PARTE I

INTRODUZIONE AL DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: *Cap. I.* Le fonti del diritto privato e l'interpretazione. – *Cap. II.* L'autonomia negoziale e le situazioni giuridiche soggettive.

CAPITOLO I

LE FONTI DEL DIRITTO PRIVATO E L'INTERPRETAZIONE

SOMMARIO: 1. Il diritto come fenomeno sociale e come oggetto di studio. – 2. La distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. – 3. Il diritto oggettivo. La nozione di fonte del diritto: vigenza ed effettività. – 4. Le fonti del diritto privato. – 5. Le fonti di cognizione. – 6. Il prodotto delle fonti: il concetto di norma giuridica. – 7. L'obbligatorietà delle norme giuridiche. – 8. Le antinomie. – 9. La codificazione e i principali codici europei: origini e ragioni. – 10. Il ruolo del codice civile nel sistema dei rapporti di diritto privato. – 11. Le Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 12. I diritti fondamentali nei rapporti di diritto privato. – 13. Le funzioni normative ausiliarie della Corte costituzionale, della Corte europea di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 14. L'interpretazione degli atti normativi: il concetto e le forme. – 15. Le regole ermeneutiche di fonte legale nel diritto italiano. – 16. L'interpretazione estensiva, l'interpretazione restrittiva, l'interpretazione analogica, l'interpretazione sistematica. – 17. L'efficacia delle norme nei rapporti di diritto privato a carattere transnazionale: l'individuazione della legge applicabile. – 18. Le regole sulla giurisdizione.

1. Il diritto come fenomeno sociale e come oggetto di studio

Il diritto è uno strumento di organizzazione di stabili comunità di persone, di cui si riscontra la presenza sin dall'antichità preclassica, ma in forme molto variabili. È quindi, contemporaneamente, una categoria costante del pensiero umano e un dato storico mutevole nel tempo e nei luoghi. Questo fenomeno può essere guardato da diversi punti di vista, ed è oggetto di studio da parte di discipline diverse. In ciascuna esso assume un significato particolare. Dal punto di vista della scienza politica, ad es., il diritto è un mezzo di attribuzione ed esercizio del potere nell'ambito di istituzioni, come gli Stati, le chiese, le organizzazioni internazionali, o i grandi operatori economici. Dal punto di vista della sociologia è una tecnica di regolazione sociale che spiega il comportamento e motiva le valutazioni dei membri della comunità. Dal punto di vista dell'economia è un sistema di incentivi e disincentivi dell'agire, che accresce con la sua protezione le utilità e con le sue sanzioni i costi dell'azione economica. Questi però, ed altri, sono secondo la visione della teoria generale del diritto oggi prevalente punti di vista esterni, certamente utili, ma non determinanti nella definizione di che cosa sia il diritto da un punto di vista interno, cioè dallo specifico punto di vista del giurista chiamato ad accertarlo, intenderlo, applicarlo.

Quale sia il concetto di diritto secondo il punto di vista interno, ossia del giurista, è oggetto di studio che muta secondo che del diritto si tratti in astratto e in generale, co-

me idea o concetto, a prescindere dalle sue variabili manifestazioni nella storia, o che invece se ne tratti in concreto, come fenomeno empirico determinato nel tempo e nello spazio.

La prima prospettiva, il diritto come concetto astratto e universale, è oggetto della filosofia e della teoria generale del diritto, e pertanto non rientra nella materia di questo manuale. Qui basterà dire che sono esistite e tuttora sopravvivono concezioni diverse sui fondamenti e sull'essenza del diritto. Le moderne esercitano tuttora un influsso sulla scienza giuridica contemporanea e quindi incidono sul modo di intenderlo e applicarlo. Da ciò la necessità di un breve accenno.

Secondo concezioni più risalenti i suoi fondamenti sarebbero trascendenti o metafisici: la volontà di Dio, la retta ragione, la natura delle cose esprimerebbero le regole cui gli uomini devono attenersi. Queste concezioni (globalmente note come **diritto naturale**) sono definite **giusnaturalismo**, ed esprimono le diverse culture ed i variabili valori dei giuristi ispirati da tali approcci religiosi o filosofici; esse sono state prevalenti nell'area europea sino alle soglie del XIX secolo. Ciò non ha mai escluso però che il diritto da esse tratto dai giureconsulti o dai giudici sia stato sempre contiguo al diritto emanato dalle autorità politiche o formato dal consolidamento di usi generalmente rispettati, e che anche i loro dettami siano stati fatti valere con la forza da apparati detentori del potere.

Dall'inizio dell'ottocento, grazie soprattutto all'importanza delle grandi codificazioni, per la prima volta dal tempo del *Corpus iuris civilis* di Giustiniano poste in essere ed entrate in vigore negli Stati moderni, la concezione prevalente nel pensiero dei giuristi dell'area culturale italiana ed europea è il **giuspositivismo**. Esso identifica il diritto in un artefatto umano, prodotto da autorità legittime e munite del potere materiale di farlo osservare. È cioè **diritto positivo**, ossia posto ed effettivo, solo quello prodotto dal potere costituito. Tali sono le normative vigenti negli stati nazionali, di applicazione necessaria (c.d. **hard law**). Accanto ad esse sta però (in posizione secondaria ma con diffusione oggi crescente) il **diritto opzionale**, cioè affidato alla libera scelta di applicarlo, a volte prodotto dagli operatori di un settore che consolidano modelli di comportamento largamente osservati, come le regole invalse nelle prassi del commercio internazionale, altre volte proposto come tecnica di regolamentazione dei rapporti da istituzioni preposte alla individuazione di soluzioni efficaci, come le raccolte di principi del diritto dei contratti (c.d. **soft law**). Si tratta dunque in tutti i casi di diritto di origine artificiale. Ciò non esclude che l'ispirazione di questo diritto artificiale possa risiedere in principi politici, sociali, economici, religiosi, morali, nei quali si avverte talora l'influsso dei principi del diritto naturale, che siano adottati nella sua produzione dal potere costituito, e che spesso sono consacrati nelle leggi supreme: Costituzioni e Carte dei diritti [v. *infra* § 4].

Quali che siano i fondamenti del diritto, la filosofia del diritto discute anche di quale sia il suo concetto. E la discussione – che qui non interessa in sé – ha anch'essa un riflesso per lo studio del concreto **diritto vigente**, cioè del diritto che regola attualmente ed obbligatoriamente la condotta degli uomini in un ambito (come lo Stato italiano),

e quindi del diritto privato interno, perché affina gli strumenti concettuali con i quali i giuristi positivi, suoi studiosi, ne analizzano il contenuto la struttura e gli effetti. Quanto al concetto, qui basterà dire che accanto a concezioni per cui il diritto nella sua essenza sarebbe “comando”, o invece “istituzione”, è oggi più ampiamente diffusa la teoria secondo la quale esso sarebbe un complesso di **norme (teoria normativa)**, cioè di regole di condotta (quali solitamente sono gli articoli di una legge) o di principi direttivi (quali solitamente sono le dichiarazioni delle Costituzioni e delle Carte dei diritti). Il concetto di norma [v. *infra* § 6] è appunto il principale strumento ideale con cui oggi è condotto lo studio del diritto positivo.

La seconda prospettiva invece, relativa al diritto come fenomeno concreto nello spazio e nel tempo, concerne lo specifico diritto valevole ed applicato in un determinato ambito (come il diritto romano, o italiano o francese o tedesco, o dell'Unione europea, o della comunità internazionale o di una confessione religiosa e via dicendo). Indagare il passato di questi fenomeni concreti appartiene allo studio storico del diritto. Lo studio del presente dei diritti vigenti appartiene invece alla **dogmatica giuridica**, cioè a quella disciplina che studia un concreto diritto attuale, effettivamente operante in uno spazio e tempo determinato, prodotto da una autorità cui sia dal diritto stesso riconosciuto il potere normativo, o – meno frequentemente – da prassi consolidate e generalmente seguite. Essa ha per oggetto i testi prodotti da quelle autorità, o i contenuti di quelle prassi, e si occupa di appurarne il significato, e quindi la struttura logica che li caratterizza e le funzioni che assolvono attraverso il modo in cui guidano il comportamento di coloro che agiscono nell'ambito spazio-temporale regolato.

Tale è appunto lo studio del diritto privato italiano, inteso come parte del complessivo diritto attualmente vigente nella Repubblica italiana, a sua volta inserito nel diritto europeo di fonte unitaria ossia nel diritto dell'Unione europea, e ricco di rapporti con il diritto della comunità internazionale. Ne risulta un intreccio complesso, a causa dell'estrema articolazione dei moderni sistemi di diritto e delle loro plurime intersezioni con altri sistemi [per la struttura v. *infra* § 8 e per l'applicazione § 17]. Ciò ha reso nel tempo sempre più difficile l'opera della dogmatica giuridica. La sterminata produzione normativa tipica delle società contemporanee, e la sua derivazione da numerosi e diversi centri di produzione normativa, diversamente ispirati, accrescono la quantità e la complessità del materiale normativo che essa deve considerare ed ordinare secondo linee logiche. Questo sforzo è tuttavia assolutamente irrinunciabile in qualsiasi sistema giuridico. Senza di esso, infatti, la giurisprudenza teorica, cioè la dottrina, e soprattutto la giurisprudenza pratica, cioè i giudici, a causa dell'oscurità, complessità, e talora contraddittorietà del diritto vigente, ovvero a causa del concorso di più sistemi di diritto contemporaneamente vigenti (per es.: quello italiano e quello di un altro Stato nel rapporto tra rispettivi cittadini, quello italiano e quello dell'Unione europea oppure quello di un trattato internazionale sottoscritto dall'Italia in una materia regolata da entrambi) non sarebbero in grado di indicare la corretta disciplina giuridica dei casi che la realtà dei rapporti umani porta alla loro attenzione. E quindi non sarebbero in grado di comporre i conflitti che insorgono nella vita di relazione.

Nel suo lavoro di ricostruzione ordinata e logica di un concreto diritto, come il diritto italiano, la dogmatica si serve di concetti giuridici elaborati a partire dai testi legali. Questi concetti (come ad es. norma, principio, diritto soggettivo, atto, negozio, illecito, e tanti altri) ordinano l'altrimenti frammentario e disaggregato dettato legale, e ne fanno un **ordinamento giuridico**, o sistema giuridico. Per l'esistenza di un ordinamento giuridico concorrono perciò due requisiti.

Il primo è l'inerenza di tutti i dati normativi considerati da chi studia un concreto sistema giuridico ad una stessa istituzione (uno Stato, una organizzazione sovranazionale, una comunità di culto ecc.). Tale inerenza viene secondo la dottrina più accreditata stabilita attraverso una norma fondamentale di quello stesso ordinamento, intesa al riconoscimento di quali norme appartengano a quell'ordinamento. Facile comprendere che si tratta di una norma ideale, desumibile dalla complessiva considerazione di un ordinamento, alla luce della quale si può stabilire quali norme ne fanno parte e quali no, e non di un concreto articolo scritto in qualche materiale testo normativo. Per la complessità dei sistemi giuridici moderni le norme di uno stesso ordinamento possono provenire anche da legislatori diversi (oggi per es. le norme dell'ordinamento giuridico italiano provengono non solo dallo Stato, ma anche dalle autonomie locali e dalle organizzazioni internazionali ed europee). Questo profilo si chiarifica nello studio delle **fonti del diritto**, cioè degli organi e procedimenti legittimati a produrre norme giuridiche nell'ordinamento considerato.

Il secondo è la ricognizione di una struttura organica di tale complesso normativo, che possa stabilire ordinati criteri di coordinazione e di subordinazione tra le norme del sistema. Tale ordine nei fatti non si dà a priori: non è cioè necessariamente sempre presente nella produzione normativa, ma viene costruito nel suo studio scientifico. L'attività legislativa può anche incorrere, di fatto, nella produzione in uno stesso sistema di norme incompatibili. Ma per le ragioni sopra dette (pervenire ad una razionale composizione dei conflitti) la dogmatica assume che il legislatore (che come detto di fatto si articola in plurimi legislatori) debba essere coerente, e quindi legiferare secondo il principio di non contraddizione; e quando di fatto ciò non accada, utilizza specifici strumenti concettuali per dissolvere eventuali contrasti tra norme giuridiche. Questo profilo si chiarifica nello studio delle norme giuridiche e dei modi di soluzione dei loro conflitti, che nel linguaggio del diritto si chiamano **antinomie** [v. *infra* § 8].

Una buona parte dei concetti giuridici oggi correnti in Europa e nei Paesi influenzati dalla sua cultura, come per es. processo, reato, proprietà, contratto, obbligazione e tanti altri, e soprattutto quelli che si vedrà appartenere tipicamente al diritto privato, hanno avuto origine nel diritto dei romani. Essi hanno ispirato entrambe le grandi aree geografiche e culturali in cui da tempo e ancor oggi si divide la tradizione giuridica del mondo occidentale.

Tali aree sono quella detta di *common law*, che è diritto prodotto dai giudici consolidando, attraverso il ripetersi di precedenti logicamente conformi, principi e regole, diffuso nel mondo anglosassone; e quella detta di *civil law*, che è diritto prodotto dai legislatori, diffuso nell'Europa continentale. Anche in questa distinzione di modi di

produzione del diritto è presente una certa relatività. Al sistema di *common law* non sono estranei eventuali interventi legislativi su specifiche materie (*statutes*). Nel sistema di *civil law* è molto importante sia l'interpretazione che i giudici danno delle leggi, sia la soluzione che essi consolidano relativamente a casi non espressamente previsti dalla legge. Vi si allude correntemente come al **diritto vivente**, così denominato per contrapposizione al **diritto vigente** che è quanto si ricava dai testi legali in vigore, in via di pura constatazione.

In queste aree, nonostante le differenze nel modo di formazione, “diritto” ha sostanzialmente lo stesso significato. Altrettanto non vale per aree diverse (come ad es. la cinese, l'islamica, l'indiana) in cui è presente un'idea del diritto non coincidente con quella della cultura occidentale. In alcune però, che più si sono avvicinate ai modelli di vita occidentali, si nota anche una crescente penetrazione dei modelli giuridici dell'occidente.

2. La distinzione tra diritto privato e diritto pubblico

Un ordinamento giuridico positivo contemporaneo si occupa di tutti i fatti di qualche rilevanza politica economica o sociale che si verifichino nel suo interno. Gli spazi esenti dal diritto sono ormai irrilevanti. Questi **fatti giuridici** [v. *infra* cap. II § 2], tali non in sé ma perché considerati e regolati dal diritto, sono della più varia natura ed il potere normativo è intervenuto ed interviene continuamente a regolarli. In relazione alla diversa natura giuridica attribuita al fatto regolato ed alle conseguenti diverse caratteristiche del modo della sua regolazione, la scienza giuridica ha consolidato alcune tradizionali partizioni concettuali dell'unitario universo del diritto (diritto civile, commerciale, del lavoro, tributario, amministrativo, costituzionale, penale, processuale, della navigazione, agrario, industriale, ecclesiastico ed altri). La principale tra queste, che assorbe tutte le altre, è la distinzione tra **diritto privato** e **diritto pubblico**.

Le due nozioni non sono egualmente risalenti nel tempo. Il diritto privato è nozione in uso sin dall'antichità e ben nota ai romani dall'origine del loro sistema giuridico. La ragione, ovvia, è che i rapporti di diritto privato, personali (valga l'esempio delle capacità o incapacità civili della persona, del matrimonio o della famiglia) o patrimoniali (come ad es. la proprietà, i contratti, o gli atti che producono danno ad altri) caratterizzano le comunità organizzate fin dai primordi, e quindi il diritto dall'origine ha dovuto regolarli. È dunque rispetto a questi ed altri consimili rapporti tra i membri della comunità che lo studio del diritto ha elaborato i concetti giuridici fondamentali. Essi sono tuttora utilizzati nel diritto privato ma per lungo tempo sono stati impiegati, magari con adattamenti, anche in altre branche del diritto (valga qui l'esempio della nozione di “negozio giuridico”, non utilizzata dal legislatore italiano ma formata dalla scienza giuridica per connotare la categoria concettuale degli atti del privato intesi a regolare i suoi rapporti, come ad es. i contratti, i testamenti, le rinunzie a diritti, le promesse unilaterali, e mutuata in un primo momento dalla scienza del diritto pubblico per inquadrare l'atto

del pubblico potere inteso a regolare rapporti, originariamente definito “negoziio giuridico pubblico” ma oggi comunemente denominato “provvedimento amministrativo”).

Il diritto pubblico è invece nozione assai più recente, che è venuta delineandosi solo con la formazione moderna degli Stati, per regolare la loro organizzazione politica e l’esercizio del potere sulla comunità. Esso concerne quindi l’individuazione dei pubblici poteri, territoriali (stato, regioni, province, comuni) e non territoriali (tutti gli altri), ossia la strutturazione ed articolazione delle pubbliche amministrazioni, le loro competenze, la loro capacità di porre norme giuridiche e di regolare rapporti fra loro o con i privati, nonché di compiere le attività (funzioni e servizi pubblici) strumentali alla cura degli interessi generali affidati a quell’organo della pubblica amministrazione. Con il tempo il diritto pubblico è venuto elaborando propri concetti giuridici ed emancipandosi (ma come tra poco si vedrà non del tutto) dall’utilizzo di quelli di derivazione privatistica.

La distinzione tra diritto pubblico e privato è stata per lungo tempo netta, soprattutto nei sistemi di *civil law*, sia quanto ai fenomeni regolati sia quanto agli strumenti della regolazione. L’epoca attuale manifesta invece una tendenza alla contaminazione. Da un lato il diritto privato dopo avere inizialmente prestato al diritto pubblico i propri strumenti concettuali ha iniziato ad adottarne alcuni autonomamente elaborati nel diritto pubblico: un esempio significativo è il concetto di **interesse legittimo**, con il quale si designa quella situazione soggettiva che riceve tutela di riflesso della corretta attuazione di un interesse preminente [v. *infra* cap. II § 4.2]. Ciò accade tipicamente nel diritto pubblico ove la realizzazione dell’interesse del privato dipende dal corretto esercizio della funzione pubblica per la realizzazione dell’interesse pubblico. Ma si verifica anche nel diritto privato (per es. nei confronti di chi partecipi ad un concorso indetto da un privato, e dalla corretta attuazione delle regole del bando sulla valutazione di merito possa aspettarsi la vittoria). Dall’altro la pubblica amministrazione per ragioni di efficienza e speditezza ha espanso l’uso di servirsi dei tradizionali strumenti privatistici (il contratto, l’organizzazione d’impresa), o ha importato modelli privatistici nei rapporti tra i suoi organi e/o anche con privati, come gli “accordi di programma” con i quali più enti pubblici si accordano tra loro, e al caso anche con privati, per definire secondo schemi di tipo contrattuale la regolamentazione di un’attività di interesse pubblico che eserciteranno congiuntamente, con reciproci diritti e doveri. Inoltre, in tutti i casi in cui non vi sia normativa pubblicistica *ad hoc* il diritto privato continua a fornire all’attività dei pubblici poteri il regime basilare per la struttura degli enti, la proprietà in mano pubblica, i contratti, le obbligazioni, la responsabilità per danni. Questo regime di tipo privatistico cui ricorrono indifferentemente soggetti privati e pubblici è designato **diritto comune** ed è di assai largo impiego [v. *infra* cap. II § 3].

È discusso quale sia il tratto che distinguerebbe scientificamente il diritto privato dal diritto pubblico. Una opinione diffusa riteneva di cogliere la differenza nella circostanza che i soggetti del rapporto si pongano formalmente su un piano di parità, come avverrebbe sempre nel diritto privato, sebbene sul piano sostanziale possano esservi forti squilibri di potere economico o sociale, o invece in una relazione di supremazia e

rispettivamente di soggezione, come avviene allorché la pubblica amministrazione eserciti la pubblica funzione per la quale è competente avvalendosi del potere discrezionale di cui è fornita, che affievolisce anche i diritti dei privati riducendoli a meri interessi legittimi. Constatata la menzionata contaminazione di fatti e regole tra le due grandi partizioni del diritto, questo criterio mostra la sua approssimatività. Coglie un tratto tipico dei nuclei più tradizionali delle due aree, e indica la caratteristica largamente prevalente, ma non vale in altri casi. Per riprendere un esempio fatto, i menzionati accordi di programma tra enti pubblici e privati adottano modelli privatistici ma restano rapporti regolati dal diritto pubblico, vedono ovviamente le pubbliche amministrazioni su un piede di reciproca parità ma attribuiscono anche ai privati veri e propri diritti. La complessità del diritto contemporaneo impedisce perciò di segnare in modo netto la linea di confine tra pubblico e privato.

Nell'esperienza giuridica contemporanea appartengono al diritto privato numerose materie. Il **diritto civile** concerne i soggetti naturali come le persone fisiche ed artificiali come le associazioni e le fondazioni, la famiglia, le successioni a causa di morte, la proprietà e gli altri diritti immediati sui beni, le obbligazioni ossia i rapporti fra creditori e debitori, i contratti in generale e gli altri atti con cui i privati esercitano la capacità di darsi delle regole, gli atti illeciti e i conseguenti risarcimenti, i mezzi di tutela dei diritti delle persone. Il **diritto commerciale** tratta delle imprese individuali o associate (società) della loro struttura e delle loro attività. Il **diritto industriale** è relativo alla concorrenza ed ai diritti sulle creazioni intellettuali utilizzate dalle imprese (marchi, brevetti). Il **diritto del lavoro** regola la prestazione in via autonoma o subordinata delle energie lavorative. Il **diritto della navigazione** regola il trasporto aereo e navale. Ma accanto a queste partizioni classiche altre se ne formano: come il **diritto dei consumatori**, che protegge gli interessi di coloro che per fini non professionali acquistano i prodotti e servizi delle imprese; il **diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria**, che disciplina la raccolta e l'investimento del risparmio e le forme del finanziamento; il **diritto dell'informatica**, che regola l'utilizzazione dei mezzi informatici ed elettronici nei rapporti giuridici. Occorre però avvertire che in tutte queste branche del diritto privato intervengono spesso anche norme di diritto pubblico ad integrare la complessiva regolamentazione (ad es. per molte attività commerciali è necessario ottenere dall'autorità competente una licenza; molte attività industriali ricevono disciplina anche dalle norme del diritto dell'ambiente); sicché la distinzione resta nello studio ma sfuma talora nei fatti, che ricevono una disciplina mista.

3. Il diritto oggettivo. La nozione di fonte del diritto: vigenza ed effettività

Le concezioni giusnaturalistiche sopra ricordate ritenevano il diritto un dato preesistente all'opera dell'uomo, che questi dovesse semplicemente scoprire. Nelle moderne concezioni giuspositivistiche quell'artefatto che è il diritto esiste solo se prodotto da un fatto umano idoneo a porre in essere norme giuridiche: **atto normativo**. Degli atti di tal

genere si parla tecnicamente come di **fonti del diritto**. La parola “diritto” è qui usata esclusivamente per indicare il **diritto oggettivo**, ossia appunto l’insieme delle norme giuridiche. Ma la parola “diritto” si usa comunemente anche in altra accezione. Là dove, per es., una norma attribuisca a un soggetto un potere giuridico attraverso il quale questi possa realizzare un suo interesse, essa è fonte di un **diritto soggettivo**. Ovviamente le norme possono attribuire anche altre **situazioni giuridiche soggettive** [v. *infra* cap. II § 4 ss.], e cioè non solo un potere ma anche situazioni di dovere, di vario tipo.

Approfondire il concetto astratto di fonte del diritto appartiene alla teoria generale del diritto, e non allo studio del diritto privato. E appartiene piuttosto al diritto costituzionale approfondire gli specifici procedimenti di produzione di diritto oggettivo nell’ordinamento italiano. Per i fini dello studio del diritto privato vigente sono però necessarie alcune nozioni basilari. “Fonte di diritto oggettivo” vuol dire fatto umano che pone in essere norme giuridiche. La nozione si precisa, dunque, mettendo a fuoco da un lato le caratteristiche del fatto produttivo dall’altro le caratteristiche del suo prodotto.

Se si guarda al fatto produttivo in sé si giunge alla conclusione che è “fonte di diritto” qualunque atto umano che produca diritto (oggettivo), per il solo fatto di produrlo. La natura di fonte dipenderebbe allora semplicemente dal suo prodotto: è “fonte” se produce “norme”. Ciò sposta l’accento sulla questione dell’individuazione della norma giuridica. Il che non solo richiede che il prodotto della fonte abbia idoneità a regolare condotte umane (deve dunque esprimere modelli di comportamento), ma anche e soprattutto che esso sappia regolarle con lo specifico carattere della giuridicità: sono infatti norme ed esprimono modelli di comportamento anche le norme della morale o del costume, ma non sono per questo norme giuridiche. Per cogliere il tratto della giuridicità è opinione diffusa che si debba guardare alla circostanza se la norma considerata giustifica per la sua inosservanza il ricorso alla forza in funzione coattiva (**coazione**). La violazione di una norma morale o del costume suscita riprovazione, ma non giustifica il ricorso alla coazione. Sarebbero dunque norme giuridiche quelle cui è connessa, magari solo mediatamente, una **sanzione** (l’applicazione di una pena, il risarcimento di un danno, la negazione di un diritto, e via dicendo) suscettibile di essere imposta con la forza. Come che sia, in questa prospettiva la qualità di fonte del diritto dipende dalla natura giuridica del suo prodotto.

Il punto di vista dei diritti positivi è però diverso. Nei moderni ordinamenti si constata subito che le fonti del diritto sono procedimenti formalizzati, che prima ancora di produrre diritto e quindi regolare condotte umane, sono prodotti e regolati dal diritto (così, ad es., in Italia la Costituzione regola il procedimento di formazione e promulgazione delle leggi da parte del Parlamento, o delle leggi e dei regolamenti da parte delle regioni). In questo diverso punto di vista la prospettiva si inverte: è piuttosto il prodotto ad essere norma giuridica se e solo se proveniente da una fonte riconosciuta e regolata di diritto oggettivo. E la questione di stabilire quali siano queste fonti è risolta in radice dalla circostanza che norme superiori specifiche regolano la produzione normativa e quindi indicano quali procedimenti di quali soggetti siano ammessi in via esclusiva a produrre diritto.

Il diritto così prodotto che non sia venuto meno per abrogazione (è intuitivo che,

così come le creano, le fonti possono anche estinguere norme giuridiche), o per dichiarazione della sua illegittimità per contrasto con norme provenienti da una fonte superiore, è **diritto vigente**. È cioè una regolamentazione che deve essere applicata a tutti i rapporti da essa contemplati, e qualifica e protegge i comportamenti tenuti in sua conformità, mentre squalifica e reprime quelli attuati in difformità [v. *infra* § 7].

La soluzione così offerta dal diritto positivo al problema della produzione di diritto oggettivo, e quindi del governo dei comportamenti dei soggetti, non è però totale. Gli atti normativi regolati a loro volta dal diritto si denominano **fonti formali**. Ma è facile constatare che in nessun ordinamento tutto il diritto è prodotto da fonti formali: le rivoluzioni che danno vita a nuovi Stati, i trattati tra Stati concordati al di fuori di un quadro normativo preesistente, le consuetudini del commercio internazionale, sono procedimenti di formazione di diritto oggettivo che non hanno alle spalle una regolamentazione giuridica che ne regoli la funzione produttiva. Sono dunque designate **fonti materiali** di diritto o anche **fonti extra ordinem**. E concorrono con le fonti formali a produrre diritto oggettivo. Fonti materiali sono, tipicamente, le fonti supreme, cioè quelle che regolano al vertice le altre fonti subordinate: la legge ordinaria è fonte formale perché regolata dalla Costituzione, fonte ad essa sopraordinata; la Costituzione regola anche la formazione delle leggi costituzionali; ma nessuna fonte formale sopraordinata ha regolato la formazione della Costituzione italiana.

La questione non ha una mera rilevanza teorica. Ha anzi un notevole impatto pratico. La vigenza del diritto prodotto da fonti formali non è incisa dall'inosservanza (ad es.: un divieto di sosta non cessa di valere solo perché è diffuso il malcostume di ignorarlo). Al contrario, la vigenza del diritto prodotto dalle fonti materiali è incisa dall'inosservanza (ad es.: la desuetudine fa venir meno il diritto consuetudinario, la controrivoluzione fa venir meno il diritto rivoluzionario). Ora, poiché tutti i sistemi giuridici sono formati anche in parte da fonti materiali, e poiché queste si situano anche tipicamente al suo vertice (le Costituzioni appunto, frutto di atti normativi che non sono a loro volta regolati da una fonte superiore), diviene in ogni ordinamento rilevante il fenomeno della sua **effettività**: il suo diritto oggettivo vige se e finché è globalmente osservato.

L'effettività è un buon criterio pratico per stabilire la vigenza del diritto oggettivo che non provenga da fonti formali. Ma solleva un arduo problema teorico. In un sistema di diritto oggettivo prodotto da fonti formali, infatti, è l'osservanza che dipende dalla vigenza di quel diritto. Tuttavia il concorso anche al vertice di fonti materiali fa sì che la prospettiva si inverte, e sia la vigenza a dipendere dall'osservanza. L'effettività ci dà un efficace risposta dal punto di vista sociologico, ma non un criterio giuridico-formale. Questa difficoltà concettuale caratterizza tipicamente la nozione di fonte del diritto.

4. *Le fonti del diritto privato*

Le concezioni moderne sulla natura e la produzione del diritto si sono affermate come accennato con il consolidarsi degli Stati, che hanno avocato a sé con il monopo-

lio dell'uso della forza anche la competenza esclusiva a stabilire nell'ambito della loro sfera di sovranità le regole della vita associata. Da che l'idea della necessaria **statualità del diritto**. Ma nel corso del XX secolo lo sviluppo di fenomeni di produzione extra-statale di diritto cui lo Stato stesso presta riconoscimento, esterni allo Stato (come le organizzazioni internazionali quale l'ONU, o la Comunità poi Unione europea) o interni allo Stato (come le autonomie locali, o le confessioni riconosciute), induce a ritenere superata l'identificazione del diritto con lo Stato.

Anche l'ordinamento giuridico italiano vigente deriva oggi non solo da fonti statali, di cui tra poco si dirà, ma anche – come sancisce l'art. 117, co. 1, Cost. – da fonti esterne o interne alla dimensione statale. Tra le esterne la massima importanza va attribuita alle fonti unitarie, cioè alla produzione normativa dell'Unione europea, che con i Trattati sull'Unione e sul Funzionamento dell'Unione ha integrato il diritto costituzionale italiano, e con i regolamenti interviene immediatamente e con le direttive mediamente (attraverso una legge nazionale di recepimento della direttiva) a produrre diritto vigente in Italia. Tra le interne grande rilevanza hanno le leggi regionali, operanti ovviamente nei limiti del territorio interessato, ma anche la normativa di altre autorità territoriali, pure operante solo nell'ambito locale. Inoltre, nell'ordinamento italiano vige al più alto livello (art. 2 Cost.) il principio del necessario riconoscimento delle **formazioni sociali** ove si svolge la personalità umana, molte delle quali (ad es.: sindacati, partiti, confessioni religiose) producono regole di comportamento socialmente ed economicamente importanti e largamente applicate (si pensi alla **contrattazione collettiva** prodotta dalle associazioni sindacali dei lavoratori e delle loro controparti). Nel loro ambito tali normative operano, almeno a certi effetti come norme di legge (ad es.: le norme dei contratti collettivi di lavoro non possono essere derogate *in pejus* dalle parti del rapporto individuale che siano iscritte alle associazioni che hanno stipulato il patto collettivo, e la loro violazione e falsa applicazione da parte dei giudici è sindacabile davanti alla Corte di cassazione, come le norme di legge).

Questa pluralità di normative non potrebbe coesistere – o meglio: travolgerebbe il carattere di “ordinamento” del complessivo diritto oggettivo vigente – se il concorso delle fonti non fosse a sua volta disciplinato. Si consideri che spesso fonti diverse pongono prescrizioni incidenti sugli stessi tipi di rapporti (si pensi ad es. al concorso del diritto dei contratti contenuto nella legislazione interna con il diritto dei contratti contenuto nella legislazione europea di derivazione unitaria). Da che possibili sovrapposizioni, contrasti, o quanto meno rapporti di regola ad eccezione, in cui è indispensabile comporre il concorso di norme di diverse fonti.

Il criterio fondamentale per determinare i rapporti tra le diverse fonti del diritto operanti nell'ordinamento è il **criterio di gerarchia**. Come visto le fonti non sono tutte sullo stesso piano, bensì si distinguono in fonti superiori ed inferiori. Con la conseguenza che alle fonti inferiori è inibito produrre diritto in difformità dal diritto prodotto dalle fonti superiori. L'eventuale diritto difforme prodotto da fonti inferiori non è diritto valido, e la sua invalidità può essere dichiarata dagli interpreti istituzionali del diritto.

La gerarchia non è però oggi l'unico criterio di coordinamento tra fonti. Vi si af-

fianca il **criterio di competenza**. Da questo punto di vista non assume rilievo soltanto la **riserva di legge**, cioè il sottrarre a qualsiasi altra fonte la disciplina di una materia e riservarla alla normativa prodotta dall'organo legislativo primario, che è il Parlamento. Riserva che può essere assoluta, quando è disposto che l'intera disciplina della materia sia statuita per legge; o relativa, quando alla legge è demandato di fissare i principi, che altre fonti possono attuare con regole di dettaglio. Oggi altrettanto se non più rilevante della riserva è il principio delle autonomie locali ed il rispetto dei vincoli internazionali e unitari introdotto nel 2001 da una riforma costituzionale (v. ancora l'art. 117 Cost.). È prevista, infatti, una competenza normativa regionale di dettaglio in ordine alla regolamentazione di molte materie, anche nel campo dei rapporti di diritto privato. Inoltre, lo Stato è tenuto a legiferare nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e dagli obblighi internazionali, e pertanto ad attuare e non contrastare o eludere le normative che ne provengono. Buona parte delle quali (come i diritti fondamentali garantiti dalle Carte internazionali dei diritti, o il diritto dei consumatori o delle società commerciali, che è diritto europeo di derivazione unitaria) riguarda il diritto privato.

L'art. 1 delle **Disposizioni sulla legge in generale**, dette anche **Preleggi**, aveva avuto buon gioco al tempo dell'emanazione del codice civile nel delineare il sistema delle fonti («Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) le norme corporative 4) gli usi») ma a partire dal dopoguerra si è continuamente riproposto un fondamentale problema di gerarchia al vertice dell'ordinamento, ulteriormente reso complesso dall'intreccio con il principio di competenza. Considerando l'insieme, si può tracciare – ma con una certa inevitabile approssimazione – secondo ordine gerarchico e ambito di competenza, il seguente sistema “piramidale” di fonti del diritto italiano.

Al vertice è sicuramente la Costituzione (in vigore dal 1948). Si tratta, secondo il linguaggio tecnico in uso, di una costituzione rigida, che cioè non può essere modificata altro che attraverso un complesso procedimento di revisione costituzionale, e vincola il legislatore ordinario, che non solo non può modificarla, ma non può validamente produrre norme di legge che con essa contrastino (ove invece potesse si parlerebbe di “costituzione flessibile”). Le costituzioni sono tipicamente le fonti ove sono espressi i **valori fondamentali** dell'ordinamento: nella Costituzione italiana, quanto ai rapporti di diritto privato, sono evidenti il riconoscimento come valori dei diritti inviolabili delle persone, della rilevanza delle formazioni sociali, dell'uguaglianza dinanzi alla legge, della tutela delle fondamentali libertà civili, del lavoro in tutte le sue forme, della libertà di iniziativa economica che non contrasti con l'utilità sociale, della tutela del risparmio. Le norme costituzionali sono immediatamente precettive e perciò vincolano il legislatore ordinario ad attuare quei principi, rendono invalide le norme contrastanti, e condizionano la corretta interpretazione del diritto oggettivo (principio dell'**interpretazione conforme** a Costituzione).

L'Italia è parte dell'Unione europea e, dunque, alla Costituzione si affiancano ulteriori norme, di livello costituzionale, contenute nei Trattati sull'Unione europea (TUE) e sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), ossia nel c.d. Trattato di Lisbona, in vigore dal 1° dicembre 2009, che ne ha introdotto la versione attuale ed ha dato inoltre

pieno riconoscimento alla **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**. Anche queste norme recano, quindi, valori fondamentali dell'ordinamento interno: la tutela della **concorrenza** e dell'**economia sociale di mercato**. La categoria in discorso oggi include anche le altre **Carte dei diritti fondamentali** [*infra* § 11], i cui valori sono ovviamente i diritti fondamentali della persona umana, di cui meglio si dirà oltre.

In caso di divergenza tra norme di livello costituzionale, si ritiene che spetti ai (soli) principi fondamentali della Costituzione il grado gerarchico più elevato, seguiti dai Trattati, poi dalle altre norme di livello costituzionale (le altre disposizioni della Costituzione, le leggi costituzionali approvate con speciale procedura dal Parlamento). Seguono nella gerarchia le norme prodotte dall'Unione europea: i regolamenti (direttamente efficaci in tutti gli ordinamenti dei Paesi membri dell'UE); le direttive (efficaci attraverso il recepimento con legge ordinaria, salvo là dove, recando una regolamentazione dettagliata, siano direttamente applicabili, o *self executing*, come si usa dire). Esse hanno preminenza rispetto alle fonti interne, sicché in caso di contrasto queste ultime vanno disapplicate. Seguono poi le leggi ordinarie dello Stato, approvate dal Parlamento e promulgate dal Capo dello Stato, tra le quali si colloca il codice civile; ad esse si affiancano, avendo la stessa forza di legge, i decreti-legge adottati dal Governo, emanati in caso di urgenza ma soggetti a decadere se non convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione; e i decreti legislativi delegati, pure emanati dal Governo, ma in necessaria conformità ai principi posti da una legge ordinaria di delega e invalidi in caso di eccesso dalla delega stessa. Alle leggi ordinarie dello Stato si aggiungono secondo un criterio di competenza le leggi regionali, come detto operanti nel loro ambito territoriale e nelle materie non riservate alla esclusiva competenza legislativa dello Stato.

Quella sin qui ricapitolata prende nel suo complesso il nome di **normativa primaria** e fonti primarie si chiamano quelle che la producono. Segue gerarchicamente la c.d. **normativa secondaria**. Anzitutto i regolamenti, di varia provenienza: a quelli governativi – cui è riconosciuta una sorta di primazia (v. art. 4, co. 2, prel.) – si aggiungono i regolamenti ministeriali; le regolamentazioni emanate in forza di previsione di legge dalle c.d. Autorità amministrative indipendenti: l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (AGCM), la Banca d'Italia, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB); i regolamenti regionali; gli statuti comunali e provinciali; i regolamenti comunali e provinciali. Non è normativa secondaria, nonostante il nome, quella dei regolamenti delle due Camere, che è fonte di rango primario, espressione di una competenza esclusiva e riservata del Parlamento; si discute, invece, del rango spettante ai regolamenti interni degli altri organi costituzionali. Quanto agli statuti regionali o delle provincie autonome, trattasi nel loro ambito di fonti primarie. Infine, ultimi in gerarchia gli usi o consuetudini richiamati o consentiti dalla legge [v. *infra* § 7].

Accanto a queste fonti che pongono diritto oggettivo (e che possono anche abrogarlo) devono poi essere menzionate fonti con la esclusiva funzione specifica di estinguere diritto oggettivo: i referendum popolari abrogativi di leggi ordinarie, le sentenze della Corte costituzionale di accoglimento di questioni di legittimità costituzionale; a entrambi consegue la perdita di efficacia della norma oggetto del vaglio.

Questa in sintesi la struttura del sistema delle fonti. Ma in termini di contenuto e nella prospettiva del diritto privato, rilievo particolare hanno quelle norme della Costituzione, dei Trattati UE e delle Carte europee dei diritti che recano i principi fondamentali di molti rapporti di diritto privato, il codice civile del cui ruolo più ampiamente si dirà [v. *infra* § 10], i regolamenti e le direttive dell'UE attinenti a quelle materie di natura privatistica (come soprattutto la regolamentazione del mercato unico europeo) in cui nel rispetto del **principio di sussidiarietà** l'azione unitaria è competente a sostituirsi alla normativa degli stati membri (anche tramite la disapplicazione della norma interna non abrogata espressamente) perché, essendo di carattere generale ed armonizzato è più efficace dell'intervento dei singoli Stati, e le ormai innumerevoli leggi ordinarie (c.d. **leggi complementari**) che integrano la disciplina del codice civile, o regolano rapporti tra privati in esso non contemplati.

Non è invece fonte del diritto l'**equità**, cioè – come si dice – la giustizia del caso singolo. Va però ricordato che il diritto processuale civile consente al giudice per le controversie di minimo valore di decidere il caso secondo equità, e autorizza le parti del processo a chiedere concordemente una decisione di equità. Inoltre, l'equità è per volontà di legge una delle fonti di eventuale integrazione – oltre la legge medesima e gli usi – del contenuto del contratto che appaia carente [v. *infra* cap. XVIII § 18]. In questi casi perciò l'equità finisce per assolvere una funzione analoga a quella del diritto oggettivo, ma senza le sue caratteristiche di generalità ed astrattezza.

5. Le fonti di cognizione

Per operare nella società il diritto oggettivo deve essere (non solo prodotto e posto in vigore, ma) conoscibile con certezza del suo esatto testo e, quindi, dei suoi contenuti, e del suo ambito di applicazione spazio-temporale. Tutti gli ordinamenti, perciò, conoscono, accanto alle fonti di produzione anche delle ufficiali **fonti di cognizione**. Queste sono in pratica documenti e pubblicazioni ufficiali che rendono noto e incontrovertibile l'esatto testo normativo prodotto dalle diverse fonti dell'ordinamento in questione.

Nell'ordinamento italiano per la cognizione dei testi prodotti da fonti interne formali esiste anzitutto la **Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana** (g.u.r.i.). La pubblicazione in essa di leggi, decreti, regolamenti, è condizione della loro entrata in vigore, subito o, normalmente, dopo il periodo c.d. di *vacatio legis*. La pubblicazione del provvedimento normativo è perciò qui necessaria per la sua vigenza. Inoltre, opera a fini conoscitivi: essa rende note le norme, ormai conoscibili con facilità e sicurezza del testo, e quindi rende rilevante la loro eventuale inosservanza, secondo il principio **ignorantia legis non excusat** (cui la Corte costituzionale ha però apportato temperamenti, per i casi di ignoranza inevitabile, quale l'oscurità del testo o l'esistenza di gravi contrasti interpretativi). Per la cognizione dei testi legali prodotti da fonti formali esterne, quali quelle europee, esiste invece la **Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea** (g.u.u.e.),

per la quale valgono considerazioni analoghe. Esiste poi, sempre a fini di conoscenza, la **Raccolta Ufficiale degli atti normativi della Repubblica Italiana**, in cui – dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale – vengono inseriti in ordine cronologico tutti gli atti legislativi e del Governo, ma questa volta con valore puramente notiziale. Non esistono invece – come è facile intuire – specifiche fonti di cognizione per le fonti materiali del diritto. Tuttavia, almeno quelle consuetudini che sono **usi generali del commercio**, dopo essere state accertate nei fatti dal Ministero dell'industria e commercio, e dopo essere state tradotte in forme verbalizzate, sono inserite in raccolte presso le Camere di commercio del luogo, e periodicamente aggiornate. Le raccolte determinano una presunzione relativa ovverossia *iuris tantum* (cioè suscettibile di prova contraria) dell'esistenza e del contenuto normativo dell'uso commerciale.

6. Il prodotto delle fonti: il concetto di norma giuridica

Come si evince da quanto detto il diritto oggettivo è il complesso delle **norme giuridiche** vigenti nell'ordinamento dato, in quanto prodotte dalle fonti in esso operanti. Esse possono essere **regole**, o **principi**, o **clausole generali**.

Le norme sono regole quando prevedono un tipo di fatto (ad es.: la generazione di un figlio, la celebrazione di un matrimonio, la stipulazione di questo o quel contratto, la produzione di un danno materiale o personale a qualcuno, e via dicendo), e statuiscono quali poteri o doveri (o meglio, situazioni giuridiche soggettive) siano attribuiti in quel caso ai soggetti coinvolti.

Il tipo di fatto astrattamente considerato dalla regola [ad es.: il cagionare ad altri ingiusto danno, detto "fatto illecito": v. *infra* cap. XVII] prende nel linguaggio tecnico il nome di **fattispecie** (dal latino *species facti*, cioè aspetto del fatto). Fattispecie astratta, come detto. Il caso concreto ad essa riconducibile (ad es.: i guasti che in una certa circostanza un guidatore inetto ha procurato al veicolo di un'altra persona urtandolo) prende allora il nome di fattispecie concreta. La struttura della fattispecie astratta può essere più o meno articolata. A volte consta di un unico fatto (ad es.: la dichiarazione del titolare del diritto soggettivo di usufrutto di rinunziarci, così restituendo al proprietario di quel bene il suo pieno godimento): "fattispecie semplice". A volte consta del concorso di più fatti (ad es.: il matrimonio consta delle dichiarazioni dei due nubendi e di quella dell'ufficiale dello stato civile): "fattispecie complessa". A volte (come nell'esempio fatto) tale concorso di fatti è contemporaneo. Altre volte è dilazionato nel tempo (ad es.: due parti convengono oggi la locazione di un immobile al mare da utilizzare dal prossimo 1 agosto, ed il conduttore sin da ora è tutelato dal contratto ma solo allora perfezionerà il suo potere di godere concretamente dell'immobile): "fattispecie a formazione progressiva".

Di ogni fattispecie che considerano le regole dettano la disciplina giuridica attraverso l'attribuzione al o ai soggetti suoi protagonisti di certe situazioni giuridiche soggettive di potere o di dovere [v. *infra* cap. II § 4 ss.]. L'attribuzione di certi poteri o doveri

prende il nome di **effetto giuridico** (sebbene non si tratti affatto di un fenomeno di causa/effetto, bensì di un fenomeno di qualificazione della situazione giuridica delle persone nel caso regolato, e di guida dei loro comportamenti).

Le norme sono principi quando esprimono una direttiva (ad es.: che si adempiano i doveri di solidarietà, che la libertà personale sia inviolabile, che il giustificato affidamento di una parte di un rapporto giuridico sia tutelato), senza che sia indicata la fattispecie specifica e l'effetto particolare a ciò connessi. I principi possono trovarsi esplicitamente espressi in un articolo di legge, o implicitamente espressi da più regole legali specifiche che mostrano di disciplinare le rispettive fattispecie in conformità alla stessa tacita direttiva.

Le norme sono clausole generali quando esprimono uno *standard* da utilizzare in concorso con le regole per la migliore determinazione di una fattispecie o di un effetto giuridico (come ad es. la correttezza nel rapporto obbligatorio, la diligenza del buon padre di famiglia nell'adempimento dell'obbligazione, la buona fede nell'interpretazione ed esecuzione di un contratto, la giusta causa nel legittimo recesso dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e altre).

Siano regole o principi o clausole generali le norme giuridiche hanno sempre i caratteri della **generalità** e dell'**astrattezza**. Generalità perché anche le regole, e a maggior ragione i principi e le clausole generali, non considerano mai un caso singolo, ma un tipo di casi, o un loro aspetto, che nella realtà sono illimitatamente ripetibili. Astrattezza perché non considerano mai rapporti concreti, di questo o quel soggetto particolare, ma sempre tipi di soggetti e di fatti. Generalità ed astrattezza soddisfano contemporaneamente due fondamentali esigenze di un moderno ordinamento giuridico. Soddisfano una esigenza funzionale: la previsione astratta e generale riesce a governare una serie indefinita di casi, e così a fronteggiare la grande richiesta di diritto propria dell'odierna società di massa. Soddisfano poi una esigenza politica: la previsione astratta e generale assicura l'indifferenza del diritto a caratteristiche personali che genererebbero altrimenti discriminazioni politicamente inammissibili; astratta e generale, la legge è uguale per tutti (v. il **principio di uguaglianza** dinanzi alla legge dell'art. 3 Cost.).

La misura di generalità ed astrattezza delle norme può essere graduata. Alcune norme disciplinano in modo particolare una casistica di una fenomenologia più generale (ad es. l'art. 2010 c.c. disciplina la generale fenomenologia della temporanea impossibilità sopravvenuta di prestare lavoro subordinato disponendo la conservazione del posto di lavoro per tutti i lavoratori, ma le norme del d.lgs. 151/2001 dettano regole particolari per la sola casistica di impossibilità per maternità): sono perciò **norme speciali**. Ancor più particolarmente, alcune norme introducono circoscritte eccezioni a regole legali generali (ad es.: l'art. 1246 c.c. dispone che in cinque specifici casi non si verifichi la compensazione tra i reciproci crediti e debiti della stessa natura di due persone altrimenti voluta dall'art. 1241 c.c.): queste sono **norme eccezionali**. Le norme speciali si applicano a tutta la casistica cui si riferiscono. Le norme eccezionali solo agli specifici casi espressamente previsti.

Come regole o principi o clausole generali che concorrono a fornire modelli di com-

portamento, le norme non possono essere poste e colte altro che attraverso una formulazione linguistica. E non a caso le fonti del diritto positivo (come le Costituzioni, le leggi, i regolamenti ecc.) nel concreto altro non sono che procedimenti attraverso i quali vengono messi a punto testi che esprimono regole o principi (anche le consuetudini producono norme solo nel senso che chi vi si conforma prende a modello di comportamento l'espressione verbalizzata di ciò che usualmente si fa). Questi testi si articolano in enunciati in lingua naturale, che prendono il nome di **disposizioni**. Il giurista le trova negli articoli in cui è suddiviso il testo della legge. Anche la formulazione linguistica soddisfa al contempo un'esigenza funzionale ed una democratica: espresse in lingua naturale le norme sono comprensibili e quindi applicabili da tutti. Ma introduce nel diritto i problemi di vaghezza ed ambiguità dei linguaggi naturali, che possono rendere difficile individuare il corretto senso dalla disposizione, ossia la sua **interpretazione** [v. *infra* § 14].

Indipendentemente dalla forma linguistica nella quale sono espresse (è uso frequente delle legislazioni esprimersi nel modo indicativo del verbo, che sembrerebbe piuttosto descrivere che statuire: ad es. l'art. 2043 c.c. secondo cui «qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno»), le disposizioni, per la funzione stessa del diritto che non è di descrivere l'essere ma di statuire il dover essere, vanno intese come **prescrizioni**, cioè proposizioni che esprimono ciò che si deve o si può. La prescrizione che si evince interpretativamente dalla disposizione è appunto la norma. Che è norma giuridica quando è ricavata da un testo prodotto da una fonte del diritto, cioè da una o più disposizioni presenti nel testo della legge (qui intesa in senso ampio, comprensivo di tutti i tipi di atto normativo). È importante notare – e se ne dirà meglio parlando dell'interpretazione – che la norma può essere ricavata dal testo legale in via diretta (quando è il significato immediato di questa o quella disposizione) o anche indiretta (quando è un significato non espresso testualmente ma logicamente implicito in una o più disposizioni): si parla allora di interpretazione estensiva, interpretazione analogica, interpretazione sistematica, elaborazione di principi generali [v. *infra* § 16]. Deve comunque essere ricavata da una fonte di diritto. In un sistema di diritto positivo perciò non sono norme giuridiche le prescrizioni di cui non si possa dimostrare che sono realmente ricavabili dal dettato legale.

Che le norme giuridiche siano sempre il significato di disposizioni reperibili nel testo legale, loro significante, non vuol dire anche che vi sia una costante estrinseca corrispondenza tra le une e le altre. Anzi, molto spesso non è così. Un articolo di legge può caso per caso esprimere una norma (ad es. l'art. 2043 c.c. già ricordato, che individua la fattispecie, l'illecito, e l'effetto, l'obbligo di risarcimento; o l'art. 6 Cost., che pone il principio di tutela delle minoranze linguistiche), oppure esprimere solo una parte di una norma (ad es. l'art. 1321 c.c. che definisce la fattispecie “contratto”) di cui l'altra parte è espressa in un altro articolo (ad es. l'art. 1372 c.c., che prevede l'effetto giuridico generale della fattispecie contratto nel vincolo, equivalente a quello sorgente dalla legge, che esso instaura fra i contraenti). E poiché gli articoli sono frequentissimamente divisi in commi (i singoli capoversi che li compongono), questi finiscono per essere gli enunciati

a partire dai quali si costruisce la norma. Infine, un principio può essere espresso in un articolo, ma può anche essere inespresso ma implicito in una o più regole specifiche che ne testimonino l'adozione da parte del legislatore attraverso l'applicazione nel caso regolato da quella disposizione (ad es.: il principio di tutela dell'affidamento incolposo di un contraente, che non ha esplicita espressione normativa, viene ricavato dalle disposizioni che ne fanno singole applicazioni in vari casi di contratti invalidi o inefficaci).

7. *L'obbligatorietà delle norme giuridiche*

Come fenomeno politico, sociale, economico, il diritto è un fatto e dunque appartiene concettualmente al mondo dell'*essere*. Ma, come detto sopra, in sé il diritto è norma; e dalla norma è inscindibile il carattere della doverosità. Esso appartiene dunque al mondo del *dover essere*. Le concezioni che fondano e spiegano il carattere della **obbligatorietà** delle norme giuridiche sono tuttora un dibattuto problema della filosofia e della teoria generale del diritto e quindi non interessano il discorso di queste pagine. Dal punto di vista del diritto positivo è intrinseco alla produzione di norme giuridiche che esse siano poste affinché siano osservate dai soggetti che operano in quell'ordinamento, ed è perciò fuori questione che le norme siano obbligatorie. Va invece spiegato in qual senso e misura lo siano.

È stato convincimento diffuso della teoria giuridica – parallelo a quello sull'importanza della coazione per il concetto di diritto oggettivo – che si possa parlare di norme giuridiche solo per le norme accompagnate dal carattere della **coercibilità**, quelle cioè la cui inosservanza è sanzionata (sia pure in forme accettabili dal moderno sentimento giuridico) dall'applicazione della forza di cui dispone, con carattere di monopolio nel suo ambito, l'ordinamento giuridico cui la norma appartiene. Nella realtà contemporanea questo non è del tutto vero. Nel caso per es. delle norme riconducibili al c.d. *soft law* è l'adesione degli interessati che scelgono di applicare questo diritto a vincolarli, e la successiva inosservanza è suscettibile di coazione solo se il loro rapporto venga ricondotto alla giurisdizione di un diverso ordinamento che possa applicare la propria forza. Così pure le risoluzioni di organizzazioni internazionali, come l'ONU, non sono accompagnate dalla forza, di cui l'organizzazione internazionale non dispone, anche se possono legittimare comportamenti coercitivi degli Stati aderenti (si pensi all'applicazione di sanzioni economiche). Eppure non si dubita del fatto che il *soft law* o le regole sancite dall'ONU siano "diritto", e quindi norme obbligatorie. Sembra perciò più corretto dire non che la norma è giuridica ed obbligatoria in quanto sorretta dalla forza dell'ordinamento cui inerisce, ma in quanto giustifica e rende legittimo in caso di inosservanza l'uso della forza in funzione di **sanzione**. Resta comunque vero che gli ordinamenti statali, e quindi le norme in essi vigenti dispongono tipicamente della forza, e vi fanno ricorso, ma in modi anch'essi legalmente disciplinati che nel diritto privato escludono ogni aggressione della persona [v. *infra* cap. II § 14 e 15], e non invece del suo patrimonio, per assicurare l'osservanza del loro diritto.

Tutte le norme del diritto positivo sono, dunque, obbligatorie, ma in modi diversi. Quando il legislatore pone in vigore una disposizione che deve essere sempre osservata, perché tutela interessi generali che non ammettono violazione o elusione, ci si trova di fronte ad una **norma imperativa**. In tal caso l'atto del privato che la viola è sempre illegale, variamente sanzionato. E se si tratta di atti (unilaterali o contrattuali) intesi a regolare interessi privati, essi per il loro contrasto con la norma, o per il tentativo di eluderla aggirandola formalmente (c.d. **frode alla legge**), falliscono il loro scopo, perché sono giuridicamente invalidi nel modo più radicale [v. *infra* cap. XVIII § 11].

L'insieme delle norme imperative (regole, principi o clausole) presenti in un ordinamento giuridico ed inderogabili costituisce l'**ordine pubblico**. Questo include anche principi e regole non esplicitamente espressi ma ricavabili dal sistema del diritto oggettivo (ad es.: nessuna norma vieta espressamente di fare commercio del voto nelle elezioni, ma si comprende dall'insieme della disciplina inderogabile che gli atti che ne dispongono sono invalidi per contrasto con l'ordine pubblico). In quanto richiama come inderogabili per il viver civile anche certe norme della morale o del costume, il diritto oggettivo conferisce anche a queste il carattere della giuridicità e comunque dell'obbligatorietà: si parla per queste di **buon costume** e la loro violazione equivale alla violazione delle altre norme imperative (ad es.: elargire denaro a taluno per essere agevolati nell'assegnazione di una casa popolare).

Talora però il legislatore pone in vigore disposizioni destinate a tutelare interessi privati, che pure regolano i casi in esse previsti, ma consentono che nel caso concreto le parti possano disporre altrimenti. Le norme che ammettono il patto contrario – a volte espressamente, altre per implicito – sono evidentemente **derogabili**, ed il loro insieme costituisce il **diritto dispositivo** (ad es.: la garanzia nella compravendita per eventuali vizi occulti della cosa ceduta, che le parti possono escludere convenzionalmente, purché in buona fede, art. 1490 c.c.).

Infine, in certi casi il legislatore detta disposizioni che attribuiscono al verificarsi della fattispecie regolata diritti o obblighi intesi a disciplinare certi aspetti del rapporto se le sue parti non si siano curate di farlo (tale per es. l'art. 1709 c.c. che dispone l'onerosità del contratto di mandato ed il modo di quantificare il compenso, ma si applica solo se le parti non abbiano dettato una regola sul punto). Da queste disposizioni derivano **norme suppletive**.

Un caso particolare sotto il profilo dell'obbligatorietà è quello degli **usi** o **consuetudini**. Secondo l'opinione tradizionale perché una prassi generalmente seguita (per es.: pagare una certa misura di corrispettivo per la mediazione) cessa di essere un mero fatto statistico e divenga fonte di una regola giuridica, alla prassi deve accompagnarsi la c.d. *opinio iuris ac necessitatis*, cioè il generale convincimento che comportarsi in conformità sia giuridicamente doveroso. Senza entrare qui nel merito delle critiche che la teoria generale del diritto oppone a questa tesi, dal punto di vista del diritto positivo occorre comunque ricordare che nel sistema italiano gli usi ai sensi dell'art. 8 c.c. hanno efficacia obbligatoria nelle materie regolate dalle leggi solo in quanto siano da esse richiamati (**usi secundum legem**). Sono ovviamente privi di valore gli usi che contrastino con norme inderogabili (**usi**