

PARTE PRIMA
IL DIRITTO OGGETTIVO

CAPITOLO 1

IL DIRITTO E L'ORDINAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Il diritto come fenomeno sociale. – 2. L'interesse. – 3. L'ordinamento giuridico interno e internazionale. – 4. Ordinamenti giuridici e norme di altra natura. – 5. Ordinamento giuridico e diritto statale. – 6. Diritto positivo e diritto naturale. – 7. Lo Stato di diritto. – 8. Relazione tra diritto soggettivo e oggettivo. – 9. Diritto oggettivo, distinzioni. – 10. Diritto privato e diritto pubblico. – 11. L'oggetto del diritto privato.

1. *Il diritto come fenomeno sociale.*

Il naufrago che si trova da solo in un'isola deserta non ha bisogno del diritto. La presenza di un altro essere umano sullo stesso territorio, tuttavia, pone già il problema della *relazione* fra i due soggetti.

All'origine tale relazione è determinata essenzialmente dai rapporti di forza, che possono variare fra una situazione di assoluta supremazia dell'uno sull'altro – fino al limite della schiavitù – e una situazione di equilibrio tra soggetti di pari forza.

Il modo in cui si attua siffatto rapporto influenza direttamente la possibilità concreta di soddisfare gli interessi di ciascuno.

Si crea, in sostanza, una *gerarchia di interessi* che trovano maggiore o minore protezione secondo quelle che sono le norme di relazione instaurate fra coloro che vengono a far parte del gruppo.

In un secondo momento la consapevolezza del rapporto esistente fra i membri del gruppo, fondato sul potere conquistato da ciascuno e sulla capacità di farlo rispettare, porta, col tempo, ad un uso sistematico di regole che stabiliscono, nelle singole ipotesi di conflitto, come deve comportarsi un soggetto nei confronti di un altro.

Si può dire che in questo momento nasce un primo embrione di diritto, inteso come *insieme di regole* conosciute e rispettate da tutti i consociati.

In questa prospettiva, il diritto appare innanzitutto come un fenomeno

sociale in quanto permette la convivenza tra più soggetti, portatori di interessi contrapposti, in un gruppo ordinato. L'uso della forza non viene eliminato del tutto, ma resta un rimedio estremo, da utilizzare allorquando le regole di convivenza non vengono osservate. Anche l'applicazione della sanzione sarà, pertanto, soggetta a regole determinate.

In una società primitiva le regole di comportamento riguardano inizialmente l'uso di determinati beni o del territorio, la vita o l'integrità fisica della persona.

Man mano che la società diventa più complessa si producono regole che guidano la vita dell'intera collettività oltre che i rapporti fra le singole persone. In tal modo si creano norme sulla scelta dei capi, norme che vietano determinati comportamenti per il bene della società, fino alle norme che indicano come creare ulteriori regole nuove.

L'attività che consiste nella scelta delle norme più opportune per il bene della collettività si chiama *politica del diritto*. Compito quanto mai delicato, in quanto richiede una precisa consapevolezza della distinzione fra gli interessi dei singoli, dei gruppi e dell'intera società.

Il concetto di diritto sin qui accennato sottintende dunque un **complesso di norme** che regolano la convivenza di un gruppo sociale tutelando determinati interessi della collettività o di singoli individui e collocandoli in un certo ordine di importanza fra loro.

Ad es., si stabilisce che tra due soggetti in conflitto per l'uso di una cosa, debba prevalere quello che per primo se ne è impossessato. Oppure, nel conflitto tra l'interesse del singolo e l'interesse del gruppo sociale, in una determinata circostanza, ad es. quando è in gioco la difesa del gruppo, si stabilisce che debba prevalere quello della collettività anche a discapito della vita del singolo.

2. *L'interesse.*

L'uomo ha bisogno di soddisfare le necessità che si manifestano durante la sua vita. Si genera in tal modo una tensione verso determinate situazioni o determinati beni in quanto essi appaiono utili o addirittura indispensabili. Questo stato psicologico in cui si trova il soggetto, il quale si raffigura una situazione utile, desiderando, al tempo stesso, di ottenerla perché soddisfa una sua esigenza, viene chiamato **interesse**.

Come tutti sanno vi sono interessi concernenti la propria persona o la persona umana in generale, interessi propri di un singolo soggetto o di un gruppo di sog-

getti, interessi verso i beni materiali e interessi di altro genere, come quelli culturali (verso il mondo della natura o dello spirito umano), quelli religiosi (stabilire un contatto mistico con la divinità attraverso la preghiera e gli atti di culto) e così via.

Il diritto presuppone, come si è detto, l'esistenza di una società, cioè di un insieme di soggetti organizzati in un gruppo, sicché le regole di comportamento divengono necessarie perché un interesse è minacciato dall'esistenza di altri interessi *in conflitto* con il primo.

Si potrà manifestare, in taluni casi, la tutela prevalente del singolo o del gruppo, considerato nella sua interezza, o di un sottogruppo soltanto. Presupposto essenziale, alla base del fenomeno giuridico, è dunque *la possibilità di conflitto*, che causa la compressione o minaccia il soddisfacimento di un interesse rispetto a quello di altri soggetti. In caso contrario il diritto non serve.

3. L'ordinamento giuridico interno e internazionale.

Il concetto di diritto cui si è accennato sinora, inteso come *complesso di regole di un gruppo organizzato*, è ancora abbastanza generico e impreciso.

Un modo più significativo per indicare un complesso di norme giuridiche è dato dall'espressione: **ordinamento giuridico**.

Con questo termine si vuole indicare un insieme di norme giuridiche della stessa specie e cioè che trovano la loro origine *nella stessa fonte di produzione* e che si applicano entro un gruppo di soggetti ben delimitato.

Ad es. si può parlare di ordinamento *internazionale*, per indicare le regole che si sono venute a creare per consuetudine tra gli Stati o che sono state pattuite mediante i trattati internazionali dai vari governi e che si applicano nei rapporti esterni dello Stato. Si può parlare, invece, di ordinamento interno con riferimento alle norme create dallo Stato nel suo territorio e valide per tutti coloro che vivono all'interno dei confini statali.

Una sottospecie dell'ordinamento interno può essere considerato, ad es., l'ordinamento *militare*, che, come si intuisce, si rivolge soltanto ad una parte dei cittadini dello Stato ed è diretto a disciplinare una particolare categoria di situazioni senza escludere che, per tutte le altre vicende da esso non regolate, valga, invece, l'ordinamento civile. In questo esempio si assiste ad una sovrapposizione di ordinamenti diversi, provenienti da una *stessa fonte*, lo Stato, sicché saranno necessarie alcune regole di armonizzazione per evitare un *conflitto* fra i due ordinamenti e cioè un contrasto di

norme che, come si può intuire, appare assai probabile in tali casi.

Si possono ipotizzare comandi provenienti *da fonti diverse* diretti ad un unico soggetto che, in quanto sottoposto a distinti ordinamenti, deve obbedire ad entrambi (ad es. l'ordinamento giuridico della Chiesa si rivolge anche ai cittadini di uno Stato determinato che aderiscono a quella Chiesa e alle sue regole).

4. *Ordinamenti giuridici e norme di altra natura.*

Ci si può chiedere, a questo punto, se è giuridico anche l'ordinamento di un ordine cavalleresco, se sono “diritto” anche le leggi della massoneria, le regole di un club privato o, paradossalmente, anche le regole di una associazione per delinquere come la mafia o la camorra.

Sarebbe sbagliato ritenere che il quesito proposto ci conduca ad una “verità naturale”, come se scopriremo una legge fisica o le proprietà di un metallo, ma sarebbe altrettanto sbagliato pensare che la nozione di diritto che stiamo cercando non riesca ad esprimere nessuna verità. Il giurista che si interroga in merito al diritto è come un filosofo che si chiede cosa sia la filosofia. Si tratta di concetti che l'uomo stesso sta creando nel momento in cui osserva e descrive aspetti della realtà. Ebbene, la risposta che cerchiamo dipenderà dalle caratteristiche e dalla estensione che vogliamo attribuire al concetto di diritto.

Siamo dunque liberi di “riempire” tale nozione con qualsiasi contenuto? Fino ad un certo punto. Il concetto di diritto dovrà esprimere la particolare connotazione di un insieme di regole, cercando di evitare confusioni con altre regole dotate di caratteristiche diverse: ad es. le regole della morale o le regole proprie di una tecnica o di un'arte.

Una volta trovata una sufficiente individuazione di quell'aspetto della realtà che ci interessa, dovremo poi tenere conto interamente e costantemente del significato attribuito alla parola “diritto” e adottarla in ogni altro caso in cui si ripetono le stesse caratteristiche. Questo sarà il *criterio di verità* delle nostre affermazioni, che è, prima di tutto, un criterio di coerenza. Con la cautela che queste premesse consigliano, possiamo affrontare la soluzione del problema di ciò che è giuridico da ciò che è extra giuridico.

Consideriamo alcuni elementi utili per la definizione di ciò che è diritto:

a) *l'oggetto* della prescrizione. Innanzitutto escluderemo dal campo della nostra indagine tutte quelle regole che impongono dei comportamenti non destinati a risolvere conflitti di interesse fra entità sociali (usiamo que-

sta espressione, come abbiamo già accennato, per alludere a singole persone fisiche, ma anche a gruppi o sottogruppi). Appare allora estranea al fenomeno che abbiamo deciso di studiare la norma che impone un certo comportamento per soddisfare l'imperativo di una *morale* trascendente (se vuoi salvare l'anima) o immanente (se vuoi essere un uomo giusto). È estranea al diritto anche la norma che impone di compiere determinate azioni per ottenere un risultato *pratico* utile (regole di mestieri, professioni, arti, scienze, grammatica).

La caratteristica specifica che si vuole mettere in luce nel fenomeno esaminato sta nel fatto che la regola giuridica serve per attuare una organizzazione della società attraverso la protezione degli interessi di singoli o di gruppi (ivi compresa l'intera collettività), attribuendo loro un determinato ordine di importanza (*gerarchia*) che garantisce, di volta in volta, la prevalenza di un interesse rispetto agli altri.

b) *La conseguenza* della violazione. Il diritto prevede, di solito, una conseguenza negativa a carico del soggetto che viola una regola di comportamento.

Questo evento sfavorevole previsto dal diritto, che è chiamato **sanzione**, viene concepito secondo la concezione più tradizionale, che intende la norma giuridica come comando, quale punizione conseguente alla violazione commessa (altre concezioni più moderne adottano una diversa prospettiva).

La sanzione mira a tutelare, direttamente o indirettamente, l'ordine violato.

Anche nel campo dei mestieri e delle professioni l'inosservanza della regola porta a risultati negativi, ma qui la ragione sta nella necessità pratica di comportarsi in un certo modo per ottenere il risultato cercato. Nel campo del diritto invece la sanzione viene assegnata sul piano tipicamente giuridico, e cioè limitando la sfera di libertà di taluno nell'interesse del soggetto offeso (la collettività, un gruppo, un individuo). Ciò avviene non soltanto irrogando una sanzione che toglie o riduce la libertà personale, come nel diritto penale, ma anche facendo nascere un obbligo di riparare o di risarcire il danno, o statuendo l'inefficacia di un atto di volontà del privato.

Ad es., si può costringere taluno ad abbattere una costruzione abusiva o a restituire il denaro dovuto; è chiaro che non sempre si è in grado di ottenere una piena riparazione (anche chiudendo in carcere chi ha commesso un omicidio non si può restituire la vita all'ucciso; chi ha distrutto in modo irreparabile una preziosa statua potrà, tutt'al più, essere obbligato a sborsare l'equivalente in denaro).

La sanzione irrogata dal diritto può essere di natura diversa, secondo il tipo di ordinamento e di valori da esso tutelati, ad es. la Chiesa imporrà la scomunica o la *sospensione a divinis* nei confronti della persona che ha trasgredito alle sue regole, la comunità internazionale potrà imporre un *embargo* a carico di uno Stato e così via.

In ogni caso l'applicazione della sanzione, comunque sia essa intesa, presuppone sempre la possibilità di ricorrere *all'uso della forza*, allorquando è necessario costringere colui che ha violato una norma a subire le conseguenze imposte dalla organizzazione sociale.

Teniamo presente che la forza non è solo quella della comunità internazionale, che può fare ricorso ai mezzi militari per far fronte ad una grave violazione dell'ordine fra gli Stati, o quella del singolo Stato, che può irrogare una pena detentiva nei confronti di chi ha commesso un reato, ma anche quella della Chiesa quando dispone, comunque, di mezzi idonei a far rispettare le sue leggi *nell'ambito in cui esse operano* (si pensi, appunto, alle sanzioni della scomunica, irrogata ad un fedele, o della *sospensione a divinis* di un sacerdote).

Riassumendo: i presupposti necessari affinché il diritto possa svolgere la sua funzione specifica richiedono pertanto: l'esistenza di un *gruppo* sociale composto da più soggetti, portatori di *interessi in conflitto*; l'esistenza di *regole* di organizzazione rivolte alla generalità degli appartenenti al gruppo stesso che prescrivono comportamenti dei singoli o del gruppo; la previsione di *sanzioni* per le violazioni di tali norme; l'esistenza di una *forza effettiva* che consente di attuare tali sanzioni.

Se ci si limita a richiedere soltanto questi elementi, tuttavia, si dovrà concludere che vi sono ordinamenti giuridici non solo nello Stato, nella Chiesa o nella Comunità internazionale, ma anche in gruppi sociali più ristretti e particolari, come un ordine cavalleresco o un'associazione, purché dotati di tutti gli elementi indicati, fino a comprendere perfino talune associazioni delittuose. È questo ciò che afferma, in sostanza, la teoria della **pluralità degli ordinamenti** giuridici.

La descrizione della realtà, tuttavia, non è ancora completa perché ci dice quali sono i connotati di una singola organizzazione sociale, e delle sue regole interne, senza dirci quali sono i rapporti dei diversi ordinamenti fra loro.

c) È necessario pertanto aggiungere un nuovo elemento a quelli già citati: esso è costituito dalla *sovranità* dell'ordinamento. Osservando il modo

in cui un ordinamento considera le norme provenienti da altre fonti, con le quali può entrare in conflitto, si dice che esso è *sovrano* quando non accetta regole imposte dall'esterno. Solo l'ordinamento sovrano può porre norme giuridiche al suo interno, ed anche quando siano stati assunti impegni verso terzi, ad es. con trattati internazionali, essi non saranno immediatamente efficaci per la collettività senza una norma *interna* di attuazione del trattato.

La nascita dello stato moderno si è avuta, secondo la teoria più rigorosa, soltanto quando una organizzazione politica territoriale (Regno, Principato) per quanto già dotata di una certa autonomia, è diventata un ente "*superiorem non recognoscens*", cioè totalmente svincolato da ogni subordinazione all'Impero.

La base territoriale non è, tuttavia, un requisito essenziale della sovranità. Oltre alle organizzazioni a base territoriale, come gli Stati, esistono anche organizzazioni a base personale, come la Chiesa Cattolica o il Sovrano Militare Ordine di Malta, che operano soltanto nei confronti di coloro che aderiscono a tali organizzazioni, dovunque essi si trovino. Ciò che conta, ai fini della sovranità è che la supremazia sia affermata *nell'ambito specifico* in cui ciascun ordinamento intende operare. Solo così si può giustificare, ad es., la soggezione, da parte delle stesse persone, in uno stesso momento, a due ordinamenti *ugualmente sovrani*, ciascuno nel proprio ambito, come lo Stato e la Chiesa, là dove il primo si pone come istituzione politica, nel senso che ha di mira la soddisfazione dell'interesse della collettività alla civile convivenza e allo sviluppo delle condizioni di vita materiali e morali dei cittadini, mentre la seconda pone la sua supremazia sul piano spirituale e religioso.

5. Ordinamento giuridico e diritto statale.

L'importanza dell'ordinamento dello Stato, in quanto complesso di norme prodotte da un ente sovrano, dotato di *supremazia territoriale*, con caratteristiche di organismo politico che copre tutti i campi della vita sociale, ha indotto taluno a qualificare come "diritto" soltanto il complesso delle norme poste dallo Stato e cioè a identificare il concetto di diritto con quella che è la nozione di **diritto statale**.

Come si è detto nelle considerazioni svolte poc'anzi, non si può dire se tale nozione sia, in sé, giusta o sbagliata, ma solo se rappresenta in modo appropriato la realtà. Ora, l'aspetto che questa teoria giustamente mette in luce sta nel fatto che l'uomo vive in gruppi sociali distribuiti *sul territorio* e

quindi necessariamente vi sarà, entro determinati confini, una ed *una sola organizzazione sovrana di natura territoriale* che detiene la forza necessaria per far rispettare le norme del proprio ordinamento. Sicché, per quanto concerne le regole della vita e della convivenza civile, tutte vanno ricondotte a siffatto ordinamento perché, nell'ambito dei *fini generali* che esso si propone, riesce a sovrapporsi a tutti gli altri.

Le norme di altri ordinamenti che operano nello stesso ambito possono valere come norme giuridiche solo in quanto riconosciute o richiamate dalle norme dell'ordinamento statale (un esempio importante: lo Stato riconosce il matrimonio concordatario come atto regolato dal diritto della Chiesa, ma anche produttivo di effetti civili, se trascritto).

Viceversa altre norme di organizzazione di gruppi sociali minori non ammesse o contrarie al diritto dello Stato risultano illecite e prive di qualsiasi efficacia giuridica nel territorio. I comportamenti che si ispirano a quelle norme sono considerati contrari al bene della collettività e sanzionati dal diritto statale.

6. *Diritto positivo e diritto naturale.*

La statualità del diritto, tuttavia, non basta, di per sé, a garantire la *bontà* delle norme giuridiche, cioè la loro adeguatezza e l'idoneità a soddisfare tutte le esigenze dell'uomo (a meno che non si parta dal presupposto che pone lo Stato come supremo valore e, alla stregua di questo principio, si sostenga che tutto ciò che fa lo Stato è buono).

La statualità del diritto è connessa solamente alla forza dello Stato e alla capacità di imporre le sue regole, curandone l'attuazione.

Sicché il diritto posto dallo Stato con le sue leggi, che prende il nome di **diritto positivo**, può essere tanto quello imposto da una dittatura che muove da una concezione materialistica e comprime le libertà dell'individuo, quanto quello di uno Stato integralista religioso che si ispira rigidamente ai dettami di una rivelazione, fino a quello di uno Stato liberale e democratico.

Il giudizio sulla bontà del diritto in vigore nello Stato dipende, pertanto, dalla concezione ideologica di colui che valuta tali regole.

Ciascuno di noi, preso individualmente, ma anche ciascun gruppo sociale omogeneo, considerato in un determinato momento storico, ha un'idea di ciò che è giusto per l'uomo, tenuto conto della sua natura, e dei problemi che è opportuno risolvere per assicurare la migliore convivenza possibile. Queste *regole ideali*, considerate come termine di paragone, frutto di una

elaborazione razionale che è certamente mutevole, in quanto storicamente ed ideologicamente condizionata, vengono chiamate, nel loro complesso, **diritto naturale**.

È chiaro che il diritto dello Stato sarà tanto più giusto e adeguato alle esigenze dei cittadini quanto più il diritto positivo si avvicinerà al diritto naturale. Il fondamento e la giustificazione del diritto statale risposeranno, in tal caso, sul consenso dei cittadini prima ancora che sulla forza.

Bisogna tuttavia considerare che la concezione del diritto ideale varia tra le classi e i gruppi sociali, secondo le esigenze materiali, le considerazioni ideologiche e, forse, le mode, anche nel corso della stessa epoca.

Vi sono delle correnti di pensiero largamente condivise, ora in sede nazionale, ora in sede internazionale, secondo le quali la tutela di determinati valori viene considerata imprescindibile negli ordinamenti civili giunti ad un determinato stadio di sviluppo. Si formano allora movimenti di opinione organizzati, attraverso i quali il diritto naturale esercita una influenza sul diritto positivo, perché lo Stato è spinto dalla pressione della pubblica opinione ad attuare le riforme necessarie per adattare l'ordinamento interno alle esigenze che appaiono prevalenti.

Di fronte ad una dichiarazione internazionale in cui si proclamano solennemente i *diritti dell'uomo*, ad es., o lo *statuto dell'infanzia*, uno Stato che viola tali valori, mantenendo norme in contrasto con siffatti principi, va incontro certamente ad un giudizio negativo dei propri cittadini e della comunità internazionale, che saranno indotti a sollecitare le riforme necessarie.

La possibilità di attuare rapidamente le modifiche dell'ordinamento di uno Stato sono condizionate da un elemento sostanziale ed uno formale: il primo è costituito dagli *equilibri di forza* tra le diverse classi sociali e i gruppi politici dominanti, il secondo dalla flessibilità o dalla *rigidità dei singoli ordinamenti*, cioè dalla maggiore o minore facilità di compiere modifiche legislative in base alle regole stesse del sistema.

7. *Lo Stato di diritto.*

Finora si è parlato di norme giuridiche, sottolineando il fatto che esse sono destinate a regolare la vita sociale. Ciascun cittadino, ma anche ciascun gruppo organizzato o ente, deve fare i conti con il diritto e lo Stato stesso trova nelle norme giuridiche un limite alla sua possibilità di azione.

In ciò si manifesta uno degli aspetti più importanti del diritto, soprattutto nel momento in cui vengono introdotti i principi fondamentali che caratterizzano lo stesso modo di essere dello Stato.

Si ricordi, a tale proposito, la rilevanza storica fondamentale delle Carte costituzionali concesse nel periodo illuministico dal sovrano, vincolato egli stesso, dopo tale evento, a rispettare i principi proclamati in tali atti.

Nasceva in questo modo il primo embrione dello Stato di diritto, anche se poi la strada per il suo perfezionamento doveva risultare assai lunga e difficile.

La conseguenza più rilevante era quella di assicurare – entro determinati limiti – la *certezza* del diritto, in contrapposizione all'*arbitrio* del principe.

Lo **Stato di diritto** è quindi uno Stato in cui vi è la *certezza* – garantita dalle norme giuridiche – dei comportamenti che il cittadino può tenere liberamente e di quelli vietati, di ciò che la pubblica amministrazione può fare legittimamente senza violare i diritti di altri enti o di singoli individui; vi è la precisa determinazione dei poteri dello Stato e dei suoi organi, legislativi, amministrativi e giurisdizionali, realizzata in modo tale da evitare sconfinamenti, eccessi e contraddizioni.

Non è chi non veda come l'espressione “Stato di diritto” più che rappresentare una realtà compiuta, indichi, in sostanza, un *modello* di perfezione giuridica al quale il legislatore deve ispirarsi.

8. *Relazione tra diritto soggettivo e oggettivo.*

I cittadini, lo Stato e tutti gli enti intermedi, secondo quanto si è detto, trovano un complesso di norme che, una volta entrate in vigore, regolano in modo vincolante il loro agire. Questo *complesso di norme*, che costituisce l'organizzazione della società e forma oggetto di studio e di interpretazione da parte di chi è chiamato ad applicare la legge, prende il nome di **diritto** in senso **oggettivo** (si può dire, in questo senso, “amo il diritto” o “non capisco il diritto” o “il diritto presenta delle lacune”).

Quando invece si vuole alludere alla *situazione* in cui si trova un soggetto (persona fisica o ente) rispetto agli altri soggetti, con riferimento a quello che egli può fare per soddisfare un proprio interesse, si usa la parola *diritto* in un significato diverso, cioè in senso **soggettivo**. Le espressioni “ho

diritto di essere pagato per il mio lavoro”, oppure “ho diritto di usare il bene che ho acquistato”, utilizzano, appunto, la parola diritto in questo secondo significato, ben diverso dal precedente.

È chiaro, comunque, che la tutela dell’interesse di un determinato soggetto dipenderà dalle norme giuridiche in vigore e pertanto vi è una relazione ... di causa ad effetto, se così si può dire, tra diritto oggettivo, come norma regolatrice, e diritto soggettivo, come situazione regolata.

La semplice esistenza di un interesse non è, di per sé, indice dell’esistenza di una tutela giuridica del soggetto. Come si vedrà fra breve, si potrà dire che un soggetto ha un diritto solo quando vi sono strumenti giuridici mediante i quali il titolare di un interesse può curarne l’attuazione con la forza della legge, prevalendo su altri soggetti.

9. Diritto oggettivo, distinzioni.

Le norme giuridiche di **diritto comune** sono dirette a regolare le situazioni e i rapporti che riguardano genericamente tutti i soggetti senza distinzioni (ad es., la legge definisce le caratteristiche del diritto di proprietà e questo vale per tutti i proprietari, o disciplina la responsabilità del debitore, dettando norme destinate ad una generale applicazione).

Altre norme, chiamate di **diritto speciale**, sono rivolte a disciplinare solo una particolare categoria di rapporti o situazioni facenti capo a determinati soggetti (ad es., l’insolvenza dell’imprenditore commerciale viene disciplinata dalla legge fallimentare, il diritto penale militare sanziona reati commessi dai militari in servizio e così via).

Nel diritto speciale e, a maggior ragione, nel diritto comune, gli interpreti sono in grado di evidenziare talune linee-guida fondamentali che danno un carattere ben definito alla disciplina di determinati settori. Dalla interpretazione e dalla comparazione dei diversi istituti si ricavano, in sostanza, determinati **principi di diritto**, che rappresentano delle regole *costanti* (ancorché possa essere più o meno esteso l’ambito in cui il principio trova applicazione).

Vi sono tuttavia alcune norme che mal si inquadrano in tali principi, perché anziché uniformarsi alle linee generali se ne discostano fino ad apparire *in contrasto* con la disciplina del settore ed appaiono giustificate solo in relazione ad un *caso particolare*, diverso dagli altri. Si parla, in tal caso, di **diritto eccezionale** (ad es. rispetto al principio di *eguaglianza* dei genitori).

ri che esercitano la responsabilità genitoriale, appariva eccezionale la norma dell'art. 316⁴, dettata nella Riforma del 1975, che attribuiva al solo *padre* il potere di prendere i provvedimenti urgenti e indifferibili, in caso di pericolo di grave pregiudizio per il figlio minore, norma ora abrogata dalla Riforma del 2012-2013).

Il **diritto transitorio** è quello destinato a regolare situazioni o fatti che si verificano entro un periodo di tempo limitato, in occasione di mutamenti del regime legislativo di un istituto, segnando il passaggio da un sistema ad un altro (cfr., ad es., il regime transitorio relativo ai rapporti patrimoniali fra coniugi disciplinato dall'art. 228 della legge di riforma del diritto di famiglia del 1975).

10. *Diritto privato e diritto pubblico.*

Ciascuna persona fisica, ciascun gruppo organizzato o ciascun ente che opera nella società civile è dunque portatore di interessi concernenti la propria esistenza e la propria attività. Il diritto è chiamato a comporre i potenziali conflitti, ponendo regole e determinando, come si è detto, una gerarchia di interessi.

Nel **diritto privato** queste regole si fondano su di una considerazione paritaria di tutti i soggetti in quanto si tratta di proteggere interessi propri e particolari di ciascuno.

Il diritto privato è dunque un diritto tra uguali.

Nel campo dei diritti disponibili ciascun soggetto potrà avere spazio per modificare volontariamente la propria situazione in relazione ad altri soggetti (ad es. obbligandosi, alienando beni, ecc.) secondo le sue esigenze, ma sempre su di un piano di uguaglianza con gli altri.

Le norme di **diritto pubblico** regolano invece l'attività di taluni soggetti, svolta per raggiungere finalità di interesse generale. Dunque essi non vengono in considerazione in quanto portatori dei propri interessi individuali, ma in quanto investiti di una funzione che concerne l'intera collettività.

In tale ambito predomina la tutela dell'interesse pubblico. I soggetti che agiscono per realizzare tali finalità operano in regime di *supremazia*, rispetto ad altre persone fisiche o giuridiche, ed esercitano un potere che arriva anche a pregiudicare le posizioni dei cittadini o degli enti privati (ad es. esiste l'istituto della espropriazione per pubblico interesse), ma *non sono liberi* nello svolgere tale attività dovendo rispettare in ogni caso le norme di

azione (di comportamento) che garantiscono la tutela dell'interesse pubblico.

Perciò lo Stato, le Regioni, i Comuni, ma anche le Università, le Ulss e così via, possano essere destinatari di due distinte categorie di norme giuridiche: quelle che li considerano come portatori del proprio interesse individuale (ad es. la Regione ordina una fornitura di *computers* per i suoi uffici, il Comune vende la legna ricavata dal taglio di un bosco), ed allora saranno trattati in posizione di parità con gli altri contraenti (di conseguenza il contratto di fornitura e il contratto di vendita saranno due contratti regolati dal diritto privato, il credito sarà regolato dalle norme comuni sulle obbligazioni), e quelle che li considerano come soggetti che agiscono per realizzare finalità di pubblico interesse. Saranno regolati da norme di diritto pubblico, ad es., gli atti di amministrazione (ogni delibera dovrà rispettare norme di legge, regole di competenza e ragioni di opportunità per soddisfare il pubblico interesse), il procedimento di assunzione dei dipendenti (si dovrà bandire un concorso); la scelta del miglior contraente nel caso di appalti o contratti con un privato (si dovrà bandire una gara tra più interessati scegliendo quello che offre condizioni più favorevoli). Lo stesso credito per tributi gode di un regime speciale: la riscossione mediante *ruoli*.

11. *L'oggetto del diritto privato.*

Il campo del diritto privato è molto vasto. In questa sede ci limiteremo a indicare sinteticamente i settori principali, secondo una tradizionale ripartizione:

– il **diritto civile** è costituito essenzialmente dalla disciplina contenuta nel Codice civile per quanto concerne il diritto delle *persone e della famiglia* (Libro I); delle *successioni e donazioni* (Libro II); della *proprietà e degli altri diritti reali* (Libro III); delle *obbligazioni e dei contratti* (Libro IV); della *tutela dei diritti* (Libro VI), ma anche dalla disciplina contenuta in molte *leggi complementari* al Codice (ad es. sul divorzio, sulla adozione, sulle locazioni e così via);

– il **diritto commerciale** è costituito dalla disciplina dei *titoli di credito*, della *impresa e della azienda*, delle *società commerciali* contenuta nel Codice civile (Libro IV e V), ma anche da quella contenuta in molte *leggi* ad esso *collegate* (come quella sulla cambiale e sull'assegno bancario, sul fallimento, sul diritto d'autore, sulla concorrenza e così via);

– il **diritto del lavoro** è disciplinato parzialmente nel Codice (Libro V) ma soprattutto nelle molte leggi speciali (ad es. lo Statuto dei lavoratori, la legge sul licenziamento, ecc.);

– il **diritto della navigazione**, marittima e aerea, è contenuto principalmente nel Codice della navigazione.

CAPITOLO 2

LE FONTI DEL DIRITTO POSITIVO

SOMMARIO: 1. Le norme sulle fonti. – 2. Il catalogo attuale delle fonti.

1. *Le norme sulle fonti.*

Si è già detto che il diritto positivo è il diritto posto dallo Stato nell'esercizio del suo potere legislativo. Nel moderno Stato di diritto anche il fenomeno della produzione delle norme giuridiche è previsto e disciplinato da apposite regole.

Nel nostro ordinamento queste regole sono dettate:

– nella *Costituzione*, in cui si stabilisce, fra l'altro, *quali soggetti* sono competenti a creare norme giuridiche secondo i principi di organizzazione dello Stato, tenuto conto del principio della divisione dei poteri fra gli organi legislativi, esecutivi e giudiziari, e *quali atti* hanno forza di legge.

– nelle *Disposizioni sulla legge in generale*, comunemente chiamate anche *disposizioni preliminari* al codice civile o *preleggi* (che sono contenute nel codice civile, in una parte preposta al primo libro, ma si applicano in ogni campo del diritto, quindi anche in sede penale o amministrativa) dove si elencano le *fonti del diritto*, indicando quali atti siano fonte di norme giuridiche e quale ne sia la gerarchia.

– nelle *Leggi di attuazione dei Trattati Europei*, che lasciano aperta una “finestra” nel nostro ordinamento attraverso la quale possono entrare con immediata efficacia le norme contenute in determinati atti comunitari.

L'art. 1 delle disposizioni preliminari ha subito, sino ad oggi, rilevanti modifiche. Come è noto, infatti, dopo la promulgazione del codice, nel 1942, si sono verificati importanti cambiamenti nel sistema giuridico italiano con la scomparsa dell'ordinamento corporativo, soppresso nel 1943, e la promulgazione della Costituzione repubblicana. Perciò è venuta meno una delle fonti del diritto indicata

nell'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale, al punto 3, costituita dalle *norme corporative*, inoltre il punto 1 dello stesso articolo, che indica *le leggi* come prima fonte di diritto, deve essere modificato tenendo conto della Costituzione e delle leggi di attuazione dei Trattati comunitari.

Le norme successive delle preleggi, sulle quali ci soffermeremo in seguito, regolano *l'efficacia* delle norme giuridiche (entrata in vigore, abrogazione), nonché *l'interpretazione e l'applicazione* della legge nel tempo e nello spazio.

2. *Il catalogo attuale delle fonti.*

La gerarchia delle fonti di diritto va dunque ricostruita nel modo seguente:

a) al primo posto stanno la **Costituzione** e le **leggi costituzionali**.

Come è noto la Costituzione rappresenta la legge fondamentale dello Stato che ne riassume in modo essenziale e determinante l'assetto politico, sociale, amministrativo, segnando in modo caratterizzante quelli che sono i diritti essenziali dei singoli e dei gruppi, i rapporti dei cittadini fra loro e nei confronti dello Stato, la conformazione degli organi supremi di questo, le linee fondamentali dell'attività di politica del diritto e i principi fondamentali di amministrazione della cosa pubblica.

Per il suo carattere *rigido* (significa che la Costituzione italiana non può essere cambiata se non attraverso uno speciale procedimento di revisione costituzionale che richiede un largo consenso nel Parlamento e un *iter* complesso) e soprattutto per il suo valore *vincolante* rispetto a tutte le altre leggi, la Costituzione va certamente posta sul più alto gradino nella gerarchia delle leggi dello Stato. Accanto ad essa, sullo stesso piano, stanno le *leggi costituzionali*, che si aggiungono alla Carta in tempi successivi.

I principi e le norme costituzionali costituiscono il riferimento essenziale per effettuare il *controllo di legittimità* delle leggi. Un apposito organo dello Stato, la Corte costituzionale, è chiamato a giudicare la compatibilità fra siffatti principi e le norme di legge ordinaria e può dichiarare la illegittimità costituzionale di una disposizione vigente, con la conseguenza che tale disposizione, nella parte dichiarata illegittima, perde efficacia dalla data della pubblicazione della sentenza della Corte.

Il controllo non può, ovviamente, investire l'intera produzione legislativa, ma viene provocato saltuariamente da una *questione incidentale* di costituzionalità, cioè una questione sollevata in un determinato processo, svolto davanti al giudice