

CAPITOLO 2

FONTI DEL DIRITTO

- Atti o fatti idonei alla produzione delle regole di diritto. Si dividono in:
- **FONTI DI PRODUZIONE** → modi di formazione delle norme giuridiche
 - **FONTI DI COGNIZIONE** → testi che contengono le norme giuridiche già formate

Le fonti che interessano il nostro paese sono:

- **FONTI DI DIRITTO NAZIONALE** → basate sulla sovranità dello Stato italiano
- **FONTI DI DIRITTO SOVRANAZIONALE** → basate sui poteri dell'Unione europea

PRELEGGI → Sono disposizioni preliminari del Cod. Civile che contengono norme generali per l'applicazione delle leggi, emanano nel 1942 che non tengono conto della Costituzione (1948), della Comunità europea (1957) né dell'autonomia legislativa delle regioni in attuazione della Costituzione (1970).

Si limitano ad indicare come fonti del diritto le leggi, i regolamenti e gli usi.

GERARCHIA DELLA NORMA

-
- ① Trattati e regolamenti dell'Unione Europea
 - ② Costituzione e leggi costituzionali
 - ③ Leggi ordinarie dello Stato
 - ④ Leggi regionali
 - ⑤ Regolamenti
 - ⑥ Usi

Le norme di grado superiore vincolano quelle di grado inferiore, se queste entrano in contrasto con quelle superiori, sono illegittime.

② **COSTITUZIONE** → È la **LEGGE FONDAMENTALE** della Repubblica e deve la sua posizione alla sua natura **RIGIDA**, per modificarsi serve un procedimento di **REVISIONE COSTITUZIONALE** (art. 138 Cost.) che ha valenza anche per le altre **LEGGI COSTITUZIONALI** gravate da **RISERVA DI LEGGE** (date materie non possono essere regolate con fonti di grado inferiore), può essere **ASSOLUTA** o **RELATIVA** (la legge ordinaria, nel regolare la materia, può fare rinvio a fonti di grado inferiore)

⚠ Una norma di legge in contrasto con la **COSTITUZIONE/LEGGI COSTITUZIONALI** è **COSTITUZIONALMENTE ILLEGITTIMA** e viene giudicata tale dalle **CORTE COSTITUZIONALE**.
Se la **CORTE COST.** dichiara **ILLEGITTIMA** una norma, questa cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza (**art. 136 Comma 1**) dotata di effetto generale

③ **LEGGI ORDINARIE** → Procedimento di formazione di norme regolato dall'art. 70 della Cost. (intese come fonte di produzione)
⚠ Tutti i Codici in vigore formati prima della Costituzione (durante la dittatura fascista) sono tuttora fonti di cognizione anche se **NON FORMATE** secondo i modi ordinari

❗ **DECRETI LEGGE** → (atti del governo avente forza di legge ordinaria) Il governo lo può emanare solo in casi di straordinaria necessità e urgenza (art. 77 comma 2 Cost.) che perdono la loro efficacia se non vengono convertiti in legge ordinaria dal parlamento **ENTRO 60 GIORNI**

DECRETI LEGISLATIVI → emanati dal governo per delega del parlamento sulla base di una **LEGGE DI DELEGAZIONE** che fissa i principi, i criteri, e l'oggetto dell'attività legislativa e il tempo entro il quale la delega deve essere esercitata (art. 76 Cost.)

④ **LEGGI REGIONALI** → Derivano dall'autonomia che la Costituzione riconosce alle regioni inerente solo a determinate materie (art. 117 Cost.)

❗ Comportano una limitazione interna alle sovranità dello Stato.

Non possono contrastare i principi fondamentali (art. 127 comma 4 Cost., art. 31 legge n° 87 del 1953)

Se lo Stato invade le competenze regionali, la regione può rivolgersi alla Corte Costituz. sollevando la **QUESTIONE di LEGITTIMITÀ** della legge statale (art. 32 legge n° 87 del 1953)

❗ Le leggi regionali non hanno competenza nel diritto privato e penale che sono di competenza legislativa dello Stato (art. 117 Cost.)

⑤ **REGOLAMENTI** → (Sono una fonte normativa subordinata alla legge) **NON** possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge (art. 4 prel.)
 Sulla loro legittimità giuridica ha competenza il giudice ordinario.
 Sono emanati dal governo o da altre autorità (art. 3 prel.), dalle regioni, comuni e province e da autorità diverse come la Banca d'Italia o la Consob.

Distinguiamo:

- **REGOLAMENTI GOVERNATIVI DI ESECUZIONE** → emanati per regolare materie già regolate dalla legge
- **REGOLAMENTI GOVERNATIVI INDIPENDENTI** → emanati per regolare materie non regolate da alcuna legge

DELEGIFICAZIONE → mira ad alleggerire le funzioni del Parlamento e rende più agevole l'attività di normazione.



Consente l'emissione di regolamenti con efficacia equivalente alla legge.

⚠ Legge n° 400 del 1988, art. 17 ha riconosciuto al governo il potere di emanare regolamenti indipendenti a meno che non si tratti di materie coperte da riserva di legge.

È possibile a 2 condizioni:

- Che la materia non sia coperta da **RISERVA ASSOLUTA DI LEGGE** per Costituzione
- Che una legge autorizzi il governo a disciplinare tramite regolamento una data materia fissando le regole generali alle quali il governo deve attenersi.

⚠ l. 400 del 1988 → Il governo può essere autorizzato ad **ABROGARE** per regolamento norme di legge precedenti con l'entrata in vigore delle norme regolamentari di abrogazione.

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

⑥ USI O CONSUETUDINI → fonte NON SCRITTA e NON STATUALE
 di produzione, consistono nelle
 pratiche COSTANTE ed UNIFORME
 di alcuni comportamenti, con la
 CONVINZIONE che siano giuridicamente
 obbligatori

Ogni decisione inerente alla loro
 esistenza ed efficacia spetta al giudice.

❗ PRASSI → Consueto modo di comportamento degli operatori
 di un dato settore (es: prassi delle banche)
 NON È USO COME FONTE DEL DIRITTO

❗ DIRITTO CONSUETUDINARIO nel sistema italiano si manifesta:

- Nelle materie non regolate da legge o regolamenti
 la consuetudine ha PIENA EFFICACIA in quanto la
 mancanza di norme statuale sottintende come lo Stato
 non ha interesse a regolare
- Nelle materie regolate da legge o regolamenti la
 consuetudine ha EFFICACIA SOLO IN QUANTO SIA DA
 ESSI RICHIAMATA - Nel cod. civile regola determinati
 rapporti con principi di carattere generale e rimette
 agli eventuali usi (art. 1326, 1374) o pone norme
 regolatrici di determinati rapporti, ma precise che
 non valgono se nella materia esiste un uso diverso (art. 892,
 1454)

❗ Eventuali raccolte scritte di usi, alle quali provvedono
 enti autorizzati (es: Camera di Commercio) NON TRASFORMANO
 gli usi in norme scritte ma provano solo l'esistenza
 dell'uso fino a prova contraria che può essere data
 con ogni mezzo (art. 9 prel.)

DIRITTO DELL' UNIONE EUROPEA

→ Si pongono ad un livello superiore rispetto alle fonti di diritto interno, incluse la Costituzione, IL TRATTATO SULL' UNIONE EUROPEA, IL TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL' UE, LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL' UE e I REGOLAMENTI emanati dal PARLAMENTO e DAL CONSIGLIO DELL' UE nelle materie fissate dai trattati.

❑ L'adesione all' **UNIONE EUROPEA** ha comportato una limitazione della sovranità dello Stato consentendo all' UE di esercitare, nelle materie stabilite, **DIRITTI POTERI NORMATIVI** (singoli paesi membri) e **POTERI GIURISDIZIONALI** (sentenze della Corte di Giustizia) per l'applicazione del **DIRITTO COMUNITARIO**.

↳ Il giudice dello Stato deve disapplicare le norme interne in contrasto con le norme dell' UE

❑ L' **UNIONE EUROPEA** produce **DIRETTIVE VINCOLANTI** ai singoli Stati membri per la formazione di un **DIRITTO EUROPEO UNIFORME** esercitando una funzione **INDIRETTA** nella creazione del diritto

EFFICACIA DELLA LEGGE NEL TEMPO

ENTRATA IN VIGORE DI LEGGI E REGOLAMENTI → Entrano in vigore dal 15° giorno successivo alla loro pubblicazione sulla **GAZZETTA UFFICIALE** diventando **OBBLIGATORIE** e **CONOSCIBILI** a coloro a cui sono rivolti

PRINCIPIO L'IGNORANZA DELLA LEGGE NON SCUSA → Le leggi/regolamenti sono **OBBLIGATORI** anche per coloro che non ne sono venuti a conoscenza (**CONOSCIBILITA' ASTRATTA**) (art. 5 cod. penale)

ABROGAZIONE ESPRESSA → Le leggi/norme cessano di avere efficacia per espresse disposizione di un'altra legge successiva (art. 15 prel), per referendum popolare (art. 75 Cost.) o per illegittimità costituzionale (art. 136 Cost.)

ABROGAZIONE TACITA → La legge/norma cessa di avere efficacia per incompatibilità con una nuova disposizione di legge o perché una nuova legge regola l'intera materia (art. 15 prel)

NON E' RETROATIVA → Assume valore di precetto costituzionale vincolante solo per le leggi penali, **NESSUNO** può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso (art. 25 comma 2)

⚠ **Rispetto al diritto privato**, l'irretroattività risulta sancita da una **NORMA GENERALE DI LEGGE ORDINARIA** in quanto derogabile da altre leggi che possono attribuirsi effetto retroattivo.

INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

L'applicazione delle legge traduce comando, particolari e concreti, quali sono le sentenze dei giudici e le generali ed astratte previsioni della legge.

Questa traduzione e' diretta a stabilire:

- a) Qual' e' la norma da tradurre in comando particolare e concreto volta a risolvere il caso
- b) Qual' e' il significato da attribuire alla norma applicabile o non applicabile (per decidere se una norma non e' applicabile occorre comunque la sua traduzione visto che le due non applicabilite' derivano dal significato delle norme stesse)

INTERPRETAZIONE → Deve essere svolta secondo criteri fissati dalla legge.

Art. 12 prel.: non si puo' attribuire, alla legge, altro senso se non quello fatto palese dal:

INTERPRETAZIONE TEOLOGICA

Intenzione del legislatore

Fu' d'ac luogo:

INTERPRETAZIONE LETTERALE

Significato proprio delle parole secondo la connessione di esse

INTERPRETAZIONE ESTENSIVA

Si attribuisce alle parole un senso più ampio del loro significato letterale (es: art. 3 cost.)

≠

INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA

Si dà alle parole un senso più ristretto, giudicato più aderente all'intenzione del legislatore (es: art. 117 cost.)

- ANALOGIA -

ogni ordinamento giuridico statale esige il **CRITERIO DELLA COMPLETEZZA**



Non ammette lacune in quanto deve essere in grado di trovare una soluzione per ogni eventuale conflitto che si può generare

APPLICAZIONE ANALOGICA DEL DIRITTO → Nel caso in cui una controversia non può essere risolta con una precisa disposizione si tiene conto di disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe (art. 12 prel.)

Di ogni norma di legge il giudice può fare una duplice applicazione:

• **APPLICAZIONE DIRETTA** → applica una norma ad un caso previsto dalla norma stessa

• **APPLICAZIONE ANALOGICA** → applica una norma ad un caso analogo rispetto a quello previsto dalla norma scelta

↳ **art. 14 prel.)** Incontro dei limiti nelle:

• **NORME PENALI** → perché nessuno può essere punito se non per un fatto espressamente previsto per legge come reato (art. 1 cd. pen)

• **NORME ECCEZIONALI** → Norme che fanno eccezione a norme generali. In questo caso, il giudice dovrà applicare la norma generale anche se, in casi simili, il legislatore gli ha apporato un'eccezione

LEGISLATORE = IDEALE CREATORE del sistema legislativo

PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELLO STATO (art. 12 prel) → Sono principi non scritti che si ricavano da una pluralità di norme che rappresentano direttive fondamentali alle quali, si presume, si sia ispirato il legislatore. Si usano quando il giudice non trova norme generali o analoghe per poter risolvere il caso.

PRECEDENTE GIUDIZIARIO → NON È PRESENTE NEL NOSTRO SISTEMA
 È una decisione contenuta in un provvedimento giurisdizionale pronunciato in passato da un giudice nell'ambito di un processo in merito ad un fatto uguale o analogo a quello in esame.

⚠ Non vieta di dare importanza a sentenze date da più giudici ad un medesimo fatto interpretativo o ausiliarie sentenze della Cassazione.

UFFICIO DEL MASSIMARIO → Presso la Cassazione, è un elaboratore elettronico che memorizza (per massime) tutte le sentenze emanate dalla Cassazione.

INTERPRETAZIONE SECONDO IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA → Espressamente enunciato nell'art. 1 comma 4 legge n° 287 del 1990 sulla tutela della concorrenza e del mercato.
 Impone una interpretazione in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee in materia di disciplina della concorrenza.

➔ RINVIO ALLA LEGGE STRANIERA

➔ Ogni Stato può stabilire che a certi rapporti si applichi il diritto di un altro Stato, in forza di una norma di diritto statale che rinvia al diritto di altro Stato la regolazione di certi rapporti.

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

➔ È costituito da norme che disciplinano i rapporti giuridico-privati che presentano elementi di estraneità rispetto a un determinato ordinamento statale.

CONVENZIONI INTERNAZIONALI

➔ Stipulate dagli Stati i quali si impegnano ad adottare norme omogenee di dir. priv. internazionale e concordano i criteri in base ai quali ciascuno Stato applica il proprio diverso diritto.

❗ Ciascuno Stato risolve il conflitto facendo valere sia la propria sia le altre norme di dir. priv. internazionale; vale il principio secondo il quale, quando la legge dello Stato rinvia ad una legge straniera, questa va applicata tenendo conto del rinvio da essa fatto ad altra legge sempre che il rinvio sia ammesso anche dalla legge straniera o si tratti di rinvio alla legge italiana (art. 13 legge n° 218 del 1995).

- 3 CONVENZIONI:
- Conv. dell'Aja 1905 (matrimonio)
 - Conv. di Ginevra 1930 e 1931 (conflitti di legge in materia di cambiale e assegno)
 - Conv. di Roma 19 giugno 1980 (obbligazioni contrattuali) sost. dal Regolamento 864/2007 (obbl. extracontr.) e 593/2008 (obbl. contrattuali)

LEGGI NAZIONALI

→ Criterio per il quale il giudice italiano applica il diritto italiano o straniero a seconda che si tratti di regolare rapporti relativi a cittadini o stranieri.

- Si applica la legge naz. dello straniero per cui che riguarda lo stato e la capacità delle persone (art. 20 e 23 legge n° 218 del 1995) e ai rapporti di famiglia (art. 29 e 30 e 218 1995)
- Le persone giuridiche sono regolate dalla legge del luogo dove sono state costituite ma si applica la legge italiana se la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'ente si trova in Italia (art. 25 l. 218 del 1995)
- Rapporti misti; a ciascuna delle parti si applica la propria legge nazionale (art. 27 l. 218 del 1995)
Per specifici rapporti valgono diversi criteri:
 - Nei rapporti personali fra coniugi di diversa nazionalità vale la legge dello stato dove si svolge prevalentemente la vita matrimoniale, e questo vale anche per la separazione ed il divorzio (art. 29 e 31 l. 218 del 1995)
 - Se è applicabile il Reg. 1259/2010/UE relativo ad una cooperazione rafforzata in materia di separazione e divorzio, si applica la legge scelta di comune accordo dalle parti
- Si applica alle successioni e cause morte: si applica la legge nazionale del defunto ovunque si trovino i beni ereditari (art. 46 l. 218 del 1995)

LEGGE DEL LUOGO

→ Vale in materia di possesso, proprietà ed altri diritti reali su beni mobili o immobili (art. 51 e 218/1995)

- La propr. di stranieri in Italia è regolata da legge italiana (e viceversa)
- Per le obbl. da contratto (Reg. 593/2008, cd Rome I) si applica la legge del paese nel quale risiede la parte che deve eseguire la prestazione (se pers. giuridica, dove fa l'amministrazione centrale) al momento della conclusione del contratto fatto salvo diversa volontà delle parti al momento della conclusione, o successivamente, del contratto (**CRITERIO PRIORITARIO** per la scelta della legge)

☐ Le parti possono scegliere la legge nazionale di uno dei due contraenti o quella di un paese terzo; possono sottoporre il contratto per certi aspetti ad una legge nazionale e per altri aspetti ad un'altra legge (**SHOPPING DEL DIRITTO**) e la scelta può anche essere imposta (es: lingua di stipula del contratto o clausola relativa alla nazionalità del giudice in caso di controversie)

☐ Regolamento dell'Unione Europea del 17 giugno 2008 n° 593 → Introduce il criterio della legge scelta dalle parti, del venditore o del prestatore di servizi o la legge del paese di dove è situato l'immobile, per risolvere il conflitto

- Per le obbligazioni di fatto illecite vale la legge del luogo dove si è verificato l'evento (Reg. del Parlamento Europeo e del Consiglio del 11 luglio 2007 n° 864) e vale anche per arricchimento senza giusta causa, gestione d'affari altrui e responsabilità precontrattuale.

☐ La promessa unilaterale è regolata dalla legge del luogo in cui viene manifestata (art. 58)

TRATTAMENTO DELO STRANIERO

→ Nelle materie in cui si applica la legge italiana, lo straniero è sempre sottoposto agli obblighi previsti, ma può godere dei diritti civili riconosciuti dall'ordinamento italiano solo a CONDIZIONE DI RECIPROCA (art. 16 prel)

↳ Limitato dall'art. 2 delle Cost., in quanto l'uomo gode di diritti inviolabili, lo straniero quindi è protetto nei suoi diritti inviolabili indipendentemente dalla reciprocità.

□ Legge n° 40 del 6 marzo 1998 : Condizioni dello straniero

◦ d.lgs n° 286 del 25 luglio 1998 : testo unico sull'imm. e cond. dello straniero

◦ art. 2 d.lgs 286 25 luglio 1998 : dispone che allo straniero, sulla frontiera / territorio dello stato, sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona

◦ art. 2 comma 2 d.lgs 286 25 luglio '98 : stabilisce che lo straniero, regolarmente soggiornante, gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano salvo che le conv. internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente.

◦ Limitazione di applicazione per l'art. 16 delle preleggi : la condizione di reciprocità vale per gli stranieri non soggiornanti in Italia e per i non regolari

◦ art. 16 prel. : non sono stranieri i cittadini dell'UE che ai sensi del d.lgs 286 del '98 non sono considerati stranieri (art. 1) e che per l'art. 21 del Trattato sul funzionamento dell'UE hanno diritto di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

- ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE -

Il diritto straniero non può essere applicato sul territorio italiano quando i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico (art. 16 comma 1 e 218 del 1995)

ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE → È diverso dall'ordine pubblico interno, si fa riferimento ai principi fondamentali di civiltà giuridica che sono posti alla salvaguardia dei valori umani o sociali

Sono da considerare: essenziali

- Principi fond. della Cost. italiana
- Princ. fond. relativi ai diritti e doveri dei cittadini
- Princ. fond. riconosciuti dai Trattati fondativi
- Princ. fond. riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

- CONOSCENZA DEL DIRITTO STRANIERO -

Il giudice deve conoscere il diritto straniero in quanto potrebbe applicarlo (art. 14 e 218 del 1995)

↓
PRINCIPIO SECONDO IL QUALE IL GIUDICE CONOSCE DIRITTO (IURA NOVI CURIA) → Vale per tutti i tipi di diritto