

Capitolo I

*Le fonti del diritto**

SOMMARIO: Sezione I. *Concetti generali*. – 1. La nozione di “fonte del diritto”. – 1.1. Le fonti legali e le norme sulla produzione. – 1.2. I tipi di fonti legali: fonti-atto e fonti-fatto. – 1.3. Le forme di produzione giuridica. – 1.3.1. Il diritto politico. – 1.3.2. Il diritto giurisprudenziale. – 1.3.3. Il diritto consuetudinario. – 1.3.4. Il diritto convenzionale. – 1.3.5. Il diritto divino. – 1.3.6. Il diritto dei privati. – 1.4. Le tecniche di produzione normativa. – 1.5. Le fonti *extra ordinem*. – 1.6. *Hard Law* e *Soft Law*. – 1.7. La produzione normativa e l'emergenza. – 1.8. Le fonti di cognizione. – 1.8.1. Le norme prodotte da atti. – 1.8.2. Le norme prodotte da fatti. – 1.9. La certezza del diritto. – 2. Le fonti del diritto nella fase applicativa. – 2.1. I criteri di risoluzione delle antinomie normative. – 2.1.1. Il criterio di gerarchia. – 2.1.2. Il criterio di competenza. – 2.1.3. Le “riserve”. – 2.1.4. Il criterio cronologico. – 2.1.5. *Excursus*: l'efficacia delle norme nel tempo. – 2.1.6. Il criterio di specialità. – 2.2. L'interpretazione. – 2.2.1. I soggetti che interpretano. – 2.2.2. I tipi di interpretazione. – 2.2.3. L'interpretazione ed il difetto di previsioni normative. – Sezione II. *Sistema delle fonti e micro-sistemi*. – 1. La pluralità dei centri di produzione normativa e l'unitarietà di fondo del sistema. – 2. I principi supremi. – 3. I rapporti tra gli ordinamenti dotati di potere normativo. – 3.1. Stato ed ordinamento internazionale. – 3.1.1. L'adattamento al diritto internazionale generale. – 3.1.2. L'adattamento al diritto internazionale particolare. – 3.2. Stato ed Unione europea. – 3.2.1. La copertura costituzionale della partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea. – 3.2.2. Il principio degli effetti diretti. – 3.2.3. Il principio del primato del diritto dell'Unione europea. – 3.2.4. Il riparto di competenze tra Unione europea ed ordinamenti nazionali. – 3.3. Lo Stato italiano e gli altri Stati (il diritto internazionale privato). – 3.4. Stato e Regioni. – 3.4.1. I rapporti tra Stato e Regioni a statuto ordinario: *a*) il riconoscimento costituzionale dell'autonomia. – 3.4.2. (Segue): *b*) la potestà statutaria. – 3.4.3. (Segue): *c*) la potestà legislativa. – 3.4.4. (Segue): *d*) la potestà regolamentare. – 3.4.5. I rapporti tra Stato e Regioni a statuto speciale (e Province autonome): *a*) il riconoscimento statutario dell'autonomia. – 3.4.6. (Segue): *b*) le leggi statutarie. – 3.4.7. (Segue): *c*) le (altre) potestà normative. – 3.5. Stato (e Regioni) ed Enti locali. – 3.6. Il potere sostitutivo dello Stato (e delle Regioni) nei confronti degli enti territoriali *sub-statali* (e *sub-regionali*). – Sezione III. *Le fonti di provenienza statale*. – 1. Premessa. – 2. Le fonti costituzionali. – 2.1. Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali. – 2.1.1. La collocazione nel sistema delle fonti. – 2.1.2. Il procedimento di approvazione. – 2.1.3. Le leggi costituzionali “atipiche”. – 2.2. Le decisioni di annullamento di fonti costituzionali. – 2.3. Le consuetudini costituzionali. – 2.4. Le convenzioni costituzionali e le mere prassi. – 3. Le fonti primarie. – 3.1. La legge ordinaria. –

* Di Paolo Passaglia.

3.1.1. La legge come fonte primaria. – 3.1.2. I contenuti della legge. – 3.1.3. Il procedimento legislativo. – 3.1.4. Le leggi atipiche. – 3.2. La delegazione legislativa. – 3.2.1. La legge di delega. – 3.2.2. Il decreto legislativo delegato. – 3.3. La decretazione d'urgenza. – 3.3.1. Il decreto legge. – 3.3.2. La conversione in legge. – 3.3.3. La mancata conversione. – 3.4. Il conferimento al Governo dei poteri necessari nello stato di guerra. – 3.5. I decreti di attuazione degli statuti speciali. – 3.6. I regolamenti degli organi di vertice del sistema. – 3.6.1. I regolamenti parlamentari. – 3.6.2. I regolamenti della Presidenza della Repubblica. – 3.6.3. Il regolamento interno della Presidenza del Consiglio dei ministri. – 3.6.4. Le norme adottate dalla Corte costituzionale. – 3.6.5. Il regolamento interno del Consiglio superiore della magistratura. – 3.7. Il *referendum* abrogativo. – 3.8. Le sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di atti o norme legislativi o di atti aventi forza di legge. – 4. Le fonti secondarie. – 4.1. I regolamenti dell'esecutivo. – 4.1.1. I regolamenti governativi. – 4.1.2. I regolamenti ministeriali, del Presidente del Consiglio ed interministeriali. – 4.1.3. I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti. – 4.2. Le decisioni di annullamento di atti normativi di rango secondario. – 4.3. L'attività c.d. "paranormativa" del Consiglio superiore della magistratura. – 4.4. I contratti collettivi di lavoro. – 4.5. I codici di condotta pubblicati. – 5. Le fonti terziarie. – Sezione IV. *Le fonti di provenienza internazionale*. – 1. Premessa. – 2. Le fonti del diritto internazionale generale. – 2.1. Le consuetudini. – 2.2. I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili. – 3. Le fonti del diritto internazionale particolare. – 3.1. I trattati. – 3.2. Le fonti previste all'interno di trattati. – 4. La gerarchia tra le fonti di diritto internazionale. – Sezione V. *Le fonti di provenienza dell'Unione europea*. – 1. Premessa. – 2. Le fonti primarie. – 2.1. I trattati istitutivi ed i trattati di modifica. – 2.2. I principi generali del diritto dell'Unione. – 3. Le fonti derivate. – 3.1. Gli accordi internazionali sottoscritti dall'Unione europea. – 3.2. Gli atti tipici. – 3.2.1. I regolamenti. – 3.2.2. Le direttive. – 3.2.3. Le decisioni. – 3.2.4. Le raccomandazioni ed i pareri. – 3.3. Le fonti giurisprudenziali. – 3.4. Gli atti atipici. – Sezione VI. *Le fonti di provenienza regionale*. – 1. Premessa. – 2. Il micro-sistema delle fonti delle Regioni ordinarie. – 2.1. Gli statuti regionali. – 2.1.1. Il procedimento di approvazione. – 2.1.2. Contenuti e limiti (rinvio). – 2.2. Le altre fonti primarie. – 2.2.1. Le leggi regionali. – 2.2.2. I *referendum* (abrogativi) su leggi regionali. – 2.2.3. I casi problematici: *a*) l'esclusione della primarietà del regolamento interno del Consiglio regionale. – 2.2.4. (Segue): *b*) la non configurabilità di atti con forza di legge di provenienza della Giunta. – 2.3. I regolamenti regionali. – 2.3.1. La titolarità del potere. – 2.3.2. La tipologia dei regolamenti. – 3. Le peculiarità del micro-sistema delle fonti delle Regioni speciali. – Sezione VII. *Le fonti di provenienza degli Enti locali*. – 1. Premessa. – 2. Gli statuti. – 3. I regolamenti. – 4. I *referendum*.

Sezione I

Concetti generali

1. La nozione di "fonte del diritto"

Il concetto di "fonte" richiama quello di causa, di origine. È in questa accezione che viene impiegato anche in ambito giuridico, allorché, con la

locuzione “fonte del diritto”, si designa un atto o un fatto idoneo a produrre diritto, e dunque ad incidere, innovandolo, sull’ordinamento giuridico.

Questa definizione, nella sua ampiezza, è tale da ricomprendere *qualunque* fattispecie che vada ad integrare una regola di comportamento cui i consociati siano (o, almeno, si sentano) soggetti. Si impone, tuttavia, una distinzione tra quelle fattispecie che sono contemplate dall’ordinamento giuridico e quelle che, invece, non lo sono. Viene all’uopo in rilievo la *summa divisio* tra fonti legali e fonti *extra ordinem natae*.

1.1. Le fonti legali e le norme sulla produzione

Tra tutti gli atti o fatti potenzialmente in grado di produrre diritto, soltanto alcuni – quelli che si definiscono fonti legali – sono configurati come idonei allo scopo da parte dell’ordinamento giuridico, che li riconosce e li disciplina. Esistono, in altri termini, norme il cui oggetto è precipuamente quello di disciplinare le modalità attraverso le quali il diritto viene prodotto. Le c.d. “norme sulla produzione (del diritto)” si distinguono in due grandi categorie: le norme attributive di potere normativo e le norme regolative dell’esercizio dello stesso. Le prime – sovente definite “norme di riconoscimento” – identificano le fonti abilitate a produrre diritto (le quali sono dette, dunque, “fonti di produzione”), tracciando eventualmente i confini entro cui l’abilitazione è efficace; le seconde specificano le prime, andando a disciplinare il procedimento attraverso il quale il diritto viene concretamente prodotto.

Le fonti legali

Le norme sulla produzione

Le norme sulla produzione presentano contenuti affatto particolari, dal momento che mirano, non già a regolare direttamente rapporti sociali, bensì a delineare le modalità attraverso le quali i rapporti sociali dovranno essere disciplinati.

Peraltro, le norme sulla produzione, preordinate alla estrinsecazione delle fonti di produzione, sono, esse stesse, norme che producono diritto, e dunque fonti di produzione, nella misura in cui selezionano i soggetti e gli atti abilitati ad innovare l’ordinamento e le modalità attraverso cui l’innovazione deve avvenire. Nei rapporti con le (altre) fonti di produzione, le norme sulla produzione si configurano però come norme “strumentali”, essendo concepite in funzione di una attività normativa ulteriore.

Siffatta strumentalità si traduce in una collocazione peculiare delle norme sulla produzione rispetto alle altre norme che compongono l’ordinamento giuridico. Il loro contenuto è infatti tale da renderle privilegiate, se è vero che, onde produrre diritto, si impone il loro rispetto.

La sovraordinazione concettuale delle norme sulla produzione

In tal senso, può dirsi esistente, tra le norme sulla produzione e le altre norme, un rapporto di sovraordinazione concettuale delle prime sulle seconde. A rigor di logica, l’ordinamento dovrebbe dunque collocare le

norme attributive di potere normativo e quelle regolative del suo esercizio in posizione apicale, al fine di coniugare la sovraordinazione concettuale con una maggior forza sul piano prettamente giuridico. Altrimenti detto, le norme sulla produzione concernenti un ordinamento quale quello italiano (prescindendo, per il momento, dalle fonti provenienti da altri ordinamenti) dovrebbero trovar sede all'interno della Costituzione.

La Costituzione contiene, effettivamente, un buon numero di norme che sono qualificabili alla stregua di norme sulla produzione; essa manca, tuttavia, di una disciplina organica ed esaustiva del sistema delle fonti del diritto, specie per quanto attiene alle fonti di produzione di minor portata.

Per disegnare i contorni del sistema delle fonti si rende quindi necessario il ricorso anche ad altri atti: si pensi, ad esempio, alla l. 23 agosto 1988, n. 400 (per quanto attiene alle fonti di provenienza governativa), o alle disposizioni concernenti la pubblicazione degli atti normativi, per non parlare delle Disposizioni preliminari al codice civile (c.d. preleggi) e di molti altri testi.

Anche da questa scarna, ed estremamente lacunosa, esemplificazione emerge chiaramente che molte norme sulla produzione non si collocano in posizione giuridicamente superiore rispetto alle fonti di produzione che disciplinano (ad esempio, la pubblicazione delle leggi è contenuta in un atto che, come si vedrà, è equiparato alla legge): ne discende che la sovraordinazione concettuale delle norme sulla produzione non sempre è assistita dalla maggior forza sul piano formale, ciò che può porre alcuni problemi di ordine pratico, oltre che teorico. Salvo tornare sul tema in seguito, può comunque sin d'ora rilevarsi che *di fatto*, in questi casi, la sovraordinazione logica viene generalmente rispettata essenzialmente in ragione del principio di effettività: le norme sulla produzione, in ultima analisi, si impongono semplicemente perché – e fintantoché – gli operatori giuridici prestano loro osservanza.

1.2. I tipi di fonti legali: fonti-atto e fonti-fatto

Nell'ambito delle fonti di produzione si distingue tra fonti-atto e fonti-fatto. La bipartizione riecheggia quella corrente nel diritto privato tra atti e fatti giuridici; ne è anzi – in larga misura – una applicazione.

Le fonti-atto

Caratteristica fondamentale delle fonti-atto è, infatti, la volontarietà, da intendersi nel senso che la produzione di diritto è il frutto di una attività che è prevista dalle norme sulla produzione come specificamente finalizzata a questo scopo. Le fonti-atto sono quindi atti volontari, imputabili a soggetti o ad organi determinati, che costituiscono l'esercizio di una specifica attribuzione di potere normativo operata da norme presenti nell'ordinamento giuridico. Ne è un esempio tipico la legge, che è atto

imputabile al Parlamento, prodotto a seguito di un atto di volontà manifestato con l'approvazione del testo da parte delle Camere.

Nella definizione delle fonti-fatto, di contro, elemento decisivo è la involontarietà, o meglio l'ininfluenza della volontà. Le fonti-fatto sono dunque assunte nella loro materialità, senza alcun riferimento a circostanze soggettive e volontaristiche (che possono magari sussistere, ma che non sono comunque determinanti). A titolo esemplificativo, può citarsi la consuetudine, fonte-fatto per antonomasia, che deriva dal ripetersi di un certo comportamento, senza che rilevi la volontarietà né del comportamento né della sua ripetizione, entrambi da valutarsi su un piano unicamente oggettivo.

Le fonti-fatto

I due esempi appena ricordati potrebbero suggerire un parallelismo tra fonti-atto e fonti di diritto scritto e tra fonti-fatto e fonti di diritto non scritto. Il parallelismo è tuttavia meramente indicativo.

Con riferimento al legame tra fonti-atto e scrittura, esso può valere sul piano empirico, ma non su quello teorico. Dall'osservazione dei sistemi democratici contemporanei si trae, in effetti, la regola secondo cui un atto di volontà che produce diritto è invariabilmente trasfuso in un testo scritto; allargando lo sguardo alle esperienze del passato o comunque a quelle di stampo non democratico, ben possono incontrarsi esempi di fonti-atto espresse in forma orale, come comandi impartiti dal capo, non di rado tenuti segreti ai destinatari (un caso emblematico è l'ordine con il quale Hitler dette avvio alla "soluzione finale" nei confronti degli ebrei).

Le fonti di diritto scritto

Il parallelismo è ancor più patentemente smentito allorché si faccia riferimento alle fonti-fatto come fonti di diritto non scritto. È vero che la consuetudine è fonte di diritto non scritto (non ostando a tale configurazione le raccolte di cui si dirà *infra*, par. 1.8.2), ma non può dimenticarsi che si annoverano tra le fonti-fatto anche le fonti c.d. esterne, cioè quelle provenienti da ordinamenti altri rispetto a quello di riferimento (in questa sede, *scil.*, quello nazionale). A prescindere dalla qualificazione che hanno, in termini di fonte-atto o di fonte-fatto, all'interno dell'ordinamento nel quale vengono in essere, una volta che acquistino efficacia all'interno dell'ordinamento italiano ciò avviene come fonti-fatto, giacché tali fonti sono prodotte da soggetti o da organi cui l'ordinamento italiano non attribuisce direttamente potere normativo (dove l'inevitabile irrilevanza della volontà eventualmente espressa).

Le fonti di diritto non scritto

1.3. Le forme di produzione giuridica

Nell'ambito di un ordinamento giuridico, le norme sulla produzione possono prevedere l'attribuzione del potere normativo a soggetti o ad organi diversi ed il riconoscimento alla stregua di fonti di molteplici fat-

ti. L'osservazione degli ordinamenti che si sono succeduti nel corso dei secoli, ma anche di quelli attualmente esistenti, mostra una certa varietà nell'individuazione di ciò che si definisce fonte del diritto.

Onde operare una schematizzazione puramente orientativa, possono individuarsi sei categorie di forme di produzione giuridica, alle quali pare possano ricondursi, tendenzialmente, tutte le fonti del diritto: le fonti politiche, le fonti giurisprudenziali, le fonti consuetudinarie, le fonti convenzionali, le fonti divine e le fonti dei privati.

I criteri che presiedono all'affermazione delle diverse categorie di fonti si combinano, creando un mosaico che completa l'insieme delle norme sulla produzione presenti nei singoli ordinamenti. Come è naturale, il mosaico cambia a seconda dell'ordinamento cui si faccia riferimento, ben potendo – ad esempio – riscontrarsi sistemi nei quali si accentua il peso delle fonti politiche (si pensi all'Italia, ma, in generale, all'Europa continentale) ovvero di quello delle fonti giurisprudenziali (come nel caso degli ordinamenti anglosassoni); non mancano, però, ordinamenti maggiormente orientati verso le fonti consuetudinarie e/o convenzionali (il paradigma, al riguardo, è l'ordinamento internazionale). La preponderanza delle fonti divine è invece tendenzialmente assente nella tradizione giuridica invalsa nell'Occidente, là dove al diritto di ispirazione sovranaturale viene assegnato, al più, un ruolo assolutamente marginale (con l'eccezione, evidente, dello Stato di Città del Vaticano). Per quel che concerne le fonti dei privati, esse non hanno in alcun ordinamento una preponderanza, tuttavia la tendenza abbastanza generalizzata in atto è chiaramente verso un loro rafforzamento.

1.3.1. Il diritto politico

Definizione

Le fonti politiche sono quelle che vengono prodotte da organi investiti del potere pubblico, e che per questo traggono la loro legittimazione direttamente dall'organo che le pone in essere. La caratteristica identificativa è rappresentata da ciò che muove il *conditor juris*, e cioè obiettivi *lato sensu* politici: il diritto che viene prodotto si pone, dunque, in consonanza con il disegno che l'autorità persegue nella regolazione della società. Ovviamente, una volta affermata l'autorità dell'organo che pone le norme, queste si impongono quale che sia il disegno perseguito e quale che sia il grado di corrispondenza con i principi ispiratori, con il consenso dei consociati o con le esigenze della società: a produrre diritto è, infatti, la semplice manifestazione di volontà.

Tipologie

In concreto, le modalità in cui queste fonti vengono create variano considerevolmente a seconda dell'ordinamento e dell'organo agente.

Così, in un ordinamento democratico, il diritto politico è espressione

diretta del popolo (si pensi ad alcuni istituti di democrazia diretta) e, ben più comunemente, degli organi dotati di potere normativo in conseguenza del loro essere direttamente o indirettamente rappresentativi del popolo. E, tendenzialmente (ma le eccezioni sono molte), le norme prodotte dal popolo o dagli organi direttamente rappresentativi prevalgono su quelle che sono espressione degli altri organi.

In uno stato a struttura pluralista, il diritto politico viene prodotto, non solo a livello statale, ma anche a livelli di governo infra-statali.

Le forme che le fonti assumono sono anch'esse molto varie. Un elemento tendenzialmente costante è, però, che, almeno negli ordinamenti democratici, il diritto politico è diritto scritto.

1.3.2. Il diritto giurisprudenziale

Le fonti giurisprudenziali si configurano come fonti di matrice essenzialmente culturale, nel senso che a fondare l'attribuzione del potere normativo non è l'argomento di autorità, ma il riconoscimento della validità di argomentazioni razionali, espresse da giuristi (la dottrina) o da giudici (diritto giurisprudenziale in senso stretto).

Definizione

Se il diritto politico nasce "libero", nel senso che l'autorità che lo produce può (quanto meno in teoria) prescindere da principi e valori, e dunque "crea", il diritto giurisprudenziale postula l'avvenuto svolgimento di operazioni logiche, tali da consentire di "dedurre" quali siano le norme di cui fare applicazione. I giuristi o i giudici, quindi, non creano, ma "trovano" il diritto: altrimenti detto, esplicitano ciò che, pur se inespreso, è già presente nell'ordinamento giuridico.

Questo tipo di diritto può valere per forza propria oppure in ragione di un riconoscimento proveniente da un'autorità altra. È solo nel primo caso che le argomentazioni razionali, coagulando un consenso sociale sufficiente, si impongono in quanto tali; nel secondo, invece, le argomentazioni razionali sono il modo attraverso cui la fonte viene in essere, mentre la capacità di produrre diritto viene garantita da altre fonti. Per chiarire la differenza può evocarsi, facendo riferimento anche ad esperienze straniere, la differenza tra le sentenze che creano precedenti vincolanti per i casi futuri e le sentenze che annullano atti normativi: le prime si impongono come fonti (in ordinamenti diversi dal nostro) per forza propria, mentre le seconde sono fonti perché altre fonti (per lo più politiche: la Costituzione o una legge) hanno attribuito a determinati giudici il potere di annullare atti e, quindi, di innovare l'ordinamento giuridico, *ergo* di produrre diritto.

Tipologie

1.3.3. Il diritto consuetudinario

Le fonti consuetudinarie sono la risultante della valenza che si assegna alla tradizione, e, più in generale, il portato dell'idea che i modelli di comportamento elaborati nel passato possano essere idonei a regolare i rapporti (o determinati rapporti) anche nel futuro.

Più in particolare, la consuetudine si compone di due elementi, l'uno *a*) materiale (l'*usus*) e l'altro *b*) psicologico (l'*opinio juris ac necessitatis*).

L'elemento
materiale

a) L'elemento materiale consiste nella ripetizione di un determinato comportamento (*diuturnitas*). Come è chiaro, non qualunque ripetizione è sufficiente ad integrare una consuetudine, richiedendosi che essa sia connotata da alcune caratteristiche qualificanti.

La ripetizione deve essere, innanzi tutto, abbastanza *frequente* da poter collegare i vari comportamenti concretamente assunti: non deve intercorrere, dunque, un lasso di tempo eccessivo tra i comportamenti, lasso di tempo che, però, non è quantificabile in astratto, ma che si apprezza in relazione all'ambito nel quale la ripetizione deve avvenire (ad esempio, al crescere del numero di soggetti potenziali autori del comportamento è presumibile che la frequenza si debba intensificare).

In secondo luogo, la ripetizione deve essere *continua*, cioè non interrotta: questo carattere non osta, ovviamente, a che esistano comportamenti difformi; l'elemento materiale della consuetudine, tuttavia, potrà dirsi integrato soltanto quando i comportamenti difformi dal modello di comportamento siano episodici o comunque isolati, tali, quindi, da non tradursi in una contestazione della validità del modello o, magari, nella proposizione di un modello diverso. La continuità deve essere calibrata anche in relazione al tipo di norma consuetudinaria, poiché, in ipotesi, comportamenti contrari ad una norma prescrittiva si traducono in possibili contestazioni della consuetudine, contestazioni che, invece, potrebbero non riscontrarsi in caso di difformità da norme semplicemente facoltizzanti.

La ripetizione del comportamento deve essere, in terzo luogo, *consolidata*, vale a dire radicata in un passato non troppo recente. Nell'ordinamento italiano, a differenza di quanto avviene in altri, non si stabiliscono termini precisi alla luce dei quali misurare l'esistenza, la validità o la forza della consuetudine: la qualificazione della ripetizione del comportamento come *sufficientemente* consolidata dovrà quindi avvenire attraverso accertamenti da svolgersi caso per caso.

Infine, il comportamento iterato, perché possa fondare una consuetudine, deve essere *conoscibile* da parte di tutti coloro che sono, territorialmente e/o personalmente (*id est*, in ragione dell'appartenenza ad un determinato gruppo), destinatari della norma consuetudinaria. L'assenza di forme di pubblicità ufficiale (cfr. *infra*, par. 1.8.2) rende la pubblicità

dei comportamenti l'unico veicolo di conoscibilità (e, dunque, di possibilità di osservanza) da parte di coloro che non lo pongono in essere, ma che saranno chiamati a farlo o potranno essere chiamati a farlo.

b) L'elemento psicologico è quello che qualifica la ripetizione dei comportamenti in termini di creazione di diritto oggettivo. È, infatti, definibile come la percezione, da parte dei consociati, dell'obbligo giuridico di tenere una condotta conforme al modello di comportamento che integra l'elemento materiale. In sostanza, si segue il comportamento, non per libera determinazione o per abitudine (come avviene per le regole sociali), ma per la giuridica doverosità dello stesso.

*L'elemento
psicologico*

Da una siffatta definizione parrebbe, *prima facie*, di doversi dedurre che la consuetudine nasce sempre "per errore": l'obbligo giuridico, infatti, si crea soltanto quando l'elemento materiale è integrato, ma i comportamenti che lo integrano (come tali anteriori al formarsi della consuetudine) debbono essere mossi comunque dalla (inizialmente erronea) consapevolezza di adempiere ad un dovere giuridico (se così non fosse, potrebbe formarsi, al massimo, una prassi). Questo paradosso può però essere superato evidenziando che, nelle fonti-fatto (quale indiscutibilmente è la consuetudine), l'elemento volontaristico è irrilevante, di talché il prodursi della norma è riconducibile essenzialmente alla ripetizione dei comportamenti, che solo *ex post* (quando, cioè, la ripetizione abbia assunto tutte le caratteristiche sopra passate in rassegna) acquistano una valenza giuridica percepibile – e percepita – dai consociati. Come dire che, nel momento in cui la consuetudine si va formando, gli autori dei comportamenti si conformano al modello senza esservi obbligati (se non, al più, da un senso generico di giustizia), mentre, una volta che la consuetudine si è affermata, chi agisce lo fa ottemperando ad un preciso obbligo percepito come giuridicamente rilevante.

In ultima analisi, dunque, i due elementi costitutivi della consuetudine non possono essere posti sullo stesso piano, giacché è quello materiale ad essere originario e determinante, mentre quello psicologico è successivo e meramente qualificante.

1.3.4. Il diritto convenzionale

Le fonti convenzionali si basano sull'idea che una regola può venire in essere anche attraverso un accordo tra coloro i quali della regola medesima sono i destinatari. Si tratta dell'applicazione a livello ordinamentale della regola secondo cui il contratto è "legge tra le parti" (art. 1321 c.c.).

Definizione

Il diritto convenzionale è, come il diritto politico, "creatore" di norme, giacché i contraenti agiscono secondo criteri di reciproco interesse e

non sono astretti, come nel caso del diritto giurisprudenziale, dall'esperimento di procedimenti razionali.

La posizione di parità tra le parti, con la conseguente assenza di una autorità che imponga il proprio diritto, è alla base della maggiore peculiarità del diritto convenzionale, e cioè la necessaria applicazione del principio di unanimità (il diritto politico, invece, è prodotto – salvi casi eccezionali – attraverso l'adozione del principio di maggioranza).

Diritto
convenzionale
e diritto politico

Al diritto convenzionale si fa sovente riferimento anche in una accezione piuttosto lata, ad indicare quelle fonti che siano prodotte mediante le forme tipiche del diritto politico, ma che abbiano alla loro base precedenti accordi tra i soggetti direttamente interessati (si pensi alle leggi che recepiscono le intese tra lo Stato e le confessioni acattoliche oppure ad eventuali atti-fonte che recepiscano contratti collettivi ecc.): trattasi, tuttavia, in questo caso, di una utilizzazione atecnica dell'espressione.

1.3.5. *Il diritto divino*

Le fonti divine sono il frutto di un ente sovranaturale, e vincolano gli esseri umani sul presupposto della obbedienza dovuta a questo ente.

Come nel diritto politico, il diritto è “creato”; la differenza è che il diritto divino non è creato da una autorità interna all'ordinamento giuridico (e dunque da esso regolata), ma si impone dall'esterno, veicolato da una “rivelazione”. Da ciò l'ulteriore caratteristica distintiva delle fonti divine, che producono un diritto svincolato dalla dimensione storica, in quanto eterno ed immutabile (si noti che quest'ultimo aggettivo vale, peraltro, solo per il comando in sé e per sé, giacché la necessaria interposizione umana può condurre a diverse letture dei precetti divini, in parte assecondando, in tal modo, anche il mutare delle esigenze storiche).

Concretamente, le fonti divine possono informare l'intero ordinamento, come avviene negli stati confessionali, ovvero essere riconosciute dagli ordinamenti laici, in certi settori, come produttrici di regole valide, su base volontaria, per i fedeli (un esempio classico è quello del matrimonio celebrato di fronte ai ministri di culto: artt. 82 e 83 c.c.).

1.3.6. *Il diritto dei privati*

Negli ordinamenti contemporanei, uno spazio sempre maggiore è riservato al diritto espressione dell'autonomia privata. Le fonti legali, in sostanza, demandano ai privati compiti di (auto)regolamentazione, talora conferendo ai prodotti di tale attività finanche valore ufficiale. Non si tratta, nella specie, di diritto convenzionale, facendo difetto l'accordo dei destinatari (v. *supra*, par. 1.3.4): l'autonomia privata, in questo caso,