

PREMESSA

Il presente volume è destinato ad affiancare il manuale di diritto privato per offrire allo studente uno strumento che gli consenta di affrontare con successo l'esame.

La materia, a tal fine, non è trattata in modo sistematico e tendenzialmente completo, bensì indicando quali sono le domande più frequentemente rivolte allo studente nel corso dell'esame, e fornendo le risposte partendo da una questione generale e, man mano, trattando quelle più particolari secondo l'ordine logico normalmente seguito da chi interroga.

Il volume presuppone l'uso del codice civile in quanto per consentire una trattazione agile si è spesso rinunciato ad una esposizione della disciplina a cui si fa rinvio.

DISPOSIZIONI SULLA LEGGE IN GENERALE

DEFINIZIONE

Il codice civile è preceduto dalle **Disposizioni sulla legge in generale**, cosiddette **preleggi**, che contengono una serie di regole generali in tema di fonti del diritto, applicazione della legge nel tempo e nello spazio, interpretazione della legge. Esse sono state emanate contestualmente al codice civile, cioè nel 1942.

QUESTIONI

Cosa sono le fonti del diritto?

Fonti del diritto sono gli atti o fatti produttivi di norme giuridiche.

Esse si distinguono in:

fonti di produzione: atti o fatti idonei a produrre diritto, ad esempio le leggi emanate ai sensi degli artt. 71-77 Cost.;

fonti di cognizione: documenti e pubblicazioni ufficiali da cui si può prendere conoscenza del testo di un atto normativo.

In cosa consiste il principio della gerarchia delle fonti?

L'art. 1 delle preleggi pone il principio della **gerarchia delle fonti**. Elenca infatti le fonti in ordine gerarchico (leggi, regolamenti, norme corporative, usi). Esso, tuttavia, da un lato, non prevede tutte le fonti, perché non tiene conto della Costituzione (in quanto successiva) e delle fonti da essa previste e neppure del diritto europeo. Dall'altro lato, prevede fonti ormai abrogate (le norme corporative).

Quali sono le fonti del diritto e in che ordine si collocano?

Al primo posto si colloca la **Costituzione**, poi la **legge**: ordinaria, decreto legislativo (art. 76 Cost.), decreto legge (art. 77, comma 2, Cost.), la legge regionale (art. 117 Cost.), a seguire i **regolamenti** governativi (di esecuzione) e delle autorità indipendenti (legge n. 400/1988, nelle materie non coperte da riserva di legge); infine, gli **usi**.

La Costituzione è gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge ordinaria. Può essere modificata solo da norme di pari rango (leggi costituzionali o di revisione costituzionale ai sensi dell'art. 138 Cost.): pertanto, la nostra è una costituzione **rigida**.

La **legge ordinaria** è emanata dai due rami del Parlamento e promulgata dal Presidente della Repubblica, secondo il procedimento indicato dagli artt. 70 ss. c.c.

Sullo stesso piano delle leggi si pongono i decreti legge e i decreti legislativi.

I **decreti legge** (art. 77 Cost.) sono atti aventi forza di legge emanati dal Governo in particolari casi di necessità ed urgenza. Essi perdono efficacia se non sono convertiti in

legge entro sessanta giorni (con la legge di conversione il Parlamento attua, pertanto, un controllo *ex post*).

I **decreti legislativi** (art. 76 c.c.) sono atti aventi forza di legge emanati dal Governo sulla base di una legge delega del Parlamento (che qui pertanto attua un controllo *ex ante*). La legge delega deve fissare i principi, i criteri direttivi e i tempi cui il Governo deve attenersi.

Le **leggi regionali** sono leggi emanate dalle autorità regionali in materie ad essa delegate.

Il **regolamento** è l'atto in cui si manifesta la potestà normativa del Governo o di altre autorità a ciò legittimate dalla legge. È un atto formalmente amministrativo ma sostanzialmente normativo, in quanto, pur essendo emanato da autorità amministrative, contiene vere e proprie norme giuridiche. Esso incontra alcuni limiti:

1) non può contenere norme contrarie alle disposizioni di legge (art. 4 disp. sulla legge in generale);

2) riserva di legge assoluta: la Costituzione riserva alla legge ordinaria la disciplina di determinate materie;

3) riserva di legge relativa: in determinate materie la legge ammette l'esercizio del potere regolamentare solo dopo che la legge abbia fissato i principi fondamentali.

Infine, l'**uso** è una norma giuridica creata di fatto al concorrere di due elementi:

– **elemento oggettivo**: costante ripetizione di un dato comportamento in una determinata comunità sociale;

– **elemento soggettivo**: convincimento sociale della doverosità giuridica di quel comportamento.

L'uso normativo (o *consuetudine*) si distingue dall'**uso negoziale o clausola d'uso**, perché da questo non nasce alcuna norma giuridica, ma solo clausole contrattuali (per la cui rilevanza cfr. l'art. 1340 c.c.).

L'uso normativo, nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti, opera solo se espressamente richiamato. Al contrario della *consuetudine*, la *desuetudine* non è mai fonte del diritto.

Quali sono le fonti di matrice europea?

Il diritto europeo è una “nuova” tipologia di fonte. Esso prevede: *a) fonti primarie*, costituite dai **trattati istitutivi delle Comunità europee** (Trattato di Roma del 1957, istitutivo della CEE, modificato e integrato dal procedere di numerosi Trattati, che vanno dall'Atto Unico Europeo del 1987, al Trattato di Maastricht del 1992, al Trattato di Amsterdam del 1997, al Trattato di Nizza del 2001, fino al Trattato di Lisbona del 2007, entrato in vigore nel 2009) e dalla **Costituzione europea**, approvata nel 2004, che avrebbe dovuto entrare in vigore nel 2009; e *b) fonti di diritto derivato* (atti ad efficacia vincolante: direttive, efficaci in seguito al recepimento; regolamenti (immediatamente vincolanti); e decisioni, che sono atti amministrativi a destinatario determinato); nonché atti ad efficacia non vincolante (raccomandazioni e pareri).

Qual è l'efficacia della legge nel tempo?

La legge entra in vigore una volta che sia stata approvata dai due rami del Parlamento, promulgata dal Presidente della Repubblica, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e siano decorsi quindici giorni da tale pubblicazione (art. 10 prel.).

Questo periodo di tempo si chiama *vacatio legis*. La stessa legge può stabilire che esso sia inferiore o superiore ai quindici giorni. Esso serve per rendere la legge conoscibile a tutti, perché vale il principio, secondo cui *ignorantia legis non excusat*, a meno che l'ignoranza non riguardi una legge penale e non sia stata inevitabile (così ha stabilito la Corte costituzionale nel 1988).

Una disposizione di legge può essere abrogata solo da una legge successiva (art. 15 prel.). Sotto questo profilo, l'**abrogazione** si dice **espresa**, se espressamente il legislatore dispone l'abrogazione della legge precedente. Viceversa, l'abrogazione è **tacita**, quando la nuova disposizione è incompatibile con la precedente oppure la **legge disciplini in maniera del tutto nuova l'intera materia prima regolata da altra legge** (come è avvenuto nel caso della riforma del diritto internazionale privato).

Una norma di legge può essere abrogata anche con un *referendum* ai sensi dell'art. 75 Cost. o a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale pronunciata dalla Corte costituzionale.

L'art. 11 prel. dispone che la legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha efficacia retroattiva. Si tratta di un ovvio principio, che garantisce la certezza del diritto e tutela i consociati, le cui condotte non possono essere valutate in base a regole emanate successivamente ai comportamenti posti in essere.

Qual è l'efficacia della legge nello spazio?

Di regola le norme di un ordinamento si applicano a chiunque, cittadino o straniero, si trovi sul territorio dello Stato che da quell'ordinamento è retto. Ma può accadere che i rapporti di diritto privato non ricadano interamente nell'ambito di un solo ordinamento, per cui può porsi il problema di quale ordinamento sia competente a regolamentarli, quando essi appunto presentino elementi di estraneità rispetto al sistema giuridico di un determinato Paese (ad esempio, se un tedesco e una italiana sono sposati e devono sciogliere il vincolo matrimoniale, quale legge si applicherà? Quella italiana o quella tedesca?). A questa funzione assolve il **diritto internazionale privato**: la legge 31 maggio 1995, n. 218 ha riformato il sistema italiano di diritto internazionale privato (cosiddetto d.i.p.), abrogando gli artt. 17-31 delle preleggi. La suddetta riforma consente l'individuazione della legge applicabile a un rapporto contenente elementi di estraneità attraverso una serie di criteri di collegamento, diversi a seconda della situazione da disciplinare. Ad esempio, viene privilegiato il criterio di collegamento della nazionalità, quando si tratta di regolare rapporti in cui prevale il riferimento alla persona (stato e capacità delle persone fisiche, diritti della personalità, rapporti di famiglia, successioni); viene adottata la legge del luogo per rapporti relativi alla proprietà; ovvero la legge indicata dalla volontà delle parti in materia di contratti. Nell'esempio di cui sopra, il giudice italiano applicherà la legge del luogo dove la vita matrimoniale risulta essere prevalentemente localizzata.

A cosa serve l'interpretazione della legge?

L'interpretazione della legge (cioè l'attribuzione alla stessa di un significato) è necessaria al fine di superare i limiti della norma giuridica:

- l'ambiguità di significato (soccorrono i criteri dettati dall'art. 12, comma 1, prel.);
- l'invecchiamento (si utilizzano quindi concetti elastici e clausole generali);
- la lacunosità (si ricorre all'analogia, ai sensi dell'art. 12, comma 2, prel.).

Sotto il primo profilo, l'**art. 12, comma 1, prel.** dispone che "Nell'applicare la legge

non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”.

Il legislatore suggerisce prima di fare luogo all'*interpretazione letterale*, imponendo di intendere il termine nel suo significato letterale e nel contesto della norma, e in secondo luogo all'*interpretazione logica*, guardando alla sua finalità. In tale attività l'interprete si avvale di una serie di criteri: il *criterio sistematico*, per cui le norme nel loro insieme compongono un sistema normativo unitario; *criterio storico*, secondo cui occorre interpretare la norma evolutivamente rispetto al tempo in cui fu dettata; *criterio teleologico*, che guarda all'intenzione del legislatore, così come è desumibile dai lavori preparatori. L'applicazione di tali criteri può condurre a un ampliamento (*c.d. interpretazione estensiva*) ovvero a un restringimento (*c.d. interpretazione restrittiva*) della regola ricavabile dalla norma giuridica.

Rispetto all'*autore* dell'attività interpretativa si suole infine distinguere l'interpretazione in:

- **giurisprudenziale**: effettuata dal giudice e vincolante solo per il caso concreto;
- **dottrinale**: effettuata dagli studiosi del diritto e non vincolante;
- **autentica**: effettuata dal legislatore, mediante l'emanazione di una nuova legge che chiarisce la precedente: essa è vincolante.

Con riferimento alla prima, si è detto che essa vincola solo le parti in causa. Ciò perché nel nostro ordinamento *il precedente non ha valore vincolante*: un giudice è libero, purché ne dia idonea motivazione, di decidere una fattispecie posta al suo esame in maniera differente da un altro giudice che si trovi di fronte alla medesima fattispecie tra parti diverse. Per evitare un “disordine giurisprudenziale”, la Corte di cassazione svolge la funzione di *orientamento della giurisprudenza*: invero, i giudici tendono a uniformarsi alle sentenze della Suprema Corte, ma teoricamente possono discostarsene. Quando i contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma diventano insuperabili, la Corte di cassazione emana una sentenza a sezioni unite, con la quale risolve il contrasto, offrendo una interpretazione vincolante.

In che cosa consiste l'interpretazione analogica?

In caso di lacune, cioè di fattispecie non disciplinate dal legislatore, poiché vige il principio della tendenziale completezza dell'ordinamento giuridico, soccorre l'**art. 12, comma 2, prel.**: “Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”.

Si parla in tal caso di **analogia** e l'operazione con cui si applica l'analogia si definisce interpretazione analogica. L'analogia può essere di due tipi:

a) analogia legis: la lacuna dell'ordinamento viene colmata mediante la ricerca di una norma che regola casi simili o materie analoghe, cioè una fattispecie che, seppure diversa da quella oggetto della controversia da decidere, persegue la tutela di un interesse analogo a quello oggetto della materia da regolare;

b) analogia iuris: in via subordinata vi si ricorre qualora la novità o la particolarità del caso non consentano di trovare nell'ordinamento norme che regolano un caso analogo a quello in esame. La regola si evince applicando al caso concreto i principi generali dell'ordinamento giuridico che si riferiscono alla materia.

L'art. 14 prel. pone un divieto di analogia per le **leggi penali** e per quelle che fanno **eccezione a regole generali**.

LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

DEFINIZIONI

L'espressione **situazioni giuridiche soggettive** designa nel loro insieme le posizioni dei soggetti all'interno di un rapporto giuridico. Esse possono distinguersi in situazioni di vantaggio e di svantaggio, o situazioni attive e situazioni passive: e ciò in ragione della preminenza, ovvero della subordinazione, dell'interesse di cui ciascuno dei soggetti è portatore all'interno del rapporto medesimo. Ad esempio, il diritto soggettivo costituisce una situazione attiva, attribuendo a chi ne è investito il potere di pretendere qualcosa (un dare, un fare o un non fare); per contro, il dovere costituisce una situazione passiva, imponendo al soggetto una determinata condotta (ad esempio, non fare). Le posizioni attive e passive, perciò, sono in rapporto speculare (e talora di reciprocità) le une con le altre.

Afferiscono alle situazioni giuridiche attive i diritti soggettivi, le potestà, le facoltà, le aspettative, gli interessi legittimi; appartengono alle situazioni passive i doveri, gli obblighi, gli oneri.

Le situazioni giuridiche attive

Appartengono alle situazioni giuridiche di vantaggio i diritti soggettivi, le potestà, le facoltà, le aspettative, gli interessi legittimi.

Il **diritto soggettivo** consiste in un **potere** attribuito a un soggetto per la **tutela diretta di un suo interesse**. Più precisamente, consiste nel potere di svolgere alcune attività, e/o di esigere da altri l'osservanza di una determinata condotta, al fine di soddisfare un proprio interesse individuale: così, il proprietario di un bene può goderne e pretendere che gli altri si astengano dal turbarne il pacifico godimento, chi ha venduto un bene può pretendere il pagamento del prezzo, e così via. Nel quadro delle tutele accordate ai singoli, il diritto soggettivo rappresenta la posizione di più ampio contenuto, ma le tipologie di diritti soggettivi sono diverse, tanto che alcuni di essi sono *disponibili* (nel senso che si può rinunciare ad essi o trasferirli ad altre persone), altri invece non lo sono: in entrambi i casi, il titolare rimane libero di decidere se esercitare o meno i poteri che essi conferiscono: si dice perciò che il diritto soggettivo è un **potere libero**.

Le **potestà** sono poteri attribuiti a un soggetto per la **tutela di un interesse altrui**: costituiscono perciò a un tempo **un diritto e un dovere**. Ad esempio, ai genitori è conferito un insieme di prerogative nei confronti dei figli minori, tradizionalmente designato come potestà e che oggi ha assunto la denominazione di "*responsabilità genitoriale*" (art. 316 c.c.): ad essa si ricollegano i poteri e i doveri dei genitori relativi alla cura dei figli (mantenimento, educazione, istruzione, ecc.). Qui, il titolare non ha la facoltà di avvalersi o non avvalersi di tali poteri, né può rinunciare al loro esercizio: egli **deve esercitarli nell'interesse dei figli** (e in tal senso costituiscono perciò un *dovere*); d'altra parte, può opporsi a chiunque pretenda di esercitarli in sua vece (e per quest'aspetto costituiscono un vero e proprio *diritto*: art. 30 Cost.). Si dice perciò che la potestà è un **potere vincolato** allo scopo per cui è attribuito.

L'**interesse legittimo** è un potere attribuito a un soggetto al fine di **tutelare, insieme, interessi individuali e interessi generali**. Mentre il diritto soggettivo cioè ha come oggetto *esclusivo e diretto* di tutela un interesse individuale, l'interesse legittimo garantisce la posizione del singolo solo *indirettamente*, in quanto tale protezione garantisce al contempo interessi che sono propri della collettività. L'ambito proprio di tale figura è quello del diritto pubblico; nell'ambito del diritto privato – dove peraltro è contestato che si riscontri tale figura – può farsi riferimento, a titolo d'esempio, all'art. 117, comma 1, c.c., che consente l'impugnazione del matrimonio "a tutti coloro che abbiano un interesse legittimo e attuale".

L'**aspettativa** è una **situazione giuridica provvisoria e strumentale**, tutelata cioè temporaneamente al fine di garantire la possibilità del (futuro ed eventuale) sorgere di un diritto. Così, chi ha comprato una bottega subordinando l'acquisto alla condizione che gli sia rilasciata la licenza di commercio ha un'aspettativa giuridicamente tutelata all'acquisto e potrà compiere "atti conservativi" (ad esempio, per il caso in cui il proprietario venda ad altri il bene; art. 1356 c.c.).

Le **facoltà** non sono autonome o distinte posizioni giuridiche bensì semplici **aspetti o manifestazioni del diritto soggettivo**: sono cioè quegli specifici, **concreti poteri** in cui si estrinseca un diritto: così, il proprietario ha facoltà di recintare il proprio fondo, di utilizzarlo direttamente, di darlo in godimento ad altri, e così via. Da tale mancanza di autonomia deriva che le facoltà non possono né acquistarsi né perdersi indipendentemente dal diritto di cui sono espressione.

Col termine **status**, infine, non si designa una distinta posizione giuridica, bensì la **complessiva posizione di un soggetto** rispetto a un gruppo o a una collettività. Si parla così di stato di cittadino, di coniuge, di figlio, per designare riassuntivamente i diritti e i doveri che competono a ciascuno in ragione della sua appartenenza a uno Stato o ad una comunità familiare. Si noti comunque che ciascun soggetto, oltre che tutelare i singoli diritti in cui si estrinseca, può reclamare il riconoscimento del suo stato, in particolare quando esso sia requisito o presupposto di specifiche pretese: ad esempio, ottenuto lo stato di figlio, la persona potrà far valere il suo diritto al mantenimento, all'educazione, ecc.

Le situazioni giuridiche passive

Riassumendo, le situazioni giuridiche passive sono: il **dovere** (corrispondente a un diritto assoluto in capo alla controparte), l'**obbligo** (correlato a un diritto relativo di tipo personale o familiare), l'**obbligazione** (corrispondente a un diritto relativo di carattere patrimoniale), la **soggezione** (correlata a un diritto potestativo).

Dalle situazioni passive di cui s'è detto va distinta infine la figura dell'**onere**. Esso consiste propriamente in una attività o comportamento che è posto a carico di un soggetto, ma per la realizzazione di un **suo interesse**. Ad esempio, il compratore che voglia avvalersi della garanzia per i vizi ha l'**onere di farne denuncia** entro otto giorni (art. 1495 c.c.): il soggetto dunque non è obbligato a effettuare la denuncia, ma, se vuole ottenere la tutela accordatagli, è tenuto ad osservare, nel *suo* interesse, il comportamento prescritto.

QUESTIONI

Qual è il profilo sostanziale che inerisce alla nozione "situazione giuridica soggettiva"?

In breve, si può dire che le situazioni giuridiche soggettive sono la **qualificazione formale** che l'ordinamento attribuisce agli **interessi** individuali coinvolti nel rapporto:

pertanto, sono gli **interessi umani** a costituire la “sostanza” del fenomeno e la loro qualificazione (ad esempio come *diritti* o come *aspettative*) serve a indicare sinteticamente la ‘misura’ della loro tutela. Il diritto soggettivo costituisce la posizione di più ampio contenuto.

I diritti soggettivi costituiscono una categoria unitaria?

No, perché il loro contenuto (e cioè i poteri in concreto conferiti) è diverso; essi però possono essere raggruppati in categorie in base ad alcuni caratteri comuni.

Si dicono **assoluti** i diritti soggettivi che conferiscono una **pretesa (generica) nei confronti di tutti i consociati**: tali diritti cioè possono farsi valere verso tutti (*erga omnes*), ma, a fronte di tale estensione, sta la *genericità* del contenuto del dovere gravante sugli altri: ci si deve solo *astenersi dal violare* tali posizioni giuridiche (c.d. *dovere generico di rispetto*). Sono assoluti i diritti inviolabili della persona (ad esempio, diritto alla vita e all'integrità fisica) e i diritti reali (ad esempio, proprietà). Ad essi corrisponde una posizione di *dovere* generico in capo a tutti i consociati.

Si dicono **relativi** i diritti che attribuiscono una **pretesa specifica nei confronti di un soggetto determinato**. Sono tali, ad esempio, i diritti di credito: essi attribuiscono al titolare la pretesa a una specifica prestazione (ad esempio, dare una cosa) verso un altro soggetto (il debitore), e solo nei suoi confronti. Al diritto di credito è correlativa la posizione del debitore, che prende il nome di **obbligo** se si tratta di prestazione personale (ad esempio, la fedeltà tra coniugi) e di **obbligazione** se la prestazione ha carattere patrimoniale.

I **diritti potestativi** consistono nel potere di **determinare una modificazione nella sfera giuridica di un altro soggetto**, tenuto a subire tale modificazione. Implicano perciò un potere autoritativo che costituisce eccezione al principio di autonomia e di parità dei privati. Un diritto potestativo può derivare dalla legge o dal contratto: ad esempio, il diritto di separarsi dal coniuge, di rendere comune il muro posto sul confine, di recedere da un contratto (artt. 150, 874, 1373 c.c.) costituiscono ipotesi in cui l'esercizio del diritto induce mutamenti nella situazione giuridica di un altro soggetto, senza che questi nulla possa fare per impedire (né, per altro verso, debba fare per consentire) la realizzazione dell'interesse protetto. Al diritto potestativo non corrisponde perciò un obbligo, un dovere di fare, bensì una posizione di mera **soggezione**: il soggetto passivo deve solo subire le conseguenze dell'altrui iniziativa.