

PARTE I

ORDINAMENTO GIURIDICO

CAPITOLO 1

ORDINAMENTO GIURIDICO E REALTÀ SOCIALE

Sommario: 1. L'esperienza giuridica tra società e diritto. – 2. Correlazioni del diritto con altre esperienze culturali. – 3. Formazione del diritto (la valutazione giuridica della realtà materiale). – 4. Ordinamento giuridico. – 5. Diritto positivo e diritto naturale. – 6. La scienza giuridica: metodo, linguaggio, concetti, categorie. – 7. I principali sistemi giuridici: *civil law* e *common law*.

1. L'esperienza giuridica tra società e diritto. – È antica l'affermazione che *ubi societas ibi ius*. Ogni comunità ha bisogno del *diritto*¹ per vivere pacificamente, assicurando il diritto le regole della *convivenza civile* necessarie per organizzare il presente e progettare il futuro, così nei rapporti esistenziali e sociali come nelle scelte economiche e operative. Il diritto rappresenta l'approdo e il crocevia delle tante articolazioni culturali della società, permeate di religione, economia, filosofia, scienza; anche i climi, penetrando spiriti e comportamenti, orientano le organizzazioni dei popoli: insomma il diritto esprime la vita stessa di una società.

È pure antica l'affermazione *ex facto oritur ius*. Nella sua essenza il diritto è un complesso di regole (c.d. *norme giuridiche*) che disciplinano le condotte umane in una comunità, secondo principi e valori nei quali la società storicamente si riconosce e intende muoversi. Il diritto proviene dall'uomo ed è in funzione dell'uomo, che, ad un tempo, è attivatore e destinatario delle norme giuridiche. La convivenza civile si nutre di una es-

¹ Nel diritto romano classico il termine impiegato per indicare il diritto era *ius*. Correlativamente il termine "giuridico" deriva dal latino *iuridicus*, composto di *ius* (diritto) e *dicere* (dire); il termine "giudice" deriva dal latino *iudex* (colui che dice il diritto); il termine "giurisprudenza" deriva dal latino *iurisprudentia*, derivato di *iurisprudens* (esperto del diritto). Letteralmente il termine "diritto" deriva dal tardo latino medievale *directus* con una inflessione morale di considerare i fatti giuridici *sub specie recti*, perciò diretto a certi fini: è con tale inflessione che si sviluppa nel resto d'Europa (francese *droit*, spagnolo *derecho*, tedesco *Recht*).

senziale *relazionalità sociale* regolata dal diritto: già nella famiglia² e poi nelle varie articolazioni comunitarie (scuola, lavoro, tempo libero); l'attuazione di molti interessi, implicando l'impiego di beni e mezzi, necessita della *cooperazione* tra gli uomini e della *aggregazione* in gruppi (associazioni, società, ecc.).

L'*ordine* di una comunità non è assicurato dal solo catalogo dei precetti giuridici, spesso non conosciuti, ma è sostenuto anche dal concorso di dettami etici, precetti religiosi, tradizioni di comportamenti, che attingono alla complessiva organizzazione sociale. Ad es., nelle famiglie, pulsa un complesso di valori ideali, costumi tramandati o attinti all'ambiente sociale, dettami religiosi, sentiti e vissuti con maggiore intensità e severità delle regole giuridiche e che, accanto a queste ultime, caratterizzano la complessiva vita della comunità familiare; nelle relazioni commerciali, operano prassi e consuetudini costantemente rispettate dai singoli operatori economici, avvertite addirittura con maggior rigore delle prescrizioni di legge: sono fasci di doveri che si intrecciano con la imperatività delle regole dell'ordinamento giuridico.

La realtà materiale è una entità oggettiva, che vive tra gli uomini nella rappresentazione soggettiva che gli uomini ne fanno. L'interpretazione dei fatti materiali assegna un significato alle informazioni e ai dati sperimentali raccolti. La lettura della realtà materiale secondo le regole giuridiche consente una *rappresentazione* giuridica oggettiva della realtà, anche se permangono le insopprimibili formazioni soggettive dell'interprete. Essendo peraltro il diritto prodotto dagli uomini in funzione della organizzazione della società, comprendere (e interpretare) il diritto significa conoscere (e valutare) la realtà sociale che lo esprime e di cui si alimenta. Il relativo intreccio forgia la complessità della *esperienza giuridica*, quale effettività di convivenza della *comunità civile*, con valori condivisi e regole applicate.

Con l'avvento dello Stato moderno (di cui appresso), come referente della totalità del diritto, emergono fondamentali *dilemmi della modernità*, per il progressivo divario tra regole giuridiche formalizzate e realtà materiale vissuta. Di tale complessa esperienza giuridica vanno colte fondamentali declinazioni, che serbano alcuni criteri e ne prospettano nuovi³. La società è stata dapprima attraversata dai principi della modernità, per cui, nel concetto di diritto è insito il criterio del *limite*, così nelle relazioni individuali che nei gruppi e a maggior ragione verso la comunità, perché le varie sfere giuridiche possa-

² La famiglia, formalizzata o di fatto, si atteggia sempre più come comunità relazionale, dove convivono e vicendevolmente si prestano assistenza e collaborazione più generazioni, cementate dall'amore.

³ La *vita*, per la sua poliedricità e problematicità, è irriducibile ad astratti modelli normativi; eppure c'è l'esigenza della certezza del diritto come collante di convivenza civile, contro immunità, privilegi e angherie delle pregresse società stratificate per classi, e per la calcolabilità delle azioni umane. Gli *scambi* commerciali trascurano le specificità delle persone, nelle singole realtà e con le particolari appartenenze; eppure il rafforzamento e l'espansione della produzione e dei consumi hanno consentito l'appagamento di antiche precarietà e di nuovi bisogni. La *democrazia*, come governo del popolo, è influenzata dalla composizione del popolo abilitato al suffragio elettorale, che detta le regole per tutti; eppure la formazione dal basso della volontà della comunità resta l'unico modello di governo espressivo di libertà personale e civica. L'*azione pubblica* ha favorito corruzioni e piegamenti sociali; eppure l'affermazione di strutture pubbliche organizzate ha consentito appodi e riparo a disagi umani e sociali. Gli *status* delle persone, documentati nelle forme giuridiche, sovrastano la realtà delle relazioni umane dove si nasce, si muore, si sviluppano amori e intessono convivenze nella "ontologia sociale"; eppure la formalizzazione degli stati consente presidi e tutele specie ai più deboli della società.

no coesistere nella convivenza civile; successivamente è stata sovrastata dalla crisi della modernità, con l'emersione di una età che si interroga sul percorso della vita e valorizza la collocazione umana e sociale delle persone: rileva il condizionamento fattuale (nella famiglia, nella comunità, nel territorio), con radicamenti della persona secondo specifiche istanze e identità (*homme situé*).

In tale articolato percorso, regole, principi e istituti giuridici vanno calati nell'*ambiente sociale* ove storicamente si muovono le vicende umane, alla stregua delle condizioni naturali, delle appartenenze sociali e delle conoscenze acquisite. Anche la *effettività* della giustizia passa attraverso la contestualizzazione dei fatti e l'attualizzazione dei precetti.

2. Correlazioni del diritto con altre esperienze culturali. – Varie esperienze umane e sociali e molti saperi culturali si atteggiano come ragioni di sostegno alla esperienza giuridica.

La *morale* e la *religione*⁴ additano peculiari modelli di precettività. La medesima condotta, moralmente o religiosamente impegnativa, può essere considerata rilevante anche dal diritto: si pensi ad es. ai precetti di non uccidere e non rubare, che sono peccati per la visione cristiana e reati per gli ordinamenti statali. Solo che la dimensione morale si esaurisce nell'intimità della coscienza, e quella religiosa attinge ad una finalità trascendente; mentre la dimensione giuridica si svolge ontologicamente nella relazionalità sociale attraverso l'apparato ordinamentale: il diritto si proietta nelle *regole impegnative di convivenza*, affinché le aspirazioni e le passioni dei singoli possano esprimersi in modo socialmente compatibile, così da realizzare equilibrio e coesione tra i consociati. Talvolta vi è maggiore permeabilità, talaltra più stridente antitesi, tra precetti etici e religiosi e regole giuridiche; è essenzialmente con l'illuminismo che la teoria dei "beni giuridici" si *secolarizza* o laicizza, assumendo rilevanza giuridica solo interessi tutelati dall'ordinamento.

La *storia*, come dialogo con il passato, ha sempre svolto un'importante azione di verifica del diritto. Senza *coscienza storica* non è possibile capire il presente e quindi progettare il futuro: essenziale è conoscere le regole del passato, non tanto per le prescrizioni realizzate, quanto per le idee che le avevano ispirate e i conflitti che ne avevano determinato l'adozione. La *filosofia* ha sempre svolto una essenziale funzione intellettuale di analisi dell'uomo e della società per le vocazioni immaginate o assegnate (divine o terrene) e di congruenza logica e etica delle regolazioni giuridiche.

Le *scienze* stanno dischiudendo ampi scenari di intreccio con l'esperienza giuridica. Si pensi solo alle problematiche suscitate dalle *nuove tecnologie* e specificamente dalla telematica, rispetto al controllo ormai sistematico della persona, con ispezione del corpo e indirizzamento di vita. È ormai ricorrente l'intreccio tra "principio di innovazione" che tende a fare applicazione di tutti i risultati della scienza e "principio di precauzione" che mira a segnare limiti di intervento per la salvaguardia di fondamentali valori etici. Nelle relazioni interpersonali stanno crescendo gli ausili delle *scienze cognitive*, che ormai hanno per oggetto lo studio dei generali processi cognitivi, umani e artificiali. Le tecnologie

⁴ Il termine "religione" deriva dal latino *religio* derivato dal verbo *religare* "legare" per intendere il valore vincolante del singolo e del gruppo agli obblighi sacrali. Il riferimento alla religione non è tanto alle pratiche di culto quanto alle motivazioni di fede.

applicata alla vita umana e alla natura suscitano complessi problemi di bioetica e di salvezza dell'equilibrio naturale del pianeta, che il diritto deve armonizzare con la dimensione umana.

La *economia* ha assunto nelle società moderne un nesso importante con il diritto, specie a seguito dell'affermazione del mercato, come generatore di ricchezza, soggetto alla regolazione giuridica: in connessione con il diritto è parametro essenziale di programmazione di uno "sviluppo sostenibile"; orienta la formazione del diritto, ma è al tempo stesso indirizzata e regolata dal diritto, dovendo il diritto esprimere la complessità della morfologia sociale e il bilanciamento degli interessi coinvolti⁵. Sempre più al giurista si chiede di raccordare, attraverso la propria analisi, i valori espressi dall'ordinamento con i presupposti economici necessari ad un efficiente funzionamento del sistema; come all'economista si chiede di apprestare soluzioni che tengano conto del quadro istituzionale della società civile.

La raffigurazione del *diritto* risente dei vari *angoli di osservazione* dei delineati saperi culturali, in ragione degli obiettivi che la singola scienza che lo esamina si prefigge⁶. Il diritto attraversa tutte le declinazioni della vita umana, suscitando problematiche spesso contrapposte e che pure deve bilanciare, tra libertà e autorità, tra individuo e comunità, tra economia e società. Il giurista guarda al diritto come una complessiva esperienza giuridica, che consente la *convivenza civile* improntata ai *valori* operanti nella società e riflessi nell'ordinamento; con la sua azione contribuisce alla formazione della *cultura giuridica* che ispira e media i precetti giuridici con l'ambiente sociale, svolgendo così una importante funzione civile. La formazione di una società globale, interconnessa, comporta una relativizzazione culturale di concetti e valori⁷: sono traiettorie che attraversano per intero il diritto, stimolandone l'emersione e forgiandone percorsi e obiettivi.

3. Formazione del diritto (la valutazione giuridica della realtà materiale). – Non ogni relazione sociale e in genere non ogni interesse e non ogni fatto materiale (comportamento umano o accadimento naturale) sono anche giuridicamente rilevanti: essenziale si rivela la *valutazione* che degli stessi compie l'ordinamento giuridico. Sia in relazione ad un interesse che ad un fatto materiale (umano o fisico) il diritto può assumere un duplice atteggiamento: di *indifferenza*, in quanto considerati ininfluenti e quindi non meritevoli di disciplina; di *rilevanza*, in quanto involgenti valori rilevanti dell'ordinamento e quindi da disciplinare. In questa seconda ipotesi può tenere una posizione di

⁵ Se lo sviluppo delle comunicazioni mercantili ha favorito la dissoluzione della c.d. "società chiusa", è anche necessario che dei processi di dispiegamento del mercato, quale significativa espressione della c.d. "società aperta" (Popper), siano partecipi tutti i protagonisti della società civile. Anche l'economia deve essere partecipe dei vincoli di solidarietà sociale e di tutela della qualità della vita delle persone.

⁶ Lo *storico* analizza il diritto nel suo emergere ed evolversi; il *filosofo* guarda al diritto essenzialmente nella sua radice e nei modi di imporsi; il *sociologo* è attratto dall'impatto del diritto nella organizzazione del consenso sociale; l'*economista*, più disincantato, osserva il ruolo che il diritto esercita nello svolgersi dei processi produttivi e così via.

⁷ La cultura greca era solita considerare la *tecnica* come necessariamente correlata all'*etica* e all'*estetica*, trovando in queste un limite insormontabile. Analogamente non ogni scoperta può confluire in un diritto senza il consenso sociale: la scienza non può da sola determinare "diritti individuali" senza la mediazione della politica che riconosca i portati della scienza compatibili con i valori etici storicamente vissuti dalla società.

apprezzamento, e quindi proteggerli e talvolta incentivarli, o di *contrarietà*, e quindi vietarli e talvolta punirli (illeciti). Un fenomeno diviene *giuridico* quando l'interesse o il fatto materiale (umano o naturale) incide sul modo di essere e sentire della comunità sociale, sicché la stessa società avverte l'esigenza di prevederlo e regolarlo.

a) Il diritto è *dialogico*, in quanto esprime il rapporto e la proporzione di ogni soggetto con il resto della comunità⁸; svolge una *funzione complessa* in quanto tende a garantire l'ordinato dispiegarsi delle relazioni e aspirazioni umane nella pace sociale e a perseguire gli obiettivi di sviluppo secondo i valori accolti⁹. Nelle democrazie della contemporaneità il diritto è, a un tempo, presidio di *garanzia* delle posizioni personali e ragione di *promozione* dei valori socialmente condivisi, con sostegno delle posizioni umane *più deboli*.

Società e diritto implicano concetti sinergici, esprimendo sostanza e forma, ovvero profilo materiale e profilo strutturale, di una medesima esperienza. Perciò il diritto è *storicizzato* e cioè localizzato nel tempo e nello spazio, come espressivo della vicenda storica di una determinata società e dei *valori* nei quali la stessa si riconosce. Anche l'*assiologia*, quale teoria filosofica dei valori e canoni interpretativi della realtà, è votata ad ammodernare storicamente i referenti: nelle varie epoche, principalmente, la divinità, l'individualismo, la persona umana. Le norme dell'ordinamento possono essere create in due modi: da coloro cui le norme sono rivolte (*autonomia*) o da soggetti diversi dai destinatari (*eteronomia*); il primo criterio integra la democrazia ed esprime l'area della libertà; il secondo criterio addita l'autocrazia e raffigura la sfera del dispotismo. La democrazia si caratterizza dunque come "potere del popolo": più spesso per il passato, impegnando comunità limitate, si esprimeva come democrazia diretta; più di frequente nelle società complesse della modernità, con la partecipazione di ampie moltitudini, si articola come democrazia rappresentativa¹⁰. Ma perché tale potere funzioni (specie in una democrazia rappresentativa) si rendono necessarie *regole procedurali*, prima per aggregare le varie domande verso referenti personali e obiettivi politici, poi per tradurre gli obiettivi condivisi in norme giuridiche, infine per applicare le norme.

⁸ È ormai acquisita alla speculazione più moderna una prospettiva *dialogica* del diritto, che radica nel dialogo e dunque nel consenso l'essenza della esperienza giuridica. Una concezione *ontologica* del diritto (che cioè ravvisi il diritto nella realtà) conduce a riconoscere una giuridicità preconcepita rispetto alle relazioni sociali, riposta nella natura delle cose o nella natura della persona umana, salvo ricondurla in ultima istanza ad una divinità o altro: ha il limite di essere riconoscibile solo da alcuni soggetti o solo dai sapienti, prestandosi a possibili deviazioni, spesso nefaste (dittature, fondamentalismi, ecc.).

⁹ Esistono convivenze che si fondano su basi religiose; altre che si riconoscono in ideologie della vita sociale; e così via. La convivenza di cittadini in quanto tali, su un medesimo territorio, realizza una *comunità civile*, che può essere su base locale, nazionale o più vasta: la convivenza sociale implica la necessità di un ordinamento in grado di permettere l'ordinato svolgersi della singola comunità.

¹⁰ Al fondo di tali problematiche c'è il tema generale della *legittimazione* del diritto e dunque del potere, che storicamente è stato variamente avvertito in ragione di diverse motivazioni. Nelle visuali religiose, e specificamente nella tradizione cattolica e aristotelico-tomista, il diritto è l'ordine naturale oggettivo al quale il singolo deve conformarsi: il limite dei diritti è l'ordine naturale giusto. Nella ricostruzione laica moderna, che inizia col rinascimento e si approfondisce con il giusnaturalismo razionale, il diritto diventa prerogativa dell'individuo, che autonomamente agisce nella società: il limite dei diritti è il diritto altrui. La deriva della prima impostazione è la oppressione in nome della giustizia; la deriva della seconda è l'abuso della debolezza altrui. Come si vedrà, sono le Costituzioni del sec. XX a segnare una svolta profonda, in funzione di protezione della dignità umana (II, 7.1).

In una società democratica il diritto *trae origine* dalla volontà dei consociati e ricade e *si impone* coattivamente sui consociati stessi come complesso di regole di carattere autoritativo (norme giuridiche), restando in vita fin quando perdura il consenso sociale (espresso attraverso i sistemi di rappresentatività). Per imporsi alla intera comunità con regole vincolanti, c'è dunque bisogno della mediazione formale del *comando*: quanto maggiormente la ricaduta del diritto sui consociati si conforma al consenso popolare, tanto più l'ordinamento (e dunque lo Stato) è democratico; quanto maggiormente se ne discosta, tanto più si rivela autoritario. In tal senso le varie ricostruzioni emerse del diritto e dell'ordinamento giuridico sono suscettibili di una composizione funzionale¹¹.

b) Una tradizionale raffigurazione porta ad attribuire due peculiari significati al diritto, in senso oggettivo e in senso soggettivo. Il *diritto oggettivo* indica l'insieme dei precetti giuridici vigenti, su cui si fondano i rapporti tra consociati o tra le diverse comunità (es. la normativa sulla proprietà). Il *diritto soggettivo* in senso ampio indica il potere attribuito al soggetto di assumere un determinato comportamento per realizzare un proprio interesse (es. il diritto del proprietario di godere e disporre di un bene)¹².

Le due accezioni sono sinergiche: in tanto un soggetto può vantare un diritto (e dunque un potere) in senso soggettivo in quanto sussiste un precetto giuridico oggettivo che

¹¹ È possibile aggregare le varie ricostruzioni che storicamente sono emerse del diritto e che hanno influenzato la ricostruzione dell'ordinamento giuridico intorno ad alcuni nuclei fondamentali: da un lato, dottrine c.d. *normative* che valorizzano l'aspetto strutturale del diritto, ricostruendo il diritto come "sistema di comandi", la cui legittimazione, meramente formale, è espressa dall'*autorità* che lo emana (concezioni c.d. volontaristiche o soggettive); dall'altro, dottrine in vario senso *sociali*, che ne esaltano il profilo sostanziale di interazione con la società, ricostruendo il diritto come "sistema di valori", la cui legittimazione, assolutamente funzionale, è radicata nel *consenso sociale* (concezioni c.d. organicistiche o oggettive ovvero, con specifica attenzione ai valori, c.d. assiologiche). In una dimensione particolare si muovono le dottrine c.d. *istituzionali*, che pongono come *prius* dell'esperienza giuridica l'istituzione e cioè la struttura, l'organizzazione più o meno stabile di una società unitariamente intesa (l'istituzione è essa stessa diritto, in quanto non è ammissibile una società senza organizzazione). Altro filone, valorizzando la dimensione soggettiva del diritto, considera il diritto come un sistema di rapporti giuridici. In realtà le varie impostazioni non sono alternative ma complementari, per esprimere ognuna insopprimibili aspetti del diritto, che, nella sua essenza, vive in quanto *sentito e osservato* nella società; e per la sua osservanza necessita di *comandi* e *strutture* che ne garantiscono l'applicazione; per sua intima destinazione è rivolto alla regolazione della relazionalità. Negli ordinamenti democratici, come quello italiano, la legittimità del potere sta nella sovranità popolare: per l'art. 1^o Cost. "la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione"; inoltre i cittadini hanno pari dignità sociale e giuridica, con obbligo della Repubblica di favorire lo sviluppo della persona umana (art. 3^o Cost.).

Il degrado istituzionale e la inefficienza delle leggi a governare la contemporaneità ripropongono la valutazione delle radici del diritto. Osserva P. Grossi: "il diritto, anche se le sue manifestazioni più vistose sono in solenni atti legislativi, appartiene alla società e quindi alla vita, esprime la società più che lo Stato, è il tessuto invisibile che rende ordinata la nostra esperienza quotidiana, consentendo la convivenza pacifica delle reciproche libertà". Ciò è sicuramente vero, e nei settori con maggiore pervasività umana come la famiglia è la prassi; è però anche vero che solo l'attingere delle relazioni sociali alla forza dell'ordinamento nella sua complessità garantisce l'esercizio dei diritti e delle libertà democratiche, assicura l'attuazione dei doveri individuali e sociali, consente la realizzazione dello stato sociale.

¹² L'esperienza anglosassone esprime i due versanti del diritto con i termini *Law* (per indicare il diritto in senso oggettivo) e *Right* (per indicare il diritto in senso soggettivo). Una duplicità terminologica era già in diritto romano, con le due espressioni *norma agendi* e *facultas agendi*.

lo riconosce e ne consente l'attuazione; al diritto oggettivo spetta anche apprestare gli strumenti di *attuazione coattiva* del diritto soggettivo quando lo stesso è leso da altro soggetto (es. invasione arbitraria del fondo altrui) o non è soddisfatto dal soggetto che è tenuto ad osservarlo (es. inadempimento del debitore del suo obbligo) (VII, 1.4).

4. Ordinamento giuridico. – L'ordinamento giuridico, nella sua essenza, è il *complesso di regole* vincolanti che ordina una comunità. Detta le regole di condotta dei consociati, disciplinando gli interessi e le relazioni umane e fissando i diritti e i doveri dei consociati (*norme materiali o sostanziali*). Inoltre detta le regole di produzione delle norme e di presidio delle stesse, con la istituzione di organi di tutela dei diritti lesi e di reintegrazione dell'ordine violato (*norme strutturali o formali*).

L'ordinamento, imposto autoritativamente o emerso democraticamente, non è un mondo astratto, ma è partecipe della società, *esprime* una configurazione della realtà, regolandone cadenze e articolazioni (la natura e l'ecologia; le libertà e le azioni pubbliche; la vita e le tecnologie; l'economia e i modelli produttivi; le relazioni umane e i meccanismi di coesione sociale), secondo i valori di cui la società si dota in un determinato periodo storico. Le singole norme non operano quindi autonomamente, ma sono integrate in un complessivo ed unitario *sistema* che tutte le comprende. Correlativamente la regolazione dei fatti non si esaurisce nelle norme di settore che specificamente prevedono i singoli fenomeni materiali, ma coinvolge l'impianto dei principi generali dell'ordinamento, come le elaborazioni concettuali e le traiettorie giurisprudenziali che assicurano l'intelligenza e l'applicazione del sistema. L'analisi di un ordinamento permette di penetrare la storia della comunità che l'ha voluto e adottato a proprio sistema di convivenza civile.

Si vedrà come, con lo stato moderno, si sviluppa una progressiva emersione di un *ordine giuridico monistico*, caratterizzato dalla centralità dello Stato espressiva di sovranità su un territorio, e connotato da un sistema di fonti del diritto e di valutazione giuridica egualmente di origine statale. La dimensione *partecipativa* al potere esprime il pluralismo sociale, mentre la dimensione *maggioritaria* si atteggia come una proceduralità di formazione del consenso. Ma il diritto è intrecciato perennemente con la vita dei soggetti, quali protagonisti delle dinamiche sociali; la comprensione del diritto è sincronica con la lettura della realtà materiale che ne sollecita l'emersione e che ne resta ad un tempo ordinata mediante la regolazione giuridica. Emerge nella contemporaneità un *pluralismo giuridico* della società, caratterizzato dalla pluralità delle fonti del diritto come degli strumenti di valutazione della giuridicità, con gradi di vincolatività diversificati, immersi in una esperienza culturale personalizzata.

In tale nuovo contesto si svolge una esigenza di perenne interazione della realtà giuridica con la realtà materiale. Ogni regola giuridica è partecipe della complessiva realtà socio-giuridica, come parte di un tutto che contribuisce a plasmare e dal quale riceve linfa. Il mutamento della società (che anticipa le regole giuridiche) come il mutamento dell'ordinamento (che orienta le relazioni sociali) sono connessi con il tutto socio-giuridico: il sistema evolve storicamente in ragione dei mutamenti dei valori sociali. Una *fisionomia complessiva* dell'ordinamento è ricostruibile attraverso tre fondamentali traiettorie: l'impianto sistematico, la trama normativa e le istituzioni organizzative.

a) L'*impianto sistematico* è la sintesi articolata della esperienza giuridica.

Il *sistema*¹³ esprime una *realtà composita*, coinvolgente il modello di sovranità, le tecniche di governo, le istituzioni costituite, il modello di giurisdizione; nella dimensione normativa esprime il complesso di regole e principi, come di interpretazioni e prassi, che operano in maniera coordinata in un *contesto storico*, così nella regolazione delle relazioni sociali che nella organizzazione degli apparati istituzionali. L'articolazione del sistema riflette la fisionomia dell'ordinamento giuridico.

Sono frequenti ipotesi di *conflitti tra valori* espressi dall'ordinamento giuridico: si pensi ad es. al diritto di cronaca e critica (art. 21 Cost.), rispetto alla tutela dell'onore e della *privacy* (art. 2 Cost.); si pensi alla tutela esistenziale dell'individuo (art. 2¹ Cost.) a fronte dei doveri di solidarietà verso la comunità familiare e la società in genere (artt. 2² e 22-31 Cost.). Nasce l'esigenza di *bilanciamento* tra normative di diversa provenienza e tra valori di differente emersione, attraverso criteri di adeguatezza e proporzionalità: spesso l'equilibrio tra i valori muta nel tempo, sicché, pur nella continuità formale delle disposizioni, si modifica il precetto imperativo.

Il sistema è connotato dei caratteri di effettività e completezza.

La *effettività* esprime la garanzia di osservanza delle regole (materiali e strutturali), attraverso vari meccanismi (sanzioni o incentivi). La effettività rimanda dunque all'esistenza di una *autorità*, normativamente regolata, che garantisce lo svolgimento delle attività e assicura l'attuazione dei diritti e l'irrogazione delle sanzioni. Con l'affermazione dello stato sociale rileva anche la effettività di azioni per assicurare lo sviluppo della persona umana (art. 3² Cost.) (ampiamente in seguito).

La *completezza* indica che ogni fatto della vita deve trovare regolazione all'interno dell'ordinamento. È un profilo della certezza del diritto: la *unitarietà dell'ordinamento* in cui si collocano nel tempo le varie regole consente di apprestare soluzione anche a casi non espressamente previsti, purché involgenti interessi rilevanti per il diritto.

Con l'edificazione dello *stato moderno* la comunità statale, radicata su un territorio definito e sorretta da un popolo con relativa cittadinanza, è apparsa come la più pervasiva delle comunità; sicché l'*ordinamento statale* è stato configurato come sovraordinato agli statuti delle formazioni sociali sussistenti sul territorio statale, a presidio della stabilità di organizzazione della comunità nazionale.

Nell'*età contemporanea*, per intanto, all'apice degli ordinamenti giuridici statali sono le *Costituzioni*, quali tavole di valori nei quali le società civili si riconoscono, e che perciò devono essere il più possibile condivisi dal corpo sociale¹⁴. Inoltre il diritto tende sempre più a non esaurirsi nell'ordinamento statale e nelle leggi che dallo stesso promanano. Si dipana una *pluralità di fonti*, di formazione anche non statale, per cui il *diritto vigente* è di diversificata provenienza. Come si vedrà, per l'art. 10 Cost. l'ordinamento giu-

¹³ Il termine "sistema" proviene dal verbo greco *istemi* (stare) con il prefisso *syn* (insieme). Il sistema è pertanto un insieme di elementi che, non solo coesistono, ma stanno insieme e quindi convivono. L'odierna esortazione a "fare sistema" vuole appunto indicare che non è sufficiente coesistere, ma bisogna orientare in modo coordinato iniziative e comportamenti.

¹⁴ Per Capograssi una Costituzione rappresenta la determinazione precostituita del modo di procedere per la formazione intrinseca dell'esperienza giuridica: essa è dunque il punto fermo, il centro stabile di una società, la condizione e il segno del profondo ordine che regge o non regge la società.

ridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (vi è l'apertura al diritto internazionale consuetudinario e convenzionale); per l'art. 11 Cost. l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni, promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo (la norma fu immaginata con riferimento alle Nazioni unite, ma poi è diventata la base di legittimazione della costruzione dell'istituzione europea e del diritto europeo); per l'art. 2 Cost. la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (è la base per lo sviluppo del pluralismo sociale e del riconoscimento degli statuti dei gruppi) (I, 2.8).

La valorizzazione del *pluralismo sociale e ordinamentale* conferisce rilevanza a organizzazioni operanti secondo proprie regole e finalità. Emergono ordinamenti particolari di gruppi e autonomie che regolano la vita e l'azione degli stessi e dei soggetti che vi afferiscono, secondo le finalità prefisse (c.d. pluralità degli ordinamenti), da svolgere nella cornice e secondo i principi dell'ordinamento giuridico generale (v. appresso: I, 2.8).

b) La *trama normativa* indica la varietà di esplicazione della precettività. Il tessuto normativo è penetrabile con l'impiego di *concetti*, che consentono di raffigurarne la fisionomia, e di un *linguaggio* come rappresentazione dialogica condivisa. Secondo i concetti e il linguaggio più diffusamente utilizzati, la trama dell'ordinamento è ricostruibile attraverso le norme, gli istituti e i principi.

La *norma giuridica*¹⁵ è la unità elementare dell'ordinamento e cioè la *singola regola* di comportamento o di organizzazione della società¹⁶, più spesso caratterizzata da un *precetto* e da una *sanzione* per la sua inosservanza. Quando il precetto imposto da una norma è correlato con altri precetti posti da altre norme, la regola di condotta impegnativa per i consociati consegue al *combinato disposto* di più norme secondo un criterio sistematico di interpretazione ed applicazione del diritto. La norma è inglobata nel *sistema ordinamentale* che concorre a formare e dal quale, nel suo insieme, riceve la linfa precettiva (se ne parlerà in seguito: I, 3.2).

L'*istituto giuridico* esprime il compendio delle regole che disciplinano un singolo *fenomeno giuridico*, talvolta ampiamente inteso (es. proprietà, matrimonio, contratto, ecc.), talaltra considerato in uno specifico profilo (accessione, comunione legale, forma del contratto, ecc.). È un formante della disciplina di singoli fenomeni giuridici.

I *principi* hanno un'accezione molteplice, con varie significazioni. Spesso indicano i *criteri logici* di scelte normative adottate. Ad es., secondo la nomenclatura dell'esperienza romana, il principio *nemo venire potest contra factum proprium* (nessuno può accampare diritti in contrasto con un proprio comportamento) è un criterio etico di salvezza della relazionalità; il principio *nemo ad factum cogi potest* indica la incoercibilità

¹⁵ Il termine "norma" deriva dal latino *norma* (letteral. squadra, intesa come strumento, figur. regola).

¹⁶ Talvolta un'unica norma esaurisce il contenuto di un singolo *articolo*, talaltra più norme coesistono nel medesimo articolo. Ogni articolo, a sua volta, è spesso contraddistinto da vari capoversi: c.d. *commi*. Di sovente l'articolo ha una sua titolazione: c.d. *rubrica*, che non è partecipe della disposizione ma contribuisce alla comprensione del significato della stessa.

fisica della persona negli obblighi di fare. Ancora, secondo le specifiche discipline, il principio di non contraddizione; il principio di relatività delle qualificazioni giuridiche. Si vuole anche intendere le *tecniche organizzative* di singoli fenomeni (es. i principi che presiedono alla conclusione dei contratti o alla redazione degli atti, il principio del consenso traslativo che presidia il trasferimento dei diritti). In una visione complessiva e assiologica, esprimono i *valori fondamentali* attingendo ai principi generali inderogabili, talvolta espressamente formulati, talaltra desumibili dalla combinazione di più normative e dalla complessità ordinamentale (si pensi ai diritti fondamentali della persona umana) (II, 7.1); nella medesima prospettiva si collocano le c.d. *clausole generali*, quali tecniche di normazione di completamento di fattispecie concrete, elastiche ed adattabili alle evoluzioni della realtà materiale e giuridica (es. buona fede) (II, 7.2).

c) Le *istituzioni organizzative* sono gli *apparati* che consentono la produzione delle regole, il rispetto dei diritti e l'assolvimento dei doveri, così verso lo stato e la società che nelle relazioni personali. Sono strutture di presidio della convivenza, segnando l'intreccio delle libertà individuali con gli interessi comuni: sono limitative ma anche garanti delle libertà, consentendo l'*integrazione delle libertà nella comunità*. Il riferimento ricorrente della Costituzione alla "Repubblica" ha riguardo alle istituzioni pubbliche della stessa: per l'art. 5 Cost. la Repubblica adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'*autonomia* e del *decentramento*.

Nello stato moderno liberale, quale stato di diritto, si è affermata da tempo la *divisione dei poteri* e delle connesse istituzioni¹⁷. La divisione consiste nell'individuazione di tre funzioni pubbliche nell'ambito della sovranità dello Stato, attribuite a tre distinti poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) ciascuno indipendente dagli altri poteri¹⁸. La storia delle istituzioni democratiche presenta varie forme di coordinamento e di bilanciamento tra i tre poteri, in ragione della rilevanza attribuita ai diritti umani, alla efficienza economica e al funzionamento del sistema. Con la pluralizzazione delle fonti emergono anche istituzioni sovranazionali di organizzazione delle relazioni sociali e di definizione delle controversie, come si affermano istituzioni di autonomie territoriali e di specifiche competenze. Resta il dato che un *diritto legislativo* è emanazione della legittimazione politica popolare, mentre un diritto giurisprudenziale è espressione delle determinazioni dei giudici: è un tema fondamentale dell'*attualità costituzionale* la individuazione dei modi di vitalità dell'ordinamento giuridico nella pluralità di fonti e rispetto ai cambiamenti e ai valori periodicamente emergenti¹⁹.

¹⁷ Il principio, delineato da Locke, veniva affinato da Montesquieu, divenendo uno dei capisaldi del liberalismo.

¹⁸ I tre poteri sono raffigurati nella Parte II della Costituzione, intitolata "*Ordinamento della Repubblica*" (artt. 70 ss. Cost.): il potere legislativo spetta al Parlamento, con bicameralismo perfetto (artt. 70 ss.); il potere esecutivo al Governo, cui sottendono gli uffici ministeriali e altri gerarchicamente sottoposti, espressivi della pubblica amministrazione (art. 92 ss.); il potere giudiziario alla Magistratura (artt. 101 ss.), e la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario (art. 102). Lo sviluppo delle autonomie ha riproposto le medesime cadenze (artt. 114 ss.). La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni (art. 117) (se ne parlerà nelle fonti del diritto).

¹⁹ Un recente esempio proviene dalla sentenza della Cedu, g. c., 9-4-2024, ric. 53600/20, secondo cui, con riguardo ai cambiamenti climatici e il loro impatto sui diritti umani, ai sensi degli artt. 6 e 8 Conv. Edu, "il

Nel presente volume, le prime tre parti, articolate sotto la titolazione di “*Principi*”, vogliono evidenziare, in via generale e complessiva, valori, criteri logici e categorie che sovrintendono alla disciplina del diritto privato e alla tutela delle situazioni soggettive. Le parti successive, raggruppate sotto la titolazione di “*Istituti*”, analizzano i singoli fenomeni giuridici e le discipline che li regolano.

5. Diritto positivo e diritto naturale. – Le relazioni sociali implicano competizione e spesso contrasto tra idee come tra interessi. La soluzione dei conflitti può essere affidata all’ordinamento o rimessa al sentire spontaneo.

Il *diritto positivo*²⁰ è il complesso delle regole, adottate attraverso le procedure formali di produzione del diritto, costituenti l’ordinamento giuridico. L’osservanza del diritto positivo, come si vedrà, vale a garantire la certezza del diritto e dunque la prevedibilità dell’applicazione delle regole.

A sua volta il diritto positivo si svolge in due dimensioni: diritto materiale e diritto strumentale (alle quali si è già accennato). Sono versanti distinti ma necessariamente correlati, in funzione della effettività dell’ordinamento giuridico. Il *diritto materiale* (anche detto *diritto sostanziale*) regola i rapporti tra i soggetti, selezionando gli interessi considerati meritevoli di tutela e quelli destinati a soccombere, così attribuendo diritti e obblighi: tali sono ad es. il diritto civile e il diritto penale. Il *diritto strumentale* (anche detto *diritto formale*) disciplina i meccanismi necessari per l’attuazione degli interessi protetti e dunque regola i mezzi di tutela dei diritti accordati dall’ordinamento: tali sono tipicamente il diritto processuale e il diritto internazionale privato. Va però rilevato che, in tale grande ripartizione, sono molte le ipotesi di intreccio tra norme materiali e norme strumentali, così nel diritto sostanziale²¹ come nel diritto processuale²².

Il *diritto naturale* indica l’insieme di principi che si fanno derivare da fonti non formali, quali (nelle diverse ideologie) la natura umana o la divinità o la ragione, ecc. Esprime le aspirazioni delle società antagoniste alla legge formalmente posta: è una antica e tradizionale risorsa contro il diritto positivo, quando lo stesso impone regole non condivise dalla società, sicché la legalità si inaridisce e non rispecchia più il sentire comune fino a divenire mero presidio del potere. È l’antico dilemma tra *ethos* e *nomos*²³. Fu così per il diritto naturale cristiano delle origini che si ispirava alla “legge divina”, come lo fu successivamente per il diritto naturale protestante (iscritto da Dio nel cuore di tutti gli uomini) destinato ad evitare la corruzione ecclesiale; lo è stato per il giusnaturali-

criterio dello status di vittima non deve essere applicato in modo rigido, meccanico e inflessibile, ma considerato in modo evolutivo, alla luce delle condizioni della società contemporanea”.

²⁰ Il termine “positivo” deriva dal latino *positivus* (viene posto); da cui l’espressione *ius in civitate positum*.

²¹ Nel diritto privato, ad es., le normative relative alla pubblicità delle persone fisiche, delle imprese, della circolazione dei beni immobili e mobili registrati.

²² Alcuni principi di diritto processuale esprimono valori sostanziali di una società: es. il rispetto del contraddittorio tra le parti in lite fissato nel diritto processuale civile.

²³ La figura di *Antigone*, proposta da Sofocle, tuttora esprime il divario tra la legge statale (impersonata dal re Creonte, che vietava la sepoltura di Polinice come traditore di Tebe) e il diritto derivante dal sentire sociale e religioso (al quale si appella e ricorre Antigone per dare sepoltura al fratello Polinice, portandola al forzato suicidio).

simo razionale dell'età moderna, emancipato dalla teologia morale ed ancorato ad un sistema di "diritto di ragione"²⁴.

La legge stessa, quando vuole regolare un fenomeno giuridico secondo le cadenze che assume nella realtà sociale, valorizza la dimensione "naturale" del fenomeno: tipico esempio è la definizione della famiglia come "società naturale" (art. 29 Cost.). Talvolta la legge ricorre a tale accezione quando vuole definire un fenomeno che trae vita da un fatto diverso da quelli previsti e regolati dalla legge: così per le "obbligazioni naturali", come prestazioni spontaneamente eseguite in esecuzione di doveri morali o sociali (art. 2034).

6. La scienza giuridica: metodo, linguaggio, concetti, categorie. – La scienza giuridica è, insieme, *pratica e teorica*: da un lato, individua i conflitti suscitati dalle fenomenologie reali e quindi dalle relazioni umane nella realtà socio-economica osservata; dall'altro, elabora i formanti logici necessari alla traduzione del dato reale in trattamenti giuridici ordinamentali. In tale svolgimento si delineano metodo, linguaggio e categorie della scienza giuridica, come articolazioni di una complessità socio-giuridica unitaria.

Anzitutto importante è il *metodo*²⁵ scelto e principalmente praticato e operativo, che possiamo configurare come *metodo funzionale*. Il metodo svolge un ruolo essenziale nella esperienza giuridica (nella formazione, nella interpretazione e nell'applicazione del diritto), atteggiandosi come *metodo socio-giuridico*. Individua la *fattualità delle vicende materiali* (la condizione dei soggetti coinvolti come la natura degli interessi attuati o sacrificati)²⁶, quali vivono nella società e secondo gli obiettivi perseguiti, alla cui stregua verificare il trattamento giuridico secondo le singole previsioni e i principi dell'ordinamento quali storicamente evolvono²⁷. Vi è una *normatività del fatto*, nel senso di proporsi costantemente come referente di differenti funzioni nei rinnovati contesti sociali e giuridici. La scienza giuridica deve cogliere i fatti dell'esperienza, secondo quanto la volontà degli uomini costruisce, lo spirito dei tempi propone e l'ambiente sociale organizza; e regolarli secondo la valutazione dell'ordinamento quale storicamente evolve e si impone anzitutto nei suoi principi e valori. Perciò il metodo della scienza giuridica deve operare come *funzionale*, per doversi indirizzare sia a penetrare gli obiettivi perseguiti

²⁴ Il "diritto naturale", come antagonista del diritto positivo, non è assoluto: risente della confessione religiosa e dell'ideologia politica che lo sostengono, dell'epoca storica e del contesto sociale di riferimento, delle evoluzioni tecnologiche in grado di liberare nuove prospettive di svolgimento della persona.

²⁵ Il termine "metodo" proviene dal greco antico, dall'unione delle parole *metà* (dopo) e *òdos* (via, strada). Adottare un metodo quindi vuol dire scegliere una strada e seguirla. Come si vedrà è il problema proprio della interpretazione giuridica: seguire un percorso per pervenire ad una soluzione che fissi la regola del singolo fatto.

²⁶ Fondamentale la elaborazione di F. VON HAYEK e K. POPPER della idea di "logica della situazione", come metodo di comprensione della società attraverso le interazioni che i soggetti razionali o irrazionali coinvolti in una vicenda storica via via mostrano.

²⁷ Il datato dilemma scientifico tra *metodo induttivo*, per cui l'indagine si eleva dalla percezione dei fatti verso la elaborazione di principi, e *metodo deduttivo*, per cui dai principi provengono i criteri di osservazione della realtà, va composto in una logica di *circolarità del pensiero* attraverso una costante relazione tra concetti ed esperienza: i fatti della realtà, nutriti dei valori storicamente operanti, inducono alla elaborazione di categorie e regole giuridiche, che a loro volto delineano la disciplina dei casi concreti. Fondamentale la prospettiva funzionalista del diritto di N. BOBBIO (1977).

dai soggetti nella realtà materiale, sia ad assicurare l'attuazione assiologica dei valori perseguiti dall'ordinamento, attraverso una costante interazione tra realtà fattuale, regole specifiche e valori ordinamentali, attingendo alla complessità del sistema storicizzato.

Il dialogo giuridico coinvolge il ruolo del *linguaggio* impiegato. Spesso il linguaggio dei giuristi si esprime con astrazioni e per metafore, ad imitazione di fenomeni reali (es. persone giuridiche, modellate sulle persone fisiche; bene giuridico, come trasposizione di entità materiali o immateriali): tale progredire logico richiede consapevolezza dell'astrazione rispetto alla realtà materiale. Per di più la provenienza dei testi normativi da istituzioni diverse (Unione europea, Stato, Regioni, ecc.) comporta l'impiego di nomenclature non sempre omogenee e una artificiosa collocazione dei testi. Si aggiunga la essenziale *interdisciplinarietà* nella maturazione di molte scelte normative, che implica un variegato tessuto lessicale. Il linguaggio riflette il pensiero; analizzando la formulazione del linguaggio si risale alla struttura del pensiero: l'uso di un linguaggio condiviso è utile mezzo di comunicazione.

La scienza giuridica trova il proprio nutrimento nella realtà materiale, ma si esprime inevitabilmente attraverso i *concetti*, che sono rappresentativi dei singoli fenomeni e dei beni giuridici tutelati. I concetti assurgono a essenziali costruttori di elaborazione delle scelte e di dialogo di vedute, consentendo la costante discutibilità dei risultati conseguiti²⁸. La *struttura logica* del trattamento dei problemi è essenziale risorsa della democrazia, perché consente di verificare la individuazione dei problemi assunti e la coerenza delle soluzioni apprestate, ripercorrendo il procedimento usato per arrivare al risultato. La verifica del procedimento logico seguito consente di individuare i fattori materiali osservati e le componenti giuridiche utilizzate nel ragionamento che conduce al risultato. Anche nella scienza giuridica, come in ogni scienza, resta il dato insormontabile espresso dalla logica moderna, filosofica e matematica, del divario tra "verità", che attinge alla sfera metafisica e "dimostrabilità" che attiene alla esperienza umana. Nei giudizi rileva la dimostrazione della soluzione espressiva di logica verosimiglianza.

Nell'opera di ricostruzione della esperienza sociale si rivela essenziale la formulazione dei concetti in *categorie giuridiche* intese quali meccanismi logici di rappresentazione e qualificazione dei fenomeni giuridici. Tutte le scienze hanno necessità di categorie concettuali di osservazione e dialogo forgiate dalla ricerca scientifica; le categorie giuridiche hanno la peculiarità di derivare dalla osservazione complementare della realtà materiale e della realtà giuridica: funzionano come essenziali strumenti logico-valoriali di osservazione della fenomenologia materiale e di comprensione della valutazione giuridica, quali storicamente operano. Le categorie, formulate in concetti, sono espressive di un impianto teorico che riflette la realtà storica del tempo di elaborazione e dunque il fluire storico della vita degli uomini; da ciò la necessità di verificare costantemente l'attualità ordinamentale delle categorie giuridiche: è costante il problema dell'*attualità delle categorie utilizzate*, secondo le scelte ordinamentali di settore e dei principi generali²⁹.

²⁸ Per K. POPPER (1934) il metodo scientifico deve essere connotato da un criterio di *falsificazione*: una teoria, per essere controllabile, perciò scientifica, deve essere "confutabile".

²⁹ È altrettanto errato ricostruire il passato attraverso le categorie del presente, come interpretare il presente servendosi acriticamente delle categorie del passato. La omogeneità delle nomenclature non può prescindere dalla individuazione delle "strutture di legittimazione" del diritto nelle varie epoche storiche. La *di-*