alla situazione di fatto le conseguenze giuridiche previste dalla norma: in questo modo prende la decisione con la quale decide la controversia.

L'attività interpretativa è regolata da alcune norme fondamentali (art. 12 disp. att.). Il primo comma impone di interpretare la legge valendosi di tre diversi criteri interpretativi:

– l'interpretazione *letterale* consiste nel comprendere il senso delle parole e delle frasi usate dal legislatore, attribuendo loro «quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse»: l'interprete dev'essere dunque fedele al testo normativo e non può prescindere;

– l'interpretazione *sistemica* impone di considerare le norme non in modo isolato le une dalle altre, ma insieme con tutte le altre, quali parti di un *sistema* quanto più armonico e coerente possibile;

– l'interpretazione *teleologica* (dal greco *télos* = fine, scopo) ricostruisce il significato della norma alla luce delle finalità politiche, economiche e sociali che il legislatore intendeva con essa perseguire; per individuarla può essere utile la relazione illustrativa che accompagna ogni legge⁶. Ma occorre soprattutto avere riguardo alle ragioni attuali del mantenimento della norma nel sistema, ragioni che potrebbero anche essere diverse da quelle che a suo tempo ne avevano giustificato l'approvazione; e ciò è sempre più vero man mano che ci si allontana dal tempo in cui la legge è stata approvata.

Il giudice cui è sottoposto un caso non può mai rinunciare a esprimere il proprio giudizio: deve comunque garantire l'amministrazione della giustizia ed emanare la sentenza che decida quel caso concreto. Che cosa deve dunque fare se è chiamato a pronunciarsi su un caso concreto che non è espressamente regolato da alcuna disposizione di legge?

L'art. 12 c. 2° disp. att. prevede che «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Alla luce di tale norma, dunque, il giudice deve anzitutto cercar di individuare una norma giuridica che disciplini un caso sostanzialmente assimilabile a quello sottoposto al suo esame: se la trova, la applica in via *analogica* al caso controverso sottoposto al suo esame (cosiddetta *analogia della legge*).

⁶Le discussioni parlamentari che hanno preceduto l'approvazione delle leggi sono pubblicate negli Atti parlamentari, ma sono ormai pressoché prive di interesse.

Se questa invece manca, il giudice deve risolvere il caso applicando i principi generali dell'ordinamento giuridico (*analogia del diritto*). La Corte costituzionale e la corte di cassazione, per esempio, avevano risolto il conflitto tra una moglie e suo marito: questi, affetto da sterilità, dopo aver consentito a che la moglie fosse fecondata con sperma di un terzo donatore anonimo, aveva poi preteso di disconoscere la paternità del figlio così concepito. Le Corti avevano stabilito che in mancanza di una legge in materia (il caso era precedente all'approvazione della legge del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita: cfr. cap. XV § 10), occorreva applicare i principi generali, tra i quali identificavano come decisivi il principio della priorità dell'interesse del minore e il generale divieto del tenere un comportamento «ondivago», cioè di cambiare idea senza un motivo apprezzabile, qualora ne derivino conseguenze di rilievo per altre persone.

Il ricorso all'analogia non è ammesso per le norme *eccezionali*, cioè quelle che si riferiscono a circostanze del tutto particolari e transeunti (per esempio intendono fronteggiare una determinata calamità naturale), e per le norme *penali*: secondo l'art. 25 cost. «nessuno può essere punito se non in forza di una legge» la quale qualifichi un comportamento ben determinato come *reato*; si tratta di un principio fondamentale dello Stato di diritto, posto a garanzia della libertà delle persone.

11. La giurisprudenza

Il giudice, quando interpreta le norme di legge – che sono espresse in termini generali e astratti – e le applica ai casi concreti, crea delle *regole operative* più specifiche, che però pur sempre rientrano all'interno di quanto stabilito in modo più generale dal testo di legge; ovvero, in altre parole, che sono pur sempre dotate di un appiglio nel testo della legge. Proprio per questa ragione, una componente di importanza essenziale nella formazione del diritto è data dalla *giurisprudenza*, cioè dall'insieme dei provvedimenti emanati dai giudici nell'esercizio delle loro funzioni.

L'opera della giurisprudenza assume un'importanza particolarmente elevata quando si tratta di applicare testi normativi che contengono principi generali: per esempio determinare che cosa sia un “danno ingiusto”; o stabilire come si articolano, nelle diverse situazioni concrete, il principio secondo il quale ogni decisione riguardante un minore deve tenere prioritariamente conto del suo interesse; o stabilire che cosa si debba intendere per “intollerabilità della convivenza”, situazione che giustifica la separazione legale dei coniugi; o che cosa significhi “stato di abbandono”, fatto che costituisce la base per la decisione di dare un bambino in adozione. In questi casi la giurisprudenza, proprio perché trae dal principio generale di legge le singole regole specifiche da applicare al caso concreto, svolge un'opera di vera e propria *creazione* di norme giuridiche, pur sempre all'interno della cornice legislativa.

Le pronunce dei giudici devono essere formalmente comunicate alle parti del procedimento, ma non sono soggette, al contrario degli atti normativi, a una pubblicazione ufficiale. Per consentire agli operatori e alla dottrina (gli studiosi del diritto) di conoscere i principali orientamenti della giurisprudenza, esistono banche dati elettroniche, in parte accessibili anche gratuitamente, e riviste specializzate, cartacee e informatiche, ove sono pubblicati i testi delle pronunce più significative, spesso accompagnati da commenti.

La conoscenza dei provvedimenti giudiziari da parte degli operatori è fondamentale poiché permette di conoscere i *precedenti*, vale a dire il modo in cui un certo tipo di casi è stato risolto in passato. Questi precedenti hanno un'importanza tanto maggiore quanto più sono motivati in modo persuasivo e quanto più autorevole è la fonte dalla quale provengono; sotto quest'ultimo profilo la maggiore autorevolezza appartiene ai precedenti della corte di cassazione, organo posto al vertice dell'ordinamento giudiziario, cui la legge attribuisce tra l'altro la funzione di cercar di garantire l'uniforme applicazione del diritto su tutto il territorio nazionale (detta funzione *nomofilattica*).

Fra i precedenti della cassazione hanno una particolare importanza le decisioni prese *a sezioni unite*, con un collegio composto da 9 componenti: il compito di giudicare è attribuito alle sezioni unite quando vi sono orientamenti contrastanti all'interno della giurisprudenza della corte stessa. Questo è accaduto per molte decisioni importanti in materia di diritto familiare.