

## AUTORI

### **Arturo Maniaci**

Professore associato di Istituzioni di diritto privato presso l'Università Statale di Milano.

### **Gaia Iannazzo**

Avvocato del Foro di Bologna.

### **Alessandra Spangaro**

Avvocato del Foro di Bologna, Professore associato di Diritto privato e Diritto di famiglia presso l'Università di Bologna.

### **Alessandro d'Arminio Monforte**

Avvocato del Foro di Milano, Cultore della materia presso la cattedra di Istituzioni di diritto privato dell'Università degli Studi di Milano.

### **Beatrice degli Abbati**

Avvocato del Foro di Roma.

### **Ezio Guerinoni**

Avvocato in Milano, Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili e commerciali.

### **Stefania Pinaroli**

Avvocato del Foro di Verona. Responsabile della protezione dei dati personali (D.P.O.) e consulente in materia di responsabilità amministrativa degli enti.

### **Alessandro Cordaro**

Avvocato del Foro di Milano, Cultore della materia in Diritto privato presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

### **Alba Cinque**

Avvocato del Foro di Milano, Cultrice della materia in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Milano.

### **Marco Farina**

Notaio del Distretto di Milano, Ricercatore in Diritto privato presso Università degli Studi di Milano.

### **Patrizio Cataldo**

Avvocato del Foro di Milano e Dottore di ricerca in Diritto civile.

### **Stefano Tonetti**

Dottore di ricerca in Diritto privato e Teaching Assistant presso Università LIUC di Castellanza.

### **Vincenzo Timpano**

Avvocato del Foro di Milano, Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili e commerciali.

### **Ilaria Calaprice**

Avvocato del Foro di Milano, Cultrice della materia in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Milano.

### **Eliano Goltara**

Avvocato del Foro di Milano.

### **Edoardo Bonazzi**

Abilitato all'esercizio della professione forense, già tutor e docente presso Scuola Lex Iuris, Funzionario UPP presso Tribunale di Bologna.

### **Lorenzo Bellini Lucini**

Avvocato del Foro di Milano.



## INTRODUZIONE

Il presente volume aspira a coniugare analisi e sintesi nell'apprendimento e approfondimento degli istituti che caratterizzano il diritto civile italiano (persone, diritti soggettivi, beni e situazioni di appartenenza, obbligazioni, negozi giuridici e contratti, responsabilità, pubblicità, mezzi di tutela, prove).

Nel tendenziale rispetto della medesima scansione dei settori e degli istituti delineata dal Codice civile del 1942, il presente volume si propone di arricchire la visuale dell'osservatore, intento a comprendere la *ratio* e l'evoluzione delle singole 'province' del diritto privato, anche attraverso il prisma degli *exempla*, dei dibattiti relativi alle questioni giuridiche più attuali, dei possibili collegamenti fra norme e istituti, del confronto fra teoria e pratica.

Il cammino del potenziale lettore (più o meno esperto) viene, inoltre, accompagnato, pungolato e favorito da domande di approfondimento e *focus* giurisprudenziali, che hanno la precipua funzione di collaudare la sua capacità di fargli acquisire confidenza con gli istituti privatistici di volta in volta presi in considerazione e con la dimensione interpretativa del diritto.

Sul piano formale e stilistico, si è scelto di facilitare il compito del lettore attraverso alcuni sussidi o accorgimenti didascalici, e cioè, segnatamente, evidenziando in grassetto i lemmi o i concetti fondanti nell'economia del discorso, costellando i periodi sintattici di annotazioni a margine della pagina in grado di selezionare e sintetizzare i temi di volta in volta trattati, facendo ricorso *quondam* a elenchi, tabelle, schemi riassuntivi e mappe concettuali, utili alla memorizzazione, ed omettendo note a piè di pagina e qualsiasi citazione dottrinale.

La speranza è quella di fornire al potenziale lettore (e specialmente a chi si trovi ad inforcare gli occhiali del candidato all'esame di abilitazione alla professione forense) uno strumento di ausilio nell'assimilazione e metabolizzazione degli istituti privatistici.

*Il Curatore*



# L'ORDINAMENTO GIURIDICO E LE FONTI DEL DIRITTO

*di Arturo Maniaci*

## SOMMARIO

1. La norma giuridica. 2. Norme imperative e norme dispositive. 3. Le fonti del diritto privato: fonti di produzione e fonti di cognizione. 4. Modi di soluzione delle antinomie normative. 5. La Costituzione e le leggi costituzionali. 6. Gli atti normativi dell'Unione europea. 7. La legge ordinaria (statale e regionale) e gli atti aventi forza di legge. 8. Il Codice civile. 9. I regolamenti amministrativi. 10. Le consuetudini (o usi normativi). 11. L'equità. FOCUS GIURISPRUDENZIALE. – DOMANDE DI APPROFONDIMENTO.

## 1. La norma giuridica

### Cos'è il diritto

Il diritto (inteso in senso oggettivo) si compone di una **serie di norme giuridiche**, che si qualificano come “positive” quando sono vigenti, e cioè quando appartengono ad un determinato ordinamento giuridico di una determinata collettività in un determinato momento storico. Già accertare quale sia il diritto privato vigente pone seri problemi al giurista, perché non sempre è agevole sapere se un articolo di legge o un'altra disposizione normativa sia in vigore o meno (per esempio perché è stata abrogata o resa inapplicabile da un'altra fonte del diritto).

### Quando una regola è giuridica

Una **regola** è **giuridica** non in ragione del suo contenuto, ma quando è munita dei seguenti caratteri: la **generalità** e l'**astrattezza**, e cioè la riferibilità ad una classe indefinita di destinatari o di categorie di destinatari e, rispettivamente, ad una classe indefinita di fatti, comportamenti o rapporti (carattere che consente di distinguere le norme giuridiche dai provvedimenti giudiziali, che hanno come destinatari soggetti determinati e che prescrivono condotte singole), benché in Italia si conosca e si reputi ammissibile anche il fenomeno normativo delle c.d. leggi-provvedimento, che si riferiscono a casi specifici o a soggetti individuati (come ad es. una legge che nomina come commissario straordinario di un certo ente una certa persona); la **coercibilità**, e cioè la garanzia che alla eventuale violazione della norma giuridica segua una sanzione, attuabile in via coattiva (carattere che consente di distinguere le norme giuridiche dalle norme sociali, morali o religiose), benché non tutte le norme giuridiche esprimano un comando (come ad esempio le norme attributive di capacità, le norme definitorie o le norme promozionali).

Sul piano strutturale, ogni norma giuridica si articola, o comunque può essere ricomposta, nella previsione astratta di una

## La struttura delle norme giuridiche

classe indefinita di fatti o rapporti (la c.d. **fattispecie normativa**) e nella disciplina di una o più conseguenze giuridiche che sono connesse dal diritto allo storico verificarsi in concreto di tutti gli estremi di quella classe di fattispecie contemplati dalla norma giuridica (il c.d. **effetto giuridico**, che può consistere nell'acquisto, nella modificazione, nel trasferimento o nell'estinzione di una determinata situazione giuridica soggettiva o di un determinato rapporto giuridico). Sul piano linguistico, ogni norma giuridica può essere sinteticamente e sintatticamente rappresentata da un periodo ipotetico (o condizionale), in cui l'elemento della protasi consiste nella fattispecie astratta prevista dalla norma giuridica e l'elemento dell'apodosi consiste nell'effetto giuridico che l'ordinamento giuridico collega alla fattispecie (in questi termini: se A=fattispecie, allora B=effetto giuridico). Ad esempio, se un lavoratore subordinato dà le dimissioni (fattispecie, A), allora quel rapporto di lavoro subordinato si estingue (effetto giuridico, B).

## 2. Norme dispositive e norme imperative

A differenza del diritto pubblico, il diritto privato si basa sull'autonomia e sull'autodeterminazione dei destinatari delle relative norme giuridiche, sicché, di regola, l'applicazione di una disposizione, specie in ambito patrimoniale, è rimessa alla libera iniziativa dei privati. Tuttavia, anche la libertà di scelta dei privati conosce limiti, più o meno incisivi, dettati dall'ordinamento giuridico.

### Distinzione norme imperative/ norme dispositive

Viene a tal riguardo in rilievo la fondamentale **distinzione fra norme dispositive (o derogabili) e norme imperative (o inderogabili)**. Le prime trovano applicazione soltanto quando i privati non hanno regolato, o non hanno diversamente regolato, un certo profilo del rapporto giuridico, nel senso che si tratta di norme che suppliscono ad una omessa manifestazione di volontà degli interessati, i quali sono comunque liberi di escluderne l'applicazione (così, ad esempio, se in un contratto di deposito non viene regolato il profilo relativo al luogo in cui deve essere restituita la cosa depositata, la restituzione deve avvenire nel medesimo luogo in cui la cosa depositata doveva essere custodita: art. 1774, comma 1, c.c.; così, ad esempio, se il *de cuius* non ha fatto testamento, troveranno applicazione le norme sulla successione legittima). Le seconde trovano applicazione anche a prescindere o contro la volontà manifestata dai singoli, i quali non possono in alcun modo sottrarsi alla loro osservanza (così, ad esempio, l'art. 2231 c.c., che impone l'iscrizione in appositi albi o elenchi dei soggetti che esercitano professioni

o attività c.d. riservate, trova applicazione anche in presenza di una volontà contraria manifestata dagli interessati; così, ad esempio, il divieto di patto commissorio, previsto dagli artt. 1963 e 2744 c.c., deve essere rispettato da qualunque manifestazione di volontà negoziale diretta ad ottenere quel risultato che la legge vieta).

Non è sempre agevole qualificare una norma come dispositiva ovvero imperativa. La formulazione dell'enunciato legislativo può talvolta essere di ausilio all'interprete: quando viene comminata la sanzione della nullità in caso di inosservanza (per esempio della forma scritta *ad substantiam* di un contratto: v. ad es. art. 1350 c.c.), si è sicuramente di fronte ad una norma imperativa; *ex converso*, quando viene fatta salva la diversa o contraria volontà degli interessati (per esempio, in materia di vendita, l'art. 1477, comma 2, c.c. impone al venditore di consegnare la cosa alienata con i tutti gli accessori, le pertinenze e i frutti soltanto "salva diversa volontà delle parti"), si tratta sicuramente di una norma dispositiva.

In altre ipotesi, e comunque in caso di dubbio, invece, occorre svolgere un'accurata indagine sulla *ratio* della prescrizione, che, al di là della formulazione letterale e dei costrutti verbali utilizzati, depone nel senso della qualificazione della norma come imperativa quando l'interesse da essa tutelato è generale o di ordine pubblico (politico, economico di direzione, economico di protezione o *tout court*) o comunque sovraordinata rispetto a quello dei singoli interessati, destinatari della norma giuridica, mentre depone nel senso della qualificazione della norma come dispositiva quando l'interesse da essa tutelato fa capo esclusivamente ai destinatari o ad uno dei destinatari della norma giuridica: si pensi, ad esempio, alle disposizioni sul bilancio delle società per azioni, che sono imperative, perché l'interesse tutelato fa capo anche, se non soprattutto, ai creditori sociali, ai dipendenti, agli imprenditori concorrenti, nonché allo Stato, ovvero, rispettivamente, all'art. 1947, comma 2, c.c., che, prevedendo un esonero del fideiussore per le insolvenze sopravvenute, è dispositiva, in quanto posta nell'interesse esclusivo del fideiussore.

### 3. Le fonti del diritto privato: fonti di produzione e fonti di cognizione

#### Nozione di fonte di produzione del diritto

**Fonti di produzione del diritto (o fonti normative)** sono tutti quegli atti o fatti mediante i quali vengono poste (o dai quali traggono origine) le norme dell'ordinamento giuridico di appartenenza di una determinata comunità, il quale stabilisce a quali organi (Parlamento, Governo, enti pubblici territoriali, Unione europea,

### Nozione di fonte di cognizione del diritto

*Authority*, ecc.) o a quali fatti (condotte o prassi umane) compete la potestà normativa, e cioè la capacità di innovare o modificare l'ordinamento giuridico medesimo, e quali siano i procedimenti di formazione della norma giuridica.

**Fonti di cognizione del diritto** sono quei documenti ufficiali (come ad es. la Raccolta Ufficiale degli atti normativi o la Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana) nei quali vengono racchiuse le norme giuridiche, espresse (quale che sia la fonte) in enunciati linguistici o testi scritti. La pubblicazione di leggi, decreti, regolamenti, ecc. è condizione – oltre che di conoscibilità da parte dei cittadini – della loro entrata in vigore, normalmente dopo un determinato periodo di tempo (c.d. *vacatio legis*).

## 4. Modi di soluzione delle antinomie normative

Con riguardo alle fonti di produzione del diritto, esse si distinguono in ragione della loro diversa forza (o efficacia) normativa, nel senso che le previsioni contenute in una fonte di rango superiore prevalgono su quelle contenute in una fonte di rango inferiore.

### Principio di gerarchia delle fonti

Il **principio di gerarchia delle fonti** consente quindi di risolvere le antinomie normative fra fonti sovraordinate e fonti di grado inferiore, stabilendo quale debba prevalere sull'altra, che in questo caso verrà direttamente disapplicata o, in alcuni casi, dichiarata illegittima da organi a ciò deputati (come la Corte costituzionale).

Così, ad esempio, se una legge dello Stato prevedesse che possano accedere alla professione di avvocato tutti coloro che hanno la laurea magistrale in giurisprudenza e hanno svolto la pratica professionale forense, mentre un decreto ministeriale prevede che possano accedere alla professione di avvocato soltanto coloro che, oltre ad essere laureati in giurisprudenza e ad avere svolto la pratica professionale forense, siano anche in possesso di un diploma di dottorato di ricerca, il decreto ministeriale, in contrasto con la legge dello Stato, dovrà essere disapplicato.

L'ordine gerarchico delle fonti è previsto dall'art. 1 delle disposizioni preliminari al Codice civile del 1942, ma, da un lato, l'indicazione delle fonti ivi contemplate non è completa e deve essere aggiornata, essendo sopravvenute l'abrogazione dell'ordinamento corporativo, l'introduzione della Costituzione e l'adesione dell'Italia alla Comunità Economica Europea (poi Comunità Europea, oggi Unione Europea); dall'altro lato, l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea e il fenomeno del neo-costituzionalismo moderno hanno ridefinito e riplasmato la stessa struttura dell'or-



### Criterio cronologico, di specialità, di competenza

dinamento giuridico, rappresentabile non più (kelsenianamente) come piramidale e verticistico, bensì come reticolare, multilivello e dinamico, in cui le fonti del diritto, nazionali e sovranazionali, interagiscono e si integrano reciprocamente, nell'ottica di una sempre maggiore tutela dei diritti fondamentali e dei principi e dei valori condivisi dalla comunità giuridica di riferimento.

Le antinomie (non apparenti, ché altrimenti soccorrerebbe la mera attività interpretativa quale tecnica di prevenzione delle antinomie) tra norme provenienti da fonti di produzione del diritto equi-ordinate (ad esempio, fra due disposizioni di legge diverse) si risolvono, invece, attraverso il **criterio cronologico** (una disposizione di legge entrata in vigore successivamente abroga, espressamente o tacitamente, una disposizione di legge entrata in vigore prima, che disciplina le fattispecie i cui presupposti siano maturati prima, salva l'ipotesi di abrogazione retroattiva: v. art. 15 disp. prel. c.c.), ovvero attraverso il **criterio (logico) di specialità** (espressamente codificato soltanto in materia penale: v. art. 15 c.p.), in forza del quale una norma speciale deroga ad una norma generale, della quale la prima contempla tutti gli elementi della fattispecie, oltre ad uno o più elementi ulteriori (c.d. specializzanti) (ad esempio, fra l'art. 2087 c.c. e molte disposizioni contenute nel d.lgs. n. 81 del 2008 in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro può essere istituito un rapporto di specialità, perché le seconde specificano nel dettaglio in cosa si deve tradurre l'obbligo del datore di lavoro di tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore, previsto dall'art. 2087 c.c., che rimane una norma generale di chiusura), ovvero, ancora, attraverso il **criterio di competenza**, secondo cui alcune fonti hanno un ambito di applicazione circoscritto (territorialmente o per materia) rispetto ad altre fonti, senza che ci possa essere il rischio di una interferenza reciproca (si pensi, ad esempio, ai rapporti fra una legge statale e una legge regionale).

## 5. La Costituzione repubblicana e le leggi costituzionali

Al vertice della gerarchia delle fonti si trovano la Costituzione e le leggi costituzionali (che comprendono anche le leggi di adozione degli statuti speciali delle Regioni ad ordinamento differenziato).

### La rigidità della Costituzione repubblicana

La supremazia di queste fonti del diritto significa non soltanto che esse non possono essere abrogate o modificate, neanche implicitamente, da fonti del diritto di rango inferiore (leggi ordinarie, regolamenti o consuetudini), ma anche che le disposizioni ivi contenute possono essere modificate o abrogate solo mediante un **procedi-**

## I principi supremi e fondamentali della Repubblica italiana

mento legislativo c.d. “rafforzato”, contemplato dall’art. 138 Cost. Ecco perché si afferma che la Costituzione italiana è di tipo rigido.

All’interno di questa categoria occorre, tuttavia, distinguere quelle norme della Costituzione che costituiscono il **nucleo essenziale dell’ordinamento repubblicano** e che per questo motivo non sono suscettibili di essere modificate o abrogate neppure secondo la speciale procedura di revisione costituzionale prevista all’art. 138 Cost. Tra queste, si annoverano *in primis* l’art. 139 Cost., che stabilisce espressamente l’immodificabilità della forma di governo repubblicana (con un implicito richiamo all’articolo di apertura della nostra Carta costituzionale), e poi tutte quelle disposizioni che sono espressione di un tale assetto costituzionale (c.d. **principi supremi dell’ordinamento costituzionale**). A questa ipotesi, che si giustifica in quanto formalizzazione della scelta del popolo italiano operata con il *referendum* del 2 giugno 1946, si aggiungono i “**principi fondamentali**” della Costituzione, che rappresentano un **limite invalicabile** non solo per il legislatore italiano, ma anche per l’ordinamento europeo e internazionale, in quanto nessuna disposizione europea o internazionale potrà essere recepita o applicata se in contrasto con i principi fondamentali dello Stato.

## 6. Gli atti normativi dell’Unione europea

La collocazione di tali atti normativi tra le fonti del diritto italiano è stato oggetto di un’evoluzione parallela a quella inerente ai rapporti del nostro ordinamento con l’Unione Europea.

### L’art. 117 Cost.

In sintesi, se dapprima si rendeva necessario il precipuo recepimento degli atti normativi comunitari in leggi ordinarie interne, si è passati a considerare le fonti europee come norme c.d. interposte tra la legge ordinaria e la Costituzione, in quanto espressione delle limitazioni della sovranità statale, contemplate dall’art. 11 Cost. Allo stato attuale, ad esse è stato dato un **espresso riconoscimento** in seno all’art. 117, comma 1, Cost., come novellato dalla legge cost. n. 3 del 2001, che li ha così equiparati alle norme costituzionali ai fini del giudizio di legittimità costituzionale.

### I Trattati e gli atti normativi europei derivati

All’interno delle fonti di matrice europea occorre, tuttavia, operare distinzioni, avendo riguardo al tipo di atto che viene in rilievo: i Trattati istitutivi dell’UE, da una parte, e la normativa europea derivata (regolamenti, direttive, decisioni, pareri e raccomandazioni), dall’altra.

Tra i “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario” richiamati dall’art. 117, comma 1, Cost. rientrano il Trattato sull’Unione Europea (**Trattato UE**) e il Trattato sul Funzionamento dell’U-

nione Europea (TFUE), in vigore dal 1 dicembre 2009, in cui sono confluiti, con modificazioni, i testi del precedente Trattato sull'Unione Europea (meglio conosciuto come Trattato di Maastricht, stipulato in data 7 febbraio 1992) e del Trattato istitutivo della Comunità Europea (firmato a Parigi il 18 aprile 1951). A questi, che rappresentano le norme di riferimento in materia di organizzazione istituzionale, di competenze e funzionamento dell'Unione Europea, si è affiancata la **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea** (nota anche come **Carta di Nizza**, in quanto firmata in quella città dagli Stati Membri in data 7 dicembre 2000). Dal 1° dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha anche apportato sostanziali modifiche agli altri due trattati, la Carta di Nizza ha assunto il medesimo valore giuridico del Trattato UE e del Trattato FUE.

#### La teoria unitaria delle fonti del diritto

Secondo la **teoria c.d. monistica**, proposta dalla Corte di Giustizia europea, l'ordinamento europeo e quello italiano sarebbero un *unicum*: la fonte europea concorrerebbe, quindi, con quella interna alla produzione di regole per i cittadini, sicché l'ordinamento interno e quello euro-unitario risultano coordinati e reciprocamente integrati in un sistema unitario (**sistema c.d. italo-europeo delle fonti**).

Si è, pertanto, posto il problema della **collocazione delle c.d. fonti derivate dell'Unione Europea**. Al riguardo, occorre distinguere all'interno della categoria degli atti derivati europei, poiché essi presentano un'efficacia giuridica diversificata, a seconda del tipo di atto e del suo contenuto.

#### I regolamenti europei

**Efficacia diretta** all'interno degli Stati membri dell'Unione europea, **portata generale** e **obbligatorietà** in tutti i propri elementi caratterizzano i **regolamenti europei**, che spiegano i loro effetti nel nostro ordinamento senza necessità di alcun atto di attuazione o di recepimento interno.

#### Le direttive

L'obbligatorietà in tutti gli elementi li differenzia dalle **direttive**, che invece **vincolano** non la generalità dei consociati, ma **gli Stati membri dell'Unione europea** e solo **per i risultati** da perseguire. Agli Stati membri è data facoltà di scelta circa i mezzi con cui giungere all'obiettivo fissato nella direttiva e quindi è richiesto un loro intervento per darvi concreta attuazione. Per evitare un'attuazione 'monca' o addirittura ripetuti inadempimenti da parte di alcuni Stati membri, sempre più spesso si è assistito all'emanazione da parte degli organi dell'UE di direttive c.d. dettagliate, che in ragione della minuziosa disciplina anche dei procedimenti attuativi sono da considerarsi *self-executing* e che, *quoad effectum*, non presentano differenze rispetto ai regolamenti europei.