

FRANCESCO DI CIOMMO

MANUALE DI DIRITTO PRIVATO



G. Giappichelli Editore

Premessa

A distanza di dodici anni dalla pubblicazione della prima parte e circa un anno dopo la pubblicazione della seconda e conclusiva parte, dedicata al diritto delle obbligazioni, questo manuale vede finalmente la luce in un volume unico, aggiornato alle novità legislative e giurisprudenziali più recenti, che comprende prima e seconda parte, e che, pertanto, copre l'intero programma dei corsi universitari di Diritto Privato.

Dopo anni di lunga e faticosa gestazione, dunque, finalmente si può dire compiuto il progetto, concepito per la prima volta nel 2007, teso a realizzare un manuale di Diritto Privato moderno e innovativo, pensato principalmente per gli studenti dei corsi di laurea di area economica, ingegneristica o politologica, ma che si crede possa essere molto utile anche agli studenti di giurisprudenza, in quanto particolarmente attento a valorizzare, non solo la storia degli istituti giuridici e i valori espressi nel tempo dagli ordinamenti, ma altresì il contesto economico e politico in continuo divenire che ha accompagnato nei secoli l'evoluzione del diritto, l'importanza dell'attuale dialettica tra i c.d. formanti e, infine, la prospettiva gius-economica, che risulta assai utile per spiegare contenuti, modi e ragioni del diritto dei nostri giorni.

Il grande apprezzamento che gli studenti hanno tributato a questo manuale sin dalla sua prima edizione e il contributo fondamentale che molti di essi hanno offerto, di anno in anno, al miglioramento dell'opera costituiscono la motivazione principale che mi ha sostenuto nell'affrontare con determinazione il grande impegno che il compimento del lavoro ha richiesto. Agli studenti 'passati', dunque, il mio più sincero ringraziamento. A quelli 'a venire' l'auspicio che essi possano affrontare sempre con entusiasmo lo studio di una materia articolata e, per certi versi, ostica, quale senz'altro è il diritto privato, ma i cui contenuti si riveleranno di straordinaria importanza per il loro futuro, professionale e non. In un'epoca con l'augurio che la complessità dei tempi che stiamo vivendo – caratterizzati dall'appannamento delle categorie e dei valori fondamentali eredità dell'Illuminismo, dall'affermazione di nuovi poteri e nuovi bisogni, e dall'emersione di nuove geometrie familiari e comunitarie, di nuove modalità di interazione umana e di nuovi rapporti geopolitici tra gli Stati so-

vrani e tra i popoli – piuttosto che condannarli alla mediocrità della massificazione, alla volgarità del pensiero ridotto a “tweet” e al grigiore della stanza illuminata dal display, sproni ognuno a cercare e a battere, con forza e determinazione, la strada che porta alla felicità.

Quest’opera è stata pensata e voluta per gli studenti. E a loro è dedicata. Ma un profondo pensiero di gratitudine va anche agli amici, ai collaboratori e ai colleghi (a cominciare da Roberto Pardolesi) che con me hanno discusso le parti più originali e complesse dell’opera, ed infine a Giordana, che con pazienza e amore ha sopportato e supportato in questi anni le mie lunghe giornate dedicate allo studio del diritto privato e alla scrittura di queste pagine, rendendo costantemente la fatica meno grave. Senza di lei l’opera che oggi vede la luce non ci sarebbe stata.

F.D.C.

Roma, lì 4 settembre 2022

Introduzione

Negli ultimi trent'anni il sempre più rapido progresso tecnologico, la globalizzazione dei mercati e delle esperienze individuali e collettive, la trasformazione in senso multi-etnico e multiculturale delle comunità in cui viviamo, la definitiva affermazione del fattore economico e il coevo affievolimento di valori un tempo condivisi, nonché la concorrenza in essere tra i diversi Paesi in termini di efficienza e capacità di attrarre investimenti, hanno determinato una forte accelerazione nel processo evolutivo dei rapporti tra consociati e, forse, più in generale dell'umanità nel suo complesso. Tutto ciò ha inciso significativamente (né poteva accadere altrimenti) su contenuti, ragioni e divenire del fenomeno giuridico.

Per fermarci a considerare l'esperienza italiana (ma circostanze sostanzialmente analoghe si osservano in tutti i Paesi europei di tradizione civilistica, nonché in molti altri ordinamenti nazionali), è evidente come l'evoluzione in parola abbia determinato, sul versante giuridico-privatistico, almeno due principali e fondamentali macro-fenomeni. Il primo dei quali concerne la radicale trasformazione dei rapporti tra legislatore e giudici, con la giurisprudenza che si è ormai decisamente attribuita il ruolo, e la relativa responsabilità, di interpretare ed applicare il diritto positivo in funzione evolutiva (o addirittura "*normativa*", come la stessa Cassazione afferma sin dal 2009), così sopperendo al ritardo o all'inerzia delle istituzioni che, secondo la Carta costituzionale, nel nostro sistema hanno il compito di adottare le scelte di politica del diritto e tradurle in regole. Il secondo macro-fenomeno consiste nella nascita di un vero e proprio nuovo sistema delle fonti del diritto. Nell'ambito del quale, non solo gli atti normativi dell'Unione europea e le consuetudini internazionali sono oggi in posizione predominante, ma anche le fonti internazionali pattizie sono ormai considerate di rango superiore rispetto alle fonti nazionali tradizionalmente definite primarie, mentre tra queste ultime la riforma dell'art. 117 Cost. del 2001 ha attribuito alla legge regionale un ruolo nient'affatto marginale, con conseguente ulteriore ri-dimensionamento degli ambiti operativi della legge dello Stato.

L'alto livello di complessità della società, dell'ordinamento giuridico e dei rapporti tra l'una e l'altro – determinato da quanto appena accennato – ha generato un diffuso senso di smarrimento tra i giuristi in generale, e tra i privatisti in

particolare. Non a caso, nella migliore dottrina specialistica, impegnata in un serrato dialogo a distanza anche con i filosofi, qualcuno ha suggerito, per fondare il diritto civile della ‘età della tecnica’ o, in altri termini, per provare a sottrarre le regole giuridiche al ‘giogo della post-modernità’, di ripartire dalle ‘*Institutiones*’ piuttosto che ‘ritornare a Parmenide’, mentre altri discorrono di crisi del diritto ovvero di ‘nichilismo giuridico’, ed altri ancora di irreversibile tramonto del diritto di matrice statutale che ha operato nel corso degli ultimi due secoli.

Fuori da tali contrapposizioni, può osservarsi che, in qualsiasi modo la si voglia interpretare, l’attualità impone allo studioso del diritto privato una rimeditazione delle categorie tradizionali e uno sforzo ricostruttivo che tenga conto non solo del nuovo assetto del sistema delle fonti, ma più in generale dei diversi elementi che contribuiscono a dar forma all’ordinamento, così come delle ragioni e delle vicende storiche, politiche ed economiche che spiegano perché i principali istituti si sono sviluppati nel tempo e operano attualmente in un modo piuttosto che in un altro, e infine dell’apporto che il diritto comparato e l’analisi economica del diritto stanno dando, e possono dare, alla continua ed efficiente elaborazione del dato normativo, tanto di carattere legislativo, quanto giurisprudenziale e dottrinale.

Agli studenti che muovono alla scoperta di questa branca del sapere giuridico, in definitiva, oggi più di ieri, occorre fornire gli strumenti culturali e concettuali essenziali perché possano maturare una concreta, e dunque consapevole, capacità di orientamento tra le regole, i principi e le loro dinamiche, ermeneutiche e applicative.

Da un lato vi è, dunque, l’opportunità di recuperare il momento storico, istituzionale, sistematico ed assiologico della materia; dall’altro – in una logica non già di contrapposizione, bensì di irrinunciabile completamento – l’esigenza di valorizzare e inquadrare, all’interno di una moderna teoria generale, il piano concreto e pratico in cui l’esperienza giuridica si svolge.

Da qui il tentativo di pensare un nuovo manuale, che propone ai discenti non solo, e non tanto, lo studio di una materia, bensì un percorso culturale che si snoda secondo le ripartizioni concettuali classiche del diritto privato, ma che si caratterizza per i contenuti originali e che cerca di tener in conto come in molti corsi di laurea il diritto privato ormai costituisca il primo (ed a volte l’unico) insegnamento giuridico. Il che suggerisce di prestare particolare attenzione ai temi introduttivi e di inquadramento generale della materia, così come alle nozioni fondamentali senza le quali lo studente non può orientarsi nella complessità dei fenomeni normativi dei nostri giorni.

F.D.C.

Roma, lì 31 agosto 2022

SEZIONE I

NOZIONI PRELIMINARI

CAPITOLO PRIMO

IL DIRITTO PRIVATO NELLA TEORIA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

Sommario

1.1. Libertà umana e regole. – 1.2. Come funzionano le regole. – 1.3. Ordinamento giuridico, regola giuridica e diritto. – 1.4. Evoluzione degli ordinamenti giuridici, contesto sociale ed attuale crisi del diritto. – 1.5. Diritto e mercato. – 1.6. Cos'è il diritto privato (e come va studiato). – 1.6.1. La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. – 1.7. Il polimorfismo degli ordinamenti giuridici nel mondo: cenni di diritto privato comparato. – 1.7.1. *Civil law* e *common law*. – 1.8. La codificazione del diritto privato. – 1.8.1. Leggi speciali e (parziale) decodificazione del diritto privato. – 1.8.2. I tentativi di creazione di un codice civile europeo. – 1.9. Le regole di diritto privato come strumenti attributivi di ricchezza e loro caratteri. – 1.10. Il diritto processuale privato. – 1.11. Diritto internazionale privato e diritto privato internazionale. – 1.12. L'analisi economica del diritto privato. – 1.12.1. Il Teorema di Coase. – 1.12.2. Il contributo di Richard Posner. – 1.12.3. Il contributo di Guido Calabresi e Douglas Melamed. – 1.12.4. La L&E in Italia.

1.1. Libertà umana e regole

Quante possibilità ci sono che la vostra automobile determini un incidente stradale nell'anno in corso? Se al volante ci sono guidatori dotati di media abilità che utilizzano il mezzo senza eccessi, forse una probabilità su cento. L'eventuale sinistro può provocare un danno, a voi stessi o a terzi, il cui valore, a seconda della gravità, può oscillare dalle poche decine alle diverse migliaia di euro. Consapevoli o inconsapevoli di tale rischio, tutti i proprietari di veicoli a motore circolanti in Italia – e, dunque, anche voi se lo siete – stipulano apposite polizze assicurative in forza delle quali ogni compagnia solleva i propri clienti dal rischio in parola risarcendo, quando si verificano i sinistri, i danni cagionati dai veicoli al posto del proprietario o del conducente. Il prezzo di tali polizze, per l'assicurato, varia in ragione di una serie di parametri (luogo di residenza dell'assicurato e di immatricolazione del mezzo, valore di quest'ultima, categoria di pericolosità dell'assicurato, chilometraggio percorso nell'ultimo anno, e via dicendo), ma difficilmente scende sotto i 100 euro annui,

e normalmente è di molto sopra tale soglia. Ciò significa che, dopo aver pagato l'assicurazione per dieci anni, si sarà spesa nel complesso una bella somma di denaro.

Stando così le cose, il guidatore prudente e assennato, ad esempio colui che nel decennio precedente non ha avuto nessun incidente ovvero ha avuto soltanto piccoli sinistri, potrebbe pensare, del tutto razionalmente, che non gli convenga stipulare per gli anni a venire la polizza assicurativa, visto che questa per lui costituisce un cospicuo costo certo, senza alcuna certezza di beneficio giacché egli potrebbe non avere sinistri nel periodo di copertura assicurativa, o comunque potrebbe trattarsi di incidenti con danni di esigua entità. Perché, allora, accade che tutti i proprietari di veicoli a motore effettivamente circolanti stipolino le polizze? Semplice: perché nell'ordinamento giuridico italiano vi sono precise regole che vietano la circolazione dei veicoli a motore sprovvisti di assicurazione, così rendendo la stipulazione della relativa polizza doverosa.

Una domanda a questo punto può sorgere spontanea: perché l'ordinamento giuridico impone a tutti i consociati un tale dovere, peraltro prescindendo dalla reale pericolosità dei singoli conducenti, e comunque obbligando ogni proprietario di un mezzo a motore – e quindi anche noi – a concludere il contratto di assicurazione ed a sostenerne il conseguente costo? In altre parole, perché le regole giuridiche limitano, ed anzi elidono totalmente, la libertà del singolo di decidere se assicurarsi o meno, posto che, di primo acchito, sembrerebbe che proprio e soltanto il proprietario del mezzo può compiere la scelta per lui più efficiente in relazione alle proprie condizioni economiche, alla propria prudenza e propensione al rischio, all'utilizzazione che lui o altri fanno del suo automezzo, ecc.? Forse che tali regole sono poste nell'interesse delle compagnie assicurative ed a pregiudizio dei proprietari? Per rispondere a queste domande, e dunque per comprendere la *ratio* del dovere giuridico in parola – e da qui, più in generale, cominciare a ricavare il senso dell'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico – giova svolgere le considerazioni che seguono.

In un immaginario mondo privo di regole giuridiche – nel quale, tuttavia, chiunque cagiona un danno ad altri avverte il dovere, quanto meno morale, di risarcirlo (dovere che, come vedremo, costituisce all'interno di ogni ordinamento giuridico un preciso obbligo) – la scelta del guidatore prudente ed assennato di non stipulare l'assicurazione sarebbe non solo ammessa, ma anche probabilmente condivisa, in quanto ragionevole, dai conoscenti del guidatore, per cui egli non avrebbe nemmeno ostacoli etici o sociali ad adottare tale decisione. Potrebbe, tuttavia, accadere che quel guidatore, malgrado la proverbiale prudenza, un bel giorno si distraesse al volante, per cui il suo automezzo provoca un sinistro con danni a terzi di notevole entità, di cui egli dovrà rispondere con il proprio patrimonio personale, con conseguente esborso di una somma

di molto maggiore rispetto a quella che avrebbe corrisposto negli anni all'assicurazione a titolo di prezzo della polizza (anche detto, premio). A questo punto, il nostro guidatore, piangendo sul fatidico latte versato, probabilmente penserà che avrebbe fatto meglio a continuare ad assicurarsi, ma sarà troppo tardi. Certo, è possibile che, a fronte di un soggetto prudente a cui capita una volta di distrarsi, ce ne siano altri dieci che, invece, vuoi perché guidano poco, vuoi perché sono più fortunati, mai nella vita incorrono in distrazioni che provocano danni ingenti; su questa evidenza, del resto, si basa l'organizzazione stessa del meccanismo assicurativo e del rapporto tra compagnie, clienti e terzi. Ma il punto è: come distinguere *a priori* l'un conducente dagli altri? E soprattutto, come può il singolo conducente capire in anticipo se egli sarà o meno tra i dieci, sì da decidere in modo conveniente – *rectius* efficiente – per lui se assicurarsi o meno? Ed ancora – nel nostro immaginario mondo senza regole giuridiche, ma nel quale esiste il dovere morale di risarcire i danni causati a terzi – la scelta di non stipulare l'assicurazione, comportando il risparmio immediato e certo del costo della polizza, probabilmente sarebbe adottata anche da conducenti meno assennati e prudenti, o perché inconsapevoli della propria avventatezza, o perché sprezzanti del pericolo per sé e per gli altri, o infine perché incuranti dell'eventuale giudizio critico, o addirittura riprovevole, dei propri conoscenti nei confronti di tale scelta.

Le regole giuridiche, imponendo il dovere giuridico di stipulare una polizza per ogni mezzo a motore circolante, semplicemente tolgono ad ogni singolo proprietario la possibilità di scegliere se assicurarsi o meno, indipendentemente dalle sue convinzioni circa l'abilità e la prudenza proprie o altrui alla guida, ed indipendentemente anche dalla sua propensione al rischio, da pressioni sociali e da considerazioni etiche o morali. Ciò determina le condizioni per il funzionamento di un sistema di **assicurazione obbligatoria** sulla base del quale vengono attualmente gestiti, in Italia come in ogni altro Paese evoluto, i pregiudizi derivanti dalla circolazione stradale senza che sul singolo proprietario incomba il rischio di dover risarcire con il proprio patrimonio personale, nell'ipotesi di sinistro, danni per lui molto ingenti.

Alla luce di tali ultime considerazioni, l'ordinamento giuridico sembra svolgere un ruolo paternalistico, e cioè appare avere come scopo la tutela del potenziale danneggiante dal rischio che lo stesso scelga, per miopia, avarizia, baldanza o quant'altro, di non assicurarsi, e ciò alla lunga si traduca, o rischi di tradursi, per lui in uno svantaggio economico. Se così fosse, a questo punto risulterebbe rafforzato l'interrogativo, prima cennato, relativamente all'opportunità o meno di consentire alle regole giuridiche di comprimere la libertà del singolo fino ad imporre a quest'ultimo, asseritamente nel suo interesse, la stipula del contratto di assicurazione; laddove, peraltro, come si vedrà più avanti, la scelta di concludere o meno un contratto rappresenta per definizione una li-

bera determinazione volitiva del soggetto. Non è questo, tuttavia, lo scopo delle regole giuridiche in parola e, più in generale, non è questo il ruolo che l'ordinamento giuridico in quanto tale è chiamato a svolgere nel contesto sociale in cui opera. Il senso della dialettica tra diritto e libertà individuale va, dunque, cercato in un'ottica diversa.

Sempre restando nell'ambito dell'esemplificazione relativa alla circolazione dei mezzi a motore, per cogliere a pieno tale senso occorre guardare il fatto storico o potenziale del sinistro stradale dalla diversa prospettiva del terzo che subisce il danno derivante da sinistro, sia questi il conducente di altro mezzo a motore, ovvero un pedone, ovvero il proprietario di beni con i quali potrebbe realizzarsi la collisione, ovvero ancora un soggetto che, ad esempio, avesse il diritto di ottenere una prestazione da chi, a causa del danno subito durante il sinistro stradale, non fosse più in grado di adempiere al proprio obbligo. In quest'ottica, se pure continuiamo a fingere che il danneggiante, in ossequio all'asserito cennato dovere morale, sia pronto a riconoscere il proprio errore e l'entità dell'altrui danno, e quindi a risarcire quest'ultimo, e se pure vogliamo credere che il fatto non si presti ad interpretazioni diverse in termini di responsabilità, sicché davvero non vi sono dubbi che l'autoveicolo del nostro uomo ha causato il danno al terzo, resta un problema non da poco che potrebbe, in concreto, impedire al danneggiato di accedere all'agognato risarcimento: il danneggiante potrebbe non avere un patrimonio personale sufficiente a pagare quanto necessario a risarcire l'intero danno. Se poi vogliamo complicare l'esempio, rendendolo peraltro più corrispondente a ciò che accade normalmente nella realtà, allora dobbiamo considerare altresì che – anche nell'ipotetico mondo in cui gli uomini si comportano in ossequio a doveri morali – raramente il conducente, pur in buona fede, sarà disposto a riconoscere la propria responsabilità senza obiettare alcunché a sua scusante, soprattutto se pensa di dover essere lui, in conseguenza di tale ammissione, a pagare quanto necessario a risarcire il danno provocato.

In considerazione di ciò, ragionando su ciò che potrebbe accadere ad ognuno di noi, guidatore o non guidatore che sia, soprattutto se ci mettiamo nei panni del terzo malcapitato che rimane coinvolto nell'incidente e subisce un danno ingente, la scelta di non stipulare l'assicurazione, che il singolo, più o meno prudente, avrebbe modo di compiere in un mondo senza regole giuridiche – scelta che sino a qualche istante fa poteva sembrarci costituire una sacrosanta manifestazione della libertà individuale – non ci appare più così razionale, condivisibile e tantomeno auspicabile nell'ottica dell'interesse collettivo e, più in particolare dell'interesse di ciascun consociato a vedersi garantito il risarcimento dei danni nel caso in cui venga coinvolto, senza colpa, in un sinistro stradale causato da altri.

Con tutta probabilità, a questo punto, buona parte dei lettori, se non tutti,

avranno cambiato la propria opinione iniziale e saranno dell'idea che le regole giuridiche che impediscono al singolo questa scelta, imponendo l'assicurazione obbligatoria, siano – quantomeno per come se n'è parlato in questa sede – opportune e da condividere proprio perché contribuiscono a garantire ad ogni consociato l'integrale tutela risarcitoria nei confronti dei danni derivanti dalla circolazione stradale.

Lasciando l'esempio della circolazione stradale, e recuperando il carattere più generale della riflessione che si va proponendo in apertura del manuale, deve osservarsi che l'eventuale cambiamento di opinione del lettore, circa la opportunità o meno delle regole giuridiche sull'assicurazione obbligatoria, in definitiva si deve ad una semplicissima operazione di geometria logica. In altre parole, è bastato ampliare il raggio della riflessione, per mutarne i risultati. Se, infatti, ci si ferma a considerare il **singolo individuo** come entità a sé stante, ogni regola – sicuramente giuridica, ma finanche morale, ovvero etica, di costume, religiosa, ludica o quant'altro – che impone o vieta qualcosa, sarà immancabilmente avvertita come odiosa ed ingiusta in quanto essa verrà intesa, come minimo, quale strumento atto a limitare artificialmente la libertà di azione insita nella stessa natura umana. Per tale via si contesterà alla regola di comprimere dall'esterno l'area dell'agire e del fare dell'uomo rispetto al suo perimetro naturale costituito dall'intera gamma delle possibilità fisiche, intellettuali e spirituali, così deprimendo potenza e creatività del singolo e, al fine, dell'intera società. In questa prospettiva, la regola in sé – come detto, non solo la regola giuridica – sembra addirittura porsi come un ostacolo nel cammino dell'uomo che muove alla ricerca della felicità.

Quando, però, si passa a considerare che l'uomo non è una monade autosufficiente che può realizzare la sua felicità, e vivere la sua vita, isolatamente – bensì un animale sociale, e cioè un essere che ha necessariamente bisogno di condividere, partecipare, interagire con altri uomini che vivono nella sua stessa **comunità**, nonché con i beni e le cose che pure sono presenti nello spazio abitato da tale comunità – le regole che impediscono ad ogni singolo consociato di porre in essere comportamenti dannosi per gli altri, ovvero facilitano i rapporti intersoggettivi, consentono la valorizzazione delle risorse, anticipano o risolvono le liti, preservano la pace sociale, determinano i modi di governo della comunità, ecc., ci appaiono in una luce diversa. Più avanti vedremo che le uniche regole davvero in grado di perseguire questi obiettivi, in quanto dotate di effettiva cogenza, e cioè capacità di farsi rispettare da tutti, sono le regole giuridiche.

In questa nuova ottica, ci sembra, ed in vero è, inevitabile che la convivenza umana sia disciplinata da regole, ed in particolare da regole giuridiche.

Il concetto di libertà individuale

Non solo i giuristi, ma anche i filosofi, i sociologi, gli antropologi, i teologi, gli economisti e più in generale tutti gli studiosi di scienze sociali, si pongono da sempre il problema di definire e qualificare il concetto di libertà individuale, intesa per tale la libertà del singolo uomo. Tema, questo, altro e diverso rispetto a quello della libertà delle comunità, o società, in cui l'uomo vive (a cui è dedicato il prossimo box), che non è la risultanza della somma delle singole libertà individuali. Ovviamente le due forme di libertà sono strettamente collegate l'una all'altra, quanto meno perché se una società non è libera, anche i singoli consociati che la formano, nessuno escluso, non saranno garantiti nella propria libertà individuale.

Nell'accezione più comune e semplice, il concetto di libertà individuale indica l'essere libero, la condizione di chi non è prigioniero e non ha restrizioni, non è confinato o impedito. Intesa in senso più ampio, e forse più proprio, la libertà è la facoltà dell'uomo di agire e di pensare in piena autonomia, e cioè la condizione di chi può agire secondo le proprie scelte, in certi casi grazie ad un potere specifico riconosciuto dalla legge.

In questo senso più ampio, all'interno di una comunità organizzata, e dunque di un sistema di regole, la libertà può essere definita in termini di non-interferenza di un potere esterno sull'agire e sul pensare umano (*libertà negativa*) ovvero, alternativamente, come libertà riconosciuta dalla società, e dunque da qualche potere esterno, di fare determinate cose (*libertà positiva*). Le due forme di libertà possono, e di fatto ciò accade normalmente, convivere all'interno della stessa società. A prescindere dalla forma di libertà che di volta in volta si viene a configurare, tra gli studiosi di scienze sociali vi è oggi sostanziale concordia nell'osservare che chi compie un'azione è libero se può scegliere di compierla o meno, e tale scelta è consapevole, spontanea e contingente, e cioè non imposta da qualcuno o qualcosa, né coatta da necessità assolute.

Più complesso è il discorso sulla libertà condotto nell'ambito filosofico. Non potendo in questa sede trattare il tema con la opportuna completezza, ci si limita a svolgere le poche note che seguono, in quanto, in definitiva, funzionali al discorso che si sta compiendo sul rapporto tra libertà umana e regole.

Nella filosofia classica, significativa è sul punto la posizione degli 'stoici', secondo i quali l'uomo non è libero, in quanto condizionato dalle leggi della natura, sicché tutto accade secondo necessità ed è già prestabilito. A questa impostazione si contrappone la teoria cartesiana a tenore della quale l'uomo è ontologicamente ed indefettibilmente libero in quanto essere pensante, e cioè in quanto essere formato sia di *res extensa* (fisicità) che di *res cogitans* (intelletto), al contrario, ad esempio, degli animali a cui non si riconosce capacità elaborativa e che, in quanto formati solo da *res extensa*, si ritiene agiscano sempre meccanicamente.

Nel diciottesimo secolo, Immanuel Kant, nella 'Dialettica trascendentale' inserita nella 'Critica della ragion pratica', elabora la libertà come problema metafisico costantemente irrisolto, ed evidenzia come non sia possibile razionalizzare la libertà, spiegarla e, soprattutto, dimostrarla, in quanto tesi ed antitesi circa l'esistenza della libertà umana sono entrambe possibili. La natura di essere fenomenico, che conosce e si relaziona con la realtà necessariamente attraverso i sensi, infatti, rende – secondo Kant – l'uomo soggetto alla legge di causa-effetto, e cioè non libero; tuttavia l'uomo può, obbedendo alla legge morale, liberarsi dal giogo delle passioni e dei sensi, così riconquistando spazi di libertà. Per Kant,

dunque, la libertà è un postulato dell'essere umano, la cui mancanza metterebbe in crisi la stessa concezione di morale e l'operatività del diritto, perché se l'uomo non è libero di scegliere ed agire non gli può essere imputata alcuna responsabilità per le sue azioni o omissioni, né sul piano giuridico, né tantomeno morale.

Un altro esempio, in vero più semplice di quello proposto in precedenza in relazione all'assicurazione obbligatoria, può essere utile a cogliere la portata di questo discorso sul rapporto tra regole e libertà umana.

L'ordinamento giuridico italiano – così come la maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali attualmente vigenti – può impedirci, in una bella giornata di sole, di andare a passeggiare nel giardino più rigoglioso e fiorito della città, se questo è oggetto di proprietà privata e se il proprietario ha in qualche modo manifestato, ad esempio con segnaletica e cartelli inequivoci, la volontà che nessuno entri nel giardino, anche non recintato. L'impedimento operante sul piano del diritto vale anche se noi siamo animati dalle migliori intenzioni ed anche se in quel momento il proprietario del giardino non c'è, e quindi non disturberemmo nessuno, né violeremmo qualche precetto religioso, morale o etico, e finanche se della cosa il proprietario non possa accorgersi mai in quanto il nostro passaggio non lascia traccia alcuna. La nostra libertà di fare qualunque cosa per godere pienamente di una giornata di sole viene, dunque, limitata dall'esistenza di una regola giuridica a tenore della quale la **proprietà privata** non può essere violata, indipendentemente dalla presenza del legittimo titolare e dalla concretezza o meno della possibilità per il terzo di arrecare un danno ai beni. In ossequio al diritto di proprietà, i terzi devono astenersi da qualsiasi atto possa interferire con il godimento del diritto del proprietario, per godimento intendendosi anche la facoltà (*ius excludendi alios*) che ha il proprietario di impedire a tutti gli altri consociati di usufruire del proprio bene anche in sua assenza.

Una tutela così forte del diritto di proprietà – e, se vogliamo, anche così anticipata rispetto al momento della sua eventuale aggressione da parte di terzi – si spiega in quanto la proprietà privata rappresenta un vero e proprio fondamento della nostra società prima ancora che del nostro ordinamento giuridico. Ed infatti, se ognuno di noi dovesse impiegare il suo tempo ad occuparsi materialmente dei suoi beni al fine di evitare l'occupazione o l'apprensione degli stessi da parte di altri consociati, le nostre migliori risorse sarebbero rivolte alla conservazione di ciò che abbiamo, piuttosto che all'incremento dei nostri beni ed all'arricchimento personale in termini culturali, morali, economici e spirituali; il che andrebbe a sicuro detrimento delle possibilità di progresso e di sviluppo dell'intera società. Dunque, la tutela forte garantita dall'ordinamento giuridico al diritto di proprietà limita la libertà di ogni consociato di godere a pieno dei beni con cui entra in contatto, ed in qualche modo impedisce anche il più in-

tenso sfruttamento degli stessi (basti pensare al fatto che tante case di proprietà privata non sono abitate, nel mentre persone non abbienti vivono in rifugi di fortuna), ma è giustificata nell'ottica di assicurare a tutti i consociati condizioni di sicurezza personale e patrimoniale, ed in questo senso contribuisce a garantire l'ordine sociale e a determinare i presupposti per il progresso e lo sviluppo dell'umanità.

In assenza di regole che limitano la libertà e depotenziano l'egoismo conaturato nell'essere uomo (da cui il concetto filosofico di *homo homini lupus*), prevarrebbe nella comunità la ragione del più forte o del più sanguinario, ed in ogni caso i conflitti sociali sarebbero tali da distruggere in radice l'idea stessa di pacifica convivenza, pregiudicando altresì la possibilità per i singoli individui di vivere bene e di utilizzare e valorizzare al meglio le proprie potenzialità e le risorse disponibili.

In ragione di ciò, ogni membro della comunità accetta, più o meno consapevolmente, le limitazioni della propria libertà determinate dalle regole, a patto e condizione che lo stesso valga per gli altri consociati e che, dunque – per tornare all'esempio proposto sopra – la rinuncia ad entrare senza autorizzazione nel giardino altrui, valga la certezza che i propri beni sono tutelati allo stesso modo nei confronti di chiunque volesse occuparli o appropriarsene illecitamente. Thomas Hobbes, nel celeberrimo *'Leviatano'* (1651), a tal proposito, ha parlato di **'contratto sociale'**, evidenziando come ogni consociato, quando decide di aderire ad una data società e dunque si impegna a rispettarne le regole, rinuncia ad una parte della sua libertà ma riceve in cambio garanzia di sicurezza, e dunque in definitiva certezza di poter effettivamente esprimere, senza rischi, ed anzi all'interno di un sistema organizzato di tutele, il segmento di libertà non oggetto di rinuncia. Sul tema fondamentale, tra le altre, si rivela la riflessione di Jean Jacques Rousseau, condensata nell'opera *'Contratto sociale'*, pubblicata nel 1762.

In questo senso è evidente come non vi sia, e non vi possa essere, vera **libertà** per l'uomo, né per la società in cui egli vive, senza regole che presidiano e difendono l'esercizio di tale libertà, pur fatalmente restringendone l'ambito di operatività. Nella limitazione reciproca della libertà assoluta dei consociati è, dunque, il segreto del mantenimento dell'**ordine sociale**. La libertà di ogni singolo individuo può essere illimitata solo sino a quando non interferisce con la libertà di uno o più altri consociati; viceversa, nel momento in cui tale interferenza si verifica, le libertà individuali coinvolte devono essere limitate dall'intervento regolatorio, che così facendo le rende tra loro compatibili.

Il concetto di società libera

Nel box precedente si è accennato al tema della società libera, e si è evidenziato che la libertà di una comunità, o società, umana è cosa altra e diversa dalla somma delle libertà dei singoli individui che la compongono. Si è, altresì, affermato, tuttavia, che l'una condiziona necessariamente l'altra, e qui va aggiunto a riguardo che ciò accade in quanto, in una società non libera, in quanto non ben regolata, anche chi, in un certo momento storico, sembra apparentemente godere di libertà, ed eventualmente di potere, può da un momento all'altro essere soverchiato dall'esercizio dell'altrui libertà o dell'altrui potere divenuto così dominante. Dunque, l'individuo può essere davvero libero, e cioè davvero garantito nell'esercizio delle sue libertà e tutelato dalle altrui prevaricazioni, solo in una società in cui le singole libertà sono tra loro in equilibrio e perciò reciprocamente rispettose e compatibili; una società, in altri termini, che sia capace di difendere con le proprie regole ogni sfera di libertà individuale ed ogni potere istituito dall'altrui esercizio abusivo, o comunque eccedente, della libertà o del potere altrui. Sul punto sembra particolarmente calzante la riflessione politologica di Giovanni Sartori (*Società libera*, in *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1987, Terza edizione, 1995, 365-366), secondo il quale:

«[...] una società è tanto più libera quanto più è capace di autoregolazione. Una società libera non ha bisogno di appellarsi al despota hobbesiano perché è capace di risolvere i propri problemi e conflitti di potere mediante *feedbacks*, mediante retroazioni endogene. [...]

In termini più familiari, una società libera è capace di autoregolazione in quanto è una società strutturata su forze controbilancianti e su meccanismi riequilibranti. Dico "forse" perché non guardo alla società sotto specie di aggregato di individui singoli, ma sotto specie di insieme strutturato di gruppi ed organizzazioni. Vale anche osservare che la accezione qui proposta di "società libera" non postula che una società sia tanto libera quanto più "senza comando" o "senza Stato". No. Per la mia definizione una società libera prevede lo Stato, rapporti di forza e di potere, strutture gerarchiche e comandi, disegualanze e conflitti. Quel che la rende, o mantiene, libera è la struttura di potere atta a neutralizzare ogni potere soverchiante. Ad ogni momento troveremo un bilanciamento globale diverso (e cioè stati in equilibrio dinamico) prodotto da una diversa agglutinazione di forze squilibranti e riequilibranti. Ma a nessun momento nessuna forza singola (sia quella di una classe, di un partito, di un esercito, di una chiesa, di un sindacato o altri gruppi) è irresistibile se altre forze si alleano per resisterle. Il che equivale a dire che se una società esprime al proprio interno una singola forza schiacciante, o soverchiante, quella società non sarà più (in prospettiva) libera. Dunque, e in sintesi, una società libera è una società *in equilibrio* (dinamico), laddove una "società squilibrata" caratterizzata da equilibrio indifferente (a retroazioni impazzite, uscite di mano e che si dispiegano a caso) è una società incapace di gestirsi da sé.

Questa impostazione consente di rifiutare due opposti semplicismi. Non solo la tesi che ogni società ricoperta, altimetricamente, da sovrastrutture (quali che esse siano) sia per ciò stesso una società non-libera; ma anche, all'altro estremo, la tesi secondo la quale ogni società che esibisce elezioni, partiti, parlamenti, e una carta detta costituzionale sia, per ciò stesso, libera. No. Partiti, parlamenti e costituzioni diventano indicatori ingannevoli, e cioè *non* sono segno e espressione di società libera, se non riflettono una struttura pluralistica di forze controbilancianti che si auto-limitano reciprocamente, e per essa una società capace di risolvere i propri conflitti di interesse e di potere mediante retroazioni endogene, mediante controbilanciamenti spontanei».

Tornando al diritto di proprietà, a questo punto va detto che, ovviamente, la decisione di tutelarla in modo così forte, sacrificando specularmente la libertà individuale dei consociati, dipende da fattori storici, politici ed economici contingenti; e cioè da fattori che in un altro contesto sociale o in un altro momento storico potrebbero non sussistere o potrebbero operare o essere interpretati in modo diverso da chi detiene il potere, all'interno della comunità, di porre le regole giuridiche.

Stesso identico discorso riguarda il sistema dell'assicurazione obbligatoria, cui si è fatto riferimento nella prima parte di questo paragrafo, e più in generale tutti gli istituti giuridici, in particolare quelli che comportano costrizioni rilevanti della libertà individuale. Se è vero, infatti, che relativamente alla circolazione stradale un tale sistema può apparire opportuno ed efficiente nell'ottica della migliore tutela dei terzi potenziali danneggiati, e dunque in definitiva di tutti i consociati, potrebbe legittimamente chiedersi perché questo discorso non viene fatto valere per ogni attività umana potenzialmente produttrice di danni ad altri. La domanda che ne deriva è: perché le regole giuridiche non obbligano ogni consociato ad assicurarsi per tutti i danni che egli può provocare a terzi con la propria condotta colposa o dolosa? La risposta – il cui svolgimento richiederebbe valutazioni giuridiche, sociologiche ed economiche che in questo momento introduttivo non risultano proponibili – risiede in quell'esigenza di contemperare, in capo al singolo, libertà e doveri, tipica di ogni ordinamento giuridico moderno e liberale, chiamato continuamente a ridurre ambiti di libertà di alcuni per salvaguardare ambiti di libertà di altri, così come a scegliere tra beni da sacrificare e beni da tutelare, e ciò al fine di salvaguardare, nei limiti del possibile, la libertà di tutti e di garantire la convivenza pacifica e, dal punto di vista economico, produttiva. È proprio nella continua, e mai definitivamente evasa, ricerca del miglior **bilanciamento** tra limitazione e valorizzazione delle libertà individuali, che si rinviene l'essenza stessa del diritto.

1.2. Come funzionano le regole

Ogni giorno qualunque uomo, viva egli in una tribù africana o in una metropoli occidentale, nello svolgimento delle sue relazioni umane e, più in generale, nel rapporto con il mondo che lo circonda, si trova a rispettare o, eventualmente, a trasgredire **regole** di carattere giuridico, morale, religioso, etico, di costume, ludico e quant'altro. Così è stato storicamente fin da quando si sono riunite, nelle grotte ed attorno al fuoco, le prime ancestrali comunità umane, giacché la compresenza di più uomini nello stesso spazio geografico (o virtuale, nel senso telematico) impone l'esistenza ed il rispetto diffuso di regole di comportamento che consentono alla data comunità di funzionare.

Noi tutti viviamo completamente immersi nelle regole da quando ci svegliamo al mattino a quando andiamo a dormire, e finanche durante il sonno (ad esempio, una regola di comportamento suggerisce, anche mentre si dorme, di non lasciare in giro per casa fonti di rumore per i terzi). Non vi è dubbio che si tratti di regole affatto diverse da quelle che sarà chiamato a rispettare il nostro coetaneo che vive a diecimila chilometri di distanza da noi, ma è probabile (o, quanto meno, possibile) che vi siano anche regole comuni. Tuttavia, difficilmente può dirsi che esistano regole riconosciute e operanti allo stesso modo in tutto il mondo, se solo si considera che la stessa regola generale (subito *infra* la definiremo, più correttamente, ‘principio’) per cui bisogna tutelare la vita umana – ritenuta fondamentale nella nostra società tanto da costituirne un caposaldo – è in realtà declinata in maniera assai diversa, ed a tratti addirittura antitetica, alle diverse latitudini del pianeta, tanto che in molti Paesi, anche evoluti, è attualmente in auge la pena di morte ed in alcune tribù africane si pratica ancora il cannibalismo.

Si è fatto cenno alla parola ‘principio’. Vediamo cosa significa.

Ogni regola è riconducibile quanto meno ad un **principio**, per tale intendendosi un precetto che esprime l’esigenza della massima realizzazione di un valore senza, tuttavia, rappresentare le modalità concrete di tale realizzazione. Dei singoli principi le corrispondenti regole rappresentano, dunque, derivazione e concretizzazione.

Le regole sono composte principalmente da ordini, anche detti prescrizioni. Per capire cos’è una **prescrizione**, o un precetto, può notarsi che quando al mattino, venendo in università in motorino, incappiamo nel primo semaforo rosso, il nostro cervello percepisce il segnale conosciuto (il colore dell’apparecchio semaforico), lo interpreta attribuendo a quel segnale il messaggio prescrittivo suo proprio, e dunque ordina al corpo di arrestare il motorino. La prescrizione è l’ordine di arresto che è dato dal segnale – o messaggio prescrittivo – convenzionale costituito: nel caso di specie, dal semaforo rosso.

Lo stesso messaggio prescrittivo può essere tradotto in un’asserzione imperativa (“Arrestati!”), ovvero in una qualificazione positiva (“È obbligatorio fare qualcosa”, ad esempio arrestarsi) o negativa (“È vietato fare qualcosa”, ad esempio proseguire) del comportamento.

Caratteristica dei precetti è la possibilità concreta di essere disattesi, nel senso che ogni regola costituente un comando può essere violata. In tal caso, è normalmente previsto che scatti una sanzione negativa, ma ciò dipende dalla tipologia della regola e dell’ordinamento in cui la regola opera, giacché in molti casi la sanzione può essere blanda o addirittura inefficace. La questione sarà più chiara all’esito della lettura di questo paragrafo e di quello che segue.

La **sanzione** è la reazione che un ordinamento, e cioè un insieme ordinato di regole, pone in essere in relazione all’atteggiamento tenuto da un consociato

nei confronti delle singole regole. Al rispetto di una regola può seguire una sanzione positiva. Per fare due esempi può osservarsi che: sul piano delle regole comportamentali, chi rispetta il galateo sarà apprezzato come persona educata; mentre sul piano delle regole giuridiche, il detenuto modello può ottenere uno sconto di pena e permessi premio. La mancata osservanza della regola ed in particolare della regola precettiva, invece, comporta la sanzione negativa. Ad esempio, passare con il semaforo rosso per i conducenti di veicoli a motore comporta, ai sensi del codice della strada vigente in Italia, come minimo, l'infrazione di una multa, e cioè di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Oltre a **prescrivere**, una regola può anche **permettere**. L'esempio tipico è quello del cartello "è permesso fumare", con cui non si obbliga né si vieta nulla. Ovvero, può **descrivere**, come fa l'art. 832 del codice civile (d'ora innanzi c.c.) allorché definisce il diritto di proprietà come "*il diritto di godere e disporre in modo pieno ed esclusivo delle cose*", o l'art. 1321 c.c. laddove afferma che "*il contratto è l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*", o ancora come fa l'art. 12 della Costituzione italiana che sancisce i colori della bandiera nazionale. Nel caso non si rispetti la regola descrittiva non scatta alcuna sanzione negativa, ma gli effetti o le conseguenze collegate al realizzarsi della situazione descritta non si verificano. E così, se sul balcone del primo cittadino del Comune di Lavello verrà issata una bandiera gialla e verde per festeggiare il successo della nazionale italiana ai campionati mondiali di calcio, non sarà stata violata alcuna regola giuridica; semplicemente, la vittoria sarà stata festeggiata con una bandiera diversa da quella ufficiale dello Stato.

Spesso le regole descrittive hanno anche funzione promozionale. Tra le regole giuridiche, ad esempio, soprattutto in tempi recenti si è sperimentata la tecnica degli incentivi economici o delle agevolazioni fiscali alle imprese meritevoli. La singola regola definisce a quali condizioni l'incentivo o l'agevolazione spetta di diritto, altre regole giuridiche fanno il resto, e cioè attribuiscono il vantaggio concreto.

Dunque, il linguaggio con cui si esprimono le regole è alternativamente prescrittivo/precettivo, permissivo o descrittivo.

Ogni regola ha un suo contenuto, e cioè un messaggio da comunicare al destinatario o ai destinatari. La tecnica di comunicazione del messaggio può anche prescindere dalle parole, com'è nel caso del semaforo, o della maggior parte dei segnali stradali. Normalmente però, e ciò soprattutto sul piano giuridico, le regole si esprimono proprio in forma verbale, e cioè tramite parole. Le parole nel loro insieme, così come scritte nel corpo della singola regola, nel campo giuridico formano tecnicamente la **disposizione**, anche detta enunciato normativo. Dalla interpretazione della disposizione si ricava la **norma**, e cioè il significato che il singolo operatore del diritto, nel caso concreto, estrapola

dall'enunciato normativo proprio attraverso l'attività ermeneutica. Dunque, la norma è il prodotto dell'interpretazione della disposizione e costituisce la regola come effettivamente viene, o deve essere, applicata nel caso concreto.

L'**interpretazione**, o **attività ermeneutica**, a sua volta, è in generale un processo compiuto dall'intelletto umano che, attraverso l'elaborazione dei dati e l'applicazione di concetti, criteri, valori, conoscenze e quant'altro in possesso del singolo interprete, consente a quest'ultimo di ricavare un significato compiuto da un enunciato linguistico o da un qualsiasi altro stimolo che lo raggiunge. Tutti noi, ogni giorno, spesso senza accorgercene, interpretiamo un'infinità di stimoli ricevuti e da questi ricaviamo significati. Facile, a questo proposito, richiamare quanto detto circa il semaforo, i segnali stradali o le regole scritte; ma è attività ermeneutica anche quella del discente che, interpretando lo sguardo severo del docente in sede di esame, può capire che la sua risposta è poco corretta e viene, dunque, disapprovata. Ciò detto, ne deriva che mentre l'oggetto dell'interpretazione (ad esempio il rosso del semaforo, il segnale stradale di "stop", lo sguardo severo, la disposizione dell'art. 1 c.c.) è unico per tutti i soggetti impegnati nella data interpretazione, salvo non vi siano problemi di percezione sensoriale (ad esempio, si sbaglia nel leggere una disposizione), il risultato del procedimento ermeneutico può essere diverso a seconda della sensibilità e della cultura dell'interprete (un aborigeno abituato a vivere nel suo villaggio potrebbe non interpretare il rosso del semaforo come segnale prescrittivo di arresto immediato della marcia), ovvero anche del momento in cui il procedimento si svolge (lo stesso interprete potrebbe, a distanza di tempo, ricavare due significati tra loro diversi dalla stessa disposizione perché, ad esempio, nel frattempo ha affinato la propria cultura giuridica, oppure ha cambiato il suo modo di intendere una certa questione, oppure ancora ha una diversa percezione dell'assetto valoriale della società in cui vive, o è cambiato il modo in cui gli altri operatori del diritto interpretano tale disposizione). Per questa ragione, nel mondo del diritto, dalla stessa disposizione è normale vengano ricavate norme tra loro diverse. Ciò, ovviamente, rischia di generare una relativa incertezza negli operatori, ma costituisce anche un motivo di ricchezza dell'ordinamento giuridico che, dunque, si evolve non solo quando cambiano le disposizioni, ma anche quando, a disposizioni immutate, cambiano le norme ricavate da una o più disposizioni. Per altro, l'ordinamento giuridico ha in sé meccanismi in base ai quali è possibile risolvere conflitti (c.d. **antinomie**) tra le diverse interpretazioni degli enunciati normativi. Su tali temi si tornerà diffusamente più avanti, in particolare nel capitolo II, a proposito dell'attività giurisprudenziale, e cioè dell'attività dei giudici, le cui decisioni formano la 'giurisprudenza'.

Resta qui da segnalare come, sul finire dello scorso secolo, si sia tentato di realizzare programmi per elaboratore elettronico (c.d. software) in grado di ri-

cavare, dai singoli enunciati normativi delle disposizioni giuridiche, norme compiute, finendo tuttavia per verificare che l'attività interpretativa – come detto – proprio in quanto caratterizzata dalla sensibilità dell'interprete e condizionata da un'infinità di fattori culturali, non può prescindere da un complesso procedimento intellettuale tipico della mente e dell'esperienza umana, ad oggi non riproducibile attraverso la tecnologia.

Tornando ad occuparci della disposizione, giova chiarire che la stessa descrive in termini generali, e quindi tipizza, una certa situazione che può essere definita **fattispecie astratta**, ed a questa ricollega conseguenze che di fatto incidono di volta in volta sulla **fattispecie concreta**, e cioè sulla situazione in cui, nella realtà, vengono storicamente a determinarsi le condizioni previste dalla regola a livello di fattispecie astratta. Ad esempio, la regola giuridica di cui all'art. 1470 c.c. descrive cos'è la compravendita e dunque rappresenta la fattispecie astratta di tale istituto; mentre l'eventuale compravendita del libro di Roberto Saviano, 'Gomorra', a 15 Euro, concordata ieri tra Mauro che vende e Luisa che acquista, costituisce la fattispecie concreta.

Le **regole** – con riguardo alla loro struttura – possono essere **individuali o generali**, a seconda che siano riferite ad uno o più singoli individui predeterminati ("Caterina deve guidare prudentemente") ovvero siano rivolte a chiunque si trova in una data situazione ("Chi deve mettersi alla guida non può bere alcolici"). Ed inoltre possono essere **concrete o astratte**, a seconda che il messaggio valga solo in una o più situazioni concrete ("Al prossimo appello di diritto privato non ci saranno domande sul libro II del codice civile"), ovvero valga in generale in ogni caso si verifichino le condizioni previste ("Ad ogni appello di diritto privato gli studenti devono essere preparatissimi").

Infine, le regole possono essere, in un altro senso, generali, ovvero speciali o eccezionali. Le **regole generali** sono quelle conformi al principio di cui costituiscono derivazione concreta. Le **regole speciali** sono, invece, quelle che si discostano dalla normale declinazione del principio di cui pure sono derivazione. Ad esempio, sono speciali le regole che disciplinano, nel codice della navigazione, il trasporto via mare rispetto alle regole del codice civile sul trasporto di persone o cose. Le **regole eccezionali** sono quelle che non sono riconducibili in alcun modo al principio di cui risultano derivazione, in quanto segnano, rispetto a questo, una deviazione giustificata, nella particolare fattispecie, dalla priorità di altre valutazioni compiute da chi produce la regola. In vero, la specialità o l'eccezionalità di una regola non sono qualità intrinseche, visto che è l'interprete che, di volta in volta, riconosce ed attribuisce l'una o l'altra qualifica a seconda del momento storico, del contesto di riferimento e della sua sensibilità culturale. Ad esempio, il divieto di atti emulativi, di cui all'art. 833 c.c. – a tenore del quale il proprietario non può compiere atti sui suoi beni al solo scopo di produrre ad altri nocumento o molestia – costituiva regola eccezionale

nel sistema ottocentesco basato sul concetto di inviolabilità del diritto di proprietà, mentre rappresenta oggi al più una regola speciale nel vigente sistema in cui un ruolo prioritario assumono i principi costituzionali di solidarietà (art. 2 Cost.) e funzionalizzazione della proprietà privata (art. 42 Cost.).

Sempre sul versante giuridico, la più importante differenza tra regole speciali ed eccezionali è costituita dal fatto che le prime possono essere soggette all'**analogia**, e cioè a quel particolare procedimento ermeneutico ed applicativo che consente all'ordinamento giuridico di porre rimedio ad eventuali sue lacune permettendo l'operare della regola anche fuori dal perimetro di efficacia dalla stessa definito, nel caso in cui vi siano fattispecie concrete prive di disciplina e, per certi versi, simili alla fattispecie astratta prevista dalla disposizione. Viceversa, le regole eccezionali non sono passibili di analogia.

1.3. Ordinamento giuridico, regola giuridica e diritto

Nei paragrafi che precedono non si è potuto fare a meno di utilizzare alcuni termini – ordinamento, regola giuridica, diritto – di cui probabilmente il lettore, al momento, ha una cognizione soltanto relativa, e che invece, d'ora innanzi, vanno intesi in senso strettamente tecnico. È, dunque, necessario soffermarci sulla esplicazione del significato di questi termini, in quanto i concetti che ne derivano sono di fondamentale importanza per lo studio e la comprensione del diritto privato, e cioè di quelle particolari regole giuridiche che sono normalmente considerate di diritto privato.

Per cominciare può dirsi che, secondo l'elaborazione dottrinale del XX secolo, con il sintagma **ordinamento giuridico** si fa riferimento sia ad una comunità organizzata per perseguire uno scopo comune (ed in questo senso può dirsi che lo Stato è un ordinamento giuridico), sia il complesso di regole, operanti sul piano giuridico, gerarchicamente ordinate e vigenti in un certo luogo e in un determinato momento storico, che disciplinano la vita di tale comunità. La prima soluzione è preferita dai fautori della *teoria istituzionalista* dell'ordinamento giuridico, elaborata da Santi Romano; la seconda dai sostenitori della *teoria giuspositivista*, o *normativista*, enunciata da Hans Kelsen.

Nel sintagma in parola, il sostantivo '**ordinamento**' segna il carattere ordinato e tendenzialmente completo ed autosufficiente di questo complesso di regole. L'ordinamento, nella estrema complessità dei collegamenti che esso realizza tra le diverse regole, produce un sistema normativo unitario e gerarchicamente disposto, la cui organicità, coerenza e certezza costituiscono elementi essenziali per il perseguimento della sua funzione ordinatrice. La dottrina maggioritaria ritiene che, affinché si possa parlare di ordinamento giuridico, debbano necessariamente concorrere tre elementi:

- la plurisoggettività, ossia la presenza di più soggetti all'interno della comunità cui le regole del dato ordinamento si applicano;
- la capacità di autoregolazione, ossia la vigenza di uno specifico complesso di norme che disciplinano l'azione dei soggetti;
- l'organizzazione, cioè una struttura con il compito di applicare le regole di condotta esistenti e di garantirne il rispetto e l'efficacia.

Gli ordinamenti giuridici sono, e sono sempre stati, molteplici, nel senso che ogni comunità organizzata ha avuto nei secoli passati ed ha oggi il suo ordinamento giuridico. Sulla questione si tornerà più avanti allorquando, per l'appunto, si affronterà più diffusamente il tema del **polimorfismo** e della **pluralità degli ordinamenti giuridici**. Ragionando sull'attualità può affermarsi che ogni Stato nazionale ha il proprio ordinamento giuridico, così come hanno un proprio ordinamento l'Unione europea, la NATO, l'ONU ed ogni altro soggetto riconosciuto a livello internazionale. Un ordinamento giuridico, seppure meno istituzionalizzato e cogente (v. *infra*), esiste anche nella stessa comunità internazionale, intesa come insieme di tutti gli Stati nazionali e di ogni altro soggetto da questi riconosciuto. Tal ultimo ordinamento è formato dalle convenzioni internazionali, dalle consuetudini, dalle prassi e dagli usi vigenti nella data comunità. Gli ordinamenti cui si è appena fatto cenno sono tutti giuridici, nel senso che appresso si chiarirà, e sono tutti operanti allo stesso momento e con relazioni, interferenze e sovrapposizioni tra loro.

In questo contesto un discorso a parte merita di essere svolto con riguardo al c.d. **diritto naturale**, e cioè a quell'insieme di principi generali (più che specifiche regole) che, secondo alcuni studiosi, sarebbero vigenti nelle comunità umane indipendentemente dal fatto di essere posti da una qualche autorità riconosciuta ed istituita. Nelle diverse epoche storiche, ciclicamente, il dibattito sul diritto naturale ha riguardato la sua stessa possibile esistenza, e dunque l'ontologia, la definizione, l'operatività attuale e concreta, i limiti di efficacia, nonché l'effettiva cogenza del fenomeno. Nel corso dei primi decenni del XX secolo, l'affermazione della dottrina pura del diritto di stampo kelseniano, e dunque del positivismo giuridico, insieme con la proliferazione continua di normative, sempre più tecniche, di fonte legislativa nazionale o internazionale, sembrava aver sopito il dibattito sul diritto naturale. Sennonché, gli orrori della seconda guerra mondiale e, successivamente, le tensioni giuridiche scatenate dalla globalizzazione dei mercati hanno richiamato nuovamente l'attenzione sul tema.

Tornando alla questione della pluralità di ordinamenti giuridici, va rilevato che l'intuizione per cui l'uomo può essere, e di fatto normalmente è, assoggettato a diversi ordinamenti operanti nello stesso ambito territoriale, purché essi abbiano una natura diversa e siano governati da istituzioni diverse, è relativamente recente, in quanto si deve ad uno studioso italiano della prima metà del

Novecento cui abbiamo già fatto cenno poc'anzi. Il riferimento è a Santi Romano, che con la teoria della pluralità degli ordinamenti superò la concezione secondo la quale l'ordinamento giuridico ricomprende in sé tutte le regole giuridiche esistenti in un dato territorio, per cui non può che essere unico, e far riferimento soltanto allo Stato nazionale. Alla luce di questo insegnamento, possiamo osservare che nel territorio italiano attualmente convivono l'ordinamento dello **Stato**, l'ordinamento delle **Regioni**, l'ordinamento delle **autonomie locali**, l'ordinamento dei **privati** dato dalle regole dei consociati che esercitano la propria autonomia negoziale, per certi versi l'**ordinamento sportivo**, nonché **ordinamenti stranieri** come quello della Chiesa cattolica, e **ordinamenti sovranazionali** come quelli, già citati, europeo e internazionale.

Deve, a riguardo, aggiungersi che ogni ordinamento giuridico non statale opera all'interno dei confini geografici del singolo Stato solo se, e nella misura in cui, quest'ultimo gli consente di operare, giacché esso è l'unico ordinamento originariamente sovrano nel territorio abitato dalla comunità di cui è espressione ed alla quale trova applicazione. Infatti, nel territorio italiano è attualmente possibile la compresenza degli ordinamenti appena richiamati proprio in quanto è l'ordinamento giuridico dello Stato italiano che ad ognuno di essi consente di operare entro certi limiti ed in presenza di determinate condizioni. Emblematico appare il caso dell'ordinamento sportivo, cui è dedicato l'approfondimento di cui al box che segue.

Ordinamento giuridico statale ed ordinamento sportivo

Tradizionalmente le regole ludiche, e cioè dei giochi e degli sport, sono state considerate regole non giuridiche in quanto non dotate di quella effettiva coercitività, o cogenza, nel senso indicato nel prosieguo del presente paragrafo. Si è, dunque, ritenuto che tali regole non facessero parte dell'ordinamento giuridico.

Tuttavia, nel corso del XX secolo, con l'emersione del fenomeno sportivo in termini di spettacolo, cultura e industria, nonché a causa dell'aumento della diffusione sociale della pratica degli sport, la questione si è riproposta in modo totalmente nuovo.

Inizialmente ci si è chiesti come fosse possibile che fatti considerati illeciti sul piano giuridico, e dunque nell'ordinamento giuridico, possano essere considerati, invece, leciti nell'ambito sportivo. Posta così, la questione appare davvero curiosa perché, a prima vista, sembrerebbe che l'ordinamento giuridico chiuda un occhio nei confronti di ciò che accade nell'ambito sportivo; ragionando in questo modo, tuttavia, si dovrebbe arrivare ad ammettere che lo Stato rinuncia alla sua sovranità nei confronti del mondo sportivo. Le cose non stanno così.

L'esempio tipico è quello del pugile che, sul ring, mette al tappeto il rivale esanime dopo averlo tempestato di pugni. Per lo stesso fatto – se compiuto fuori dal ring – quel pugile subirebbe, in forza dell'applicazione delle regole giuridiche, severe sanzioni anche di carattere penale. La tesi per cui il consenso ad essere colpiti, ed eventualmente danneggiati,

manifestato implicitamente dai due pugili con il fatto di salire sul ring, costituirebbe tecnicamente una scriminante sul piano del diritto penale, e cioè una condizione di non configurabilità del reato, sconta l'insuperabile obiezione per cui il consenso dell'avente diritto può scriminare solo riguardo a diritti che sono nella sua disponibilità, e cioè – ad esempio – nel caso in cui le conseguenze del fatto fossero lesioni non gravi, ma non opera nel caso di lesioni gravi o addirittura mortali, giacché, come vedremo, l'integrità fisica non costituisce un diritto disponibile.

La ragione per cui l'ordinamento giuridico non interviene nel caso del pugile in esame è dunque un'altra, e va ricercata nell'alta valenza etica che lo Stato riconosce al pugilato, così come a molti altri sport, pure considerati violenti o pericolosi. Questa valenza ha indotto il legislatore a riconoscere piena dignità a tali sport ed a ritenere non rilevanti, sul piano giuridico, i danni che derivano dalla pratica degli stessi, sempre che a cagionarli siano state condotte dell'atleta in linea con i regolamenti tecnici federali o comunque rientranti nella fisiologia della disciplina. Viceversa, quando l'atleta pone in essere una condotta non consentita ed antisportiva (è il caso del pugile Mike Tyson che, durante l'incontro valido per il titolo mondiale WBA, a Las Vegas, il 28 giugno del 1997, con un morso strappa parte dell'orecchio al rivale Evander Holyfield), l'ordinamento giuridico torna ad espandersi e quindi interviene con ogni strumento di repressione e dissuasione del comportamento non consentito, come se lo stesso fosse stato posto in essere fuori dalla pratica sportiva.

Nel rapporto tra regole sportive ed ordinamento giuridico, e nell'evoluzione stessa del c.d. diritto dello sport, in Italia una circostanza particolarmente significativa è costituita dal fatto che il CONI (Comitato Olimpico Nazionale Italiano) è un soggetto pubblico, sotto il controllo e la responsabilità del Ministero competente, e che al CONI sono affiliate tutte le maggiori federazioni sportive nazionali. Tramite il CONI, dunque, lo Stato ha istituzionalizzato le discipline sportive più amate e praticate, diventando lui stesso il principale attore dell'organizzazione del fenomeno sportivo nel nostro Paese. La vicenda, in vero, è comune a tutti i Paesi progrediti.

Negli ultimi lustri del XX secolo, la sempre crescente importanza sociale dello sport ha determinato le condizioni per cui, sia a livello internazionale che nazionale, le regole del mondo sportivo – principalmente costituite da regolamenti tecnici federali, ma oggi anche da statuti, codici di condotta, codici disciplinari, codici di giustizia sportiva – diventassero più complesse e articolate sino a costituire un vero e proprio ordinamento dotato di organicità e istituzionalizzazione.

Che le regole di tale ordinamento siano ancora da considerarsi non giuridiche, com'era secondo l'insegnamento tradizionale, in Italia non pare più così certo, e ciò in quanto attualmente non è affatto pacifica la natura autonoma dell'ordinamento sportivo rispetto all'ordinamento giuridico statale. In un caso giurisprudenziale assunto agli onori delle cronache (Soc. Cosenza c. CONI) fu il TAR del Lazio, con sentenza 1° aprile 2004 n. 2987, a sancire il principio per cui le regole dell'ordinamento giuridico statale, pur rinunciando a modificare autoritativamente le regole dell'ordinamento sportivo, non rinunciano a disciplinare e tutelare le posizioni dei soggetti di diritto che operano nel mondo dello sport ma con interessi anche esterni a questo, come del resto è normale che sia tanto per gli atleti quanto per i tecnici e le società o associazioni sportive. Ne deriva che qualora, ad esempio, un atleta, una società sportiva o una Federazione violino una norma dell'ordinamento sportivo a danno di un altro soggetto di tale ordinamento, quest'ultimo, se non trova tutela dei propri diritti asseritamente lesi nell'ambito della giustizia sportiva, può rivolgersi ai giudici dello Stato. Per questa via le regole dell'ordinamento

sportivo, nel momento in cui intersecano l'ordinamento giuridico statale e di questo vengono a far parte in quanto sono applicate da un Tribunale dello Stato, acquistano piena cogenza, e dunque natura di regole giuridiche.

La sentenza sopra citata fece seguito ad un'estate turbolenta per il mondo del calcio italiano, giacché, in sede di formazione dell'elenco delle squadre iscritte a partecipare ai nuovi campionati, si consumarono cruenti sfide giudiziarie tra la FIGC (Federazione Italiana Gioco Calcio) e alcune società professionistiche, cominciate davanti agli organi di giustizia sportivi federali, ed esitate nel ricorso da parte delle società più intraprendenti ed indomite ad alcuni tribunali dello Stato. A regolare la situazione intervenne il legislatore nazionale che emanò il d.l. 19 agosto 2003 n. 220, successivamente convertito con modifiche nella **legge 17 ottobre 2003 n. 280**, "*recante disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva*", il cui art. 1 stabilisce espressamente che: "*1. La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale. 2. I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo*". Ed all'art. 2 che: "*1. In applicazione dei principi di cui all'art. 1, è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive; b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive. 2. Nelle materie di cui al comma 1, le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati hanno l'onere di adire, secondo le previsioni degli statuti e regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive di cui agli artt. 15 e 16 del d.lgs. 23 luglio 1999 n. 242, gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo*". Infine, l'art. 3, prevede che: "*Esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni ed atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato Olimpico Nazionale Italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'art. 2, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo [...] 2. La competenza di primo grado spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al tribunale amministrativo regionale del Lazio con sede in Roma. Le questioni di competenza di cui al presente comma sono rilevabili d'ufficio*".

Nel sintagma 'ordinamento giuridico', l'attributo '**giuridico**' coglie, invece, il momento qualitativo delle regole che compongono detto ordinamento, delle finalità e delle modalità con cui le stesse operano.

Non tutti gli ordinamenti coesistenti, in una data società in un certo momento storico, sono giuridici, così come non sono giuridiche tutte le regole di condotta che condizionano l'operato dell'uomo.

È, infatti, esperienza propria di ogni società umana – oltre che di ognuno di noi sin dalla nascita – la compresenza, accanto alle regole giuridiche, di regole etiche, morali, religiose, di costume, ludiche, e quant'altro. Anzi, val la pena sin d'ora notare come le regole giuridiche, sul piano storico, siano sorte suc-

cessivamente rispetto alle altre, o almeno ad alcune altre. Il che appare ben comprensibile se solo si riflette sul fatto che le **regole morali**, in quanto relative all'intima coscienza di sé e degli altri propria di ogni uomo, non richiedono alcun momento istituzionale di formazione ed esternazione, sicché probabilmente esse sono nate, almeno a livello elementare, con l'uomo. Mentre le **regole etiche**, afferendo al rapporto dell'uomo con un sistema valoriale condiviso dalla comunità in cui egli vive, richiedono sì l'esistenza di una comunità, ma anch'esse non necessitano del momento istituzionale in quanto non dipendono da alcuna organizzazione della comunità stessa. Dunque, dal punto di vista storico, anche le regole etiche sono, con tutta probabilità, almeno nella loro formulazione più semplice, proprie della primissima esperienza umana. Lo stesso è a dirsi per le **regole di costume**, che suggeriscono – ma non impongono, in senso cogente, proprio perché non operano sul piano giuridico – al consociato di comportarsi in una data maniera per essere riconosciuto come appartenente ad un certo ceto o per attirare le simpatie, la stima, la benevolenza, l'ammirazione, il rispetto dei propri interlocutori. Discorso a parte meritano le **regole religiose** e quelle **ludiche**, giacché le une e le altre costituiscono precetti non operanti verso tutti i consociati, ma solo verso coloro che, rispettivamente, si riconoscono nell'organizzazione della data religione, ovvero del dato gioco; intese in questo senso, le regole in parola non richiedono necessariamente un momento istituzionale e, più che fondarsi sul momento sociale organizzativo, pure rilevante, si basano sull'adesione spontanea del singolo consociato e dunque sulla partecipazione di questo all'organizzazione della data comunità religiosa o sulla pratica del dato gioco.

Oggetto dello studio del diritto privato sono, come evidente, le regole giuridiche.

Quelle che sinora abbiamo, piuttosto genericamente, definito **regole giuridiche** sono comandi rivolti ai consociati per dare ordine alla loro convivenza, organizzare al meglio le proprie attività ed impedire, o eventualmente risolvere, le liti tra gli stessi senza ricorrere alla violenza.

Parte della dottrina filosofica del diritto ha storicamente individuato come caratteristica precipua della regola giuridica il fatto che questa è, per lo più, posta ed applicata da un'autorità istituzionalizzata, e dunque da un soggetto terzo rispetto a colui che ne subisce l'applicazione. Per questa via si è detto che il comando giuridico si distingue da ogni altro perché **eteronomo**. Al contrario, come accennato, le regole morali, ed in qualche modo anche quelle etiche, sono per lo più prodotte dalla stessa coscienza umana che le percepisce e le ricava dal contesto sociale in cui vive, ma sempre secondo la sensibilità e la cultura del singolo, sicché sembra potersi affermare che nessuno può imporre la propria regola morale ad un altro che non la avverte esistente o cogente.

Tuttavia, se la regola giuridica, in virtù della sua eteronomia, si differenzia dalle regole morali, ed in qualche modo anche da quelle etiche (ma già qui il discorso cambia perché una regola etica nasce all'interno della comunità, più che all'interno della coscienza del singolo, o quantomeno dal rapporto tra comunità e coscienza del singolo, sicché una regola etica può esistere in una società anche a prescindere dal fatto che il singolo consociato la voglia rispettare o, finanche, la riconosca), non altrettanto può dirsi riguardo alle regole religiose o ludiche. Ed infatti, anche queste ultime sono poste, mantenute in vita ed applicate da soggetti istituzionalizzati diversi dal consociato che ne subisce la coerenza. In proposito basti pensare – a titolo di esempio – al cartellino rosso con cui l'arbitro di calcio, nell'ambito di tornei ufficiali gestiti dalla F.I.G.C., comunica al calciatore indisciplinato il provvedimento sanzionatorio nei suoi riguardi e gli intima di lasciare immediatamente il campo interpretando, e quindi successivamente applicando, una regola del gioco del calcio. Tale regola ha una sua istituzionalizzazione, se pure non statutale, sia sotto il profilo della produzione normativa, in quanto è stata approvata dagli organi preposti e con le modalità previste nell'ordinamento sportivo; sia sotto il profilo della sua vigenza, in quanto non è stata rimossa da organi a ciò abilitati e con le procedure stabilite dallo stesso ordinamento; sia, infine, sotto il profilo della sua applicazione, proprio perché essa è resa cogente dagli arbitri, dai commissari di gara, dai giudici sportivi e quant'altro. Analogamente potrebbe evidenziarsi rispetto a qualunque regola religiosa.

Le considerazioni appena svolte ci spingono a dubitare che l'eteronomia costituisca realmente una prerogativa della regola giuridica.

Muovendo da tale dubbio, numerosi cultori della teoria generale del diritto hanno osservato che la caratteristica principale delle regole giuridiche, rispetto alle altre sopra citate, potrebbe essere rintracciata nella **funzione** peculiare a cui le prime sono preposte. Sotto questo aspetto si potrebbe obiettare che anche le regole morali, o etiche, o religiose, o di costume, possono, quanto meno in teoria, muovere gli uomini alla convivenza pacifica ed economicamente prospera. Senonché, una tale obiezione, secondo l'insegnamento tradizionale, non coglie un dato particolarmente significativo, e cioè che siffatte regole, ognuna nell'ambito della funzione specifica che è chiamata a realizzare, possono anche suggerire all'uomo, tra l'altro, modalità di condotta analoghe a quelle richieste dalle regole giuridiche, e tuttavia la differenza fondamentale sta nel fatto che solo per le regole giuridiche può dirsi che esse abbiano come vera e propria funzione, peraltro unica, quella di garantire le condizioni per il mantenimento della pace sociale e lo sviluppo della società. Proprio in considerazione di questa necessaria correlazione tra società e momento giuridico, si è notato come sia vero che il diritto, e cioè l'ordinamento giuridico, ha bisogno di una società organizzata per nascere (*ubi societas, ibi ius*), ma è altresì

vero che una società non può essere organizzata senza le regole giuridiche che la ordinano (*ubi ius, ibi societas*).

Altra caratteristica che la dottrina tradizionale riconosce alla regola giuridica come differenziante, rispetto alle altre tipologie di regole, è costituita dalla sua particolare **struttura**. Essa, infatti, si presenta sotto questo profilo come comando generale ed astratto che tende a regolare una serie indefinita di casi ed è applicabile ad ogni consociato. Per **generalità** si deve intendere la idoneità del precetto di essere applicabile a chiunque si venga a trovare nelle condizioni previste dallo stesso. Con **astrattezza** si fa riferimento alla capacità della regola giuridica di prescindere da circostanze concrete, nel senso che essa opera tutte le volte in cui si verificano i presupposti di applicabilità che la sua stessa formulazione linguistica prevede. Valorizzando i concetti di generalità ed astrattezza si tende normalmente ad escludere che la regola giuridica possa essere posta o applicata per favorire o sfavorire qualcuno in particolare. Inoltre, tali caratteri della regola giuridica consentono, almeno in via teorica, di assicurare all'ordinamento la prevedibilità delle decisioni, la certezza della regola operante in ogni data situazione, l'eguaglianza tra i consociati e la permanenza nel tempo del precetto.

A ben vedere, l'approccio tradizionale che prova a distinguere la regola giuridica dalle altre tipologie di regole – e, per conseguenza, l'ordinamento giuridico dagli altri ordinamenti esistenti (ad esempio, l'ordinamento religioso o quello sportivo) – sulla base della eteronomia, delle funzioni o della struttura, a dire il vero, non sembra, nel suo complesso, esaustivo ed efficace. Ed infatti, fermo quanto già detto circa l'eteronomia, è piuttosto evidente che anche altre tipologie di regole condividono la stessa struttura della regola giuridica (ad esempio, il comandamento religioso “Non rubare” è certamente generale ed astratto). Inoltre, può ritenersi che anche le regole religiose, morali o etiche abbiano come funzione il mantenimento della pace sociale e lo sviluppo della società, e che la loro unica differenza rispetto all'ordinamento giuridico stia nell'assetto valoriale che determina i contenuti dei singoli precetti ovvero nella conseguenza prevista in caso di violazione degli stessi.

Sembra, allora, opportuno muovere proprio nella direzione dell'analisi delle conseguenze previste in caso di violazione del comando per cogliere la vera, ed unica, significativa differenza tra regole giuridiche e non. In difetto, si rischia di fare confusione e, dunque, di rendere più incerti i confini dell'ordinamento giuridico rispetto agli altri ordinamenti, e cioè agli altri insiemi di regole – come detto – vigenti nella società, accanto e contemporaneamente all'ordinamento giuridico.

In definitiva, la caratteristica realmente differenziale delle regole giuridiche rispetto ad altre regole, eventualmente anche simili nei contenuti e nella struttura, sta nel fatto che solo la violazione delle regole giuridiche comporta, per il

trasgressore, una sanzione negativa che l'ordinamento giuridico si fa carico di eseguire in via istituzionalizzata, persino con la forza, a prescindere da ogni considerazione relativa all'adesione volitiva del soggetto all'ordinamento stesso. Tale caratteristica della norma giuridica prende il nome di **effettiva coercitività**, o, se si preferisce, **coattività**. Dunque, mentre si può violare un precetto, ad esempio, religioso senza scontare la relativa sanzione negativa perché il trasgressore non partecipa alla vita della comunità religiosa, o perché decide di non parteciparvi più da un momento in poi, o più semplicemente perché non aderisce intimamente alla religione di cui pure appare seguace; ed allo stesso modo si può decidere di giocare a calcio senza rispettare le regole tecniche o disciplinari imposte dall'ordinamento sportivo, semplicemente non partecipando a competizioni ufficiali gestite dalla F.I.G.C., e casomai organizzando un torneo di calcio nel giardino sotto casa con regole diverse (si potrebbe, ad esempio, prevedere che il proverbiale intervento a gamba tesa nei confronti dell'avversario non costituisce comportamento scorretto punibile dall'arbitro); non si può allo stesso modo violare un precetto giuridico senza che l'ordinamento, emerso ed accertato l'illecito (cioè il fatto contrario all'ordinamento giuridico, c.d. *non in iure*), reagisca attraverso meccanismi afflittivi o riparatori – predeterminati e puntualmente disciplinati dallo stesso ordinamento, e dunque istituzionalizzati – tendenzialmente senza fare distinzioni tra un trasgressore ed un altro, e senza alcuna possibilità per questo di disconoscere concretamente la reazione dell'ordinamento o di sfuggirvi.

In altre parole, ciò che distingue davvero la regola giuridica da ogni altra regola è la sua astratta e generale capacità di applicarsi comunque e sempre ad ogni soggetto che si trova all'interno del suo raggio d'azione, con conseguente irrogazione istituzionalizzata della relativa e prevista sanzione, senza che alcun consociato possa sfuggirvi, se non per ragioni concrete esclusivamente legate alla patologia del funzionamento dell'ordinamento.

Ovviamente, perché così sia, e cioè perché una norma giuridica sia davvero dotata di coercitività, è necessario che la stessa sia **valida** ed **efficace**, e perciò sia parte dell'ordinamento sia in senso formale che sostanziale, e dunque sia effettivamente vigente. Esistono, infatti, regole che, pur facendo ancora parte dell'ordinamento in senso formale perché contenute in fonti normative apparentemente vigenti in quanto non abrogate, non sono mai state applicate, oppure non vengono più applicate da tempo giacché desuete. Un esempio classico è costituito dai principi costituzionali italiani in materia di sindacati dei lavoratori, mai applicati perché mai nessun sindacato si è posto nelle condizioni previste dalle disposizioni di legge.