

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

diretta da
ENRICO GABRIELLI

DIRITTO PRIVATO

a cura di
ENRICO GABRIELLI

Terza edizione



G. Giappichelli Editore

CAPITOLO I

INTRODUZIONE AL DIRITTO PRIVATO

Pietro Rescigno

SOMMARIO: SEZIONE I: Il diritto privato nell'esperienza giuridica. – SEZIONE II: Gli ordinamenti giuridici. – SEZIONE III: Origini, motivi e vicende del codice civile italiano. – SEZIONE IV: La legge in generale.

SEZIONE I

IL DIRITTO PRIVATO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. Priorità storica e continuità del diritto privato nell'esperienza giuridica. – 2. I concetti del diritto privato. Diritto privato e diritto comune. – 3. Dottrine “normative” e dottrine “istituzionali” del diritto.

1. Priorità storica e continuità del diritto privato nell'esperienza giuridica

L'insegnamento istituzionale del diritto privato assolve, per un'antica vocazione rispecchiata negli ordinamenti scolastici, un compito importante. Fornisce una serie di nozioni che interessano l'intero fenomeno giuridico, al di là delle partizioni abituali (ed in primo luogo di quella tra diritto pubblico e privato) e della stessa distinzione tra l'esperienza attuale ed esperienze che appartengono al passato.

Questa funzione è ora affidata anche a discipline diverse ed i contenuti del discorso vengono arricchiti da competenze d'indole filosofica, economica, antropologica, sociologica. Rimane tuttavia affidata al diritto privato, in ragione della specificità della riflessione e del linguaggio del giurista, l'elaborazione di termini, definizioni, concetti che vengono poi usati in tutti i rami del diritto.

Le nozioni ed a volte la stessa terminologia vengono anzi riferite, come si accennava, anche allo studio ed alla ricostruzione di sistemi non più in vigore: così accade, in particolare, per il diritto romano rispetto al nostro. A questa attitudine siamo portati per la naturale tendenza a legare il tempo ed il mondo in cui viviamo alle reliquie ed alle voci del passato, alla ricerca di una rassicurante continuità. La prospettiva può alimentare la pericolosa illusione che i fatti della vita sociale ed economica siano stati osservati e “sistemati” con strumenti di valutazione e di indagine eguali od affini, pur nella diversità delle soluzioni date ai problemi pratici ed ai conflitti d’interessi.

Occorre brevemente chiarire perché allo studio del diritto privato si finì per attribuire il compito di introdurre al diritto in genere, di fornire categorie idonee a ricostruire l’esperienza giuridica senza limitazioni di materie e senza confini di tempo, di apprestare termini e concetti validi per tutti i settori della vita sociale in cui il diritto si realizza.

Le ragioni si possono riassumere nella priorità storica del diritto privato rispetto agli altri rami del diritto e nella priorità della elaborazione ricevuta dal fenomeno giuridico in quel settore. Parlando di elaborazione ci riferiamo sia all’attività degli operatori pratici, sia all’attività dei cultori di dottrine giuridiche.

Nel comune modo di sentire si finisce per istituire una stretta connessione tra diritto e Stato. Sottolineando la priorità del diritto privato, si vuol dire che gli interessi particolari dei singoli e dei gruppi, in primo luogo gli interessi delle famiglie, trovarono modi di organizzarsi e di autoregolarsi prima ancora che si formasse la comunità statale. A quest’ultima fanno capo gli interessi della generalità ed essa li realizza attraverso le norme del diritto pubblico.

D’altro canto lo Stato, inteso nel senso che noi moderni attribuiamo alla parola, è forma di aggregazione che risale ad epoche relativamente vicine. Chi intenda ricostruirne la nascita può fermarla al secolo diciottesimo, all’età del dispotismo illuminato. Le monarchie del continente europeo, che autolimitano la sovranità attraverso concessioni largite e *garanzie* accordate ai sudditi, disegnano la prima immagine di uno Stato “di diritto”. Stato “di diritto” vuol dire che i pubblici poteri sottopongono a norme giuridiche la propria condotta ed attività ed assicurano il rispetto e l’attuazione delle prerogative attribuite ai cittadini.

Gli istituti fondamentali del diritto privato – la famiglia, l’eredità, il contratto, la proprietà, la responsabilità, per limitarci a poche indicazioni – hanno una storia molto più antica della comunità statale, intesa quest’ultima nel senso che oggi conferiamo alla parola. Più antichi dello Stato, gli istituti di diritto privato continuarono a servire ai bisogni degli uomini ed a svilupparsi, e mantennero la loro coerenza anche quando le strutture e l’organizzazione dello Stato conoscevano radicali mutamenti o vivevano nel segno della precarietà e della instabilità. Si pensi, per ciò che riguarda la distribuzione e l’esercizio dei pubblici poteri, alla radicale diversità fra uno Stato in cui il potere è accentrato al vertice ed uno Stato che lascia alle minori comunità larghi spazi di iniziativa e di decisione; fra uno Stato che riconosce peso prevalente alla burocrazia amministrativa ed uno Stato che favorisce una diffusa

partecipazione popolare; tra uno Stato in cui i privati hanno assoluta discrezionalità nell'intraprendere e nel condurre le attività economiche ed uno Stato che cerca di coordinare e di indirizzare le attività produttive dei privati. Certamente la diversa struttura dello Stato, il modo ed i limiti di esercizio dei pubblici poteri, l'intervento nell'economia inducono modificazioni rilevanti anche negli istituti del diritto privato; e tuttavia di questi istituti persistono le ragioni e le linee che giustificarono la creazione ad opera dei privati, quindi l'assidua elaborazione dell'ambiente sociale, infine il riconoscimento e la sanzione delle leggi.

La coerenza e la continuità del diritto privato sembrano conservarsi anche dove la comunità statale supera o abbandona lo schema ed i presupposti tradizionali dello Stato moderno. Gli elementi di quest'ultimo furono ravvisati, e ancora oggi dall'insegnamento scolastico vengono indicati nel territorio, nel popolo e nella sovranità. Il costituirsi di organizzazioni sovranazionali, specialmente nel campo delle attività economiche, mette in luce la tendenza a superare lo schema del vecchio tipo di Stato; le norme degli organismi comunitari (si pensi, per l'Europa occidentale, alla Unione europea) si impongono ai cittadini dei diversi paesi direttamente, senza passare attraverso la mediazione dell'autorità e del potere della particolare comunità statale a cui i destinatari appartengono.

Il fenomeno del diritto "comunitario" conferma come il diritto privato, dopo aver preceduto la nascita dello Stato moderno, nelle linee fondamentali resiste a novità che attecchiano in forme mutevoli e originali gli Stati contemporanei. Dalla dimensione statale si stacca anche il diritto che nel traffico internazionale assai spesso applicano e rispettano gli operatori economici, un diritto in larga misura fatto di consuetudini nate e sviluppate nel mondo commerciale (dove il nome di *lex mercatoria* con cui viene contrassegnato).

Più avanti, a conferma della non necessaria identificazione tra fenomeno giuridico e disciplina dei rapporti sociali dettata dallo Stato, sarà ricordata la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici. A quella dottrina dobbiamo la rilevazione dell'esistenza di norme di condotta e di sistemi normativi dovunque esistono fatti di organizzazione sociale. Ora, gli interessi e le attività dei privati riempiono in larga misura l'area coperta da ordinamenti non statuali; ma si rende opportuna un'avvertenza. L'indole privata degli interessi, e dell'autonomia di cui i soggetti si avvalgono nel regolarli e nell'attuarli, deve generalmente riguardarsi sotto due profili, dei quali il primo attiene alla realtà che si svolge fuori del diritto statale, il secondo alla collocazione dei fatti e delle relazioni nell'ambito del diritto dello Stato. La distinzione non sempre viene percepita con la necessaria chiarezza: si pensi, per limitarsi a suggestivi esempi, alla posizione della famiglia ed alla vicenda storica dei sindacati. Il discorso del giurista assai spesso non riesce a cogliere la diversità dei piani di osservazione che consentono di mettere in luce l'autonomia di cui la comunità familiare e l'associazione professionale godono prima e indipendentemente da qualsiasi considerazioni nelle norme statuali, e più tardi l'autonomia collettiva, e cioè di gruppo, che esse esercitano alla stregua del diritto privato statale.

Il discorso che stiamo svolgendo presuppone, naturalmente, la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, nello svolgimento storico del diritto e nel diritto positivo attuale. I confini tra i due settori mutano a seconda dei tempi e dei luoghi, in relazione all'ampiezza degli interessi e della libertà riconosciute ai singoli ed ai gruppi, ma la distinzione rimane, e resta anche negli ordinamenti che sembrano inclini a rimettere allo Stato zone assai estese d'intervento e di attività (il diritto privato ed i codici civili sono stati conservati anche nei paesi socialisti).

La distinzione riposa sulla natura degli interessi che la norma vuole realizzare: interessi generali le norme di diritto pubblico, interessi particolari le norme di diritto privato. Interessi con carattere di particolarità fanno capo non soltanto all'individuo, ma anche alle formazioni collettive, che dunque appartengono anch'esse al diritto privato. Vedremo più avanti gli altri caratteri tipici del diritto privato; ora premeva sottolineare come il diritto privato abbia fornito l'esperienza pratica e la dottrina del diritto del "vocabolario" di parole e di concetti di cui tutti i giuristi si servono.

La tendenza a servirci di schemi e parole identici per sistemare il diritto contemporaneo e per ricostruire i diritti storici risponde ad un atteggiamento tipico del nostro spirito. Noi siamo portati scoprire o a tracciare una ideale continuità tra i fatti sociali e le istituzioni giuridiche del nostro tempo ed i fatti e gli istituti di cui conserviamo traccia o memoria, e ci comportiamo così anche quando i legami sono tenuissimi, ed anzi, a guardar bene, corrono tra le parole piuttosto che tra i fatti. Abbiamo quasi un senso di paura se ci accade di scoprire un vuoto tra la realtà in cui viviamo e il passato che ci sforziamo di decifrare.

Questa attitudine non varrebbe a giustificare il ruolo assegnato allo studio del diritto privato. Certamente, nel diritto privato è frequente, quasi abituale, ritrovare gli stessi vocaboli in un arco lunghissimo di tempo, ad esempio parole come obbligazione o contratto o delitto. L'illusione della continuità può essere accresciuta da definizioni e regole condensate in frasi latine, spesso di dubbia genuinità ed esattezza, ma che paiono conferire all'attività del giurista qualcosa di misterioso, di sacro e di antico come i riti di una religione.

È decisiva invece la ragione che indicammo in principio, la priorità del diritto privato nell'esperienza giuridica: priorità per ciò che riguarda gli interessi particolari che si organizzano, le forme di tutela, apprestate agli interessi, infine la elaborazione tecnica della materia. Nell'età moderna poi, a partire dalla fine del secolo diciottesimo, il diritto privato sembrò confermarsi attraverso le grandi codificazioni come un corpo compatto ed organico di regole che avevano raggiunto sufficiente stabilità e compiutezza. Nelle due aree culturali dell'Europa continentale i due modelli di codice furono rappresentati dal codice Napoleone e dal codice civile tedesco (BGB), emanati rispettivamente al principio ed a chiusura del secolo decimonono. Si tratta di due modelli assai importanti per lo studio del diritto italiano: al code Napoléon (1804) si ispirava il codice che il nostro paese provvide a darsi a breve distanza dall'unità politico amministrativa, nel 1865; il codice tedesco (1900) nasceva da una tradizione di pensiero che influenzò la nostra dottrina civilistica sino alla metà di questo secolo.

Si dirà, nel seguito del discorso, dell'attuale posizione dei codici nel sistema: il significato ed il valore non sono annullati dall'accrescersi e dall'addensarsi della legislazione 'speciale' che interviene nei singoli settori dell'esperienza. Il fervore di questi ultimi anni – nello scrivere, rielaborare, progettare codici nuovi (come quello recente sui contratti pubblici e sulla insolvenza) e persino nell'accedere a quella 'tecnica' in paesi che mai o solo episodicamente l'avevano sperimentata come per il diritto cinese – persuade anzi a credere che la codificazione sia tutt'altro che una 'forma' sorpassata di legiferare.

2. I concetti del diritto privato. Diritto privato e diritto comune

Il diritto privato, in forme ancora più precise dopo che le codificazioni civili lo avevano consolidato, fornì dunque i concetti validi per il discorso del giurista in ogni settore della vita sociale. I concetti erano, soprattutto, questi: il rapporto giuridico inteso come relazione riconosciuta e regolata dal diritto; le persone ed i beni visti come i soggetti e l'oggetto, i termini tra cui intercorre e su cui incide il rapporto; i poteri e le soggezioni, nelle diverse specificazioni (diritti soggettivi, potestà, poteri, diritti potestativi, e dall'altro lato doveri, obblighi, obbligazioni, oneri), attribuiti dalla legge per la realizzazione degli interessi cui sono ordinati i rapporti; i fatti da cui i rapporti prendono origine, e in particolare l'attività umana che ne costituisce la fonte più frequente e più rilevante.

L'elaborazione degli altri rami del diritto, progressivamente, si rese autonoma dagli strumenti e dalle formule del diritto privato. E il diritto privato a sua volta ricevette apporti e concetti soprattutto dalla realtà e dalle dottrine del diritto pubblico. Così, per limitarci a qualche esempio, nel diritto privato il modo tipico di configurare le prerogative individuali era stato (ed ancora rimane) il diritto soggettivo, definito come il potere riconosciuto ad un individuo o ad un gruppo di ottenere da uno o più soggetti un determinato comportamento (prototipo del diritto soggettivo, secondo la tradizione, è la proprietà, spesso paragonata alla sovranità per l'ampiezza del contenuto e per l'insindacabilità dei modi di esercizio). Nel campo del diritto pubblico, al contrario, i poteri appaiono legati alla particolare funzione che il soggetto assolve nell'organizzazione dello Stato o dell'ente pubblico cui appartiene. Ora, una indagine più attenta alle materie del diritto privato ed agli interessi che vi ricevono tutela mette in luce che taluni poteri privati non sono riducibili allo schema classico del diritto soggettivo, poiché la discrezionalità del singolo vi appare limitata od esclusa in ragione degli interessi di altre persone. Così che le categorie ed il linguaggio del diritto privato vengono allargati oltre lo schema ristretto del diritto soggettivo, prendendo a prestito termini e nozioni abituali al diritto pubblico.

Con riguardo al regime giuridico dell'attività privata, è accaduto alla dottrina e alla pratica qualcosa di analogo. Delle varie forme di attività rilevanti per il diritto, il diritto privato considera in maniera particolarmente diffusa quelle che sono

esercizio di autonomia, vale a dire del potere dei privati di costituire, modificare od estinguere rapporti, e in specie dell'autonomia contrattuale, che incide su rapporti d'indole patrimoniale (art. 1322). Così si spiega l'attenzione prestata dai codici di tipo latino alla figura del contratto, e dai codici germanici alla più ampia categoria del "negozio giuridico", l'una e l'altra riconducibili al principio dell'autonomia privata. Anche stavolta l'esame più approfondito della realtà sociale ed economica mise in luce l'esistenza di una serie di atti che non potevano inquadrarsi nel potere di autonomia. Per quegli atti si poneva il problema pratico di applicare o meno, e della misura in cui applicare il regime riservato dalla legge agli atti di esercizio dell'autonomia privata, e in particolare al contratto.

Nel campo del diritto pubblico, e in specie del diritto amministrativo, si era verificato il fenomeno inverso: gli atti della pubblica amministrazione e del privato erano stati configurati nel segno della rigida predeterminazione del contenuto, delle norme e degli effetti; più tardi, di fronte alla realtà concreta di rapporti instaurati dal privato e dalla pubblica amministrazione, ci si era chiesto se non vi fosse, anche nel campo del diritto pubblico, spazio per atti di autonomia nel senso proprio del diritto privato. Erano i casi in cui pubblica amministrazione e privato sembravano presentarsi in una situazione di formale parità.

La priorità e la continuità del diritto privato danno ragione anche di un'altra importante caratteristica e funzione del diritto privato. Esso costituisce ancora il diritto comune cui occorre risalire quando sia incompleta la disciplina degli strumenti e delle attività della pubblica amministrazione. Si vuol dire che, nei punti non regolati (e si tratta di zone piuttosto ampie), il regime di diritto privato delle persone giuridiche, della proprietà, delle obbligazioni, del contratto, della responsabilità per fatto illecito, dell'impresa, si applica alle persone giuridiche pubbliche, alla proprietà pubblica, alle obbligazioni ed ai contratti dello Stato e degli enti pubblici, alle attività della pubblica amministrazione produttive di danni ai privati, agli enti pubblici che esercitano attività economiche. Accade a volte che la giurisprudenza riservi alla pubblica amministrazione un trattamento di favore e che la sottragga al rispetto od alle conseguenze dell'una o dell'altra norma. Sono privilegi ingiustificati: ad evitarli o a rimuoverli basterebbero più salde convinzioni dei giudici in materia di eguaglianza ed una assidua considerazione del valore di diritto comune da riconoscere al diritto privato.

3. Dottrine "normative" e dottrine "istituzionali" del diritto

Il discorso sul diritto e gli ordinamenti giuridici, che ora svolgiamo, non esige una presa di posizione ed una scelta tra le diverse concezioni del diritto. Facciamo menzione, in queste pagine introduttive, delle due concezioni prevalenti: l'una è detta "normativa", l'altra è chiamata "istituzionale".

Le due concezioni, come "punti di vista" nel considerare e nel valutare la realtà sociale che interessa il diritto, possono anche conciliarsi, ma nella storia del

pensiero giuridico esse racchiudono ideologie differenti circa il modo di costruire il rapporto tra diritto e Stato. Non si può affermare che l'una o l'altra delle due dottrine, tradotte in regole concrete di vita, assicuri una più intensa ed estesa garanzia dei singoli e dei gruppi, anche se vi sono teorici convinti della bontà o della convenienza politica dell'adesione alla prima o, al contrario, alla seconda concezione.

La dottrina "normativa" vede il diritto come sistema di comandi. Nelle enunciazioni più rigorose si preoccupa di cogliere soltanto la veste formale dei fenomeni e perciò nei rapporti giuridici trascura l'aspetto sostanziale, di relazioni correnti tra uomini e destinate a realizzarsi mediante la subordinazione di interessi umani ad altri interessi. La relazione viene istituita sempre e soltanto tra i singoli soggetti ed una norma: se Tizio ha prestato mille euro a Caio, il rapporto giuridico intercorre tra Tizio e la norma che lo autorizza a pretendere (o meglio tra Tizio e l'intero ordinamento giuridico in cui è iscritta non solo la norma che obbliga il debitore a pagare, ma altresì la norma che impone al giudice di condannare il debitore che rimanga inadempiente, e la norma che prevede l'esecuzione coattiva sul patrimonio dell'obbligato che non ottempera alla condanna); un altro rapporto viene a costituirsi e corre tra Caio e la norma che gli impone di adempiere.

Nella considerazione "normativa" del diritto prevale dunque il profilo della struttura del diritto, poiché l'esperienza mostra il diritto come un complesso di norme dirette a comandare, o a vietare, o a permettere (e la stessa norma, indirizzandosi a più destinatari, può assumere tutti e tre i contenuti: così la garanzia del diritto di proprietà si traduce nel comando ai terzi di rispettarla, nell'autorizzazione al proprietario a godere e disporre della cosa in modo pieno, nel divieto per il proprietario di compiere atti per lui privi di utilità e molesti o nocivi agli altri, artt. 2043, 832, 833).

Le dottrine "normative", negli scrittori più notevoli, si presentano strettamente legate al metodo che viene chiamato del positivismo giuridico. In una rigorosa formulazione il metodo si traduce nella netta distinzione, innanzitutto, tra la morale e il diritto; e tra il diritto quale effettivamente è in vigore in un certo tempo e luogo e le infinite possibilità di regimi diversi che si potrebbero adottare nei rapporti tra gli uomini (tra il diritto stabilito e, come suol dirsi, il "diritto condendo", suscettibile di essere costruito o materia di auspicio o di attesa). Il metodo, muovendo dai caratteri della positività ed effettività del diritto, finisce spesso per ritrovare solamente nel diritto statale – che è un sistema di comandi assistiti da sanzioni e fatti valere in maniera concreta – la sostanza e la forma di ordinamento giuridico. Perciò ai seguaci del metodo è stato rimproverato di fornire, per quella via, la giustificazione politica di ogni sistema, quando anche contenga regole aberranti e mortifici le elementari libertà dei singoli e dei gruppi. La censura ricorre specialmente, e con toni appassionati, quando in un ordinamento si vedono consumare, sotto la copertura di regole giuridiche formalmente ineccepibili, violazioni palesi della dignità umana come avviene, ad esempio, nella persecuzione di minoranze che siano emarginate per ragioni di lingua o di religione o di razza. Da molti si segnala allora

la necessità di collocare in un diritto di ragione, o secondo natura, il limite delle leggi positive; di vincolare la coscienza del giudice al rispetto del limite; di fondarvi anche un diritto dei cittadini a resistere alla legge ingiusta.

L'epoca di più larga affermazione del positivismo giuridico e delle dottrine normative corrisponde ai primi decenni del nostro secolo (e almeno di un nome, il nome e l'opera di Hans Kelsen, è necessario qui fare menzione); la relativa stabilità delle istituzioni politiche e l'apparente solidità e completezza delle codificazioni appena elaborate contribuirono alla diffusione ed alla fiducia in quel metodo di studio e di costruzione concettuale. Anche la Chiesa cattolica, che aveva sempre riservato notevole spazio alla tradizione ed alle consuetudini locali, si piegò ai nuovi indirizzi di pensiero e di linguaggio; nel 1917 provvide perciò a darsi un codice (il *codex juris canonici*), di notevole importanza anche con riguardo al sistema del diritto italiano poiché vi era contenuta la disciplina sostanziale del vincolo matrimoniale religioso (produttivo altresì degli effetti civili in virtù della trascrizione nei registri dello stato civile, secondo le previsioni della legislazione concordataria del 1929 e delle sue successive integrazioni e modificazioni).

Con l'espressione "diritto naturale" si intende un complesso di regole fondate sulla ragione, o sulle esigenze della coscienza umana, dotato di perenne validità, sottratto alle mutevoli vicende delle leggi positive. Ma il diritto naturale è esso pure irriducibile ad un corpo di norme rigido ed immutabile; i confini ed il contenuto, se si risale alla ricca letteratura ed ai tentativi di trattazione dei singoli istituti, appaiono influenzati dalla ideologia e dalle convinzioni dell'interprete. Così accade che istituti in certe epoche giudicati conformi o almeno compatibili col diritto di natura sono più tardi recisamente rifiutati: si pensi alla schiavitù, o si pensi alla proprietà considerata un tempo come diritto sacro e collocata tra le prerogative inviolabili della persona, ed ancora presentata in questi termini in qualche Costituzione contemporanea d'ispirazione cattolica.

Ideologie anche lontane tra loro possono tuttavia incontrarsi, come è avvenuto anche nell'esperienza recente, su alcune esigenze elementari reclamate dal rispetto della dignità umana (per un esplicito riferimento alla "dignità umana" v. gli artt. 41, 2° co. e 36, 1° co., Cost.; alla "dignità sociale" l'art. 3, 1° co., Cost.). Si è già ricordata la vicenda delle discriminazioni razziali, che per breve tempo furono conosciute anche dal nostro ordinamento.

Il conflitto tra le pretese della ragione e l'imposizione della legge può suscitare tensioni gravi nella coscienza individuale e nell'intera società, portando sino alla disapplicazione episodica o diffusa della legge. Si ripropone allora il conflitto già illustrato, tra valore della certezza e valore della giustizia. Nel rimeditare il problema dopo l'ultima guerra, e specialmente in Germania e in Italia che avevano avvertito il conflitto in più grave misura, si è sottolineata l'esigenza che l'interprete, prima di rifiutare una norma ripugnante alle sue convinzioni morali, compia sempre un'indagine larga e profonda, fino alle radici dell'ordinamento, arrivando alla disapplicazione e motivandola solamente quando ravvisi la incoerenza di quella singola previsione con l'intero sistema in cui s'inserisce.

La dottrina “istituzionale”, piuttosto che alla struttura del diritto, ricostruito come una fitta trama di norme, è attenta alla funzione che il diritto assolve. Di ogni ordinamento giuridico, e in particolare di quello statale, chiarisce le connessioni con una determinata società, vi scorge lo strumento di cui gli uomini si avvalgono per organizzare e conservare la società in cui vivono e per realizzarne gli scopi.

Così intesa, la considerazione del fenomeno giuridico in termini “istituzionali” consente più agevolmente di superare il pregiudizio che esaurisce il fenomeno giuridico nell’ordinamento dello Stato. Ma essa pure, di per sé sola, non basta ad allargare l’area delle libertà che i singoli possono svolgere nell’ambito di ciascuna comunità.

La storia ci avverte che anche le dottrine “istituzionali” furono piegate ai principi della statualità del diritto e del monopolio della produzione giuridica da parte dello Stato e che esse non sono dunque sufficienti, quando si risolvono in semplici affermazioni di valore o in mera constatazione di fatti, a garantire il carattere pluralista della società.

SEZIONE II

GLI ORDINAMENTI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. Società e diritto. – 2. Pluralismo sociale e pluralità degli ordinamenti. – 3. Dottrine ed esperienza del pluralismo. – 4. Le “formazioni sociali” della Carta costituzionale. – 5. Caratteri delle norme giuridiche. Generalità ed astrattezza delle norme. – 6. Certezza del diritto. – 7. La giurisprudenza come scienza. Linguaggio e concetti legislativi. – 8. Diritto e realtà naturale.

1. Società e diritto

Il segno di distinzione di ogni comunità organizzata è il diritto. Con il termine diritto si fa riferimento al modo ed alle forme in cui ciascuna società si organizza, si ordina: di qui l’altra espressione ordinamento giuridico.

Dettare regole pei rapporti tra i consociati; stabilire attraverso quali meccanismi altre regole possano essere stabilite, o possano venire modificate o soppresse le norme in vigore; affidare a determinate persone od a collegi di persone il compito di assicurarne il rispetto e di risolvere i contrasti che ne accompagnano la concreta applicazione: così può descriversi, in maniere elementare, l’ordinamento giuridico di ogni comunità di uomini.

Queste semplici verità vuole constatare ed esprimere la formula che apre, abi-

tualmente, le trattazioni istituzionali de diritto: *ubi societas, ibi jus*, e viceversa *ubi jus, ibi societas*, nel senso che società organizzata e ordinamento giuridico sono due modi di descrivere una stessa realtà.

Dicendo che ogni società umana organizzata si risolve in un ordinamento giuridico, non si pronuncia alcun giudizio d'indole morale sulle ragioni che fanno del diritto un carattere necessario e insopprimibile delle società create dagli uomini. Sotto queste aspetto il diritto può anche apparire conseguenza della mediocrità e dell'egoismo, e si può contemplare ed attendere quale punte d'arrivo, come accadeva ad un giurista tra i più rappresentativi della nostra cultura, la "morte" del diritto. Il diritto scomparirà, si leggeva in quella pagina, quando l'umanità si dividerà nettamente, i buoni che del diritto non hanno bisogno, i cattivi che non ne hanno paura.

In verità anche le esperienze storiche che si erano avviate col proposito di superare il diritto e lo Stato, intesi come forme di organizzazione della società, hanno finito per mantenerli.

Nemmeno vuol pronunciarsi, l'affermazione *ubi societas ibi jus*, sulla funzione che il diritto, o meglio l'ordinamento giuridico, di una società esercita rispetto ai valori, alle idee, agli scopi che la comunità stessa custodisce e realizza. Che ogni ordinamento assolva sotto questo aspetto fini di conservazione, è innegabile. L'equazione stabilita tra società e diritto non guarda, tuttavia, alla funzione dell'ordinamento. Essa si limita a rilevare ed a descrivere la costante connessione tra le due realtà, mentre le rimane estraneo ogni apprezzamento critico delle regole che rinviene e che sottopone ad analisi nell'ambito di un particolare sistema. Quando si sforza di chiarire la ragione delle regole la riflessione mette in luce la stretta dipendenza del diritto dalle strutture sociali, politiche, economiche della società che lo produce.

Lo studioso dei fatti sociali guarda senza pregiudiziali limitazioni a tutte le comunità umane. Un'associazione professionale, un partito politico, una chiesa, un'associazione sportiva, un *club* con finalità ricreative possono tutti costituire, per la sua indagine, materia di considerazione e di studio. Tutte le forme organizzative indicate gli appaiono collettività portatrici di ordinamenti.

Tra gli studiosi della società il giurista, anche quando non ignora una così complessa e varia realtà, è portato a considerare in maniera esclusiva, o in misura nettamente prevalente, la società organizzata nello Stato. È la comunità che abbraccia e comprende tutte le altre, fino ad essere chiamata la "*communitas communitatum*". Nell'età moderna essa appare caratterizzata, rispetto alle altre società, dal fatto che non riconosce altra autorità al di sopra della propria, "*superiorem non recognoscens*" come pure si era soliti dire.

Può accadere che altre particolari comunità ed i relativi ordinamenti trascendano i confini dello Stato, come avviene per la maggior parte delle chiese, ed in passato accadeva per taluni movimenti politici e sindacali. Il giurista peraltro non abbandona, solitamente, la prospettiva dell'ordinamento statale come l'ordinamento che esclude tutti gli altri.

Non solo il giurista si ferma a considerare l'ordinamento dello Stato, e dello Stato al quale appartiene, come unico ed esclusivo. Egli finisce per identificare nei caratteri del diritto statale i segni della giuridicità, che ravvisa nella coercibilità dei comandi. La coercibilità è carattere tipico dei precetti emanati dallo Stato, nel senso che lo Stato dispone di un apparato di mezzi destinati ad assicurare l'attuazione delle regole anche contro la volontà dei destinatari. L'ordinamento dello Stato adotta misure che incidono sulla libertà o sui beni delle persone quando i comandi non siano osservati, e la minaccia di quelle sanzioni è sufficiente, nella maggior parte dei casi, ad ottenere obbedienza.

L'attitudine del giurista a limitare il suo interessamento e la sua indagine all'ordinamento statale è incoraggiata da una ulteriore costatazione. Osservando le minori comunità, il giurista vi scorge una distribuzione di organi e di poteri che riproducono e richiamano alla mente quelli propri dell'ordinamento statale. La tripartizione dei poteri dello Stato moderno – il potere legislativo, esecutivo, giudiziario – sembra ritrovarsi nell'ambito di ogni elementare associazione nella quale un'assemblea assuma le decisioni, una o più persone le eseguano, una persona o un collegio sia chiamato a risolvere i contrasti tra i soci o tra il gruppo e le frazioni in cui esso si articola. Persino l'attività del singolo, posta in essere per il perseguimento dei suoi interessi, si presenta suscettibile d'essere descritta secondo lo stesso schema: i privati pongono regole vincolanti per sé medesimi quando esercitano l'autonomia contrattuale, eseguono gli impegni assunti, possono risolvere direttamente i conflitti attorno a diritti disponibili senza bisogno di ricorrere al giudice dello Stato.

Le ragioni delle affinità messe in luce sono in realtà molteplici. E la principale è data, verosimilmente, dalla necessità di fornire all'individuo, nell'ambito delle particolari comunità, garanzie analoghe a quelle che ai cittadini apprestò lo Stato moderno, lo Stato che viene chiamato "di diritto". Con quella espressione si indica un tipo di Stato che pone limitazioni a sé medesimo, e le pone a mezzo dell'ordinamento, per garantire in concreto le libertà riconosciute ai singoli. Nello "Stato di diritto" rimangono aperti, come l'esperienza rivela, gravi interrogativi: se l'apparato statale abbia davvero reso operanti tutte le garanzie promesse; come esse possano assistere il singolo nelle comunità minori, diverse dallo Stato; se debba essere lo Stato, soprattutto attraverso l'intervento del giudice, a controllarne l'effettivo rispetto nell'ambito di quelle società. Sono discorsi di rilevante importanza politica, che superano le finalità di una breve introduzione allo studio del diritto privato.

Conviene tuttavia indugiare ancora sulla considerazione della realtà sociale che è nota sotto il nome di dottrina pluralista; i giuristi, con una visuale attenta solamente al fenomeno giuridico, hanno formulato la dottrina della "pluralità degli ordinamenti giuridici".

2. *Pluralismo sociale e pluralità degli ordinamenti*

Muovendo dalla equazione società-diritto, si è messa in luce l'impossibilità di ridurre il diritto alle sole norme che promanano dallo Stato e delle quali lo Stato verifichi ed assicuri il rispetto. Se consideriamo l'esperienza di vita di ciascuno di noi, le sollecitazioni dei diversi ambienti in cui siamo inseriti (la famiglia, la scuola, il vicinato, la professione, la comunità religiosa, le relazioni sociali instaurate e vissute tramite la rete internet), le aspettative degli altri circa la nostra condotta, gli atteggiamenti con cui rispondiamo alle richieste ed alle attese, ci rendiamo conto dell'esistenza di ordinamenti molteplici, nel senso di tante serie o complessi di prescrizioni e di divieti, accompagnati dalle relative sanzioni. Queste ultime appaiono diverse dalle misure di cui dispone lo Stato, per l'assenza di "poteri" che siano in grado di realizzarle anche con la forza; ma l'incidenza sulla nostra vita e sulla nostra condotta non è minore, ed anzi spesso ne avvertiamo il peso con una immediatezza e prestiamo obbedienza con una sincerità di adesione ignote alle norme statali.

Questi "ordinamenti" si trovano, in confronto all'ordinamento statale, in rapporti di varia natura, ora di dipendenza o di derivazione, ora di presupposto, ma il più delle volte si trovano in rapporto di reciproca indifferenza. Esempi significativi, sul piano storico, ci sono forniti dai diritti delle diverse chiese; rispetto all'ordinamento italiano particolare valore assume l'ordinamento della Chiesa cattolica, per la lunga e complessa vicenda dei rapporti tra la società civile e la Chiesa, in Italia, e per la competenza a lungo esercitata dalla Chiesa su situazioni giuridiche dei privati, soprattutto nel campo del matrimonio e della famiglia.

Il carattere originario ed autonomo delle chiese e dei relativi diritti risalta in maniera più evidente ed appare più efficacemente garantito là dove le confessioni religiose si mantengono ed agiscono sul terreno del diritto comune, e cioè del diritto che vale per tutti i cittadini e per tutti i gruppi, e non pretendano dallo Stato un trattamento speciale, un diritto singolare costruito su privilegi. Il nostro sistema, attraverso le intese ed i concordati sia con la Chiesa Cattolica, sia con le confessioni diverse dalla cattolica (artt. 7, 2° co. e 8, 3° co., Cost.), segue ancora la strada del diritto singolare.

Ancor più evidente è la scelta, in tal senso, per le confessioni diverse dalla cattolica: le "intese" raggiunte con le rappresentanze (la prima, nel 1984, stipulata con la Tavola valdese, quelle con le chiese avventiste e pentecostali e con l'unione delle comunità israelitiche) sono la premessa, o "base", di leggi statali regolatrici dei rapporti. A loro volta gli ordinamenti confessionali si adeguano ai motivi ispiratori del pluralismo: il codice attuale di diritto canonico (can. 22) stabilisce la pari efficacia delle leggi civili a cui il diritto della Chiesa rinvia.

Dalla considerazione dell'ordinamento della Chiesa cattolica la dottrina della "pluralità degli ordinamenti" ricavò preziosa materia e valida conferma per la sua tesi. E in effetti nel lungo periodo di rigida separazione tra la Chiesa e lo Stato, nei decenni che corrono dall'unità d'Italia al Concordato, molti istituti della vita e

dell'attività delle persone rimasero radicati nel diritto della Chiesa. Per la quasi totalità dei cittadini il matrimonio religioso aveva conservato la dignità del vero matrimonio, mentre la celebrazione civile, che pure era la sola contemplata dalla legge statale, finiva per rivestire il carattere di una semplice formalità amministrativa. Ancora, le limitazioni poste alla Chiesa nell'acquisto e nel possesso dei beni portarono i privati ad escogitare operazioni giuridiche elusive dei divieti ed a realizzare per vie indirette l'intento di beneficiare la Chiesa. Si parlò di "frodi pie", quasi a contrapporre l'illiceità dell'atto, valutato alla stregua delle leggi statali, all'alto valore spirituale e morale che esso racchiudeva come testimonianza di fede religiosa.

La dottrina della "pluralità" servì pure a comprendere e ad apprezzare il diritto che regge la comunità degli Stati. Del diritto internazionale era stata messa in dubbio, assai spesso, la natura di vero ordinamento giuridico, per la mancanza di un potere sovrano e di effettivi strumenti che impongano l'osservanza delle regole. Ad una riflessione più attenta l'insufficienza dei mezzi per la pratica attuazione delle sanzioni non apparve preclusiva della qualifica in termini di "ordinamento". La realtà dimostrava come il rispetto dei patti, cui poteva ridursi l'essenza del diritto internazionale, avvenisse largamente anche fuori di ogni minaccia o timore.

Diritto della Chiesa cattolica e diritto internazionale costituiscono, quindi, i temi abituali della dottrina della "pluralità degli ordinamenti"; e fu già un risultato notevole, pur se limitato, quello di allargare la prospettiva ed il discorso fuori dei confini del diritto statale. Ma a chiudersi nei termini del diritto statale i nostri giuristi erano spinti o venivano subito ricondotti dalla situazione storico-politica e dal prevalente atteggiamento intellettuale. La situazione politica conosceva in quel tempo un regime di tipo autoritario, con la costante tendenza a "centralizzare" il potere. L'educazione dei giuristi era quella positivista, che appariva la sola capace di garantire la certezza del diritto nella vita civile e il valore scientifico della giurisprudenza nel mondo della cultura.

Le condizioni storiche e la mentalità corrente tra i giuristi non impedirono tuttavia alla dottrina della "pluralità degli ordinamenti" di ricevere in Italia una elaborazione ricca di motivi e di sviluppi nei primi decenni del secolo scorso e ancora durante il fascismo. Ai giuristi stranieri che seguivano la dottrina italiana del tempo il discorso sulla "pluralità" sembrava in verità poco conciliabile con l'ideologia fascista dello Stato e dei gruppi; venne anzi segnalato come una delle palesi contraddizioni o delle nascoste ambiguità di quella nostra epoca. La contraddizione poteva chiarirsi ricostruendo l'orientamento politico dell'Italia liberale giolittiana, più tardi delle correnti nazionaliste, infine del fascismo che ne aveva attuato il disegno.

I fenomeni di associazione ed organizzazione che si erano venuti formando fuori dell'ordinamento statale e in principio addirittura contro la legge dello Stato (l'esempio storicamente più significativo è offerto dalla vicenda dei sindacati) non potevano essere ignorati o emarginati. Occorreva riportarli al controllo e, dove possibile, inserirli nelle strutture stesse dello Stato: così la politica giolittiana

traduceva nella pratica la dottrina liberale delle classi e dei gruppi (per una curiosa ironia della storia, un decreto del 29 ottobre 1922 introduceva e regolava la registrazione dei sindacati); il controllo e l'inserimento dei gruppi nello Stato era stato chiesto dalle correnti nazionaliste; l'esperimento corporativo costituì l'applicazione chiara e coerente di una siffatta impostazione.

Per rimuovere dal discorso sugli ordinamenti ogni sospetto, i giuristi spesso indugiarono su forme organizzative che offrivano spunti eleganti ed originali ma rimanevano ai margini della realtà, o che confermavano nell'ordinamento statale il solo criterio valido per giudicare della moralità e della utilità delle azioni umane. Così il gioco e lo sport, le superstiti esigue zone degli ordinamenti cavallereschi, i movimenti rivoluzionari, le sette politiche, le società criminali, penetrarono nella pagina del giurista. I contributi di pensiero furono brillanti e suggestivi, ma generalmente vennero trascurate le ragioni storiche dei fenomeni studiati, gli interessi che li tenevano in vita, le responsabilità o le complicità dei pubblici poteri.

Una particolare attenzione hanno sempre suscitato anche gli ordinamenti sportivi, sotto il profilo dell'organizzazione e della giustizia interna.

Nel discorso dei giuristi alle parole "comunità" o "società" veniva spesso preferito il termine "istituzione", suggerito dalla dottrina francese, per sottolineare l'unità dello scopo cui tende un particolare organismo sociale e la obiettiva persistenza dei fini al di là delle vicende delle persone. La parola compare persino nel codice civile (art. 12, 1° co.), ma è carica di equivoci significati, come dimostra l'uso che se ne fa a proposito d'istituti radicalmente diversi (non solo a proposito delle associazioni e delle fondazioni, ma da taluno con riguardo al matrimonio, da altri con riferimento alla proprietà).

3. Dottrine ed esperienza del pluralismo

L'attuale sistema costituzionale esige una considerazione più profonda e più larga di quella operata dalla dottrina, per tanti aspetti ammirevole, della "pluralità degli ordinamenti", poiché l'ispirazione "pluralista" della nostra Costituzione non si limita a scoprire ed a descrivere ordinamenti diversi da quello statale. Essa si traduce in una sostanziale limitazione del diritto che promana dallo Stato.

La prospettiva indicata appare particolarmente preziosa nello studio del diritto privato. Nel diritto privato, infatti, domina il principio dell'autonomia dei singoli e dei gruppi, e cioè il potere dei privati di dettare regole vincolanti per la propria condotta. È sufficiente richiamare la norma positiva che attribuisce ai contratti tra privati "forza di legge" (art. 1372, 1° co.); le norme che rimettono agli accordi degli associati il regolamento dei rapporti in seno alle associazioni; il significato letterale della parola "statuto" con cui viene indicato, degli enti associativi, l'atto che ne fissa gli scopi e l'attività.

In verità nella prospettiva tradizionale, che riduce tutto il diritto allo Stato, anche a quelle norme si attribuisce un valore limitato. Si dice generalmente: i con-

tratti conclusi dai privati li vincolano al pari delle leggi soltanto perché una norma dello Stato (e precisamente l'art. 1372) così stabilisce; le associazioni sono rette dagli accordi tra i consociati perché una norma dello Stato ne impone l'osservanza, assumendo il contenuto fornito dai privati; anche il destino dei beni alla morte della persona, si dice, è sempre riconducibile alla volontà della legge, pur quando è il privato a dettare, mediante il testamento, la regola dei rapporti, poiché la legge in quel caso si limiterebbe a ricevere ed a fare proprio l'indirizzo che ai beni ed ai rapporti venne impresso dal testatore. Gli ordinamenti posti ed operanti al di fuori dello Stato sarebbero dunque rilevanti, secondo il comune modo di intendere il diritto, solamente quando, e nei limiti in cui, lo Stato li riconosca e li utilizzi per regolare determinati rapporti o, al contrario, li consideri illeciti e ne faccia materia di divieto. In ogni caso la rilevanza dipenderebbe da una norma dello Stato; e solo nell'ordinamento statale, dotato del carattere dell'esclusività, chi muove da una qualsiasi norma giungerebbe ad una norma originaria e fondamentale da cui tutte le altre derivano la loro legittimità (e dalla quale, in definitiva, discende anche la forza di legge degli accordi privati, degli statuti, dei testamenti).

L'esclusività dell'ordinamento statale costituisce anch'essa, sul piano delle idee prima ancora che sul terreno positivo, un carattere dello Stato di diritto. Volle darsi per quella via una garanzia di certezza ai cittadini, fuori dei vincoli di appartenenza dei singoli e quindi di dipendenza dai vari gruppi nei quali si articola la società. Di qui l'opportunità di valutare le ragioni della dottrina politica pluralista, che appare contraria alla pretesa esclusività dell'ordinamento statale, e la necessità di vedere se ed in quale misura essa sia stata accolta nel sistema giuridico.

Intanto conviene ricordare che da più di una norma risulta ripudiata, almeno nella più rigorosa accezione, l'affermata esclusività, originarietà ed indipendenza del solo ordinamento statale. Si pensi alla norma sui rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica, "ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani" (art. 7 Cost.). Il nostro ordinamento si conforma "alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute" (art. 10 Cost.); prevede "limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni"; favorisce le organizzazioni indirizzate a tale scopo (art. 11 Cost.).

Sulla base dei principi richiamati il diritto dell'Unione europea è da considerare sistema distinto ed autonomo, ma coordinato coi diritti nazionali dei singoli paesi, e perciò "fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti della Comunità", senza bisogno "di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo", e ancor meno sostitutivi o modificativi.

Tornando a più semplici dati dell'esperienza, accade talvolta che l'adempimento dei doveri imposti da leggi dello Stato incontri eccezioni o limiti nel rispetto e nella fedeltà del singolo verso un particolare gruppo.

Nella prospettiva deve collocarsi l'obiezione di coscienza, riconosciuta ai sanitari ed agli esercenti le arti ausiliarie nel rifiuto delle prestazioni cui sarebbero te-

nuti per l'interruzione volontaria della gravidanza. Il rifiuto, nei casi e nei limiti in cui è legittimo, riposa sulla personale ideologia, e quindi sull'adesione a scelte e valori che l'ordinamento rispetta nell'ambito della coscienza individuale. La formula dell'"obiezione di coscienza" (anche con riguardo alla sperimentazione animale, nel rispetto di una ideologia che si oppone alla violenza su tutti gli esseri viventi) ricorreva un tempo anche a proposito della contrarietà all'uso delle armi manifestata da giovani obbligati al servizio militare di leva.

Le linee di tendenza dell'ordinamento statale, di fronte alla c.d. 'etica delle lealtà', soffrono di incoerenze e discontinuità. Qui si vuol segnalare la presenza del tema anche in epoche di apparente solidità delle istituzioni: si pensi alla disciplina delle associazioni segrete, per la quale è stata decisiva l'appartenenza di affiliati alle alte gerarchie dello Stato; e si consideri il complesso di disposizioni penali di favore (si è riesumato un termine di sapore medievale, il diritto 'premiale') per coloro che attivamente si dissociano da organizzazioni criminali ovvero dichiarate eversive del sistema.

La stessa possibilità di ricostruire le norme del sistema positivo statale e la loro legittimità, risalendo alla "norma fondamentale", porta a scoprire all'origine del nostro ordinamento una situazione di fatto che si pone fuori di ogni legame col precedente sistema e che perciò non ripete da esso la propria legittimità. La legge fondamentale alla stregua della quale occorre valutare l'intero sistema giuridico italiano, le norme successive come quelle precedenti alla entrata in vigore, è infatti la Costituzione democratica del 1948. Ora, la Carta costituzionale fu redatta, attraverso l'attività dell'Assemblea costituente, sulla base di un accordo intervenuto tra la monarchia ed i partiti del comitato di liberazione nazionale. Quest'ultimo, il c.l.n., era un organo di fatto che aveva assunto ed esercitato funzioni di governo nell'Italia occupata, e servì a realizzare una "tregua" istituzionale ed a preparare la pronuncia popolare sulla forma dello Stato e sulla nuova Carta costituzionale. L'accordo tra la monarchia e i partiti nasceva dunque sulla base di una realtà di fatto, fuori degli schemi formali previsti dalla costituzione a quel tempo ancora in vigore, vale a dire dallo Statuto di Carlo Alberto.

Sul piano strettamente giuridico, come si è già detto, chi parla di "pluralismo" si limita a constatare l'esistenza di ordinamenti diversi dallo Stato. L'ordinamento dello Stato ne riconosce l'esistenza, talvolta al fine di limitarli o di impedirne ogni rilevanza.

La dottrina della pluralità degli ordinamenti servì in effetti, nell'esperienza politica e giuridica italiana, a rivendicare, a volte a ribadire l'autorità dello Stato sulle istituzioni e gli ordinamenti cosiddetti "minori" piuttosto che a riconoscere alle "minori" comunità un grado, più o meno accentuato, di autonomia nell'organizzarsi e nell'operare. In altre esperienze, al contrario, la pluralità degli ordinamenti fu il modo di esprimere sul piano giuridico l'ideale politico del pluralismo sociale, di teorizzare e di applicare una concezione diffusa del potere, di affidare ai gruppi, in concorso o in competizione tra loro, larghi settori di interessi da promuovere e da garantire.

La teoria della “pluralità degli ordinamenti” ebbe dunque, dal pensiero giuridico italiano, apporti notevoli (i nomi più prestigiosi furono quelli di Santi Romano, la cui opera sull’“Ordinamento giuridico” risale al 1917, e di Cesarini-Sforza, più attento allo studio dei diritti “dei privati”). Ma sul piano delle idee politiche servì a rafforzare le concezioni che riducevano allo Stato e sottoponevano al controllo statale l’intero fenomeno giuridico. Era questo, d’altronde, il punto di arrivo di vicende intellettuali e di elaborazioni teoriche che pur differivano su punti fondamentali. La dottrina liberale delle classi e delle élites (una dottrina che ebbe in Pareto e Mosca gli esponenti più significativi) e la dottrina nazionalista più tardi passata al fascismo, e rappresentata con rigida coerenza da Alfredo Rocco, avevano già suggerito, del problema dello Stato e dei gruppi sociali, la soluzione che il fascismo fece propria: non potendo disconoscere la realtà dei gruppi, occorreva sottoporli al controllo dello Stato, e a dirittura, ove fosse possibile, inserirli nelle strutture statali.

Così l’affermazione astratta del pluralismo e il teorico riconoscimento dell’originarietà degli ordinamenti non impedirono l’approdo al partito unico ed all’unico sindacato riconosciuto e rappresentativo di ciascuna categoria economica, nel regime corporativo. Lo stesso concordato con la Chiesa, pur se assicurava consistenti privilegi alla confessione cattolica, si risolveva in uno strumento di controllo destinato a diminuire la libertà della Chiesa.

4. Le “formazioni sociali” della Carta costituzionale

Col ritorno alla democrazia del nostro paese, l’ideale pluralista è venuto a riproporsi nei termini e col valore di garanzia della persona e delle sue libertà. La Costituzione lo accoglie in questo significato, che è poi il senso dell’idea pluralista fin dalle prime formulazioni teoriche e dalle prime applicazioni pratiche.

Le enunciazioni dottrinali e l’esperienza concreta del pluralismo risalgono agli inizi dell’età moderna, alla Rivoluzione francese in Europa, e nell’altro continente alla nascita degli Stati Uniti d’America. Ricostruita entro confini ancora più larghi, l’età moderna ci riporta sino alla riforma protestante ed agli inizi della civiltà industriale. Sono state indicate dagli storici evidenti analogie e corrispondenze delle dottrine religiose, economiche, politiche della nuova società, nel segno della tendenza e dell’impegno a liberare l’uomo dai vincoli con le diverse comunità. La Riforma sopprimeva i legami con le chiese storiche e poneva l’individuo, col suo carico di terrore e di colpe, di fronte a Dio. Il capitalismo lo poneva di fronte alle leggi inesorabili dell’economia. Lo Stato moderno istituiva relazioni immediate del singolo col potere pubblico, staccando la persona da un sistema in cui erano radicati gli interessi e le antiche lealtà e riconoscendole una serie intricata di libertà e di prerogative.

In pratica, solamente la libertà economica e la proprietà dei mezzi di produzione rimanevano immuni da controlli. Di qui la ribellione della realtà agli schemi

formali. La società civile cercò di inserirsi nello Stato ispirandosi al modello americano che vedeva società, diritto e Stato in rapporto di reciproca implicazione; e cercò di inserirsi col peso degli interessi dei gruppi.

All'invadenza del diritto statale la dottrina politica "pluralista" replicava raccogliendo la parte più viva delle dottrine politiche-costituzionali moderne. Cercava di limitare lo Stato con il diritto dei gruppi più che con la barriera dei diritti naturali dell'individuo. Chiedeva di scomporre il potere senza fermarsi alla divisione formale (il legislativo, l'esecutivo, il giudiziario), dislocando il potere anche fuori dell'apparato statale e dall'esterno controllando quest'ultimo. Tendeva ad allargare le basi della sovranità non solo col rimuovere le limitazioni legate al sesso o al censo o al grado di cultura, sebbene col vedere la persona nelle diverse manifestazioni della vita, vuoi come lavoratore o produttore o consumatore, vuoi come partecipe dell'attività politica. Subordinava lo Stato alla società, tuttavia convinta che si potesse salvare il destino del primo.

In questi termini l'istanza pluralista è accolta dalla nostra Costituzione, che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" (art. 2 Cost.).

La garanzia apprestata non vuol dire che le formazioni sociali sono ordinamenti originari, indipendenti ed esclusivi. Certamente la forma più rilevante di "riconoscimento", sotto l'aspetto tecnico-giuridico, appare l'uso che lo Stato faccia, per perseguire fini propri, di norme poste nell'ambito di tali formazioni. Si pensi al matrimonio canonico regolato dal diritto della Chiesa, quando l'unione consegue effetti civili mediante la trascrizione nei registri dello stato civile; o al contratto collettivo ad efficacia generale, qual era previsto in una norma (rimasta inattuata) della Carta costituzionale (art. 39 Cost.).

La garanzia ha un senso più ristretto ma, nella sostanza, più rilevante. Si traduce in una serie di limiti che lo Stato, rispetto alle formazioni sociali ordinate all'esplicazione della personalità individuale, impone alle proprie leggi, più in generale al proprio ordinamento. Dall'art. 2 Cost. l'interprete è sollecitato a risalire e ad individuare nel sistema le formazioni sociali garantite. Per fermarci alle formazioni sociali "tipiche" (vale a dire, individuate e regolate nella Costituzione), si tratta delle chiese, della famiglia, dell'organizzazione sindacale, dei partiti politici, di talune associazioni economiche. L'indicazione è particolarmente utile a chi si accinga a studiare il sistema del diritto privato. Siamo infatti in presenza di gruppi privati, e cioè di gruppi sociali che realizzano interessi particolari, e non già gli interessi generali della collettività. La diversità delle forme giuridiche che assumono e degli strumenti attraverso i quali operano non contraddice il dato ora messo in luce, la "particolarità" degli interessi perseguiti, che pur sono interessi collettivi e non più meramente individuali. Come vedremo nel disegno dell'intera materia, il carattere "particolare" degli interessi contrassegna gli istituti e l'intero sistema del diritto privato.

La Costituzione regola singolarmente, come già si è accennato, le formazioni sociali che tradizione ed esperienza conoscono secondo modelli storicamente con-

solidati: le chiese per professare la fede religiosa in forma associata anche attraverso la propaganda e l'esercizio del culto (artt. 8 e 19 Cost.); la famiglia "società naturale fondata sul matrimonio" (art. 29 Cost.); i sindacati che organizzano gli interessi professionali (art. 39 Cost.); i partiti politici attraverso i quali i cittadini concorrono a determinare la politica nazionale (art. 49 Cost.). Delle associazioni economiche il discorso sulle formazioni collettive garantite non può trascurare talune figure. Della cooperazione a carattere di mutualità, e senza fini di speculazione privata, la norma costituzionale riconosce la funzione sociale (art. 45 Cost.); a comunità di lavoratori o di utenti possono attribuirsi o trasferirsi imprese che si riferiscano "a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale" (art. 43 Cost.).

La possibilità ed i limiti del controllo esercitato dallo Stato, e prima ancora di un regolamento statale sulla vita delle formazioni sociali garantite, variano in ragione della intensità ed intimità della coesione del gruppo. La Costituzione mostra chiaramente questa diversa posizione dell'ordinamento: entità ed incidenza dei controlli diminuiscono col passare dalla norma relativa alle associazioni sindacali a quella sui partiti politici, quindi alle chiese, fino alla famiglia, di tutte le formazioni sociali certamente la più impenetrabile a controlli sulla vita e sull'ordine interni.

5. Caratteri delle norme giuridiche. Generalità ed astrattezza delle norme

Dobbiamo ora fermarci a considerare i caratteri delle norme giuridiche, con particolare riguardo all'ordinamento statale. Le norme giuridiche, secondo l'insegnamento comune, sono generali ed astratte quanto al modo della formulazione; intersoggettive per le relazioni che creano; coercibili in ragione dei mezzi che ne garantiscono l'efficacia.

Per coercizione s'intende che al comando contenuto nella norma si accompagna la minaccia di una sanzione per il caso che manchi la spontanea osservanza, vale a dire una seconda norma che ha per presupposto la violazione della prima ed ha per contenuto l'irrogazione della sanzione.

Nel campo degli interessi privati la sanzione realizza la situazione che la norma voleva produrre o, più spesso, una situazione equivalente (v., per una previsione alternativa dei due rimedi, l'art. 2933). Ad esempio, se Tizio era tenuto nei miei confronti a non sopraelevare il suo edificio ed invece ha costruito, la demolizione ripristinerà la situazione di fatto voluta dalla norma; se Tizio ha procurato un danno all'integrità fisica o al patrimonio di Caio, la riparazione in forma di risarcimento procurerà al danneggiato una situazione equivalente a quella che si sarebbe avuta senza il fatto lesivo.

In linea di principio è estranea al diritto privato l'idea di sanzioni che incidano sulla libertà o sul patrimonio della persona senza tradursi nella soddisfazione di