

CAPITOLO 1

Il diritto e la norma giuridica

SOMMARIO: § 1. Il fenomeno giuridico e il diritto. – § 2. L'ordinamento giuridico. – § 3. Diritto pubblico e diritto privato: criteri distintivi. – § 3.1. Il principio di sussidiarietà. – § 4. Caratteri della norma giuridica. Il concetto di fattispecie. – § 5. Norme inderogabili e norme derogabili.

LETTURE CONSIGLIATE: AA. VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, 2006; BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958; CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, rist. dell'edizione del 1929, a cura di S. Romano, Milano, 1963; GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013; IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990; KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di Treves, Torino, 1952; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1918; SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007; SCHMITT, *Principi politici del nazionalsocialismo*, scritti scelti e tradotti da Cantimori, Firenze, 1935.

1. Il fenomeno giuridico e il diritto

Le vicende di carattere storico e socio-culturale della società civile determinano la nascita dei sistemi giuridici: il fenomeno giuridico è, infatti, strettamente connesso alla dimensione sociale dell'esistenza umana.

Più esattamente, determinati interessi ed esigenze per loro natura non possono essere soddisfatti dall'individuo singolo ma necessitano della cooperazione di più uomini. Tuttavia, la **dimensione relazionale dell'esistenza** implica la **necessità di un sistema di regolazione dei rapporti intersoggettivi** volto alla composizione dei possibili contrasti che possono sorgere tra i contrapposti interessi individuali ed egoistici di ciascuno.

Il diritto, nella sua accezione più diffusa, è un sistema di regole e prescrizioni, tutte o in parte coercitive, per la soluzione, non violenta, dei conflitti tra gli uomini¹.

Tali regole stabiliscono quale tra gli interessi in conflitto sia meritevole di protezione e, quindi, debba prevalere.

¹ THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. dell'edizione tedesca (1878), Padova, 1951, 17 ss.

In questa ottica si parla di diritto in senso oggettivo e in questo senso il linguaggio lascia trasparire il segno dell'etimo del termine "diritto".

Esso, infatti, deriva dal latino *rectus* (o, secondo altri, dall'aggettivo *directus*), termine che indica la conformità a un tipo, a un modello di cosa o di azione.

In ogni caso, va considerato che le accezioni del termine sono molteplici: si parla, infatti, di diritto in senso soggettivo, come espressione di titolarità di poteri, obblighi e facoltà.

Ancora, e fra le molte, si parla di diritto come sistema di garanzie ed in tal senso si intende la locuzione Stato di diritto, che indica la qualificazione di un sistema di potere, ad esempio contrapposto allo stato assoluto.

Il diritto, quindi, al di là delle molteplici risposte offerte dalla filosofia del diritto, che, come ha evidenziato Immanuel Kant, vede i giuristi sempre intenti a definire il proprio concetto di diritto si manifesta, pragmaticamente, come necessità di ogni comunità organizzata, posto che l'esistenza quotidiana di ciascuno di noi si intreccia continuamente con il diritto che condiziona le più diverse operazioni e le situazioni di cui siamo nel continuo protagonisti.

Pur non potendo addentrarci nel tentativo di ricostruire le problematiche connesse alla genesi e all'evoluzione e alle possibili ricostruzioni del fenomeno giuridico, possiamo almeno cercare di avere un'idea richiamando l'insegnamento di un'autorevole dottrina².

Il bisogno di **ordinare la realtà pratica**, attribuendole in un certo senso l'invariabilità che è propria delle leggi naturali, deriva dall'esigenza di poter contare su determinati comportamenti "tipici" nei rapporti intersoggettivi e sociali; comportamenti che per ingenerare un affidamento negli altri membri del gruppo debbono essere prevedibili e perciò solo "regolati".

Resta sullo sfondo la libertà del volere, ovvero la possibilità di scegliere un comportamento difforme rispetto a quello tipico, che consente al diritto di non cristallizzarsi in un'entità fissa ed immutabile.

La volontà può, dunque, conformarsi alla regola facendosi *ordo ordinatus*, ovvero dissociarsi da essa facendosi *ordo ordinans*, e creando i presupposti per un continuo divenire del sistema.

La necessità dell'imposizione presuppone la figura del **potere**.

Una delle maggiori intuizioni della civiltà romana fu quella di concepire (accanto all'ordine del *fas*, quale sistema statico di relazioni tra volontà umana e forze divine), una nuova dimensione relazionale tra i poteri della volontà umana: il *ius*.

Dimensione, quest'ultima, il cui ordine (necessariamente dinamico) dipende dalla capacità dell'individuo di imporre la propria volontà (secondo la formula "*ita ius esto*" inconcepibile con riferimento al *fas* per definizione statico e immobile).

² CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, rist. dell'edizione del 1929, a cura di S. Romano, Milano, 1963, 10 ss.

Così si comprende l'inscindibilità dei concetti di diritto e di potere, dovendosi, in assenza di un potere coercitivo, annegarsi l'idea di giuridicità in quello di una generica eticità.

L'idea di un'oggettività universale del diritto risulta tendenzialmente impossibile: la creazione di un ordine (diritto oggettivo) è possibile solo grazie all'affermarsi, storico e contingente di un certo assetto di poteri e di un equilibrio razionale tra gli stessi.

Un dato acquisito alla nostra cultura giuridica si rinviene nel riconoscere al diritto i caratteri della:

- a) **storicità**, intesa non solo come riconoscimento della valenza del diritto in un certo momento storico ma, principalmente, come riconoscimento del suo carattere evolutivo (basti pensare il diverso significato che hanno assunto nel tempo termini rimasti immutabili, quali, ad es., matrimonio o proprietà);
- b) **relatività**, come vigenza del diritto in un determinato luogo e più in generale come rapporto tra il diritto come effettivamente è in un determinato ordinamento e il diritto di un altro ordinamento (l'esempio più immediato è dato ove si volessero ricercare le differenze che già in ambito europeo si pongono tra la *common law*, dei paesi di matrice anglosassone e la *civil law* della famiglia romano-germanica).

Questi caratteri rinviano alla concezione di diritto positivo, inteso come *jus postum* da un determinato ordinamento.

Tenendo in considerazione la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici³, secondo cui l'essere umano vive immerso in una pluralità di ordinamenti giuridici ciascuno dei quali, in via di principio, tende a porsi come "non esclusivo", la relazione non si pone solo e necessariamente tra diritto dello stato italiano e diritto dello stato inglese o francese e così via, ma può estendersi anche a relazioni che si pongono con ordinamenti che non sono «sovrani» ma che, tuttavia, organizzano gruppi sociali, come, ad esempio, l'ordinamento sportivo⁴.

2. L'ordinamento giuridico

In apertura si sono delineati i caratteri essenziali del fenomeno giuridico.

Tanto la dimensione sociale, quanto la funzione ordinativa permeano la nozione di ordinamento giuridico (v. anche *infra* §. 4).

Tuttavia in dottrina, l'uso di tale locuzione non è univoco potendosi intendere per ordinamento giuridico tanto una comunità organizzata in vista del perseguimento di uno scopo comune, ponendosi in rilievo l'elemento sociale ed istituzionale (in tal senso potrà sostenersi ad esempio che lo Stato è un ordinamento giuridico) sia l'insieme delle norme (il *diritto positivo* o *diritto oggettivo*) che regolano

³ La cui paternità, come è noto, si deve a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1918.

⁴ Sul tema si rimanda a AA. VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Napoli, 2008, 11 ss.

la vita di questa comunità, dando risalto alla funzione ordinante della regola (in questo senso, quindi, si dirà che lo Stato ha un ordinamento giuridico).

In realtà, nessuna delle due definizioni coglie del tutto nel segno, dovendosi più correttamente considerare l'ordinamento giuridico su tre diversi piani.

Il primo è quello dell'insieme di uomini che costituiscono il **gruppo sociale**; il secondo è quello dei fatti sociali che costituiscono il **principio ordinatore degli interessi del gruppo**, attribuendo ad esso un'organizzazione e per ciò solo conferendogli il carattere della stabilità e della continuità nel tempo; il terzo è, infine, quello del **sistema di norme**, inteso come insieme di qualificazioni e valutazioni di esclusiva pertinenza del gruppo sociale (o meglio di coloro che nell'ambito del gruppo detengono il potere normativo) aventi ad oggetto gli stessi soggetti, i fatti loro attribuibili (comportamenti, azioni, attività) ovvero altre entità (ad es., posizioni giuridiche, cose, stati di cose, fatti naturali, altre norme).

Riguardato da tale ultimo piano, l'ordinamento giuridico prende anche il nome di ordinamento normativo.

La nostra indagine sarà ancora limitata ad un particolare ordinamento normativo (quello statale) e ad un particolare settore dello stesso: quello che tradizionalmente è definito come diritto privato⁵.

3. Diritto pubblico e diritto privato: criteri distintivi

La relatività dell'ordinamento giuridico ci impone di tener conto di una distinzione che nel nostro sistema ha antica tradizione, mentre è sconosciuta ad esempio, nei sistemi di *common law* che diversamente si fondano sulla distinzione *common law/equity*.

Una macropartizione opera nel nostro diritto una distinzione delle norme giuridiche distinguendole in norme di diritto pubblico e norme di diritto privato, all'interno delle due branche troviamo, poi, ulteriori specificazioni: ad esempio nell'ambito del diritto privato si fa rientrare, fra gli altri, il diritto commerciale e il diritto del lavoro.

In dottrina⁶ non si registra un'unanimità di posizioni in merito al criterio distintivo tra diritto pubblico e diritto privato, né, prima ancora, in merito all'utilità stessa della distinzione.

Pare, dunque, opportuno, sul piano metodologico, stabilire preliminarmente gli obiettivi ed i piani di indagine ai quali si intende riferire la distinzione.

⁵ ALPA, *Che cos'è il diritto privato?*, Bari, 2007, 10 ss.

⁶ Imprescindibile è il richiamo alla Prolusione napoletana di GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 392 ss. ed in *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli, 2012, 2943 ss.

Appare subito chiara l'importanza della distinzione ove si considerino le ricadute applicative che discendono dalla qualificazione di una norma come pubblicistica o privatistica.

Innanzitutto, occorre osservare che la distinzione non è ignota al nostro diritto positivo, ma costituisce oggetto di espressi richiami legislativi.

Per esemplificare basti pensare all'art. 11 c.c. che fa riferimento a leggi ed usi osservati come diritto pubblico⁷; all'art. 3 c.p., che posta una regola fa salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale⁸ (entrambe discipline riconducibili al diritto pubblico generale); ancora l'art. 4 della l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E sul contenzioso amministrativo, stabilisce che il giudice ordinario non può annullare atti amministrativi attinenti al diritto pubblico⁹.

Risale ad Ulpiano la celebre definizione in base alla quale "*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet*"¹⁰.

Il diritto pubblico, dunque, deve essere inteso come il diritto che attiene all'organizzazione dello Stato.

Tale definizione, tuttavia, non è sufficiente.

Il mero riferimento del diritto pubblico all'organizzazione dello Stato, infatti, non chiarisce innanzitutto a quale aspetto dello Stato si faccia riferimento, essendo noto che lo Stato come ordinamento è notevolmente differente dallo Stato come persona o come soggetto; non tiene conto, inoltre, del fatto che lo Stato può venire in rilievo tanto nella qualità di detentore della sovranità (che viene esercitata attraverso il potere di imperio), quanto in quella di soggetto titolare di diritti di natura economico-patrimoniale, che entra in contatto con altri soggetti (persone giuridiche pubbliche o private, persone fisiche) titolari di analoghi diritti.

Ad una soluzione soddisfacente non si perviene neppure prendendo le mosse dalla seconda parte della formula ulpiana, quella riferita al diritto privato che atterrebbe all'utilità (ma è meglio tradurre "**interesse**") dei singoli¹¹.

Di qui la contrapposizione tradizionale tra **interesse privato e interesse pubblico** e conseguentemente tra **diritto privato e diritto pubblico**.

Per interesse pubblico deve intendersi in astratto ogni interesse di una pluralità di soggetti, considerata come unità che trascende i singoli componenti in una sintesi superiore.

Esso si specifica, nella prospettiva che abbiamo assunto come fuoco della nostra indagine, facendo riferimento allo Stato, ai suoi fini e alle sue funzioni.

⁷ GALGANO, "Pubblico" e "privato" nella qualificazione della persona giuridica pubblica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 279 ss.

⁸ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale art. 1-84*, I, Milano, 2004, 12 ss.

⁹ In argomento v. CARINGELLA, *Il problema della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario*, in *Il riparto di giurisdizione*, a cura di Caringella, De Nictolis, Garofoli, Poli, Milano, 2008, 1119 ss.

¹⁰ ULPIANO, *Istituzioni*, D.1.1, 4.

¹¹ PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 728.

Sul versante soggettivo generalmente gli interessi pubblici sono perseguiti dallo Stato, ma anche da istituzioni tradizionali che riflettono e attuano i fini dello Stato in ambiti territoriali più ristretti, quali le Regioni, le Province e i Comuni, così come da tutti gli enti (c.d. “**pubblici**”) che sono portatori di interessi dello Stato o che adempiano a funzioni strumentali all’attuazione di tali interessi.

Al limite, l’attuazione dell’interesse pubblico può addirittura essere affidata a un privato che realizzi insieme ad esso un interesse proprio (esercizio privato di pubbliche funzioni).

Ciò nondimeno non può escludersi che dètti enti (compreso lo Stato) possano perseguire, come gli individui e le collettività private, interessi di carattere economico o patrimoniale di tipo privato: e in ciò con i dovuti adattamenti si pongono in posizione analoga a quella dei singoli soggetti o delle collettività di privati.

Tuttavia, ciò che mette in crisi una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato fondata esclusivamente sulla natura dell’interesse tutelato, è la considerazione che l’interesse pubblico può ben essere perseguito dai soggetti pubblici mediante gli strumenti del diritto privato¹² (v. art. 1, co. 1-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, come novellato dall’art. 1, co. 1, lett. b), l. 11 febbraio 2005, n. 15)¹³.

La distinzione tra i due diritti fondata sulla natura degli interessi tutelati, dunque, pare cedere il passo nel momento in cui lo stesso legislatore addirittura privilegia gli strumenti privatistici per la cura degli interessi pubblici (istituzionalmente perseguiti dalla P.A.), lasciando immaginare un possibile avvicinamento tra le discipline privatistiche e pubblicistiche¹⁴.

Deve, dunque, ritenersi diritto pubblico, oltre a quello relativo all’organizzazione degli enti pubblici, il diritto dei rapporti autoritari speciali, cioè di quei rapporti in cui si esprimono speciali posizioni di supremazia, generalmente riconosciute a determinati enti, e in particolare allo Stato.

Poiché la posizione di supremazia è conferita all’ente pubblico esclusivamente per il perseguimento di finalità di interesse generale, deve ritenersi che gli enti pubblici possano avvalersi di tale posizione solo ove l’esercizio di poteri autoritativi sia necessario per il perseguimento delle finalità perseguite; in caso contrario anche l’ente pubblico deve assoggettarsi al diritto privato.

Così individuato l’ambito del diritto pubblico, può identificarsi il diritto privato in via residuale quale diritto dei comuni rapporti giuridici, personali e patrimoniali dei consociati.

¹² Così già diversi anni prima A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, 942 ss.

¹³ Sul tema si rimanda a STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la legge 15/2005*, in *Foro amm. Tar*, 2005, 28 ss.

¹⁴ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Il diritto civile e gli altri*, (a cura di Sirena e Roppo), Milano, 2013, 378 ss.

Tale criterio di differenziazione residuale sembra attualmente quello maggiormente condiviso.

Uno degli aspetti che più di altri caratterizza i rapporti privatistici è la cosiddetta **autonomia** intesa quale **libertà di autoregolazione dei propri interessi**.

Deve, tuttavia, osservarsi che l'identificazione *tout court* del diritto privato quale diritto dell'autonomia privata non è accettabile.

L'ordinamento, infatti, tradizionalmente limita la volontà dei privati tramite la previsione di norme imperative e dei principi di ordine pubblico, da intendere come principi giuridici che la coscienza sociale intende come condizioni essenziali di convivenza.

Nella realtà odierna, poi, il dogma in base al quale i privati sarebbero i migliori giudici dei propri interessi è smentito dalla massificazione dei rapporti e dalle concentrazioni del potere economico; di conseguenza sono sempre più frequenti nel nostro ordinamento, specie a seguito dell'ingresso nel sistema delle fonti del diritto di matrice comunitaria, le soluzioni normative volte a salvaguardare l'equilibrio delle prestazioni contrattuali che, in alcuni casi, come si vedrà in seguito, si presumono diseguali.

3.1. Il principio di sussidiarietà

Negli ultimi decenni il rapporto tra pubblico e privato ha assunto una rilevanza profondamente diversa rispetto al passato che ha progressivamente condotto al superamento della tradizionale distinzione: sempre più frequenti sono infatti le occasioni di contatto tra le due sfere di azione, le quali risultano caratterizzate da una dinamica collaborativa ad intensità variabile¹⁵.

A segnare l'evoluzione di tale rapporto, evidenziando la necessità di una sua ridefinizione, ha fortemente contribuito l'affermazione del principio di sussidiarietà.

In linea generale, la sussidiarietà può essere di tipo **orizzontale e verticale**:

- a) la prima si esplica nell'ambito del rapporto tra autorità e libertà, basandosi sul presupposto secondo cui alla cura dei bisogni collettivi e alle attività di interesse generale provvedono direttamente i cittadini, mentre l'autorità pubblica interviene solo in via sussidiaria;
- b) la seconda si svolge nell'ambito di distribuzione delle competenze amministrative tra i diversi livelli di governo territoriale (Unione Europea, Stati membri, enti territoriali) e rappresenta la modalità di intervento degli enti superiori rispetto a quelli inferiori, in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi.

¹⁵ Sul punto, v. DEL PRATO, *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 410.

Nel 2001 tale principio, anche nella sua dimensione orizzontale, è entrato a far parte della nostra Carta costituzionale all'art. 118 co. 4, il quale stabilisce che lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali “*favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*”; tale circostanza fa sì che tale articolo diventi parametro oggettivo per il controllo costituzionale.

La sussidiarietà sta a significare che, per realizzare fini di interesse sociale, occorre privilegiare lo strumento privatistico, promuovendo il ruolo dell'iniziativa dei privati in una logica di diretta assunzione di responsabilità e non di mera partecipazione¹⁶: il diritto pubblico opererebbe solo fissando i limiti necessari all'autonomia privata.

Solo nel caso in cui l'azione dei privati non conduca a tali risultati, ci si affiderebbe al legislatore attraverso lo strumento del diritto pubblico.

4. Caratteri della norma giuridica. Il concetto di fattispecie

Nel linguaggio giuridico i termini diritto, norma, legge, ordinamento giuridico acquistano ciascuno una propria connotazione:

- a) Il **diritto** è l'insieme di principi e regole che si traggono attraverso l'interpretazione e l'applicazione della legge.
- b) La **norma** è una regola caratterizzata dalla giuridicità.
- c) Per **legge** si intende, invece, il testo legislativo vero e proprio.
- d) L'**ordinamento giuridico** è costituito dalla pluralità di norme che formano un insieme unitario e ordinato.

Esso esprime il modo in cui una società si ordina e si organizza attraverso il sistema di norme che lo compongono e che sono prodotte in conformità ad un apparato di fonti legittimato da un fatto costitutivo.

In particolare, il termine norma deriva dal latino *norma*, squadra, nel senso proprio di strumento per tracciare misure o rapporti di linee od angoli; in senso figurato esso è passato ad indicare un precetto al quale ci si uniforma o ci si deve uniformare, la regola di vita e di pensiero alla quale ci si attiene o, ancora l'uso, la consuetudine, il modo in cui prevalentemente si agisce, ovvero il fatto che normalmente si verifica in determinate circostanze.

¹⁶ Scrive M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Torino, 2009, 175-176, che, attraverso il nuovo art. 118 Cost., “*si è attribuito rilievo di principio costituzionale ad un modello organizzativo in cui lo sviluppo della società civile si realizza attraverso il rispetto e la valorizzazione delle energie individuali, garantendo ai soggetti in cui si articola 'l'organizzazione delle libertà sociali' il diritto di interpretare i bisogni collettivi emergenti dal 'sociale' e di impegnarsi direttamente per la loro realizzazione*”. Sul tema v. anche R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, a cura di Mar. Nuzzo, Torino, 2015, 3 ss.

Norma è, dunque, sinonimo di regola di situazioni, di azioni o di comportamenti umani, e assume la struttura logica di giudizio ipotetico, ossia qualificazione o valutazione di soggetti, situazioni, comportamenti, oggetti e in generale fatti intesi nell'accezione più generica e comprensiva.

La descrizione normativa del fatto, la quale non soggiace “*ad alcun criterio di verità o di falsità*”¹⁷, si chiama **fattispecie**, termine che deriva dal latino medievale “*facti species*”¹⁸.

Si distingue tra fattispecie **astratta e concreta**: per fattispecie astratta si intende un complesso di fatti descritti ipoteticamente da una norma che indica quanto deve verificarsi affinché si produca una data conseguenza giuridica. Per fattispecie concreta si intende, invece, una serie di reali situazioni rispetto alle quali occorre accertare se e quali effetti giuridici ne siano derivati.

In dottrina, si è anche differenziata la fattispecie c.d. semplice, che consta di un solo fatto (ad es., la morte di una persona da cui deriva l'apertura della sua successione, art. 456 c.c.), da quella c.d. complessa, costituita da una pluralità di fatti giuridici (ad esempio affinché si perfezioni un matrimonio è necessario il consenso dei nubendi e la dichiarazione dell'ufficiale dello stato civile).

La giuridicità della norma consiste nel suo porsi come criterio esclusivo di valutazione o qualificazione, ossia nel suo carattere prescrittivo, (implicante la libertà dei destinatari di aderire alla sua direttiva).

La norma giuridica, nella sua struttura tradizionale¹⁹, si presenta come un giudizio ipotetico che ricollega dati effetti all'accadere di un fatto: in sostanza, si attribuisce una conseguenza ad un fatto astrattamente ed ipoteticamente previsto, secondo lo schema “**se c'è A (fatto ipotetico), deve esserci B (conseguenza)**”.

Essa, quindi, non si limita a descrivere la regolarità di determinati avvenimenti o comportamenti (come, ad esempio, rileviamo per la legge di gravità o la legge della domanda e dell'offerta) non si limita ad una descrizione che ci consente di rilevare il vero o il falso, bensì ci dice che un comportamento è dovuto, vietato, lecito, illecito ecc.

In questa accezione lata la nozione di norma è riscontrabile in diversi settori della realtà pratica potendosi individuare norme morali, norme religiose, norme di cortesia, norme tecniche e naturalmente norme giuridiche.

Tale concezione sembra essere la più adatta a spiegare l'intero sistema normativo perché “*supera la teoria che indica, nel primo termine dello schema (A), un comportamento qualificato come illecito e, nel secondo (B), la sanzione nelle*

¹⁷ IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 17-18.

¹⁸ Sul tema si rimanda a BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 169.

¹⁹ Occorre notare che le attuali tecniche legislative spesso emanano norme che non prevedono una serie di circostanze che si pongono come presupposti per l'applicabilità ma, in particolare in sede di recepimento delle direttive comunitarie, premettono una serie di definizioni alle quali seguono delle disposizioni che non sono a contenuto rigidamente determinato.

forme della pena e dell'esecuzione forzata civile"²⁰, offrendo la rappresentazione più chiara possibile di ogni tipo di norma.

Inoltre, ed è bene esplicitarlo fin da adesso, *"il giurista studia il diritto quale esso è, non già quale può o deve essere: in questo mantenersi e durare fedele alla norma positiva risiedono la dignità e la moralità del suo lavoro"*²¹.

Sul piano teorico la distinzione tra la norma giuridica e gli altri tipi di norma pratica non è affatto agevole²².

In particolare, ad un'attenta analisi, i tradizionali caratteri differenziali della norma giuridica (generalità, astrattezza, coercibilità, rilevanza esterna) non si sono dimostrati sufficienti.

Con riferimento al carattere della generalità, intesa con riferimento al numero dei destinatari (c.d. "**generalità in senso spaziale**"), ovvero con riferimento alla possibilità di ripetute applicazioni della norma (c.d. "**generalità-astrattezza**" o "generalità in senso temporale"), la norma giuridica non differisce da qualsiasi altra regola di condotta e neppure dalla legge morale che è per definizione universale, anche se prevale la sua rilevanza con riferimento al c.d. "foro interno" del soggetto agente, piuttosto che con riguardo al profilo relazionale.

Per norma giuridica, relativamente ad un determinato ordinamento positivo, deve intendersi una valutazione o qualificazione prescrittiva posta da un fatto qualificato come produttivo di norme giuridiche (c.d. "**fonte del diritto**").

Sebbene nel linguaggio comune e in quello tecnico il termine sia utilizzato in modo promiscuo, la norma, come abbiamo già chiarito, va distinta dal testo normativo in cui è contenuta, o meglio, dall'enunciato appartenente alla fonte del diritto che la pone (c.d. "**disposizione**").

Diremo, dunque, norma, in senso tecnico, non la disposizione stessa, bensì il suo contenuto di senso, il suo significato all'esito dell'operazione ermeneutica che muove dalle espressioni contenute nelle disposizioni e che si avvale, tra l'altro, di regole espresse da norme positivamente date (ad es. le norme disciplinanti l'interpretazione della legge).

Secondo la concezione tradizionale le norme giuridiche si caratterizzerebbero per i caratteri della generalità, dell'astrattezza, della coercibilità e della rilevanza esterna.

Con il carattere della **generalità** si intende che la norma non deve essere dettata per singoli individui, bensì per tutti i consociati o per classi generiche di soggetti (ad es., i genitori, i magistrati, i commercianti ecc.).

²⁰ IRTI, *op. cit.*, 10.

²¹ IRTI, *op. cit.*, 12, il quale aggiunge *"soltanto dall'esatta e completa conoscenza del diritto (quale è) può muovere la critica ideologica o la politica legislativa, che ripercorrono le valutazioni generatrici della norma, contestano il diverso peso attribuito agli interessi in conflitto e propongono nuove valutazioni normative"*.

²² Imprescindibile il riferimento alla teoria della "costruzione a gradi" dell'ordinamento giuridico di KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di Treves, Torino, 1952, 42 ss.

Per **astrattezza** si intende invece che la norma non deve essere predisposta per specifiche situazioni concrete, bensì per fattispecie astratte individuate ipoteticamente, con la conseguenza che essa è suscettibile di trovare applicazione in una serie indefinita di casi.

Risulta necessario osservare ancora che generalità ed astrattezza, pur essendo caratteri tipici, non sono caratteri assolutamente essenziali per la norma giuridica, essendo concepibili norme individuali e concrete.

Anche la **coercibilità**, come si è visto non è un carattere essenziale della singola norma giuridica, bensì un predicato dell'ordinamento nella sua globalità.

Quanto alle singole norme può, infatti, osservarsi che sussistono norme prive di sanzione: v. ad es., l'art. 315 c.c.

Sempre seguendo lo schema logico “**se c'è A (fatto ipotetico), deve esserci B (conseguenza)**”, la sanzione non può che collocarsi o nella parte descrittiva di un fatto ipotetico o nella parte descrittiva della conseguenza logica, ovvero dell'effetto.

A titolo esemplificativo, l'art. 1498 c.c. prevede che “*il compratore è tenuto a pagare il prezzo nel termine e nel luogo fissati dal contratto*”.

Tale formula linguistica contiene la descrizione di un effetto che si ricollega all'accadimento del fatto descritto dall'art. 1470, ovvero la vendita.

In conseguenza del giudizio contenuto nella regola appena esaminata, uno specifico comportamento del compratore (pagare il prezzo nel termine e nel luogo fissato dal contratto) assume la qualifica di doveroso.

La sanzione può operare direttamente, nell'ipotesi in cui per mezzo della stessa venga realizzato il risultato che la legge prescrive (ad es., art. 2933 c.c.) ovvero indirettamente nel caso in cui l'ordinamento si avvalga di mezzi diversi per ottenere l'osservanza della norma o per reagire alla sua violazione.

5. Norme inderogabili e norme derogabili

Altro carattere non essenziale della norma giuridica è l'inderogabilità (o “cogenza”). In seno all'ordinamento giuridico, infatti, accanto a norme inderogabili e cogenti esistono anche norme dispositive.

Si dicono **cogenti** (o inderogabili) quelle norme la cui applicazione è imposta dall'ordinamento prescindendo dalla volontà dei singoli, non potendo gli interessati sostituirla nella sua applicazione con altre norme legali o convenzionali.

La cogenza della norma è conseguenza dell'indisponibilità rispetto ad un determinato ordinamento dell'interesse protetto²³.

²³ Scrive P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 247 ss., che la classificazione delle norme in derogabili ed inderogabili “è il risultato non di una mera interpretazione grammaticale e lessicale della singola norma, ma di una complessa interpretazione, la quale tiene conto dell'interesse e del valore tutelati dalla

Tale indisponibilità si presenta in genere nell'ipotesi in cui la norma sia posta a presidio di un interesse generale ovvero qualora il soggetto titolare dell'interesse protetto non sia in grado di decidere liberamente in merito ad esso.

Nell'ambito delle norme inderogabili, in dottrina si distingue tra le **norme inderogabili in senso stretto**, che attengono alla fissazione delle modalità rispettando le quali la volontà dei privati può diventare giuridicamente rilevante, senza tuttavia entrare nel merito dell'operazione privata mediante un sindacato delle scelte delle parti e delle condizioni poste ad una determinata contrattazione (ad es., norme che fissano requisiti di forma *ad substantiam*: art. 601 ss. c.c., art. 1350 c.c., art. 2295 c.c.); e **norme imperative** le quali pongono limiti al contenuto dell'atto privato per motivi di interesse generale.

Le norme c.d. "**imperative**" possono operare in due modi:

- a) individuando, a pena di nullità, dei **limiti esterni** entro i quali l'attività deve essere mantenuta (a titolo esemplificativo, l'art. 1346 c.c. che prevede che l'oggetto del contratto debba essere possibile, lecito, determinato e determinabile, lasciando ampia libertà all'autonomia privata nell'ambito di tali confini);
- b) dettando il **contenuto vincolante di determinate pattuizioni** (si pensi alla sostituzione automatica della clausola pattizia con la clausola prevista dalla legge di cui all'art. 1339 c.c.).

Sono, invece, derogabili (o dispositive) le norme che gli interessati possono sostituire nella loro applicazione con altre disposizioni legali o negoziali.

La ragione della previsione di tale specie di norme va individuata in un'esigenza di certezza del diritto: in sostanza il legislatore offre al giudice un criterio di decisione per il caso in cui la volontà delle parti non si sia manifestata, enunciando una regola corrispondente ad un modello abituale di disciplina rispetto a un certo tipo di operazione economica, che tuttavia le parti, con una loro espressa manifestazione di volontà, possono rendere inoperante rispetto alla disciplina del loro rapporto (v. ad es., l'art. 1815 c.c.).

La distinzione tra le due categorie di norme, sebbene chiara dal punto di vista astratto, non sempre lo è sul piano concreto.

Può sorgere, dunque, il problema di stabilire se una determinata disposizione contenga una norma cogente ovvero dispositiva e si tratta di questione della massima importanza se sol si consideri che dalla violazione della norma imperativa discende ai sensi dell'art. 1418 c.c. la nullità del contratto.

Il carattere inderogabile di una norma, in genere, risulta dalla sua formulazione (ad es., art. 143, ultimo co. c.c.: "*Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o*

disposizione, della intensità della sua rilevanza e delle garanzie richieste affinché sia concessi ai soggetti il potere di stabilire da sé le regole applicabili alle proprie vicende...una regola è inderogabile, qualora per esplicita scelta legislativa...sia l'unica modalità di attuazione del principio corrispondente".

casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia”) o dalla previsione della nullità dell’atto compiuto senza la sua osservanza (ad es., art. 1350 c.c. in cui sono indicati gli atti che devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata “*sotto pena di nullità*”).

D’altro canto locuzioni quali “*salvo che il titolo disponga altrimenti*”, o “*salvo diversa volontà delle parti*” (es. artt. 957 e 1815 c.c.) sono indici del carattere derogabile della norma.

Non sempre, peraltro, gli indici di riferimento testuale sono sufficienti a risolvere il problema: in tali ipotesi per stabilire se una norma sia imperativa o dispositiva bisogna indagare quale sia la volontà del legislatore secondo le regole ermeneutiche che saranno esaminate più avanti (*infra* Cap. 3).

Tra le norme derogabili, in dottrina²⁴ si usa, poi, individuare un’ulteriore categoria di norme, dette **suppletive**, le quali troverebbero applicazione quando i privati non abbiano provveduto a disciplinare un determinato aspetto della fattispecie, in relazione al quale sussiste, dunque, una lacuna nella regolamentazione negoziale che verrebbe colmata dalla volontà della legge oppure attraverso la valutazione del giudice.

Quest’ultima, si forma attraverso i criteri di giudizio dell’equità e della buona fede.

²⁴ Tra gli altri, v. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 488; critico è invece IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., 90-91, in ordine alla distinzione tra norme dispositive e norme suppletive poiché “*fondata sulla mancanza o sulla lacunosità dell’accordo delle parti*”.