

Istituzioni di diritto privato

***Realtà sociale e
ordinamento giuridico***

Il diritto serve per **regolare** le relazioni
tra soggetti nei momenti di **conflitto**.



L'ordinamento giuridico corregge la regola del più forte: evita che il conflitto tra gli uomini si risolva con la prevaricazione e la forza.



**Il diritto non è una «sovrastuttura» del sistema sociale,
ma è «struttura della convivenza»**

Ordinamento giuridico

NOZIONE. La norma è uno **strumento per valutare la condotta umana**



Il comportamento risulta giusto o ingiusto, morale o immorale, lecito o illecito se valutato conforme o difforme da una norma che lo riguardi.

Valutare un comportamento significa **giudicarlo**; il giudizio non può essere vero o falso, ma **fondato o infondato**.

Un giudizio è fondato se è **giustificato da una norma**.

Norma e comportamento

Il **linguaggio** delle norme è, dunque, **prescrittivo**, non descrittivo.

La norma **non** descrive eventi o emozioni.

La norma comunica **valutazioni** che “orientano” il comportamento dei membri di una comunità. Vietano o permettono comportamenti futuri.

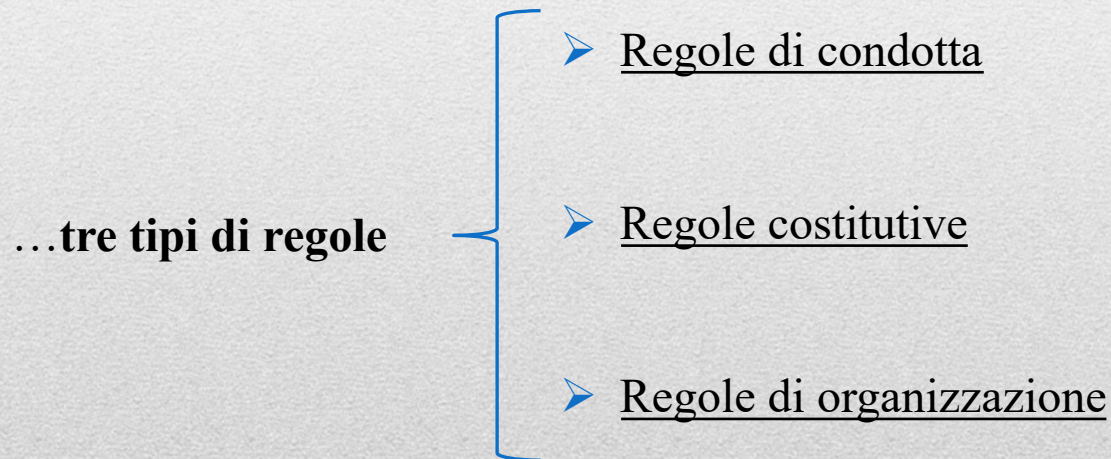
ESEMPIO

Affermare che il marito non abbia dato denaro alla moglie per le spese quotidiane della famiglia è un fatto che può essere vero o falso; affermare che tale comportamento è illecito (non è un fatto ma) un giudizio, fondato sulla norma che prescrive l'obbligo reciproco di assistenza e di collaborazione nell'interesse della famiglia (art. 143 c.c.).

Norma e comportamento

Mediante le regole si controlla il comportamento dei membri di una comunità e si garantisce l'**aspettativa che ognuno nutre nei confronti dei comportamenti futuri dell'altro** (ISTITUZIONE).

La vita sociale è una immensa rete di di comportamenti e di norme.
Possiamo distinguere... .



Norma e comportamento

1) Le **regole di condotta** valutano in modo immediato il comportamento.

ESEMPIO

La norma sui diritti e doveri reciproci dei coniugi, ad esempio, è regola di condotta.

2) Nel caso delle **regole costitutive**, invece, il nesso tra comportamento e norma è così stretto da rendere la norma una condizione di possibilità del comportamento.

ESEMPIO

Ad esempio, il fatto ‘unirsi in matrimonio’ **non è pensabile senza le norme** sulla celebrazione del matrimonio (106 ss.) e sugli effetti del matrimonio. Senza quelle norme l’espressione non avrebbe senso. Il comportamento ‘sposarsi’ è dunque inseparabile dalla regola. Questa è condizione di possibilità del fatto-matrimonio.

Norma e comportamento

3) Infine le **regole organizzative** “ottimizzano” le aspettative di comportamento caratterizzate dal **perseguimento di una finalità comune** tramite la **cooperazione** di una molteplicità di persone: la divisione del lavoro e la razionalizzazione dei compiti è resa possibile da regole di organizzazione che disciplinano l’attività comune.

ESEMPIO

Ad esempio, in una grande **impresa**, organizzata secondo le regole della **società per azioni**, le regole organizzative stabiliscono quali decisioni devono essere prese dall’assemblea dei soci (art. 2364), chi deve amministrare (art. 2380 *bis*), chi può concludere contratti in nome della società nei rapporti con l’esterno (art. 2384) e chi deve controllare l’operato degli amministratori (art. 2403).



Per orientare il comportamento umano, è necessario che la violazione della regola comporti delle **conseguenze** negative o che la sua osservanza comporti delle conseguenze positive...

Norma e comportamento

La regola, per svolgere la sua funzione pratica, deve essere assistita da una **sanzione**.

Nel diritto privato sono tipiche sanzioni negative...

- ✓ Il **risarcimento del danno** (il pagamento di una somma di denaro equivalente al danno arrecato alla vittima della violazione).
- ✓ L'**esecuzione forzata in forma specifica** (ossia il ripristino, a spese dell'autore della violazione, di una situazione di fatto corrispondente a quella che si sarebbe determinata se la norma non fosse stata violata: ad esempio, far prelevare con l'aiuto della forza pubblica una valigia che non è stata restituita dal deposito bagagli in violazione dell'obbligo proprio del custode).
- ✓ La **clausola penale** (accordo sulle conseguenze della violazione di un'obbligazione).
- ✓ L'**invalidità del contratto**, mediante la quale si impedisce che le parti di un accordo possano raggiungere uno scopo quando questo sia stato perseguito violando determinate regole (ad esempio, la vendita di un edificio abusivo è invalida).

Norma e sanzione

La regola, per svolgere la sua funzione pratica, deve essere assistita da una **sanzione**.

Le **sanzioni positive** sono invece conseguenze favorevoli (benefici) per l'agente, derivanti dall'osservanza di talune regole.

ESEMPIO

Esempi tipici sono le **leggi di incentivazione**: si prescrive che gli investimenti industriali in una determinata zona (dopo un terremoto o una catastrofe) godano di una disciplina fiscale di favore.



La sanzione è una caratteristica fondamentale delle regole, ma ciò non significa che la coercibilità sia un carattere dell'ordinamento giuridico nel suo complesso...

Norma e sanzione

L'ordinamento contempla anche ipotesi di **regole non coattive**

ESEMPIO

- Nell'ambito dei rapporti patrimoniali: nella disciplina dell'**obbligazione naturale** il debitore non può essere costretto ad adempiere, ma se adempie non può successivamente chiedere la restituzione di quanto adempiuto: art. 2034).
- Nell'ambito dei rapporti non patrimoniali: il **dovere di fedeltà tra coniugi** (art. 143) non è coercibile mediante sanzioni quali l'esecuzione forzata in forma specifica. E' impossibile infatti ricorrere a forme di controllo poliziesco sul comportamento affettivo, semmai il "tradimento" rileva ai fini della valutazione delle conseguenze della crisi coniugale (cioè in sede di separazione e divorzio).

Quindi la «**giuridicità**» non coincide con il potere di punire mediante la privazione della libertà (diritto penale) o del patrimonio (diritto privato); il diritto ha **molti modi di intervenire**, ognuno dei quali deve risultare adeguato ai valori che la norma assume a parametro della propria valutazione...

Norma e sanzione

Non tutte le norme sono giuridiche: **anche la morale, la religione, la coscienza** prescrivono regole di condotta.

ESEMPIO

- Fare la carità o farsi il segno della croce quando si entra in chiesa (regola dell'ordinamento religioso).
- Alzarsi per fare sedere una donna anziana sull'autobus o aiutare un amico in difficoltà (lo prescrive la morale ma non il diritto).
- Non rubare: lo prescrivono sia la religione, sia la morale, sia il diritto (artt. 624 c.p. e 948 c.c.).
- Altre volte nella valutazione della condotta rileva la condizione personale dell'agente: andare a letto con una donna o un uomo sposato è censurabile sotto il profilo morale, ma diventa contrario a una norma giuridica quando a farlo è una persona a sua volta sposata (art. 143 c.c. obbligo di fedeltà).

Diritto e regole non giuridiche

La valutazione etica può tuttavia «entrare» nella valutazione giuridica...

ESEMPIO

- Nell'obbligazione naturale lo spostamento patrimoniale si giustifica proprio per via dell'esistenza di un dovere morale o sociale (art. 2034).
- E' invalido il contratto concluso con causa illecita perché contraria al buon costume (art. 1343).
- Non è possibile la restituzione di quanto dato se chi esegue la prestazione lo fa per uno scopo contrario al buon costume (art. 2035).
- La violazione dell'obbligo di fedeltà, che rileva in sede di addebito della separazione (art. 143, co. 2).
- Inoltre la natura morale o giuridica di una norma non è sempre intrinseca ma dipende dal **contesto**: ad esempio «si mangia alle 8» è un precetto morale a casa propria (non sta bene arrivare in ritardo per cena); ma in un carcere è regola giuridica: nessuno può pretendere di mangiare fuori dall'orario indicato.

Diritto e regole non giuridiche

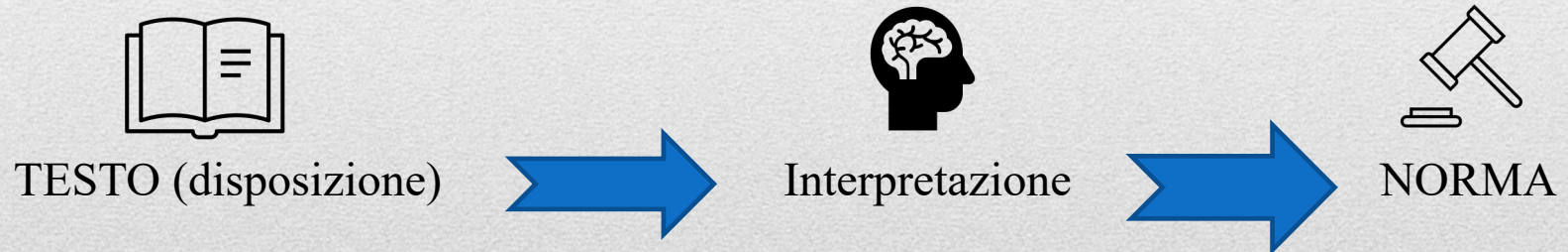
DISPOSIZIONE



NORMA

La disposizione è ogni **enunciato** contenuto in un **testo** che è fonte del diritto.

La norma è una **disposizione interpretata**, e quindi contenente un precetto alla stregua del quale si valuta una condotta.



Nessun interprete senza testo, nessuna norma senza interpretazione

Disposizione, articolo, norma

FATTISPECIE ASTRATTA



EFFETTI

La struttura della norma si compone di una **fattispecie astratta** e degli **effetti**.

La **fattispecie** è l'insieme dei presupposti di fatto che determinano l'applicazione della norma. Gli **effetti** sono le conseguenze che il diritto fa produrre quando, in una vicenda concreta, ricorrono quei presupposti.

ESEMPIO

L'art. 896 pone la fattispecie astratta «*se le radici di un albero piantato nel fondo del vicino si addentrano nel fondo proprio*» e la conseguenza «*allora il proprietario può tagliarle*». Così il proprietario di un giardino può tagliare le radici del vicino perché la fattispecie concreta (*quel giardino*) rientra nell'insieme di condizioni previsto tipicamente dalla norma (un 'giardino' è un 'fondo' ai sensi dell'art. 896).

Disposizione, articolo, norma

DISPOSIZIONE
E NORMA



ARTICOLO

L'articolo rappresenta soltanto una **unità di partizione** di una legge.

Ogni legge è suddivisa in articoli, anche il codice civile è un'unica legge suddivisa in circa 2969 articoli (ci sono i *bis*, *ter*, *ecc.*).

A sua volta, l'articolo può avere una suddivisione interna in **commi**.

ESEMPIO

Molto spesso la **norma** emerge dalla **combinazione di diversi articoli**.

L'art. 2744 c.c. dispone la nullità del patto commissorio, con cui debitore e creditore si accordano affinché la proprietà della cosa data in pegno passi automaticamente al creditore se il debitore, alla scadenza convenuta, non adempie l'obbligazione. La norma complessiva, che innesta sul divieto la rispettiva sanzione, può essere colta solo combinando l'art. 2744 con le disposizioni degli artt. 1418 ss. (disciplina della nullità).

Disposizione, articolo, norma

REGOLA



PRINCIPIO

La regola è una norma che **richiede un comportamento specifico**, o almeno un insieme di comportamenti specifici, per essere soddisfatta.

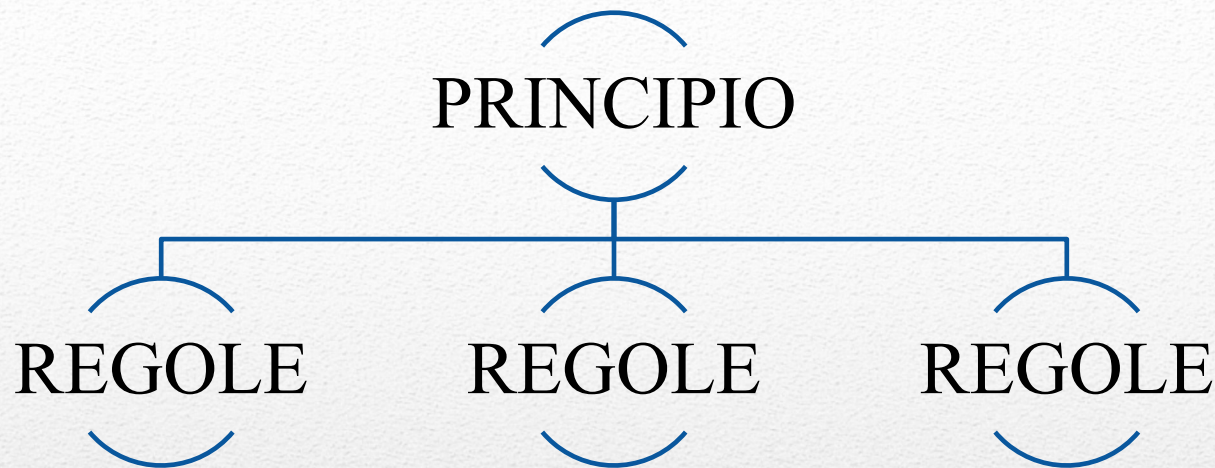
Il principio, viceversa, è una **norma che impone la massima realizzazione di un valore**, di modo che non è possibile definire astrattamente le fattispecie astratta né i comportamenti attraverso i quali il valore deve essere attuato.

ESEMPIO

E' obbligatorio vaccinarsi contro il tetano è una norma formulata in termini di **regola**, nel senso che o si fa il vaccino e quindi è rispettata, o non si fa e quindi è violata.

La norma che dice *«la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»* (art. 32 cost.) enuncia un **principio**, poiché esiste una pluralità (indefinibile *a priori*) di comportamenti che sono in grado di attuare il valore-salute e ciascun comportamento protegge, a diversi livelli, la salute.

Regole e principi



Esiste tuttavia un **nesso fra regola e principio**: ogni regola è riconducibile ad almeno un principio.

Al principio di tutela della salute – ad esempio – sono riconducibili tante regole: divieto di fumare nei luoghi pubblici, obbligo di indossare le cinture di sicurezza, obblighi di vaccinazione, divieto di uscire dal finestrino in un autobus, ecc. Tutte regole che *attuano* (meglio: costituiscono una modalità di realizzazione) del principio secondo il quale va tutelata la salute (che è il **valore**).

Regole e principi

Dove sono i principi ?

In epoca pre-costituzionale venivano desunti dal codice civile.

Oggi il sistema è molto più complesso e si tende a riconoscere un ruolo ordinante ai **principi costituzionali** (es. solidarietà, uguaglianza, salute, iniziativa economica ecc.) e ai **principi del diritto euro-unitario** (proporzionalità, sussidiarietà, concorrenza ecc.).

Questa è la definizione dei principi generali e assoluti.



Non vanno confusi con i «**principi tecnici**», che nascono come esigenza di politica legislativa, come soluzione che ricorre spesso al livello delle regole o come «costante di una pluralità di norme»: in questa accezione si parla di principio di libertà delle forme, di principio di variabilità della struttura ecc.

Regole e principi

PRINCIPIO



CLAUSOLA GENERALE

La «clausola generale», diversamente dal principio, non è una norma; è un **frammento di norma** caratterizzato da una particolare tipo di **vaghezza** che serve ad “aprire” la fattispecie di una norma per adattarla al caso concreto.

ESEMPIO

«Buon costume», «ordine pubblico», «giusta causa» (per esempio la giusta causa di licenziamento) e «buona fede» sono clausole generali.

Anche nella Costituzione è possibile rinvenire clausole generali: «utilità sociale» (dell'impresa), «dignità umana», «funzione sociale» (della proprietà).

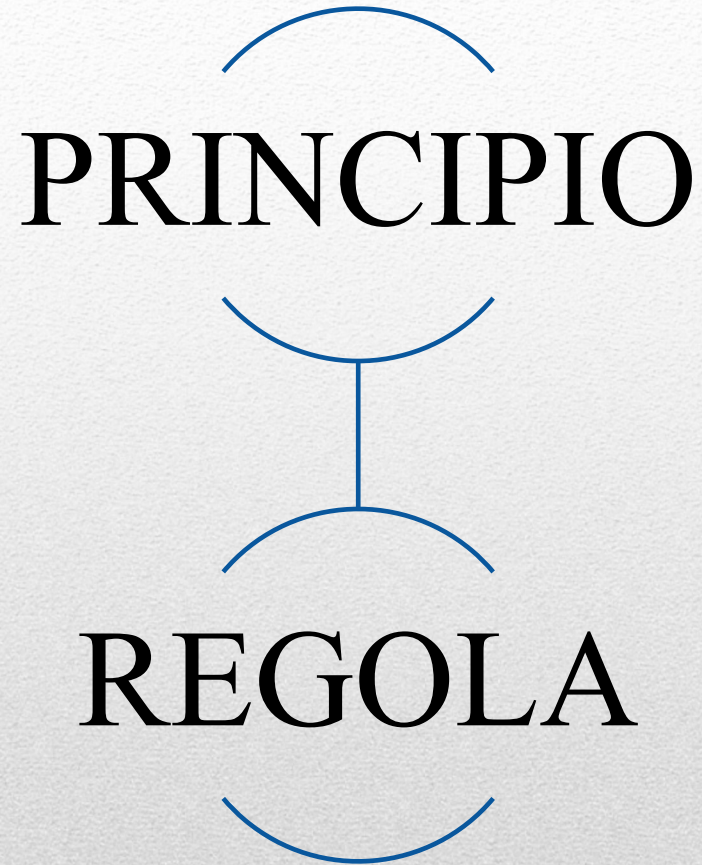
Nel principio è certo il valore mentre è incerto il suo grado di attuazione; nella clausola generale è **vago il parametro di valutazione contenuto nella disposizione**, parametro che si delinea proprio col riferimento ai principi di cui la regola è modalità attuativa.

Regole e principi

La regola presuppone sempre un principio che essa attua e **non può esservi una regola senza un principio**; può esservi un principio senza che vi sia una corrispondente regola attuativa.

Nell'**interpretazione** di una regola (meglio: di una fonte del diritto dalla quale trarre, per via di interpretazione, una regola) si pongono due problemi.

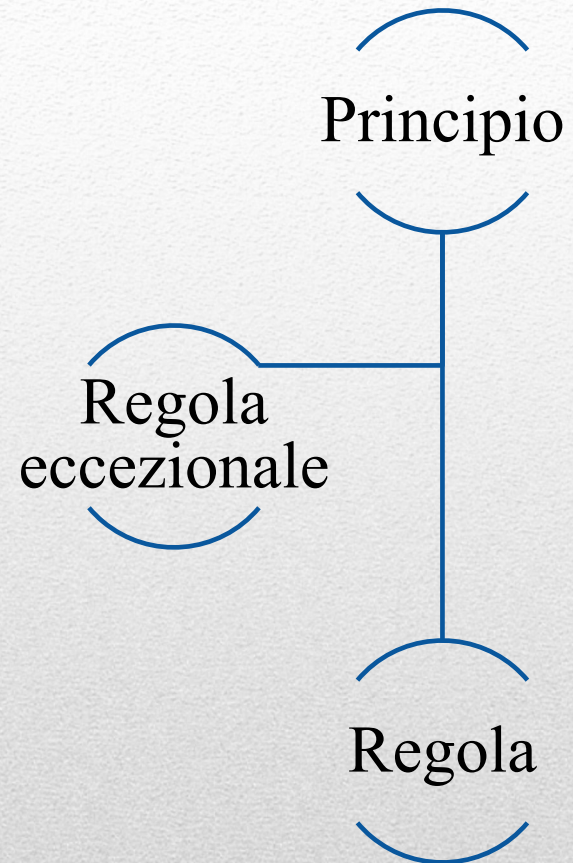
- La regola è congruente con il principio?
- La regola è l'unica modalità di attuazione del principio?



Classificazione delle norme

La regola che non sia riconducibile in via immediata al principio, tanto da costituire una **deviazione** rispetto alle modalità tipiche di attuazione del principio, si chiama **norma eccezionale**.

Secondo l'art 14 delle disposizioni preliminari al codice civile (c.dd. preleggi), la norma eccezionale «non è applicabile oltre i casi e i tempi in essa considerati».



Norma eccezionale

Esistono due tipi di eccezionalità

concorso atipico di principi

attuazione del principio
in un *contesto atipico*.



ESEMPIO

Per la prima ipotesi: la **regola che vieta di vendere energia elettrica a un paese straniero con il quale vi è una crisi diplomatica e militare** è una deviazione dal principio della libertà degli scambi, che cede in favore del principio (concorrente) della pace nelle relazioni internazionali. Le sanzioni economiche contro un paese straniero sono giustificate se quel paese ha messo in pericolo la pace e il rispetto dei diritti umani.

Per la seconda ipotesi: la regola che pone il **divieto di uscire dai finestrini di un autobus** soddisfa il principio di tutela della salute. La regola che permette in **ipotesi di incendio** di rompere il finestrino per uscire in fretta è eccezionale, in quanto attua il medesimo principio in una situazione atipica (incendio).

Norma eccezionale

L'eccezionalità non è una qualità intrinseca della singola norma: **dipende dal sistema (di norme) dove è inserita.**

Al mutare del sistema può mutare la qualificazione.



ESEMPIO

Il **divieto di atti emulativi** (*«Il proprietario non può compiere atti che non abbiano altro scopo se non quello di nuocere o recare molestia ad altri»*: art. 833).

Questa regola era considerata una norma eccezionale quando vigeva il principio ottocentesco dell'inviolabilità del diritto del proprietario (ogni limite legislativo al suo potere era quindi eccezionale in quanto deviava dalla proprietà come principio assoluto).

Non è invece eccezionale nel vigente sistema costruito sui principi costituzionali di solidarietà (2 cost.) e sulla «funzione sociale» della proprietà (42 cost.).

Perciò si ritiene che il divieto di atti emulativi possa essere **applicato per analogia, ad esempio, al rapporto di credito-debito** (il creditore non può compiere atti di esazione che abbiano per scopo quello di aggravare irragionevolmente la posizione del debitore).

Norma eccezionale

NORMA
ECCEZIONALE



NORMA
SPECIALE

La **norma speciale** è una norma che è dettata per **una materia particolare rispetto a un tipo più generale**.



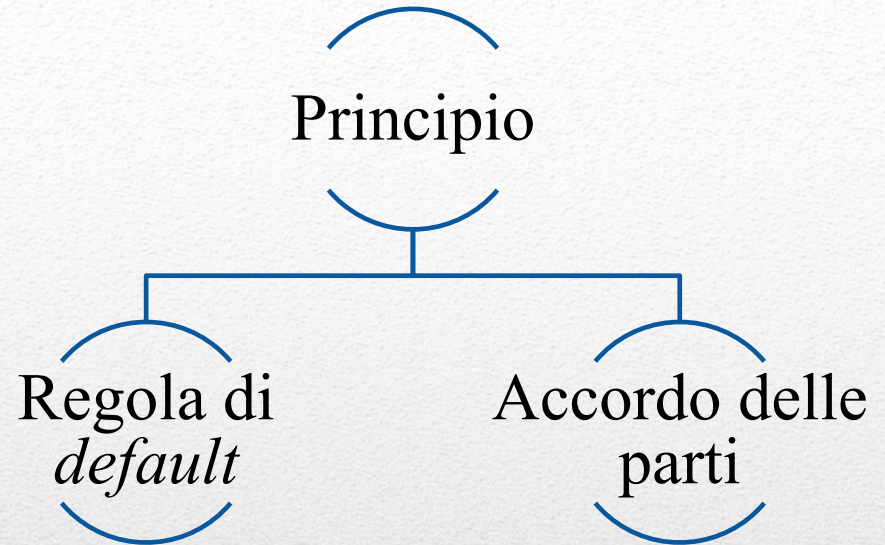
ESEMPIO

Il **trasporto** è un contratto disciplinato dal codice civile, ma il trasporto per nave è disciplinato dal codice della navigazione, con previsioni speciali.

Norma speciale

La norma è **derogabile** se la sua applicazione può essere evitata mediante un accordo di coloro che ne sono i destinatari nella fattispecie concreta (*gli interessati*).

La norma derogabile detta una regola di *default* che le parti possono disapplicare mediante una manifestazione di volontà.



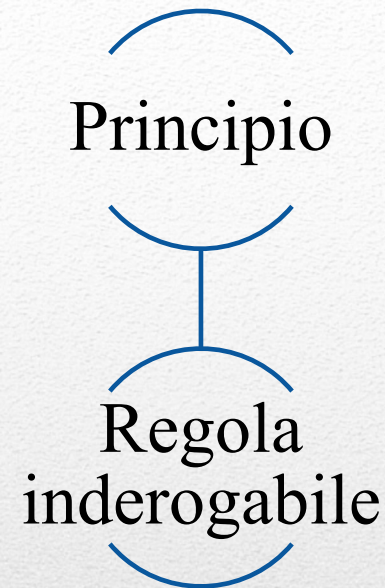
ESEMPIO

Salvo che sia diversamente stabilito, le spese del contratto di vendita sono a carico del compratore (art. 1475). Indici testuali del carattere derogabile possono essere le espressioni: «salvo patto contrario», «salvo diversa volontà delle parti», «salvo che il titolo disponga altrimenti».

Norma derogabile/inderogabile

Sono **inderogabili**, invece, le regole che rappresentano l'**unica modalità di attuazione del principio**.

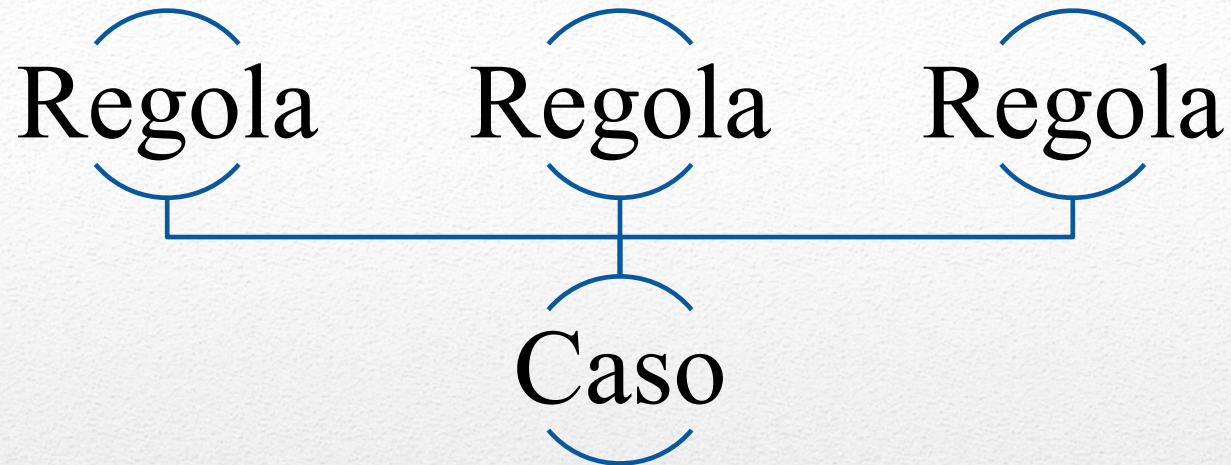
L'inderogabilità conosce diversi gradi di intensità: può cioè essere **assoluta** o **relativa** (es. nderogabilità *in pejus*).



ESEMPIO

Nell'inderogabilità relativa (o *in pejus*) la norma stabilisce un **livello minimo** di tutela al di sotto del quale è vietato scendere, ma le parti restano libere di assicurare un risultato migliore, più favorevole di quello minimo garantito. Ad esempio, il lavoratore subordinato ha diritto ad un minimo di un giorno di riposo alla settimana, la legge vieta di concordare una riduzione del tempo di riposo ma non un suo prolungamento.

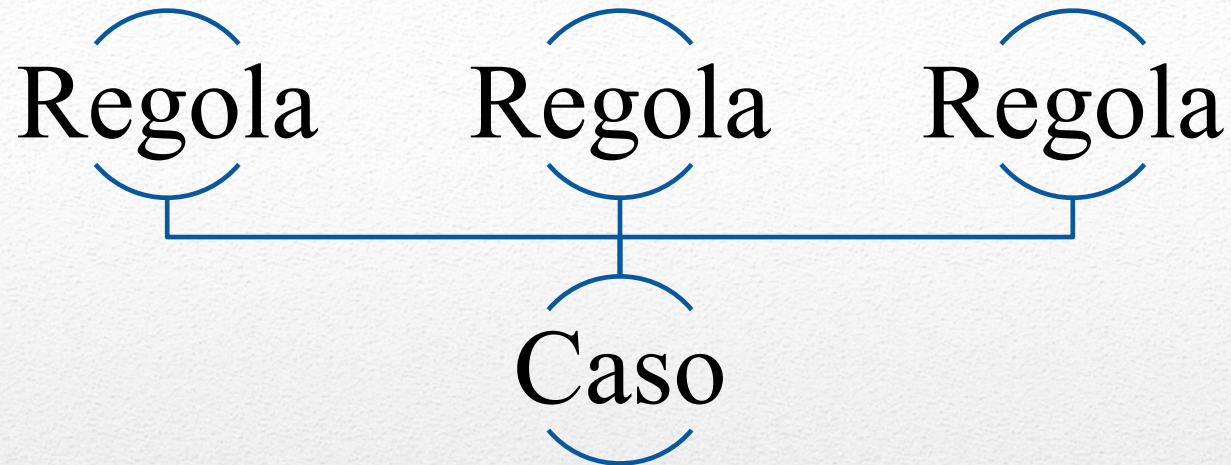
Norma nderogabile



Se ci sono più regole applicabili alla stessa vicenda, esse possono essere compatibili o incompatibili.

Se sono compatibili c'è concorso tra regole: ad esempio, il debitore che non adempie la prestazione deve risarcire il danno (art. 1218), ma se c'è stato concorso di colpa del creditore, il danno risarcibile dev'essere ridotto nella misura corrispondente (art. 1227).

Concorso e conflitto di regole

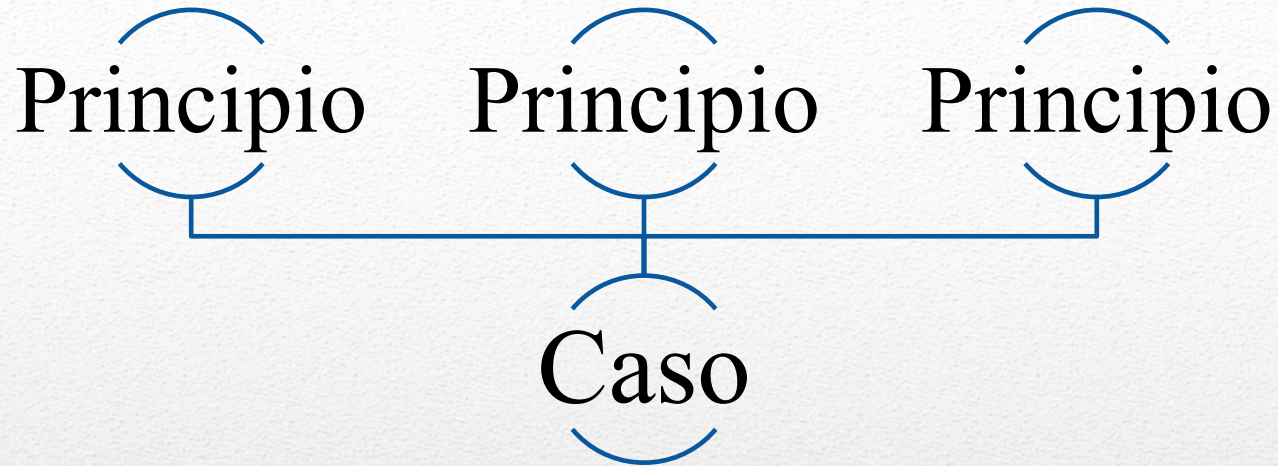


Se invece le regole sono incompatibili, c'è **conflitto di regole (ANTINOMIA)**.

L'antinomia va risolta secondo tre criteri:

- a) Criterio gerarchico (es. norma costituzionale prevale su norma ordinaria);
- b) Criterio di specialità (*lex specialis derogat generalis*).
- c) Criterio cronologico (prevale la regola emanata per ultima).

Concorso e conflitto di regole

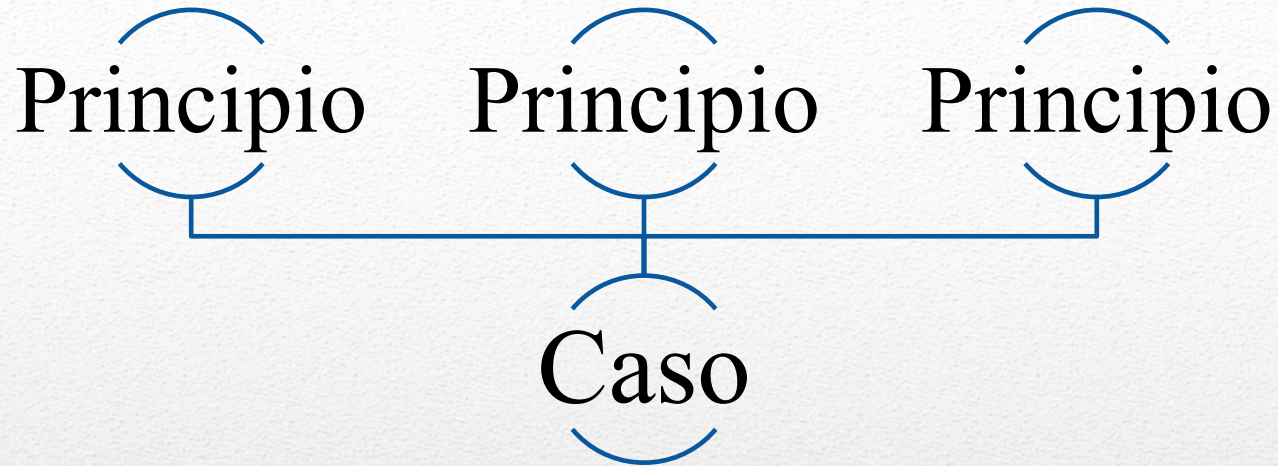


Fra i principi non c'è propriamente conflitto, ma **concorso**.

Esiste una gerarchia fra i principi, emergente dalla Costituzione, nel senso che la tutela della persona prevale sulla tutela del patrimonio.

«L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41 cost.).

Concorso tra principi



Fra i principi non c'è propriamente conflitto, ma **concorso**.

Per risolvere un concorso si deve procedere ad un **bilanciamento tra principi** (individuazione della regola che meglio concretizza le relazioni di preferenza/compatibilità tra principi).

Il criterio del bilanciamento è la **ragionevolezza**: la regola concreta ricavata dal bilanciamento tra principi deve essere ragionevole.

Bilanciamento

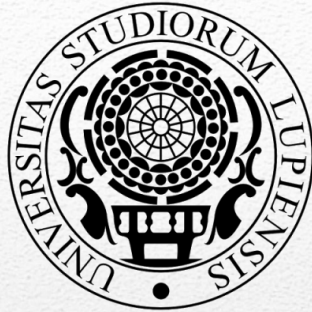


ESEMPIO

La diffusione di una **notizia** data da un telegiornale implica una pluralità di principi: libertà di manifestazione del pensiero (21 cost.), libertà di impresa (41 cost.), protezione della *privacy* della persona di cui la notizia si occupa (2 cost.), diritto ad essere informati dei destinatari della notizia (artt. 2, 3 e 21 cost.).

‘Bilanciare’ i principi è una metafora per indicare il **processo di individuazione della norma applicabile** (la norma individuata è una regola: questo comportamento è vietato, questo danno deve essere risarcito, ecc.). È un giudizio che dipende da una molteplicità di caratteri: l’interesse pubblico alla notizia (se si tratta di un pettegolezzo sull’ultima indossatrice o delle indagini su di un omicidio politico); se la notizia è vera ed è frutto di un serio e diligente lavoro di verifica delle fonti, oppure è del tutto infondata; se la critica giornalistica si è svolta in forme corrette e non ingiuriose.

Bilanciamento



UNIVERSITÀ DEL SALENTO

Fabio Ottombrino

Dipartimento di Scienze Giuridiche

Ricevimento studenti: mercoledì ore 11.00 - 13.00, previo contatto all'indirizzo

fabio.ottombrino@unisalento.it
