

Massimo Paradiso

Corso di Istituzioni di diritto privato



DODICESIMA EDIZIONE



Giappichelli

INTRODUZIONE

CAPITOLO 1 SOCIETÀ E DIRITTO

SOMMARIO: 1. Società e regole di condotta. – 2. Regole sociali e regole giuridiche. – 3. Nozione di norma giuridica. – 4. Pluralità degli ordinamenti giuridici. – 5. Diritto e giustizia. – 6. Il diritto naturale. – 7. *Segue*. Storicismo, positivismo e dottrina pura del diritto. – 8. Neogiusnaturalismo e problemi di giustificazione del diritto. – 9. Consenso, giustizia e forza.

1. *Società e regole di condotta.*

La vita associata presuppone delle regole che disciplinino il comportamento dei singoli e, così, stabiliscano che cosa è permesso fare e che cosa è vietato, quale sia l'ambito di libertà di ciascuno e quali i comportamenti che i consociati debbono obbligatoriamente tenere. In mancanza di regole di tal genere viene meno la stessa possibilità di instaurare rapporti fra gli uomini, anche di semplice contatto, e tanto più, dunque, la possibilità di creare una qualsiasi organizzazione sociale.

La vita associata, d'altra parte, si presenta come esigenza e dimensione irrinunciabile per l'individuo, che già alla nascita sperimenta la realtà del bisogno e, così, la necessità di un *rapporto* con altri – e in primo luogo con i genitori – senza il quale l'individuo stesso non sopravvivrebbe. Del resto pur l'individuo adulto che, in ipotesi, fosse in grado di provvedere autonomamente ai propri bisogni, constata che una più completa soddisfazione di essi si realizza tramite la collaborazione con altri esseri umani, sì che l'uomo si trova, anche per questo, naturalmente inclinato alla vita associata. Carattere coesistenziale all'uomo è perciò la sua *relazionalità*, l'essere in (necessario) rapporto con altri esseri umani, sì che l'esigenza di una rego-

lamentazione di tali rapporti è connaturale all'uomo, costituendo necessaria premessa di qualsiasi piano o progetto che voglia 'rimediare' a quella finitezza.

Si pone, pertanto, l'esigenza di *regole di organizzazione* della società e di *regole di condotta* nei rapporti fra gli uomini: è questo, in termini molto semplificati, il fenomeno del «diritto», che si presenta dunque come l'*insieme delle regole di condotta e di organizzazione di una collettività umana*. È del resto osservazione corrente quella relativa al nesso strettissimo e necessario tra società e diritto, nel senso che non si dà società, per quanto rudimentale o primitiva, senza regole sulla sua organizzazione e sui rapporti reciproci fra i suoi membri (*ubi societas, ibi ius*), e, per converso, una regolamentazione dei rapporti tra gli esseri umani, per quanto elementare, dà luogo a una forma sia pur minima di società (*ubi ius, ibi societas*).

Con riferimento alle società odierne, è agevole constatare la presenza di numerosissime regole: esse predeterminano la condotta umana e rendono perciò possibile una ordinata convivenza basata (anche) sulla previsione o attesa di determinati comportamenti altrui con cui coordinare la propria attività.

Si rende possibile così, anzitutto, prevenire i conflitti (ad es., circa l'appropriazione di un bene della vita) delimitando le sfere di ciò che a ciascuno è garantito. Ciò comporta, di riflesso, la determinazione di ciò che agli altri non è consentito – in quanto spettante ai primi – e consente altresì di qualificare come *deviante* il comportamento di chi non si adegua alla norma di condotta e di prevedere poi *conseguenze negative* per tale violazione.

2. Regole sociali e regole giuridiche.

Non tutte le regole che rendono possibile una ordinata convivenza sociale sono anche norme 'giuridiche'; vi sono numerose regole che, pur disciplinando i comportamenti umani, sono estranee alla sfera del diritto appartenendo ad ambiti diversi: la religione, la morale, il costume.

Così, soccorrere i bisognosi è regola religiosa e morale, non anche giuridica; salutare i conoscenti e cedere il posto agli anziani sono regole di cortesia, non anche norme che la società organizzata assume come proprie, garantendone l'osservanza. Altre regole invece sono al contempo precetti morali (o religiosi) e giuridici: tenere fede alla parola data, non rubare, pagare i debiti, e così via.

Non v'è tuttavia, al riguardo, un rapporto costante e univoco: sinteticamente, può dirsi che costituiscono (oggetto di) regole giuridiche soltanto i comportamenti che ciascuna società, in modo variabile nel tempo e nello spazio, ritiene essenziali, o almeno importanti, per il perseguimento dei propri fini. In concreto perciò si prospetta un diverso, possibile atteggiarsi dei *rapporti fra le norme giuridiche e le altre regole* di convivenza. Può aversi infatti *coincidenza* di valutazioni: ad es., non uccidere è precetto insieme religioso, morale e giuridico; può darsi poi *indifferenza* reciproca tra le due sfere: le regole di cortesia, i rapporti di amicizia e sentimentali, pur di grande rilievo nella vita umana, sono di norma irrilevanti per il diritto. Ma può aversi, ancora, un *conflitto* fra quanto prescritto da una norma etica o religiosa e l'ordinamento della società politica: si pensi ad es. ai casi di rifiuto di trasfusioni di sangue per motivi religiosi.

Non v'è, dunque, coincidenza necessaria tra le prescrizioni giuridiche e le altre prescrizioni morali o sociali e il nostro è uno degli ordinamenti nei quali è più nettamente marcata la distinzione tra i due tipi di regole. Sarebbe tuttavia erroneo ritenere che la distinzione significhi anche separatezza o indifferenza reciproca: per un verso è indubbio che, di regola, il rispetto delle norme giuridiche costituisce anche puntuale precetto morale; per l'altro, le regole etiche innervano tutto l'ordinamento giuridico e più in generale l'intera organizzazione sociale, che semplicemente non potrebbe sopravvivere senza di esse: sarebbe come un corpo senz'anima e senza vita.

Regole morali e regole giuridiche comunque non si identificano le une con le altre e si pone allora l'esigenza di *distinguere le norme giuridiche dalle altre regole* e, in particolare, di accertare se le norme giuridiche si caratterizzano per un loro *specifico contenuto* o carattere intrinseco.

3. *Nozione di norma giuridica.*

L'impostazione più diffusa ritiene che il carattere distintivo delle norme giuridiche vada individuato nella presenza di una *sanzione*, cioè di una *conseguenza negativa* prevista per il caso di violazione delle norme stesse: ad es., la restituzione delle cose rubate o il risarcimento dei danni, il pagamento di una multa o la reclusione, e così via.

A questo proposito obiettano alcuni che *tutte* le regole di condotta, giuridiche e non, sono caratterizzate da una conseguenza sfavorevole, o sanzione, per il caso della loro inosservanza. E quindi tale estremo non sarebbe sufficiente a differenziare le une dalle altre.

In realtà, è agevole rilevare che non vi è omogeneità nel tipo di sanzioni previste per le varie regole: altro è la *riprovazione sociale* per chi spettegola sul conto altrui, altro è la *condanna penale* per diffamazione e la *condanna civile* al risarcimento dei danni. E ancora, mentre la riprovazione sociale è spontanea e può essere più o meno intensa (in relazione alle circostanze e alla sensibilità del gruppo di cui il soggetto fa parte) fino a poter mancare del tutto, la sanzione giuridica – ricorrendo le relative condizioni – *deve* essere irrogata e ne viene poi garantita, da appositi organi, *l'esecuzione coattiva*. In altre parole, mentre nelle regole sociali la sanzione è soltanto *possibile, indeterminata* nella sua 'portata' e affidata alla *spontanea reazione* dei membri del gruppo, la sanzione giuridica è anzitutto *predeterminata* nel contenuto e verrà poi *necessariamente irrogata*, in quanto affidata ad *appositi organi* che hanno istituzionalmente il compito di far rispettare le regole giuridiche.

Appare corretta pertanto la definizione delle *norme giuridiche* – o *diritto in senso oggettivo* – come l'insieme delle *regole di condotta garantite da una organizzazione sociale*. «Diritto», in tale accezione, è il complesso delle norme e prescrizioni che formano l'«ordinamento giuridico» di un "gruppo sociale organizzato", sia esso la società politica generale (lo Stato), sia esso un gruppo più ristretto (e v. § seguente).

In tal modo si coglie la differenza essenziale tra norme giuridiche e norme (soltanto) sociali; differenza, che va ricondotta essenzialmente al diverso grado di coesione e di organizzazione del gruppo di cui la regola è espressione. Può dirsi anzi che, ove manchi un minimo di organizzazione nel gruppo, non si oltrepassa la soglia del pregiuridico, del *meramente sociale* e la regola non può qualificarsi come giuridica in senso proprio. A tal fine occorrerà che il gruppo si strutturi organizzativamente in una istituzione o, come anche avviene, che la regola, originatasi nel corpo sociale diffuso o in un ambito più ristretto, venga recepita come propria da un "ordinamento giuridico". Così, le regole di correttezza diffuse in un certo ambito (ad es., tra i commercianti) possono venire recepite nelle norme deontologiche (o "ordinamento giuridico") della relativa associazione professionale – divenendo vincolanti per tutti gli aderenti – o nell'ordinamento giuridico statale, divenendo in tal caso obbligatorie per tutti i cittadini. Con qualche approssimazione allora può dirsi che si è in presenza di un *ordinamento giuridico* quando, con riferimento a un determinato gruppo sociale:

- 1) sussiste un minimo di norme fra loro coerenti e coordinate;
- 2) sono previste specifiche sanzioni per la loro violazione;
- 3) esistono degli organi che hanno il compito di applicare tali sanzioni e di introdurre o modificare le regole di condotta per gli appartenenti al gruppo.

Le norme giuridiche, in conclusione, sono espressione di un gruppo sociale organizzato e disciplinano la vita stessa del gruppo.

4. *Pluralità degli ordinamenti giuridici.*

Se dunque la “giuridicità” delle norme si collega all’esistenza di un *gruppo sociale organizzato*, deve riconoscersi che non esiste un solo ordinamento, bensì una *pluralità di ordinamenti giuridici*: tanti quanti sono i gruppi organizzati che abbiano le caratteristiche di cui s’è detto.

Nell’esperienza storica contemporanea le società dotate del maggior grado di coesione e di organizzazione sono quelle strutturate in Stati nazionali, e il *diritto statale* anzi, come si vedrà, si pone in via di fatto in posizione di *preminenza* rispetto agli altri. Ma costituiscono inoltre ordinamenti giuridici sicuramente sovrani, e cioè indipendenti, il *diritto internazionale* – come ordinamento che rivolge le proprie norme direttamente agli Stati – e il *diritto canonico*, di cui sono destinatari i fedeli della Chiesa cattolica.

Meno pacifico, o addirittura contestato, è che costituisca un vero e proprio ordinamento giuridico l’ordinamento dei gruppi minori o infrastatali, e in particolare quello delle associazioni, dei partiti politici, dei sindacati. Tuttavia, ove si abbia riguardo alla concreta strutturazione e alla vita di tali gruppi, sembra difficile negare tale caratteristica: si pensi, ad es., al complesso regolamento della Federazione calcistica, alle regole imposte alle squadre e ai singoli giocatori, agli organi di giustizia sportiva, alle sanzioni – a volte patrimonialmente relevantissime – previste per la violazione delle norme.

Vero è piuttosto che la pluralità degli ordinamenti prospetta in termini più ampi – di rapporti e/o conflitti fra gruppi sociali – quel problema dei rapporti e delle interferenze reciproche che già si pone in via generale per le regole di condotta di diversa origine (v. *supra*, § 2). L’esperienza contemporanea è caratterizzata dalla *preminenza* dell’apparato e dell’ordinamento dello Stato. Esso infatti si presenta come il gruppo meglio organizzato e di maggiore complessità sia quanto a normazione giuridica, sia quanto alla detenzione del potere, cioè della forza, per realizzare la coattiva osservanza delle regole (ciò che manca ad es. al diritto internazionale, per la riluttanza degli Stati a sottomettersi ad una superiore autorità, e al diritto canonico, anche per la peculiarità dei suoi fini). Si aggiunga che lo Stato si presenta oggi come una *società politica a fini generali*, con fini cioè non predeterminati o circoscritti, e tende anzi ad estendere la sua azione fino ad accompagnare l’individuo, come è stato detto, «dalla culla alla tomba».

In un modo o nell’altro, pertanto, i vari ordinamenti giuridici devono fare i conti con l’ordinamento statale e, sinteticamente, può dirsi che la

preminenza di cui s'è detto si traduce nella *subordinazione* degli altri ordinamenti al diritto dello Stato. Le loro prescrizioni infatti in tanto potranno trovare applicazione in quanto non confliggano con esso. In altre parole, l'ordinamento statale consente l'attuazione delle norme di altri ordinamenti soltanto se esse risultano *compatibili* con le sue prescrizioni; in caso diverso, tali norme non potranno trovare applicazione e le condotte ad esse conformi ben potranno risultare illecite.

Di tale regola costituiva espressione esemplare l'art. 31 disp. prel. al c.c., a tenore del quale «le leggi e gli atti di uno stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente ... [non] possono avere effetto nel territorio dello stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume», e cioè a principi e regole ritenuti fondamentali dallo Stato italiano (v. § 35.6). Tale norma è stata di recente formalmente soppressa – nel quadro del riordino complessivo della specifica materia in cui si inseriva –, ma il relativo principio deve ritenersi tuttora vigente, emergendo da una interpretazione sistematica.

Si prospetta allora un problema di rapporti (nonché di potenziale conflitto) fra i diversi sistemi giuridici la cui 'definizione', nel quadro della ricordata preminenza del diritto statale, può essere così sintetizzata.

Può darsi anzitutto una reciproca *irrilevanza*: così è, ad es., per i precetti soltanto religiosi, la cui violazione o adempimento non rileva in linea di principio per l'ordinamento dello Stato. Può darsi poi *riconoscimento*, nel senso che le norme estranee vengono "fatte proprie" dal diritto statale, che può prestare assistenza alla loro attuazione (ad es., per le norme di stati esteri, alcune norme del diritto canonico, gli statuti di associazioni, etc.: v. § 3.7). Può darsi infine *incompatibilità* (ad es., con le leggi straniere che ammettono la bigamia), con conseguente disapplicazione di tali previsioni ed eventuale reazione volta a ripristinare l'ordine pubblico turbato. Di alcune questioni specifiche, relative ai rapporti tra diversi ordinamenti giuridici, diremo brevemente nel prosieguo (§ 3.7).

5. Diritto e giustizia.

Il diritto, dunque, è espressione di un gruppo sociale e tende ad assicurare l'ordinata convivenza dei suoi membri e l'appagamento dei bisogni umani in vista dei quali è costituito il gruppo stesso. È ovvio d'altra parte che non qualsiasi disciplina, se pure assicura l'ordine, garantisce la migliore soddisfazione di quei bisogni, ma soltanto quella che dia «a ciascuno il suo», in quanto attua una *equa*, e cioè ottimale, ripartizione delle risorse e

una *giusta* articolazione dei rapporti umani. Una norma, ad es., che semplicemente ammettesse la libera appropriazione dei beni – senza neppure il limite ‘minimo’ del rispetto di precedenti appropriazioni – sarebbe in contraddizione con se stessa, perché equivarrebbe a dire che non v’è altra regola se non quella della forza; sarebbe perciò una non-regola, la negazione del concetto stesso di norma per l’azione e perciò della fondamentale relazionalità dell’uomo (oltre che, naturalmente, fonte di negazione e di dissoluzione del gruppo sociale).

Ora, se l’esigenza di *giustizia* nelle norme è in sé evidente, in quanto connaturata all’idea stessa di regola, non è affatto semplice dire in che cosa consista in concreto la giustizia, quale sia il ‘suo’ che spetta a ciascuno. Nondimeno, l’aspirazione alla giustizia del diritto ha accompagnato costantemente la riflessione filosofica e politica sul tema che, accanto al *diritto positivo* (o *ius in civitate positum*, e cioè il diritto concretamente vigente in una società), ha sistematicamente fatto riferimento al *diritto naturale*, come *ordinamento* o insieme di principi non arbitrari, *legato alla natura e alla ragione umana* di là dalle contingenze storiche e dal volere dei principi, nella aspirazione a fondare una convivenza umana basata sulla forza della ragione, piuttosto che sulle ragioni della forza.

6. Il diritto naturale.

La prima espressione di tale esigenza rimasta emblematica si deve a Sofocle che, nel V sec. a. C., la tratteggiò nei suoi termini essenziali nella protagonista di una tragedia: Antigone. Costei, violando il divieto del tiranno Creonte, diede sepoltura al cadavere del fratello (che aveva combattuto contro di lui) affermando che, al di là della legge vigente, avvertiva nel suo cuore una legge superiore, quella che impone pietà per i defunti, alla quale sentiva di dovere obbedienza. Seppellisce dunque il fratello e affronta la punizione prevista per i trasgressori.

Storicamente, l’espressione diritto naturale si deve ad Aristotele (IV sec. a.C.), il quale non esitò a riconoscere l’esistenza di un diritto *universale*, come diritto non scritto di cui tutti gli uomini hanno intuizione, in quanto legato alla *natura razionale e sociale dell’uomo*, e perciò idoneo a prevalere sul diritto storicamente vigente nelle diverse società. A lui si deve inoltre la definizione di giustizia che è rimasta insuperata ed è comunemente condivisa: *giustizia significa dare a ciascuno il suo* (*unicuique suum tribuere* è l’espressione latina trasmessaci dalla tradizione).

L’esigenza e l’aspirazione a una superiore giustizia, oltre i limiti del di-

ritto positivo, operò profondamente nella cultura giuridica romana, finendo col trasformare incisivamente l'intero sistema giuridico. Conformemente peraltro allo spirito essenzialmente pratico della civiltà latina, non ci si prospettò in termini teorici il problema del fondamento di tale superiore giustizia. Fu piuttosto l'opera del pretore che venne lentamente integrando il diritto positivo, man mano che l'espansione romana rendeva più frequenti i contatti con altri popoli. In particolare, il *praetor* temperò l'originario rigore formalistico del *ius civile* col cd. *ius gentium*, e cioè con principi e regole fondati sulla ragione e sulla buona fede che, in quanto tali, sono condivise da tutte le genti e costituiscono patrimonio comune dell'umanità.

Tappa fra le più significative della riflessione sul diritto naturale è quella segnata da san Tommaso d'Aquino (XIII sec.) che inquadrò il problema, nella *visione teocentrica* tipica della filosofia Scolastica, nel rapporto con la legge divina da un lato e la legge umana (o diritto positivo) dall'altro. La *legge divina* è rivelata direttamente da Dio tramite le Scritture; la *legge naturale* è la legge eterna scritta da Dio nell'ordine della natura ma *scoperta* dall'uomo con il retto uso della ragione; la *legge umana* è posta dagli uomini, in maniera storicamente variabile, e vincola in coscienza ove sia *giusta*: ove non violi cioè né la legge divina né quella naturale. La legge naturale, così, si configura come un esempio da seguire e, comunque, come un *limite* da non travalicare.

Al *giusnaturalismo* (un movimento filosofico e giuridico del XVII sec.) si deve l'elaborazione più complessa, e di maggiore 'successo' storico, dell'idea di diritto naturale. Anche in esso la legge di natura è legata alla ragione, ma con un essenziale mutamento di prospettiva rispetto alla filosofia medievale. La *prospettiva antropocentrica*, emersa dall'umanesimo e dal rinascimento, indusse a vedere nella *ragione* non un semplice strumento (per scoprire ciò che è già oggettivamente insito nella natura delle cose), bensì lo stesso *fondamento* di una legge che è *universale e immutabile* in quanto legata a un dato costante nel variare delle civiltà e dei tempi: la natura razionale e sociale dell'uomo. Il diritto naturale perciò, come insieme di *principi eterni e immutabili*, viene a costituire non più soltanto un *limite esterno* da non travalicare (come nell'impostazione di san Tommaso), bensì un *modello* per la legge positiva, prospettando l'esigenza di un sistematico adeguamento delle leggi al modello del diritto naturale.

Tale compito, in effetti, fu affrontato dal movimento di pensiero che va sotto il nome di illuminismo (XVIII sec.) e culminò da un lato nella «Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo», proclamata dalla assemblea

rivoluzionaria francese, e dall'altro nell'imponente opera di *codificazione*, e cioè di 'riscrittura' e razionalizzazione di tutta la legislazione allora esistente in testi normativi unitari e sistematici (appunto, i «codici»), che impegnò praticamente tutti gli Stati europei continentali nel corso dell'800.

7. Segue. *Storicismo, positivismo e dottrina pura del diritto.*

Il *romanticismo* segnò la temperie culturale del XIX secolo nel segno di una decisa reazione al "freddo razionalismo" del «secolo dei lumi». Più specificamente, lo *storicismo*, nel quadro di una esaltazione della tradizione storica e dello 'specifico' culturale e sociale di ciascun popolo, respinse decisamente l'idea di una legge universale ed eterna. Il diritto, si osservò, muta storicamente in connessione con le diverse civiltà che si succedono nel tempo e nello spazio: è pertanto prodotto dalla cultura dei diversi popoli, si evolve con essa e ne è condizionato totalmente.

La critica dei fondamenti teorici del giusnaturalismo fu condotta a termine dal *positivismo giuridico*, espressione di un più ampio movimento filosofico – appunto, il positivismo – che fu il vero denominatore culturale del secolo XIX: le scoperte sempre più esaltanti della scienza e le sorprendenti realizzazioni della tecnologia determinarono una cieca fiducia nel *progresso*, come processo inarrestabile e in costante ascesa che avrebbe determinato un progressivo, sicuro miglioramento di quelle che furono definite «le magnifiche sorti, e progressive» dell'umanità. È alla scienza che spetta dunque il ruolo di guida della società e la scienza giuridica, se *scientifica* vuole essere, può occuparsi solo di indagare la realtà 'oggettiva' delle norme positive, per come esse sono in un dato momento storico, non può affrontare questioni 'soggettive' e opinabili come i valori etici e la giustizia. Compito della scienza giuridica sarà pertanto lo studio e l'interpretazione del diritto (positivo) come è, non come si vorrebbe che fosse.

Infine, la cd. *dottrina pura del diritto* (elaborata in particolare nel secolo XX) portò alle estreme conseguenze tale impostazione, escludendo radicalmente il problema della giustizia dalle questioni in senso proprio giuridiche: le norme, si affermò, sono giuridiche se ed in quanto formalmente poste dagli organi ai quali, nei diversi ordinamenti, spetta tale compito. Verificata la loro *regolarità formale*, il diritto resta valido e vincolante pur se ingiusto, né, comunque, è compito del giurista occuparsi di tali problemi.

8. *Neogiusnaturalismo e problemi di giustificazione del diritto.*

Il positivismo giuridico e la dottrina pura del diritto, nel respingere come non pertinente il problema della giustizia, muovono da avvertite esigenze di rigore e da scrupoli di oggettività che, in effetti, sono essi stessi coerenti ai bisogni che fondano l'esigenza di una disciplina giuridica, posto che la *certezza del diritto* favorisce indubbiamente l'ordine e costituisce essa stessa centrale istanza di giustizia. Al contempo, però, tali impostazioni trascurano l'esigenza fondamentale per cui l'esperienza sociale pone le

regole giuridiche: l'esigenza non è quella di assicurare un *qualsiasi ordine*, bensì un ordine che sia anche *giusto*. Inoltre, tali impostazioni muovono in realtà da un presupposto implicito e nient'affatto scientifico: la convinzione circa la 'giustizia' complessiva del sistema che si sforzano di chiarire e interpretare scientificamente.

Non a caso, d'altra parte, la seconda metà del '900 ha conosciuto un rifiorire degli studi sul diritto naturale (cd. *neogiusnaturalismo*): invero, le impostazioni positivistiche hanno fornito uno dei supporti teorici per legittimare le barbarie di cui il secolo scorso si è reso responsabile, discriminando ed eliminando fisicamente milioni di persone, appartenenti a "razze inferiori" o a "classi ostili". Se invero si ritiene regola di diritto quella (e solo quella) che è formalmente posta come tale, né sono configurabili limiti intrinseci o interni alle prescrizioni della legge, nessun rimprovero dovrebbe potersi muovere a chi ha emanato ad es. le norme sull'eugenetica razziale né a chi si è materialmente prestato alla loro attuazione. E se tale conclusione ci ripugna invincibilmente, è segno che, per quanto gravi siano le difficoltà a precisare che cosa è giusto e che cosa non lo è, non si può puramente e semplicemente espellere il problema della giustizia dalla nozione di diritto.

Breve è stata la stagione del neogiusnaturalismo, ben presto travolta dal neopositivismo e dalla diffusa convinzione della impossibilità di arrivare a una intesa comune sulla verità, rifiutando così la stessa idea di diritto naturale. Ma che questo debba consistere in un sistema giuridico *universale, perenne e immutabile* lo avevano affermato solo gli illuministi del '700 che, ritenendo infallibile la ragione umana, ne avevano fatto la stessa 'materia' con cui costruire a tavolino un intero sistema di diritto razionale. Per contro, la filosofia Scolastica, consapevole della fallibilità della ragione umana, l'aveva considerata come un semplice *strumento*, un *lume* che consente di *scoprire* un dato ritenuto oggettivo: le regole naturali che si trovano iscritte nelle cose e nel cuore dell'uomo, *per quel tanto di esse che la ragione umana, in modo variabile nel tempo e nello spazio, è in grado di percepire*. Si comprende così che, come progrediscono le conoscenze scientifiche, così si può progredire nella conoscenza, nella scoperta del diritto naturale, 'scorgendo' cose che ieri non si vedevano e dando così ragione del variare delle idee in proposito nel tempo e nello spazio. E del resto, se pure si parla raramente di diritto naturale, inesausta è la ricerca, e la rivendicazione, di sempre nuovi diritti e tutele per la persona umana.

9. *Consenso, giustizia e forza.*

La gran parte degli ordinamenti attuali, basati su sistemi di democrazia rappresentativa, fondano essenzialmente la loro legittimazione sul consenso popolare, mentre la dialettica di partiti e ideologie, collegata alle libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, assicurano la partecipazione di tutti alle decisioni di comune interesse. Pertanto, almeno gli aspetti di maggiore importanza dell'organizzazione sociale tengono conto, sia pure con vari compromessi, delle esigenze di tutti, assicurando indirettamente (quella che riteniamo) una accettabile ripartizione delle risorse ed una complessiva *giustizia* del sistema, almeno nel senso che dà un minimo di garanzie a tutti.

E se il sistema democratico è comunemente giudicato il migliore finora escogitato per assicurare più diffusa giustizia sociale, eguaglianza e partecipazione di tutti alle scelte di interesse generale – anzi, se vogliamo, ci appare talmente ‘giusto’ che ci è difficile immaginarne uno ad esso preferibile –, occorre però abbandonare l'idea che il *consenso* popolare garantisca, di per sé, la *giustizia* del sistema. Non ci si può illudere che i regimi dittatoriali si reggano soltanto sulla forza. Nessuna forza sarebbe bastevole se non vi fosse un consenso di fondo almeno sulle strutture globali e sulle scelte politiche complessive del sistema.

A tale riguardo anzi taluno paventa il rischio che la democrazia, proprio perché si affida alla regola del consenso, possa degradare a una “dittatura della maggioranza” che, in ipotesi, potrebbe conculcare i diritti delle minoranze o, al limite, comprimere o negare i diritti fondamentali dei singoli. Va considerato tuttavia che il sistema democratico non consiste nel mero rispetto formale delle regole, e in particolare della regola che conta il “numero dei voti”: al contrario, già per il fatto di attribuire uguale valore al “voto” di ciascuno pone a proprio fondamento l'uguale dignità e valore di ogni essere umano – che perciò non potrebbero essere negati senza inficiare in radice la stessa base fondativa del sistema – e come fine ultimo (e criterio regolativo della sua azione) la tutela della persona e il perseguimento del bene comune (come sintesi e somma riassuntiva del bene dei singoli). La questione richiederebbe più ampio discorso. Qui può essere sufficiente rammentare che la pari dignità delle persone implica anzitutto la pari rilevanza – in termini di rispetto, tutela, garanzia – di ogni essere umano «senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali» (art. 2 Cost.), tra le quali «condizioni», in particolare, vanno annoverate le ca-

pacità, le attitudini, lo stato di salute, l'età, l'eventuale debolezza economica o psichica (cfr. art. 21 Carta europea dei dir. fondamentali; ma sul principio di uguaglianza v. § 4.2).

D'altra parte, come dimostra l'esperienza quotidiana, pur i sistemi democratici non possono fare a meno della forza per garantire l'osservanza delle norme. Le ricorrenti utopie sull'avvento di un'era in cui il diritto diverrà inutile – perché la completa giustizia del sistema ne garantirà il rispetto spontaneo e totale – sono state puntualmente smentite dalla storia e, a ben vedere, traggono origine da uno stesso orgoglio di fondo che, quando non è totalmente scettico sulla possibilità di conoscere che cosa sia giusto, si mostra per contro insofferente di una giustizia limitata e parziale, quale soltanto, invece, è consentita alla finitezza umana.

Infine, pur se problematica sul piano teoretico, la questione della giustizia si riaffaccia prepotentemente nell'applicazione quotidiana del diritto: trova spazio nella interpretazione delle leggi e nel margine che essa lascia all'interprete (§ 3.2), ma è sottesa altresì già alle leggi formali, ad es. là dove si parla di «*riconoscimento*» dei «*diritti inviolabili* dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.).

Grande impulso comunque va acquistando la dottrina del diritto naturale dal crescente sviluppo del *diritto sovrastatale* (comunitario e internazionale: § 2.5): in esso invero emerge una generale tendenza a vagliare il rispetto dei diritti inviolabili della persona da parte delle legislazioni nazionali fondandosi sui «*principi e le tradizioni comuni*» ai diversi paesi. In particolare, le corti europee di giustizia hanno più volte giudicato illegittime talune restrizioni ai diritti fondamentali, pur previste da norme di diritto positivo, in quanto contrastanti col canone della «*ragionevolezza*». Di per sé, la ragionevolezza è la veste, dimessa e pragmatica, sotto la quale soltanto oggi ardisce presentarsi in pubblico la «*ragione*» di cui s'è detto, raggelata dalle tante correnti relativiste del nostro tempo; in concreto, essa finisce col porre alla base delle decisioni la regola del *bilanciamento* tra tutti gli interessi in conflitto: criterio, in sé non «*irragionevole*», ma certo di non assoluta coerenza con l'idea della salvaguardia dei diritti inviolabili di ciascuno.

E se il dibattito sui fondamenti teoretici del «*diritto naturale*» rimane aperto, non è meno vero che attualmente sussiste un generale riconoscimento che individua nella *dignità e nel valore della persona umana* non solo il fondamento «*inviolabile*» dei diritti della persona, e perciò un argine

esterno all'arbitrio del legislatore, ma anche una positiva indicazione di principio che orienti la legge a una sua sempre maggiore tutela e promozione, configurando così l'istanza di giustizia (almeno) come irrinunciabile esigenza di ogni umano diritto.

CAPITOLO 2

FONTI DEL DIRITTO POSITIVO

SOMMARIO: 1. Il diritto positivo. Caratteri della norma giuridica. – 2. Fonti di produzione e fonti di cognizione del diritto. – 3. Gerarchia delle fonti. – 4. La Costituzione. – 5. I regolamenti comunitari. – 6. Le leggi ordinarie. Il codice civile. – 7. Le leggi regionali. – 8. I regolamenti. – 9. Le fonti non scritte. Gli usi. – 10. La giurisprudenza. – 11. L'equità. – 12. Gli atti di autonomia privata.

1. *Il diritto positivo. Caratteri della norma giuridica.*

Il *diritto positivo*, dunque, è *l'insieme delle norme che compongono l'ordinamento giuridico* di una data collettività in un certo momento storico: si dice *positivo* in quanto formalmente *posto* (cd. *ius in civitate positum*) dagli organi competenti in base alle regole specificamente dettate in proposito (§ 2.3).

Rispetto all'insieme del «diritto» o «ordinamento giuridico», allora, la *norma* costituisce uno dei suoi elementi-base, una delle tante regole da cui l'ordinamento stesso è composto (ad es., «nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia»: art. 1176; ovvero: «le costruzioni su fondi confinanti devono essere tenute a distanza non inferiore a tre metri»: art. 873 c.c., e così via). Ad essa dedicheremo brevemente attenzione prima di iniziare il discorso relativo alle fonti del diritto positivo.

Caratteri tipici della norma giuridica sono la generalità, l'astrattezza, l'imperatività.

La norma è *generale* in quanto indirizza il suo precetto non specificamente a un singolo individuo, bensì a tutti, alla *generalità dei consociati*, o almeno agli appartenenti ad una determinata categoria (gli studenti universitari, i commercianti, etc.).

La norma è *astratta* in quanto detta una regola destinata a disciplinare non questo o quel rapporto concreto, bensì tutti i rapporti e le situazioni suscettibili di rientrare nello schema o modello prefigurato (tutti i contratti che rientrano nello schema della compravendita, della locazione, e così via).

La norma è inoltre *imperativa*, non si limita a dare un consiglio: *impon*e piuttosto di attenersi a un certo comportamento, pena l'irrogazione di una *sanzione*, e cioè di una *conseguenza sfavorevole per l'inosservanza del precetto* (pagare una multa, risarcire il danno, non conseguire la proprietà del bene, e così via). Ad es., l'art. 1218 c.c. dispone: «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno». Dunque, *chiunque* si trovi ad essere debitore (carattere della 'generalità') di una *qualsiasi* prestazione (dare denaro, effettuare un trasporto, etc.: carattere della 'astrattezza'), ove non adempia, subirà la conseguenza di dover risarcire il danno ('imperatività' o sanzione).

Tali caratteri sono *tipici*, in quanto si riscontrano nella stragrande maggioranza delle norme e sono perciò elementi caratterizzanti delle norme stesse; essi inoltre appaiono di particolare rilievo in relazione alla funzione ordinante del sistema, consentendo di disciplinare in maniera uniforme e stabile l'assetto complessivo dei rapporti sociali.

Detti caratteri peraltro *non sono* anche inderogabilmente *necessari*, potendo darsi norme che ne sono privi.

Il punto richiede qualche precisazione.

1) Quanto alla *generalità*, essa anzitutto va intesa appropriatamente. Per un verso essa si riscontra sia nei precetti riferiti indistintamente a tutti (*norme generali* in senso stretto), sia in quelli specificamente dettati per alcune categorie di persone (cdd. *norme speciali*: ad es., minori d'età, consumatori, imprenditori): anche in quest'ultimo caso il carattere della generalità non manca, perché la norma si riferisce a tutti coloro i quali rivestono la qualità indicata; manca invece nelle *norme eccezionali*, che costituiscono cioè deroga a una regola più generale (ad es., le norme che attribuiscono un diritto potestativo, e cioè il potere di incidere sulla sfera giuridica altrui) e nelle *norme particolari*, dettate per uno specifico soggetto (ad es., la legge che crea un determinato ente pubblico).

2) Quanto alla *astrattezza*, essa consiste nel fatto che la norma non detta una regola destinata a disciplinare specificamente questo o quel rapporto concreto, bensì tutti i rapporti e le situazioni suscettibili di rientrare nello schema o modello prefigurato (ad es., tutte le obbligazioni pecuniarie). Essa, d'altra parte, non va confusa con la tecnica di redazione del testo normativo: vi sono infatti *norme analitiche*, che descrivono in modo dettagliato la fattispecie regolata, specificando requisiti e condizioni per la sua applicazione (v. ad es. art. 1447) fino a giungere talvolta alla tassatività delle ipotesi che debbono ricondursi alla regola in questione (ad es., art. 1341²) e ciò, se soddisfa l'esigenza di certezza del diritto, al contempo "ingessa" la previsione e rischia di lasciare prive di disciplina altre fattispecie (ma v. *infra*, § 3.4). Ma vi sono anche regole dettate tramite *clausole generali*, e cioè tramite norme formulate in modo elastico: il loro contenuto deve essere precisato dall'interprete tenendo conto del modo in cui l'ambiente sociale intende determinati criteri di condotta in un certo momento storico: ad es., buona fede, buon costume, normale tollerabilità. Si riduce in tal modo il tasso di certezza del diritto, ma il sistema si apre ai mutamenti sociali e se ne assicura un costante adeguamento alle esigenze e agli interessi

via via emergenti nella collettività. L'astrattezza invece viene meno quando una norma provvede per singoli fatti o accadimenti: ad es., dispone speciali provvidenze per le popolazioni colpite da uno specifico disastro naturale.

3) Infine, va precisato fin da ora che nell'ambito del diritto privato l'*imperatività* assume un significato del tutto peculiare, essendo frequentemente consentito agli interessati *derogare* alla disciplina legale (v. § 4.3).

* * *

Generalità, astrattezza e imperatività, dunque, non sono caratteri sempre necessari; e tuttavia essi costituiscono una importante *garanzia* sia in ordine alla certezza del diritto, sia in relazione alle esigenze di giustizia. Un sistema giuridico ricco di norme 'particolari', valevoli solo per alcuni e non per tutti, rende incerto e difficoltoso l'accertamento del diritto vigente e intralcia la rapidità del traffico giuridico e delle operazioni economiche. Ad es., gli affittuari e i coltivatori diretti confinanti hanno diritto di prelazione (cioè di preferenza) in caso di vendita di un fondo rustico: pertanto, se voglio acquistare o vendere dovrò accertare chi sono i confinanti, se hanno la qualifica di «coltivatori diretti», se sono interessati all'acquisto, etc., rallentando così la compravendita dei terreni.

Quanto alle esigenze di giustizia, non è difficile rendersi conto che una legge 'particolare' rischia di creare situazioni di «*privilegio*» (che deriva dal latino *lex in privos lata*) a favore di alcuni e di discriminazione a carico di altri. L'opera di *codificazione* del diritto, intrapresa nel secolo XIX, aveva fra l'altro proprio lo scopo di uniformare la disciplina, eliminando alcune delle situazioni di privilegio accumulate nel corso dei secoli. Oggi, l'avvertita esigenza di una *eguaglianza sostanziale* (§ 4.1) ha condotto a una serie di norme speciali, in favore di determinate categorie di persone (ad es., lavoratori subordinati, consumatori, affittuari), riproponendo non pochi problemi legati al "particolarismo giuridico".

2. Fonti di produzione e fonti di cognizione del diritto.

Se il diritto positivo è il diritto vigente in una determinata collettività, da che cosa nascono, da che cosa traggono origine le norme che lo compongono? Ebbene, si dice correntemente che il diritto *scaturisce da alcune «fonti»*, cioè da alcuni fatti che lo producono.

Fonti del diritto sono allora i *fatti dai quali traggono origine le norme giuridiche* e ogni ordinamento ha regole apposite che disciplinano tali "fatti": stabiliscono cioè a quali autorità e a quali accadimenti compete la *pote-*

stà normativa, il potere di introdurre, modificare, abrogare le norme giuridiche.

Nel nostro ordinamento le regole al riguardo sono dettate nelle cd. «disposizioni sulla legge in generale» (o disposizioni preliminari al codice civile, dette in breve *preleggi* e abbreviate in “disp. prel.”), che sono premesse al testo del codice civile con una numerazione distinta dei relativi articoli.

A tenore di tali disposizioni, costituiscono fonti del diritto alcuni *atti* e *fatti*, rigorosamente individuati, che si prestano ad essere distinti in *fonti scritte* (le leggi e i regolamenti) e *fonti non scritte* (gli usi; ma v. anche § 2.9).

Su piano diverso opera la distinzione tra fonti di produzione e fonti di cognizione del diritto. È *fonte di produzione* ad es. la legge, in quanto considerata quale atto emanato dall'autorità competente (il Parlamento), dal quale promana la regola giuridica, il comando in essa contenuto. A tale nozione di fonte si riferiscono gli art. 1 ss. delle «disposizioni sulla legge in generale».

È *fonte di cognizione*, invece, l'enunciato linguistico – ordinariamente, un testo scritto – nel quale è formulata la regola giuridica: ad esso occorrerà fare riferimento per conoscere il “contenuto sostanziale” della norma, e cioè il comportamento comandato o vietato.

Si tratta, in definitiva, della distinzione fra contenente e contenuto, fra segni (formali o esteriori) di linguaggio e contenuto (sostanziale) della comunicazione. Ogni specie di comunicazione infatti viene sì esternata (e con ciò stesso comunicata ad altri) tramite dei mezzi o «segni», ma non si identifica con essi, come è dimostrato dal fatto che uno stesso messaggio può essere espresso tramite segni diversi. Ad es., posso salutare un conoscente o comunicare la mia volontà con uno scritto, con parole, con un gesto: è attraverso l'interpretazione di tali segni, e dunque la comprensione del loro significato, che il destinatario percepirà il messaggio.

Analogamente, è possibile distinguere il *gesto* del vigile che ordina di svoltare a destra dal *dovere di comportamento* che ne deriva, così come restano distinti il segnale stradale di divieto di sosta e il comportamento vietato. Anche qui, dalla interpretazione (e perciò comprensione) dei segni linguistici (che sono la “fonte di cognizione”) si ricaverà il contenuto sostanziale, la regola di condotta contenuta nel testo normativo. E tutto ciò si esprime, sul piano lessicale, anche distinguendo la “disposizione” dalla “norma”: *disposizione* è l'enunciato linguistico formulato dal legislatore; *norma* è la regola sostanziale (di condotta o di organizzazione) che da essa si ricava tramite l'interpretazione. Di tali problemi ci occuperemo nel capitolo 3.

3. Gerarchia delle fonti.

Con riguardo alle *fonti di produzione* del diritto, esse si caratterizzano per la *diversa* efficacia o *forza normativa*, nel senso che alcune di esse hanno *prevalenza* sulle altre: in caso di contrasto fra le relative previsioni, prevarranno le norme (promananti da fonti) di grado superiore. Il principio

su cui si basa tale regola è semplice da comprendere sol che si consideri il caso in cui a un incrocio stradale il semaforo segni rosso e il vigile ordini tuttavia di passare: qui ci sono due comandi contrastanti, ma tutti sappiamo che in tal caso prevale il comando imposto dal vigile, che, nella specie, ha “efficacia normativa” superiore. Fatte le debite differenze – e ricordato che la ‘prevalenza’ del vigile deriva pur sempre dalla stessa legge che ordina di rispettare il semaforo – il meccanismo risulta concettualmente semplice: alcune fonti normative prevalgono sulle altre.

È questo il principio della *gerarchia delle fonti*, in virtù del quale le norme di ciascuna fonte devono ‘cedere’ di fronte a tutte quelle di grado sovraordinato: pertanto, ove abbiano contenuto incompatibile con quelle superiori, dovranno ‘soccombere’ e saranno perciò disapplicate (ovvero, in alcuni casi, cancellate dall’ordinamento). Ad es., se la legge pone come requisito per la partecipazione a un concorso il diploma di maturità mentre il regolamento ministeriale di esecuzione richiede la laurea, sarà la prima a prevalere (secondo l’«ordine» delle fonti) e il secondo sarà disapplicato o, in alcuni casi, annullato, secondo meccanismi che verranno brevemente illustrati nelle pagine seguenti. Il principio di gerarchia dunque risolve le antinomie tra fonti di grado diverso e corollario di tale principio è la regola per cui le norme promananti da una certa fonte possono essere abrogate o modificate solo da una fonte di pari grado o superiore.

Ma un contrasto tra discipline ben può emergere anche da fonti parior ordinate (ad es., due leggi ordinarie): la composizione di tale contrasto, come meglio si dirà, è affidata al *criterio cronologico* e al *criterio di specialità* (§ 3.4-5).

L’*ordine delle fonti* è indicato dall’art. 1 delle «disposizioni sulla legge in generale», ma tale indicazione risulta oggi incompleta per effetto dei mutamenti istituzionali intervenuti successivamente all’emanazione del codice civile. In particolare, l’abrogazione dell’ordinamento corporativo, l’introduzione della Costituzione repubblicana, l’adesione all’Unione europea e l’attuazione dell’ordinamento regionale hanno profondamente inciso sull’originaria configurazione del sistema.

Sono oggi fonti del diritto, nell’ordine: 1) la Costituzione e le altre leggi costituzionali; 2) i regolamenti comunitari; 3) le leggi ordinarie e gli atti aventi forza di legge; 4) le leggi regionali; 5) i regolamenti governativi; 6) gli usi. Ad esse dedicheremo soltanto i cenni indispensabili per l’inquadramento complessivo del discorso sulla nozione di “diritto”, trattandosi di materia complessa per la quale occorre rinviare alle trattazioni di diritto pubblico.

4. *La Costituzione.*

Dal punto di vista formale la Costituzione è una *legge* (ossia un «atto normativo generale»: § 2.6), approvata da un organo legislativo apposito (l'Assemblea costituente) ed entrata in vigore il 1.1.1948, che contiene le *regole fondamentali sull'assetto politico e istituzionale dello Stato* italiano. In particolare, essa contiene le principali norme organizzative dei pubblici poteri – Parlamento, Governo, Magistratura – e i principi fondamentali di riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili della persona: libertà di religione, di pensiero, di associazione; eguaglianza formale e sostanziale; diritto al lavoro; tutela della famiglia; libertà di iniziativa economica, etc.

Essa è dunque la *Magna Charta* delle libertà civili e, storicamente, è il frutto dei rivolgimenti politici e istituzionali succeduti al secondo conflitto mondiale. È chiara perciò la sua *rilevanza centrale* nell'intero sistema giuridico che, sul piano formale, si esprime anzitutto nel principio di *rigidità*: essa, al pari delle altre leggi di rango costituzionale, può essere abrogata o modificata solo da un'altra «legge costituzionale», e cioè una legge approvata con un particolare procedimento, più rigoroso e fornito di maggiori garanzie rispetto alle leggi ordinarie (cfr. art. 138 Cost.).

Certo, non è difficile rendersi conto che si tratta di una garanzia solo formale e che la stessa *rigidità* della Costituzione, vista nell'ottica delle fonti del diritto, è comune agli altri atti normativi, che possono essere abrogati o modificati solo da fonti di pari grado o sovraordinate. In buona sostanza, allora, la “immodificabilità” delle scelte istituzionali contenute nella Costituzione resta affidata al potere politico, ma la stessa necessità di ricorrere a un procedimento aggravato costituisce una indubbia garanzia contro revisioni avventate della Carta fondamentale.

La posizione di *preminenza* delle leggi costituzionali si esprime poi nel principio per cui tutte le disposizioni di fonte diversa – e in particolare le leggi ordinarie – devono rispettarne le previsioni e le scelte sostanziali: in caso contrario, esse risulteranno *costituzionalmente illegittime*. Il compito di giudicare della legittimità costituzionale delle leggi è affidato alla *Corte costituzionale*, che ne giudica a seguito di apposito procedimento di rinvio. Le norme dichiarate illegittime perdono efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta Ufficiale (art. 134 s. Cost.; legge Cost. n. 87/1953).