
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

CAPITOLO 1

IL DIRITTO E LE SUE FONTI

SOMMARIO: 1.1. Diritto oggettivo e diritto soggettivo. – 1.2. Diritto pubblico e diritto privato. – 1.3. Fonti di cognizione e di produzione. – 1.4. La gerarchia delle fonti del diritto. – 1.5. Schema: La gerarchia delle fonti. – 1.6. Caso: La gerarchia delle fonti. – 1.7. Caso: Differenza tra diritto pubblico e diritto privato.

1.1. Diritto oggettivo e diritto soggettivo

Quando si parla di diritto, bisogna innanzitutto distinguere tra:

- a) **diritto oggettivo**, inteso come ordinamento giuridico, ossia come complesso delle norme che regolano la vita di una collettività;
- b) **diritto soggettivo**, inteso come diritto riconosciuto ad un soggetto e tutelato dal nostro ordinamento: ad esempio, il diritto di proprietà, il diritto di abitazione, il diritto all'immagine, alla privacy, ecc.

1.2. Diritto pubblico e diritto privato

Il diritto pubblico regola i rapporti tra due soggetti di cui uno è un soggetto pubblico il quale, per soddisfare un interesse di carattere generale, esercita un potere di supremazia nei confronti dell'altro soggetto che di conseguenza si trova in una situazione di soggezione, in quanto costretto a subire un sacrificio in virtù del superiore interesse collettivo perseguito. Per esempio, se il Comune ha necessità di acquistare un terreno da un privato per costruire una strada può, in relazione all'interesse generale da perseguire, espropriare il

terreno pagando un indennizzo al proprietario per il sacrificio impostogli: così facendo, l'interesse del proprietario, a conservare la proprietà del terreno, soccombe di fronte all'interesse della collettività. L'espropriazione però richiede tempi lunghi, inoltre l'indennizzo non è mai pari al valore di mercato del bene, quindi a volte è preferibile per le parti avviare una negoziazione per arrivare alla stipula di un normale contratto di compravendita regolato dalle norme del diritto privato.

A differenza del diritto pubblico, **il diritto privato**, invece, non mira a realizzare interessi di carattere generale, ma **disciplina soltanto i rapporti tra soggetti posti in una situazione di parità**, pertanto, si applica anche in tutti quei casi in cui uno dei soggetti coinvolti nel rapporto sia un ente pubblico, purché non eserciti alcun potere di supremazia nei confronti dell'altra parte: ad esempio, se il Comune vuole affittare per il periodo estivo un fondo da un privato, per organizzare degli eventi culturali, può stipulare un normale contratto di affitto regolato dalle norme del diritto privato.

1.3. Fonti di cognizione e di produzione

Quando si parla di fonti del diritto, una distinzione da farsi è quella tra fonti di cognizione e fonti di produzione.

- **Sono fonti di cognizione tutti i testi**, contenenti le norme, **con i quali si porta a conoscenza della collettività il diritto vigente**. Ad esempio la Gazzetta Ufficiale della Repubblica dove vengono pubblicate le leggi e gli atti aventi forza di legge, oppure i testi unici che raccolgono le norme riguardanti un determinato settore, come il testo unico bancario (TUB) oppure il testo unico riguardante i beni culturali, così come il Bollettino ufficiale della regione dove vengono pubblicate le leggi ed i regolamenti regionali.
- Sono invece fonti di produzione quei procedimenti tipizzati attraverso i quali si creano le norme giuridiche. **Per fonte di produzione del diritto s'intende**, infatti, **qualunque atto** (per esempio un'approvazione parlamentare di una legge ordinaria) **o fatto** (per

esempio un certo comportamento tenuto dai consociati e tale da dar luogo ad una consuetudine) **idoneo a creare una norma giuridica**, ossia una regola di diritto suscettibile di essere fatta valere davanti al giudice.

1.4. La gerarchia delle fonti del diritto

Secondo l'art. 1 delle preleggi, ossia delle disposizioni sulla legge in generale che precedono il libro primo del codice civile, sono fonti del diritto:

- 1) le leggi;
- 2) i regolamenti;
- 3) le norme corporative (oggi non sono più in vigore);
- 4) gli usi.

Tale elenco, certamente valido nel 1942, ossia al tempo dell'entrata in vigore del codice civile, oggi **non è più attuale**. Con la caduta del fascismo le norme corporative sono state abrogate. Inoltre il primo gennaio del 1948 è entrata in vigore la Costituzione che, nella gerarchia delle fonti, si deve collocare al primo posto, al pari delle leggi costituzionali. La stessa appartenenza dell'Italia all'Unione Europea legittima poi una limitazione della sovranità italiana, così come previsto dall'art. 11 Cost., con parziale trasferimento agli organi comunitari dell'esercizio della funzione legislativa, purché nel rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo.

Pertanto, alla luce di quanto detto, **il primo posto tra le fonti del diritto italiano è riservato alla Costituzione e alle leggi costituzionali e di revisione della Costituzione** le quali devono essere approvate seguendo l'iter indicato nell'art. 138 Cost. secondo il quale, per modificare la Costituzione o emanare una legge costituzionale, occorre:

- **una doppia votazione in ciascuna Camera;**
- **tra le due votazioni deve trascorrere un tempo non inferiore a 3 mesi;**

- **nella seconda votazione deve essere raggiunta la maggioranza qualificata** (il voto favorevole dei 2/3 dei componenti di ogni Camera) **oppure la maggioranza assoluta** (il voto favorevole del 50% più 1 dei componenti di ciascuna Camera). Nel primo caso non si fa luogo a referendum, **nel secondo caso**, invece, **la legge è sottoposta a referendum popolare** quando, entro tre mesi dalla pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. **Per il referendum di riforma della Costituzione**, a differenza di quello abrogativo (art. 75 Cost.) **non è previsto un quorum**, ossia un numero minimo di votanti. **La legge viene promulgata se i voti favorevoli**, a prescindere dal numero dei soggetti che sono andati a votare, **superano quelli sfavorevoli**.

Possibili esiti referendari:

- a) se il risultato del referendum è contrario all'approvazione della legge, ne è data notizia sulla Gazzetta Ufficiale e la legge costituzionale si considera come mai emanata;
- b) se il risultato del referendum è invece favorevole, il Presidente della Repubblica provvede a promulgare la legge.

Non tutte le norme costituzionali possono però essere modificate, infatti, ve ne sono alcune, cosiddette inviolabili, che non possono essere modificate neanche mediante leggi di revisione costituzionale. Si pensi, per esempio, all'art. 139 Cost. il quale sancisce che la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale, oppure all'art. 2 Cost. il quale garantisce i diritti inviolabili dell'uomo tra i quali si devono annoverare, non solo quelli riconosciuti come tali dalla Costituzione, ma anche i nuovi diritti emergenti dal contesto sociale e riconosciuti dalla giurisprudenza, come è accaduto, per esempio, per il diritto all'identità personale e all'identità sessuale.

Dopo la Costituzione, nella gerarchia delle fonti, **ci sono le fonti comunitarie**, ossia:

- **I Trattati** i quali sono **vincolanti solo per gli Stati contraenti l'accordo**: ad esempio, il Trattato di Maastricht definito anche come Trattato sull'Unione europea (T.U.E.);

- **I Regolamenti comunitari i quali sono direttamente efficaci nel diritto interno** degli stati membri dell'UE **e prevalgono sulle norme statali difformi**. I regolamenti comunitari, infatti, si trovano in una posizione intermedia tra la Costituzione e le fonti primarie;
- **Le Direttive comunitarie le quali** non sono direttamente applicabili. Esse, infatti, **impongono agli stati membri di emanare proprie leggi per adeguare il diritto interno ai principi contenuti nelle direttive**. L'Italia recepisce il contenuto delle direttive comunitarie attraverso decreti legislativi emanati dal Governo su delega del Parlamento. Ad esempio, l'Italia con D.Lgs. n. 209 del 2023 ha recepito la direttiva europea n. 2053 del 2022 sulla Global Minimum Tax riguardante il nuovo regime fiscale che prevede un'aliquota minima di imposizione da applicare alle società multinazionali per evitare il dumping fiscale, cioè la gara al ribasso tra giurisdizioni nazionali per attrarre gli investimenti. Oppure si pensi alla direttiva 904 del 2019, sulle plastiche monouso, approvata dal Parlamento Europeo per ridurre l'incidenza sull'ambiente di alcuni prodotti di plastica. Tale direttiva è stata recepita dall'Italia con D.Lgs. n. 196/2021. L'Unione Europea può comminare delle sanzioni a carico dello Stato se non recepisce le direttive, mentre i soggetti privati pregiudicati dal mancato recepimento di una direttiva possono agire nei confronti dello Stato per ottenere il risarcimento del danno subito.

Dopo la Costituzione e le fonti comunitarie, nella gerarchia delle fonti ci sono **le leggi e gli atti aventi forza di legge**, ossia:

- **Le leggi ordinarie del Parlamento**, approvate da entrambe le Camere secondo la procedura prevista negli artt. da 70 a 74 Cost.
- **Le leggi delle Regioni** nelle materie di competenza legislativa regionale indicate nell'art. 117 Cost. Tali leggi hanno validità limitata al territorio della relativa regione.
- **Gli atti aventi forza di legge**, ossia quegli atti emanati dal Governo ed aventi valore di legge.

Essi si distinguono in:

- a) **Decreti legislativi (D.Lgs.)** i quali, così come previsto dall'art. 76 Cost., sono **emanati dal Governo nel rispetto dei criteri direttivi stabiliti dalla legge delega del Parlamento**. Per esempio, come

si è già detto, le direttive comunitarie diventano vincolanti ed entrano a far parte del nostro ordinamento giuridico solo dopo essere state recepite con decreto legislativo emanato dal Governo.

- b) **Decreti legge** (D.L.) i quali sono **emanati per far fronte a situazioni di necessità e di urgenza** e sono disciplinati dall'art. 77 Cost. che così dispone: "Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni **I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni** dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti".

Dopo la Costituzione, le fonti comunitarie, le leggi e gli atti aventi forza di legge, si devono annoverare tra le fonti del diritto **i regolamenti** i quali, essendo di rango inferiore, **non possono dettare norme contrarie alle disposizioni legislative**: ad esempio, un regolamento comunale non può disporre norme in ambito edilizio in contrasto con la legge urbanistica regionale.

Di particolare importanza sono i regolamenti esecutivi emanati dal Governo i quali, contenendo norme dettagliate per l'attuazione di una legge, rappresentano un mezzo per facilitare la corretta applicazione della legge stessa.

Anche tra i regolamenti vige un ordine gerarchico, pertanto, i regolamenti emanati da autorità diverse dal Governo, per esempio i regolamenti comunali, sono subordinati, oltre che alla legge, anche ai regolamenti governativi.

All'ultimo posto nella gerarchia delle fonti ci sono gli usi normativi (detti anche consuetudini) i quali sono disciplinati dall'art. 8 delle disposizioni preliminari al codice civile. Si tratta di regole non scritte osservate dalla collettività in modo costante ed uniforme per un congruo periodo di tempo nel convincimento che si tratti di norme giuridicamente vincolanti.

Due sono gli elementi costitutivi degli usi:

- 1) **L'elemento oggettivo**, consistente nella generale e costante ripetizione nel tempo di un determinato comportamento;
- 2) **L'elemento soggettivo**, ossia la cosiddetta *opinio iuris ac necessitatis*, consistente nella convinzione da parte della generalità dei soggetti di osservare una norma giuridicamente vincolante. Questo elemento soggettivo è imprescindibile per qualificare il comportamento come consuetudine, infatti, qualora mancasse, il fenomeno consuetudinario si ridurrebbe al rango di mera prassi, come quella di dare la mancia al cameriere che si usa fare, ma non perché ci si sente giuridicamente obbligati.

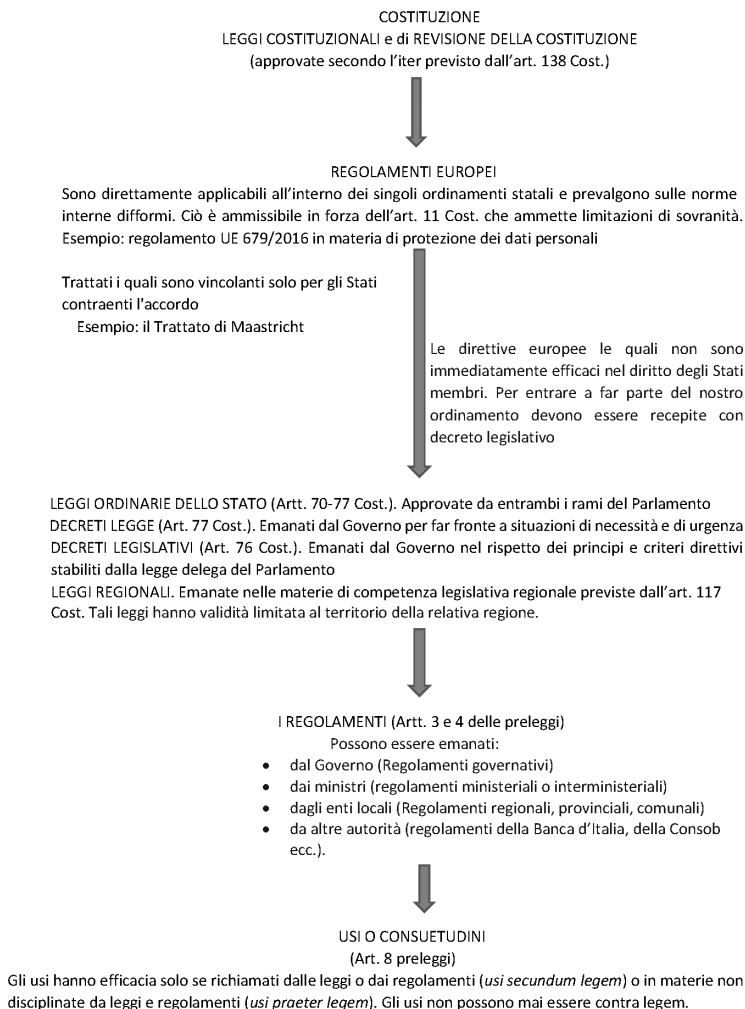
Gli usi hanno efficacia solo se richiamati dalle leggi o dai regolamenti (***usi secundum legem***) o in materie non disciplinate da leggi e regolamenti (***usi praeter legem***); **gli usi non possono mai essere *contra legem*.**

Gli usi normativi sono pubblicati in apposite raccolte ufficiali tenute dagli enti a ciò preposti: per esempio, le Camere di Commercio hanno l'obbligo di raccogliere gli usi riguardanti le attività economiche e commerciali della propria Provincia. In base a quanto disposto dall'art. 9 delle disposizioni preliminari al codice civile, gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali degli enti e degli organi a ciò autorizzati si presumono esistenti fino a prova contraria. Ciò significa che spetta alla parte interessata alla disapplicazione dell'uso provare la sua inesistenza. Un richiamo agli usi, ad esempio, è contenuto nell'art. 1374 c.c. il quale così dispone: "Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità".

La desuetudine, consistente nella costante disapplicazione di una norma da parte della collettività, non può mai portare all'abrogazione della norma disapplicata.

1.5. Schema: La gerarchia delle fonti

SCHEMA SULLA GERARCHIA DELLE FONTI



1.6. Caso: La gerarchia delle fonti

CASO

L'unione europea approva un regolamento comunitario con il quale vieta l'uso di determinati pesticidi in ambito agricolo in quanto ritenuti tossici.

Il Sig. Rossi, un viticoltore che da tempo usa tali prodotti, una volta appresa la notizia relativa a tale regolamento intende continuare ad utilizzare i pesticidi vietati fino a quando il regolamento comunitario non sarà recepito nell'ordinamento italiano.

Domanda:

Può il Sig. Rossi disattendere l'applicazione del regolamento fino al suo recepimento da parte dell'Italia?

Risposta:

Il Sig. Rossi non può disattendere quanto disposto dal regolamento comunitario in quanto lo stesso, una volta emanato, diviene immediatamente vincolante per tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, senza che debba essere in alcun modo recepito dai singoli ordinamenti interni, a differenza invece delle direttive comunitarie le quali diventano vincolanti solo a seguito del loro recepimento attraverso decreto legislativo emanato dal Governo su delega del Parlamento.

1.7. Caso: Differenza tra diritto pubblico e diritto privato

CASO

Alberto invita alcuni amici e parenti a casa sua per una cena.

Giacomo, il cugino di Alberto, avendo appena comprato un cucciolo e non potendolo lasciare a casa da solo, chiede ad Alberto se può portarlo con sé ed Alberto acconsente.

Giacomo, non trovando parcheggio nei pressi dell'abitazione del cugino, decide di parcheggiare l'auto sotto la casa di Alberto, nonostante vi sia un cartello ben visibile di divieto di sosta.

Durante la serata, mentre gli ospiti si intrattengono in terrazza per godere la splendida vista, il cagnolino di Giacomo, per farsi i denti, inizia a rosicchiare le gambe del tavolo e, per finire, trascina i lembi della tovaglia tanto da far cadere rovinosamente a terra l'intero servizio di piatti.

Domanda:

In questo caso quali norme di diritto pubblico e di diritto privato si possono applicare?

Risposta:

Premesso che il diritto pubblico realizza interessi generali, attribuendo poteri di supremazia alla pubblica autorità, in questo caso la norma di diritto pubblico che si può applicare è quella in forza della quale è possibile comminare a Giacomo una multa per aver parcheggiato l'auto in divieto di sosta.

La norma di diritto privato che invece si può applicare al caso in esame è quella che consente al danneggiato di chiedere il risarcimento dei danni subiti e, nello specifico, visto che il danno è stato procurato da un animale, si può applicare l'art. 2052 c.c. ai sensi del quale: "il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito".

Ciò premesso, se Alberto dovesse agire per ottenere il risarcimento, visto che non è imprevedibile il fatto che un cucciolo faccia dei danni, Giacomo non potrebbe fornire la prova liberatoria del caso fortuito, pertanto, dovrebbe risarcire al cugino i danni procurati dal suo cane.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer