
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

Parte Prima

INTRODUZIONE

capitolo 1

L'ORDINAMENTO GIURIDICO

1. Le parole del diritto. – 2. Prescrizioni, regole, norme. – 3. L'idea di «fonti del diritto». – 4. L'ordinamento giuridico. – 5. Le fonti del diritto italiano. – 5.1. Il quadro tradizionale. – 5.2. (*segue*) L'orizzonte europeo. – 6. L'applicabilità delle norme. L'entrata in vigore. – 7. L'abrogazione delle norme. Il principio di irretroattività. – 8. Rapporti tra fonti diverse. Parità, prevalenza, competenza. – 9. L'illegittimità delle norme. – 10. L'evoluzione delle fonti (cenni). – 11. Dottrina e giurisprudenza. – 12. La ricerca del diritto vigente.

1. Le parole del diritto.

A. Diritto, regola, norma

La parola «**diritto**» deriva dal latino medievale *directus*.

La radice che troviamo al centro della parola (di-*rec*-tus), è la stessa di altre parole latine come *rex* (re), *regere* (governare) e *regula* (regola). È l'antica radice indoeuropea *reg*, che si ritrova nello spagnolo *derecho*, nel francese *droit*, nel tedesco *Recht* e nell'inglese *right*. Essa sottolinea il legame tra l'idea di «*diritto*», la funzione di *governare* o *indirizzare* i comportamenti umani, di «*regere*» un gruppo sociale, e le «*regole*» di cui il diritto consiste.

Il latino *regula* indicava originariamente un semplice strumento usato dai muratori per verificare che una parte della costruzione fosse perfettamente allineata, cioè diritta. La *regula* consentiva di distinguere ciò che è lineare, dritto, *diritto*, da ciò che è contorto, irregolare, non in linea con la *regula*.

La combinazione di significati propria di *regola* si ritrova nella parola *norma*, che i giuristi italiani e tedeschi preferiscono a regola. *Norma* significa regola di comportamento ma anche norma-lità, regola-rità.

La storia delle parole ci mostra dunque la relazione tra l'idea di dirittura, linearità, regolarità e quella di diritto. In italiano il sostantivo diritto e l'aggettivo diritto (dritto) hanno lo stesso suono; lo stesso accade in tedesco con *Recht* (diritto) e *recht* (dritto), in francese con *droit*, e in inglese con *right* (giusto e dritto). Nelle tre lingue la stessa

parola indica anche il lato destro, come in italiano nel modo antiquato di dire «mano dritta»: la mano «dominante».

B. Diritto, giure, giustizia

Nel latino classico invece, il termine per «diritto» era *ius*. Secondo la sua radice, che era la stessa del verbo *iurare*, *Ius* indicava all'origine un pronunciamento sacro, con cui si interpretava il volere degli Dei e dunque la giustizia (*iustitia*). Ritroviamo la radice di *ius* in *giudizio*, *giudice*, *giudicare*; in *giure* (parola antiquata che significa il diritto) e nei suoi derivati *giuris-dizione*, *giuris-prudenza*, *giure-consulto*, e insieme, appunto, in *gius-to* e *gius-tizia*. Termini consimili si ritrovano in francese (*jurisprudence*, *justice*) e in spagnolo (*jurisprudencia*, *justicia*) e nelle espressioni di origine latina come la tedesca *jurisprudenz* o l'inglese *jurisprudence* (che però in inglese significa teoria del diritto) *justice*, ecc.

Quest'altra storia sottolinea il legame, tanto forte quanto problematico, tra l'idea di *diritto*, come *regola*, quella della *pronuncia* (oggi le decisioni dei giudici) e lo scopo di *giustizia*.

Lo scopo ultimo del diritto è di perseguire, in una certa comunità organizzata, un ideale di giustizia. In negativo, il diritto serve a impedire che ognuno si faccia «giustizia» da sé: serve quindi ad evitare la violenza e la vendetta (*ne cives ad arma ruant*); per far ciò, il diritto deve riuscire a convogliare il bisogno individuale di giustizia verso un criterio che non sia oggettivo, ma condiviso socialmente. Gli antichi (Cicerone) dicevano che i fini del diritto sono, in positivo, indurre i consociati a comportarsi correttamente e lealmente gli uni con gli altri (*honeste vivere*) senza danneggiare il prossimo (*alterum non laedere*) riconoscendo a ciascuno ciò che gli spetta (*suum cuique tribuere*). Oggi si usa guardare soprattutto alla composizione di interessi e di valori confliggenti che la regola di diritto sempre tende a realizzare.

Il legame genetico tra *ius* e *iustum* significa che la regola di diritto deve essere percepita come giusta, o almeno come accettabile ricerca di giustizia, dai suoi destinatari. Una regola iniqua, che stride con il sentimento di giustizia diffuso, o anche solo invecchiata, apre sempre un problema di riforma: la lotta per la giustizia diventa sempre «lotta per il diritto» (Jehring).

Il legame *ius-iustitia* è anche il legame tra diritto e giudizio. È coesenziale alla natura del diritto l'esistenza di un soggetto imparziale, *super partes*, che abbia il compito e l'autorità di decidere chi abbia ragione e chi torto, di pronunciare il diritto (*ius-dicere*, *giuris-dizione*: v. avanti, spec. cap. 47).

C. Diritto, Legge, leggi

In molti contesti, al posto di «*diritto*» si usa «*legge*» o il plurale «*leggi*»: anzi nel linguaggio corrente questi termini sono spesso preferiti. Ad esempio, piuttosto che «il diritto italiano» si userà dire «la legge italiana»; piuttosto che «il diritto penale» si userà «le leggi penali»; piuttosto che «studio diritto» si dirà «studio legge», piuttosto che dire «il diritto è uguale per tutti» si proclamerà che «la legge è uguale per tutti» – e così via.

In quest'uso «legge» equivale a «diritto» e l'uno come l'altro termine si possono sostituire con «le leggi».

«Legge» viene da *lex*, parola latina di origini discusse, che richiamava forse l'idea di un patto vincolante, una convenzione solenne tra individui, o tra gruppi, o tra il re (più tardi il magistrato) e il popolo, con la caratteristica di essere scritta o promulgata (le tavole della legge): dunque, un complesso di *regole stabilite in un testo*. Di qui tre connotazioni che sentiamo anche oggi.

La «Legge» (pensata con la maiuscola come termine astratto) equivale all'insieme, all'universo delle regole. Nell'uso comune, se nulla è specificato, «la Legge» equivale a «il diritto» e indica l'universo delle regole che hanno il carattere della legalità o giuridicità (leg-, giur-): cosa ciò significhi resta, naturalmente, da vedere (nel prossimo paragrafo). Ma il termine può essere destinato ad indicare uno *specifico* universo di regole, anche non giuridico, ad esempio se diciamo: «la Legge morale».

La parola «legge» è poi frequentemente usata per indicare un *testo legislativo*, prodotto secondo certe procedure (in Italia, il voto delle due Camere e la promulgazione da parte del Presidente della Repubblica): in questo senso diciamo ad esempio «la legge sul divorzio» o «la legge n. 894 del 1970» o ancora «una raccolta di leggi».

Infine, nel termine legge si incrociano i significati di regola o norma come *prescrizione* di comportamento, o anche come descrizione di una regolarità fattuale (esempio le «leggi» della fisica): dunque legge come *regola* e come *norma* in senso *prescrittivo* o in senso *descrittivo*.

Il triplice significato di *legge* (= *diritto*, *testo legislativo* o *regola*) si ritrova nel francese *loi* e nello spagnolo *ley*; in inglese invece *Law* significa primariamente diritto, e poi regola legale; un testo legislativo si dice *Act* o *Statute*.

D. Il diritto e i diritti

Il *diritto* è un universo di regole.

Quando una regola impone a qualcuno un dovere (ad esempio: rispetta la vita privata altrui) perciò stesso riconosce o attribuisce ad altri un potere o una libertà (ad esempio: potrai vietare a tutti di curiosare in casa tua). Noi diciamo allora che la regola riconosce o attribuisce un *diritto*: e la parola *diritto* assume un diverso significato, che risulta facilmente da una frase come questa: «il *diritto* italiano garantisce il *diritto* di proprietà».

Per distinguere i due significati, si può già introdurre una precisazione: diritto in senso *oggettivo* (o «**diritto oggettivo**») indica un insieme di regole legali; diritto in senso *soggettivo* (o «**diritto soggettivo**») indica una possibilità, una libertà, una posizione di vantaggio garantita da una regola legale.

2. Prescrizioni, regole, norme.

Nelle nostre prime osservazioni è ritornata ad ogni passo la parola «**regola**»: il diritto come insieme di «*regole*» che hanno valore legale, le leggi come «*regole di*

diritto», e simili. Un'idea rimanda all'altra, e per raggiungere una certa chiarezza occorre rompere il cerchio:

- a) cos'è dunque una «regola», e
- b) quando una regola è «legale», o «di diritto»?

A. Cos'è una regola?

Una regola è una proposizione la cui funzione è quella di prescrivere un comportamento: cioè di qualificarlo come *obbligatorio* (che *deve* essere tenuto), *vietato* (che *non deve* essere tenuto) o anche semplicemente come *lecito* (che *può* essere tenuto).

La regola dunque non descrive, ma prescrive: è parte del linguaggio, usato non per narrare o riferire, ma per indirizzare comportamenti.

Possiamo distinguere diversi tipi di *regola* o *prescrizione*:

Tipi di
prescrizione

a) **individuale**: riguarda il comportamento di un individuo o di più individui determinati (es.: Mario, chiudi quella porta);

b) **concreta**: la prescrizione vale in una o più situazioni concretamente determinate (es. Mario, se esci per ultimo, chiudi la porta);

c) **generale**: riguarda il comportamento di chiunque si trovi in una determinata situazione (es. «l'ultimo che esce chiuda la porta!»);

d) **astratta**: la prescrizione vale in ogni situazione che sia eguale a quella prevista [es. «ogni volta che la lezione è finita (situazione-tipo) l'ultimo che esce chiuda la porta»].

Nel mondo del diritto esistono tutti i tipi di prescrizione.

Individuale e *concreta*, ad esempio, è la prescrizione contenuta in una *sentenza*, con cui il giudice condanna il Tizio debitore a pagare *tot* milioni a Caio suo creditore.

L'*ordinanza* del sindaco, che impone a tutti i frontisti di una via pubblica di spazzare la neve dal marciapiede, contiene una prescrizione *generale* ma *concreta*: rivolta a chiunque abiti lungo le strade comunali, ma limitata ad una concreta situazione, l'eccezionale nevicata.

La regola di
diritto

Ma quando parliamo di «**regola di diritto**» non intendiamo di solito riferirci a questo tipo di prescrizioni legali, ma solo a quelle regole, di un gradino superiore, che prescrivono in modo *generale* ed *astratto* ciò che si può o si deve fare in *ogni situazione che corrisponda* alle *situazioni-tipo* previste dalle regole stesse. Ne è facile esempio, anche sul piano linguistico, la regola contenuta nell'art. 927. «*Chi trova una cosa mobile deve restituirla al proprietario*».

Hanno carattere generale ed astratto, *salvo eccezioni*, le regole contenute nei *codici*, nelle *leggi* o nei *decreti*, nei *regolamenti*.

Regola e
norma

Sinonimo di «**regola**» è «**norma**».

I due termini hanno qualcosa in comune, che merita di essere sottolineato. Entrambi richiamano concetti, che esprimono il ripetersi costante di fatti o comportamenti: «*regola*» ci rimanda a ciò che è «regolare», «*norma*» a ciò che è «normale»;

e la funzione della *norma* in senso *prescrittivo* è proprio quella di indirizzare i comportamenti umani in modo che un certo modello di comportamento – per esempio, rispettare la proprietà o la personalità altrui – divenga «normale».

Una prescrizione di comportamento (c.d. *norma-precetto*) può essere resa efficace dal collegamento con una regola «strumentale» (c.d. *norma-sanzione*), che prevede *conseguenze negative* per chi viola la prescrizione: il concetto di **sanzione** indica appunto queste conseguenze, che sono diverse tra loro: in campo giuridico si distinguono sanzioni *civili*, come il risarcimento del danno provocato ad altri, sanzioni *penali*, come la detenzione; sanzioni *amministrative*, come l'ammenda.

La sanzione

B. Cos'è una regola di diritto?

L'universo delle regole è vasto come l'esperienza umana. Nei più piccoli gesti e nelle più grandi decisioni, ci adattiamo o ci ribelliamo a regole: regole morali, regole del costume sociale, regole della deontologia professionale, regole della competizione economica, regole di cortesia.

Chi cresce in una società come la nostra acquista una certa capacità di distinguere la diversa «natura» di queste regole. Ognuno di noi sa benissimo, ad esempio, che «*legalmente*» è *obbligatorio* per l'artigiano o per il professionista rilasciare una ricevuta fiscale o una fattura; ma pretenderla qualche volta ci imbarazza, perché ci pare contrario a una *regola di cortesia*. Allo stesso modo, distinguiamo nettamente quel tipo di regole che obbliga i militari a un preciso modo di vestire, da quell'altro tipo di regole, che vieta per esempio a professori e studenti di trovarsi a lezione in canottiera.

Regole legali e non legali

L'intuito e l'esperienza ci dicono che il primo tipo di regole ha carattere «legale», il secondo è di diverso ordine.

In altri casi, però, può esserci qualche incertezza: la parità tra marito e moglie è un principio morale, cui si può aderire o non aderire, o è una regola «legale»? I «diritti umani» sono garantiti dalla «legge» dello Stato, o solo da principi «umanitari», o magari da una «legge» non statuale, come una Convenzione internazionale? E i contratti collettivi stipulati dai Sindacati, sono «leggi» o sono «patti» che si reggono solo sulla «parola data»? e così via.

La risposta a queste domande richiede di tracciare un confine tra quel che è «*diritto*» – «*legge*», regola «*legale*» – e quello che diritto non è: di avere stabilito, quindi, un *criterio di riconoscimento* della regola legale, che la distingue da tutte le altre regole.

Naturalmente, la questione si presenta in modo diverso a seconda che la si affronti da un punto di vista «esterno» allo stesso linguaggio giuridico – per esempio da un punto di vista antropologico, o sociologico – o invece da un punto di vista «interno», come a noi spetta di fare.

Un antropologo, che si ponga il problema di stabilire cosa sia «diritto» in una società primitiva, può ritenere che «la vera, fondamentale condizione *sine qua non*

Diritto e Giudice

per l'esistenza del diritto in qualunque società» sia «l'uso legittimo della coercizione fisica da parte di un agente autorizzato»: la regola legale sarebbe quella, la cui violazione viene contrastata con l'uso della forza da parte di un individuo o di un gruppo che ha «il privilegio socialmente riconosciuto di agire in tal modo» (Hoebel).

La cosa può sembrare convincente se si pensa al diritto dello Stato o anche al diritto internazionale; ma esistono sistemi giuridici sofisticati che non prevedono l'uso della forza materiale, ma di *sanzioni* diverse (come ad esempio il diritto della Chiesa nell'età moderna). Una sanzione, d'altra parte viene inflitta anche per la violazione di regole che non riconosciamo come «legali»: il «disonore», ad esempio, colpisce la trasgressione di regole del costume.

Più suggestiva e convincente sembra una definizione cara ai giuristi inglesi: «associamo *the law* [il diritto] con le corti, i giudici, i magistrati» (Atiyah): un sistema giuridico è un sistema di regole la cui applicazione è *affidata all'autorità di un «giudice»*. È questo il connotato comune a qualsiasi apparato di norme che organizzi un gruppo sociale: le regole che governano la vita dello Stato, di una Chiesa, di un'associazione, di un'organizzazione internazionale, e perfino le regole – dicono i giuristi – della *societas delictuosa*, della società di delinquenti, come la mafia e la camorra: veri sistemi giuridici, anche se illeciti dal punto di vista del diritto dello Stato (oltre che della morale).

La selezione
delle norme
applicabili

Dal punto di vista «interno», il modo più diretto ed efficace di capire il problema è calarsi nei panni di un giudice, o delle persone che a lui ricorrono o devono da lui essere giudicate. Il giudice è chiamato a dire chi ha ragione e chi ha torto ed è investito del potere di decidere: ma in base a *quali* regole?

In un'organizzazione primitiva o elementare, il potere di giudicare può essere attribuito senza un criterio che imponga al giudice di attingere le regole di decisione solo ad una certa «*fonte*»: nella ricerca di una «giusta» soluzione, egli si orienterà secondo la tradizione, i costumi consolidati, l'opinione dei saggi, o l'ispirazione di un dio.

Ma via via che la società si fa più complessa, tende a formarsi un confine, un criterio di selezione tra le regole che si possono applicare nel giudizio e quelle che non hanno tale «qualità»: il giudice non può riempire il suo secchio a qualsiasi «*fonte*».

Anzitutto, la stessa *tradizione giudiziale* – il modo in cui si è già più volte deciso – tenderà a prevalere. Un valore particolare potranno assumere le *opinioni* di chi ha esperienza del problema-giudizio. A volte, le regole ricavabili da queste «fonti» potranno essere riunite in *raccolte ufficiali*, che acquisteranno autorità di testi normativi. Infine, altre regole potranno essere *espressamente dettate* da un'autorità cui si riconosce questo potere.

In un sistema maturo, la libertà del giudice di scegliere la «*fonte*» cui attingere le regole del giudizio è sempre limitata. La regola «legale» ha assunto ormai dei connotati che la distinguono dalle regole morali e del costume. Il sistema giuridico si caratterizza proprio perché le sue regole sono formate attraverso una gamma più o meno vasta di *modi di produzione*.

La **regola di diritto** è solo quella che si forma in uno dei *modi di produzione* previsti dallo stesso sistema.

3. L'idea di «fonti del diritto».

Disponiamo così di una prima e generale definizione del concetto di **fonte del diritto**: qualsiasi *atto o fatto idoneo a produrre norme giuridiche* in un sistema dato.

Ad una osservazione generale, i diversi ordinamenti giuridici delle società contemporanee e del passato mostrano una grande varietà di fonti.

Una distinzione tradizionale divide le *fonti scritte* dalle *fonti non scritte*.

Fonti scritte e
non scritte

Nelle prime, la regola è formulata in un testo scritto (come l'Editto del Pretore, il Libro sacro, l'atto legislativo) nelle seconde invece deve essere ricavata da elementi diversi (l'osservazione degli usi, lo studio di decisioni precedenti).

In realtà, questa distinzione non è del tutto propria, perché, ad esempio, la fonte giurisprudenziale (il precedente) consiste pure in un testo scritto, che può essere analizzato secondo le regole della semantica e dell'ermeneutica (interpretazione); mentre ben diverso è il problema di ricavare la regola di diritto – poniamo – dall'osservazione della prassi mercantile.

Nei sistemi contemporanei, è possibile con larghissima approssimazione segnalare la prevalenza di due tipi di «fonte»: il **precedente giudiziario** e l'**atto legislativo** in senso ampio.

Tipi di fonte

Il *precedente giudiziario* consiste nella decisione già avvenuta di un caso, analogo a quello che si tratta di decidere: dalla decisione, o da una serie di decisioni conformi (la c.d. «*giurisprudenza*»), si ricava una «regola» cioè un criterio di soluzione che può valere per ogni caso simile.

L'*atto legislativo*, in senso ampio, è quel procedimento, più o meno complicato, con cui un'autorità che ha il potere di legiferare (di fare leggi) produce un testo che contiene regole di diritto.

Nei sistemi che sono nati principalmente dalla fonte giurisprudenziale, come quello inglese e poi quello nordamericano, ha acquistato sempre più importanza, nell'ultimo secolo, la fonte legislativa. Per converso, nei sistemi che si affidano alle fonti legislative (come quelli dell'Europa continentale), la giurisprudenza, in teoria esclusa dalle fonti di diritto (v. avanti, cap. 2) ha di fatto una notevole importanza per determinare, attraverso l'interpretazione (v. avanti, par. 8) l'evoluzione del diritto.

In un sistema giuridico evoluto, dunque, le regole di diritto sono quelle prodotte da determinate «fonti». Ma chi stabilisce *quali* fonti sono idonee alla produzione normativa?

Una prima risposta è la seguente: in ogni sistema esistono regole, che prevedono come si possano produrre le regole di quel sistema.

Le norme di
produzione

In molti casi, si tratta di espresse previsioni normative: ad esempio, nel nostro sistema, l'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile elenca le fonti del diritto italiano, mettendo al primo posto le leggi; l'art. 70 della Costituzione stabilisce poi che la funzione legislativa spetti alle Camere, e le norme seguenti ne dettano la disciplina.

Anche là dove una regola espressa non esista, tuttavia, essa si può ricavare dall'evoluzione di tutto il sistema: così, noi possiamo elencare le fonti dell'antico diritto romano anche se in quel diritto non esisteva una espressa disciplina della produzione di norme giuridiche.

Le regole che disciplinano i modi di produzione delle norme di un sistema giuridico si chiamano **norme di produzione**. Anche queste regole, però, sono *prodotte*: l'art. 70 della nostra Costituzione fa parte di un testo costituzionale approvato dall'Assemblea costituente. Se ogni norma giuridica si dovesse «legittimare» sulla base di una regola superiore che ne prevede la produzione, si risalirebbe all'indietro all'infinito. In realtà, il punto fermo, la «sorgente» di tutto il sistema, è sempre e soltanto un *fatto storico*: un sistema giuridico si regge, in ultima analisi, sul fatto di essersi affermato, con quei determinati connotati, in un dato gruppo sociale.

4. L'ordinamento giuridico.

L'idea di
ordinamento
giuridico

Su questa pietra angolare si costruisce, attraverso il sistema delle fonti, un **ordinamento giuridico**: cioè appunto un *universo di regole di diritto*, che formano un insieme unitario e ordinato perché sono *prodotte in conformità ad un apparato di fonti* «legittimato» da un unico fatto costitutivo, che ha dato vita all'*organizzazione di un gruppo sociale*.

Il sistema delle fonti funziona come un *apparato di selezione*: «entrano» a far parte dell'ordinamento solo quelle regole che si possono ricondurre ai modi di produzione previsti. Perciò, da un punto di vista «interno» all'ordinamento (a ciascun ordinamento) è «diritto» solo ciò che l'ordinamento stesso definisce come diritto, attraverso l'indicazione delle fonti.

Pluralità degli
ordinamenti
giuridici

Per l'ordinamento dello Stato, «diritto» è solo il diritto dello Stato. Il diritto di un altro Stato, o il diritto della Chiesa, sono – in linea di principio – soltanto *fatti* dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato italiano. È chiaro però che dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato francese, e della Chiesa cattolica, «diritto» è solo il complesso di regole prodotte all'interno di quegli ordinamenti, e puro fatto è il diritto dello Stato italiano. Un osservatore, che guarda a tutti questi ordinamenti, e che è interessato a capirli, deve quindi adattarsi alla *relatività* del concetto di diritto e alla *pluralità* degli ordinamenti giuridici.

Il diritto
internazionale

Il **diritto internazionale**, che regola i rapporti tra gli Stati, ha pure proprie fonti – in particolare le *consuetudini* internazionali e i *trattati* – e proprie norme, che ciascuno Stato, in quanto membro della comunità internazionale, è tenuto ad osservare. La condotta dello Stato che viola le norme internazionali è illecita nell'ambito dell'ordinamento internazionale.

Ma se ci spostiamo dal punto di vista dell'ordinamento interno di ciascuno Stato, la valutazione può essere del tutto differente: ciò che è illecito secondo una norma internazionale può essere lecito secondo una norma interna.

Le stesse norme stabilite da una Convenzione internazionale sottoscritta, ad esempio, dall'Italia divengono efficaci nell'ordinamento interno italiano, di regola, solo attraverso la «ratifica» della Convenzione, cioè attraverso una procedura di approvazione da parte delle Camere.

Tuttavia, nel nostro ordinamento il diritto internazionale ha, per così dire, un canale permanente di rilevanza: l'art. 10 della Costituzione dispone infatti che l'ordinamento giuridico italiano «si conforma» alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, e cioè in pratica alle consuetudini e ai principi del diritto internazionale; si tratta di una norma «di rinvio» che rende le norme generali del diritto internazionale efficaci anche nell'ordinamento interno.

L'art. 117 Cost, così come modificato dalla l. cost. 18 ottobre 2011, n. 3, prevede inoltre che l'esercizio della potestà legislativa avvenga nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Il sistema delle fonti può selezionare in modo più o meno rigido le regole che entrano a far parte dell'ordinamento.

La «chiusura»
dell'ordinamento

Può stabilire, ad esempio, che valgano come norme giuridiche solo quelle che sono espressamente formulate tramite *atti legislativi*; può invece disporre che il giudice abbia facoltà – sempre, o solo in certi casi – di decidere secondo criteri ricavati da *fonti extralegislative*: come i principi del diritto naturale, l'opinione dei giuristi, o l'equità (cioè un criterio di giustizia concreta: in tal caso, tutti questi «materiali» entrano a far parte delle regole dell'ordinamento).

In linea generale, gli ordinamenti che tendono a separare più nettamente il potere legislativo – cioè il potere di dettare le norme che valgono nell'ordinamento – dal potere giudiziario – cioè dal potere di decidere le liti e applicare le sanzioni – si caratterizzano per un sistema di fonti «chiuso», nel quale non è dato al giudice di «produrre» una regola di decisione.

La separazione è più sfumata in quei sistemi in cui la *giurisprudenza* è fonte di diritto: là dove, cioè, una parte almeno delle regole di diritto si crea attraverso il «*precedente*» *giudiziale*. Anche questi sistemi, tuttavia, possono essere «chiusi», nel senso che non è dato al singolo giudice di decidere secondo un criterio di giustizia ricavato da «fonti» estranee all'ordinamento giuridico, ma sempre e solo secondo «*regulae iuris*» ricavate all'interno dell'ordinamento medesimo.

Un modello di sistema assolutamente chiuso è però irrealizzabile. La regola di diritto, comunque prodotta, si formula in una proposizione prescrittiva, cioè in un messaggio linguistico; e qualsiasi messaggio può essere *interpretato* in modi diversi, tutti compatibili con la formulazione letterale della regola (v. sotto, par. 8).

Le aperture

In questa operazione hanno influenza idee, giudizi, valori che il giudice porta con sé dalla sua esperienza, e che raccoglie dalla realtà sociale.

5. Le fonti del diritto italiano.

5.1. Il quadro tradizionale.

L'art. 1
Preleggi

Chi legge l'art. 1 delle Disposizioni preliminari al codice civile trova il seguente elenco delle **fonti di diritto**:

- 1) le *leggi*;
- 2) i *regolamenti*;
- 3) le *norme corporative*;
- 4) gli *usi*.

Questa disposizione, che a suo tempo ebbe un valore pienamente «costituzionale», e che in parte lo conserva, va però letta ormai alla luce, non solo della Costituzione del 1948, ma della evoluzione dell'orizzonte normativo in cui si inserisce il nostro ordinamento in ambito Europeo, e più ampiamente di sviluppi avvenuti nel rapporto tra le diverse fonti e nella stessa fenomenologia delle fonti normative.

Costituzione
e leggi
costituzionali

Il 27 dicembre 1947 è stata promulgata la **Costituzione della Repubblica**, entrata in vigore il 1 gennaio 1948. Da allora, la Costituzione è – ovviamente – la **prima tra le fonti di diritto**.

La nostra Costituzione infatti non si limita a disegnare la struttura dello Stato, le funzioni e i poteri dei grandi organi costituzionali. Nella sua *Parte Prima* enuncia le norme fondamentali relative ai diritti e doveri dei cittadini, non solo verso la Repubblica ma nelle relazioni «orizzontali»; e in tal modo stabilisce alcuni *principi fondamentali* per la disciplina dei rapporti civili, etico-sociali, economici, politici (v. al proposito cap. 3, par. 5).

Quanto alle fonti, l'ordinamento costituzionale muta tutta la struttura dello Stato, quale sussisteva all'epoca di emanazione del codice civile. Non esiste però, nella Costituzione, una norma di contenuto paragonabile a quella dell'art. 1 disp. prel. Questa rimane quindi in vigore, con le precisazioni che qui brevemente esporremo.

Leggi

Per quanto riguarda le «**leggi**», l'espressione comprende tutti quegli atti con cui si esercita la funzione legislativa secondo la nostra Costituzione («*leggi in senso materiale*») e cioè:

– la «*legge in senso formale*» o in senso stretto, vale a dire quello specifico atto che viene prodotto secondo le procedure previste negli artt. 70 e ss. Cost.: approvazione da parte delle due Camere, promulgazione da parte del Presidente della Repubblica, pubblicazione nella Gazzetta ufficiale;

– gli atti legislativi che, prodotti con una diversa procedura, hanno la stessa forza della «legge» in senso stretto: il *decreto legislativo delegato* (emanato dal Governo in base a una legge-delega) e il *decreto-legge* (emanato dal Governo in «casi straordinari di necessità ed urgenza» e convertito poi in legge dalle Camere);

La potestà legislativa è attribuita dalla Costituzione allo Stato e alle Regioni (art. 117 Cost., modificato dalla l. cost. n. 3 del 2001). In determinate materie, lo Stato ha la competenza *esclusiva* (art. 117, comma 2°). Per alcune materie la competenza dello Stato è *concorrente* con quella delle Regioni (art. 117, comma 3°).

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