
Sommario: 1. Il diritto e la legge. – 2. Diritto privato e diritto pubblico. – 3. I codici civili europei. – 4. Il codice civile italiano. – 5. Le formanti del diritto. – 6. Il diritto comunitario. – 7. La norma, la fattispecie e il diritto soggettivo. – 8. L’interpretazione della legge. – 9. I principi generali. – 10. Il diritto internazionale privato.

1. *Il diritto e la legge.*

Sin dai tempi più antichi gli uomini hanno avuto bisogno di regolare in qualche modo la loro convivenza, dandosi delle norme da rispettare: ove a queste non venga prestata obbedienza, interviene lo Stato attraverso i suoi organi quali la polizia, i giudici, la pubblica amministrazione. Paolo Grossi, che è stato uno dei maggiori giuristi europei, ci parla al riguardo di una dimensione misteriosa del diritto, poiché *“il diritto non appartiene al mondo dei sensi sensibili”*; una dimensione misteriosa ed insieme sgradevole, proprio perché assai spesso viene percepita come obbligo, divieto, punizione.

In passato tali norme, che dunque chiameremo giuridiche, erano collegate a precetti morali o religiosi, mentre al giorno d’oggi si tende a separare la norma giuridica da fonti che non siano esattamente quelle previste dall’ordinamento. Tuttavia il fondamento del diritto, quel diritto moderno che in qualche misura è incentrato sulla legge (una legge intesa come comando autorevole ed insieme necessariamente autoritario), si rinviene secondo una accreditata

opinione in tre principali teorie, le quali pongono alla base dell'ordinamento giuridico altrettanti profili specifici di quella dimensione che solitamente definiamo come diritto.

La prima teoria è quella *normativa*, che individua nella norma soprattutto un comando, come detto autorevole, perché dovrebbe rappresentare la volontà dello Stato-ordinamento, o almeno della maggioranza dei suoi rappresentanti, ed autoritario, perché deve essere obbedito a prescindere dalla sua intrinseca corrispondenza al concetto di “giusto”. Questa teoria si pone alla base del cosiddetto positivismo giuridico, discendente dal latino *ius positum*, ovvero diritto concretamente espresso da chi ha il potere di farlo, un indirizzo prevalente nella cultura giuridica europea dell'Ottocento e della prima metà del Novecento, una cultura che era appunto incentrata su uno stretto legame tra comunità nazionale, società e Stato. La principale critica a questa teoria è stata espressa negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, quando si è evidenziato come norme intollerabili, quali le disposizioni in materia di razza, fossero state adottate sulla base di leggi formalmente legittime: in altre parole è stato diffusamente compreso, e quindi sottolineato, come un sistema giuridico meramente formale non fosse in grado di affermare e far rispettare i diritti fondamentali dell'uomo ed i valori di libertà, di democrazia, di solidarietà ad essi collegati, con la conseguenza di un consistente ridimensionamento degli attuali sostenitori di tale impostazione strettamente positivista e normativa.

La seconda teoria è quella *relazionale*, fondata sull'idea che il diritto ha lo scopo di permettere le relazioni tra gli uomini, ovvero di farli incontrare, di farli comprendere, di farli comunicare in un quadro di sicurezza e di stabilità: come ha scritto un filosofo del diritto francese, Paul Ricoeur, “esistere è coesistere”. La teoria relazionale è di grande interesse, anche se poco seguita tra i giuristi positivi, e fa riferimento soprattutto ad alcuni pensatori e filosofi cristiani. Eppure essa permette, più di altre, di valorizzare l'idea di

esperienza giuridica come personale contributo del giurista all'evoluzione, in senso sia storico che sociale, dell'ordinamento giuridico e dunque della società nel suo complesso.

La terza teoria è quella *istituzionale*, tradizionalmente riferita ad un grande giurista italiano della prima metà del Novecento, Santi Romano, che individua nell'istituzione, ovvero in un gruppo di persone organizzato, il fondamento del diritto. Questa teoria, oggi sostanzialmente prevalente, permette di esprimere una dimensione plurale del diritto, che non è soltanto quello dello Stato (che pur continua ad avere un ruolo primario all'interno del diritto positivo), ma anche quello dell'Unione europea, della Chiesa cattolica, degli ordinamenti sportivi. Insomma, dovunque vi è una istituzione, statale o meno che sia, vi è un ordinamento in qualche misura rispettato: questo ordinamento è pertanto un ordinamento giuridico.

Ognuna di queste teorie coglie un singolo aspetto del diritto e quindi esse non devono venir considerate – isolatamente – come esaustive ed appaganti; infatti ogni aspetto considerato merita attenzione, ed è stato apprezzato e valorizzato variamente in diversi luoghi ed in diversi tempi dell'esperienza giuridica. La loro conoscenza permette, comunque, sia di comprendere quali siano le motivazioni profonde che sono alla base di quel fenomeno che chiamiamo diritto, sia di porsi criticamente rispetto ad esse, non dimenticando mai che l'ordinamento giuridico non è neutrale rispetto alle aspirazioni degli uomini e dei gruppi sociali, ma anzi è l'espressione più diretta dei rapporti di potere che intercorrono all'interno della società. La presunta neutralità del diritto rispetto alle scelte economiche e sociali è stata sostenuta sia in passato sia recentemente, ed anzi tale argomentazione ha costituito il fondamento di impostazioni che avevano proprio lo scopo di separare il diritto dalla realtà, a volte per motivi nobili, più spesso per non doversi assumere la responsabilità di soluzioni inique. Impostazioni, queste ultime, comuni al giurista europeo dell'Ottocento, che riteneva

le disuguaglianze sociali non di propria competenza, ed al giurista italiano sotto il regime fascista che – tranne poche eccezioni – non riteneva fosse un proprio preciso dovere morale quello di criticare una forma di stato totalitaria e non democratica.

Ma così non era, e non è: dunque comprendere questo aspetto assiologico, ovvero basato sui valori, e porsi sempre in posizione dialettica rispetto alle scelte operate dal legislatore positivo, permette quanto meno di rapportare il proprio comportamento a quell'esigenza di giustizia universale che, in ultima analisi, dovrebbe essere l'aspirazione di ogni giurista consapevole del proprio ruolo. In verità, nulla di nuovo. Più di duemila anni fa Sofocle, uno dei maggiori tragici greci, ci racconta di Antigone, donna coraggiosa e scomoda, che disubbidisce alla legge positiva, quella del tiranno di Tebe Creonte, che le impedisce di seppellire il corpo del fratello Polinice ucciso da Eteocle, ritenendo prevalente la legge degli dei che impone di seppellire i defunti affinché possano discendere nel regno dei morti. Antigone sarà condannata a morte e si suiciderà in carcere, ma con il suo sacrificio ricorderà per sempre che non solo si può disubbidire alla legge positiva, quando questa confligge con il diritto naturale (ovvero con un diritto di natura trascendente, riposto nella coscienza individuale, ed oggi espresso storicamente dai valori dell'Unione europea e della Costituzione italiana) ma che, in determinati casi, si deve disobbedire: si pensi alle leggi razziali degli anni trenta e quaranta del Novecento.

2. Diritto privato e diritto pubblico.

Una distinzione che è insieme antica (perché risale al diritto romano) e moderna (perché è uno dei fondamenti dello stato contemporaneo) è quella tra diritto privato e diritto pubblico.

Ma i confini di tale distinzione, in un primo tempo sicuri ed

immutabili, sono divenuti con il passare del tempo assai incerti. Se da un lato il diritto pubblico è stato visto come il diritto dello Stato e delle sue articolazioni centrali e periferiche, dall'altro – in tempi più vicini all'oggi – si è voluto riferire il carattere pubblico del diritto al suo profilo autoritario, nel senso che lo Stato è per sua intrinseca natura in grado di imporre con la forza la propria volontà ad altri soggetti. Se non paghi le imposte dovute, l'Amministrazione finanziaria ti costringe a farlo, se parcheggi dove vige un divieto di sosta, il Comune ti fa pagare una multa. Al contrario, il diritto privato regola tendenzialmente i rapporti tra soggetti privati, i quali si trovano su di un piano di parità giuridica (ovviamente solo giuridica, perché ad esempio le loro condizioni economiche e psicologiche possono essere molto diverse, con la conseguenza che si può parlare di soggetti forti e di soggetti deboli) e su questo piano volontaristico regolano, con maggiore o minore consapevolezza, i loro interessi.

Più di recente è stato notato come lo Stato moderno frequentemente non persegua, come in passato, i propri interessi solo attraverso provvedimenti autoritativi, ma sempre più spesso li persegua attraverso accordi, che trovano nell'adesione volontaria dei soggetti privati interessati il loro fondamento: si pensi alle convenzioni urbanistiche, che mediano la pianificazione territoriale, un tempo riservata esclusivamente alla potestà amministrativa dei Comuni, attraverso accordi con i privati che si trovano nella condizione di edificare i propri terreni, e che possono avere interesse a che siano contemporaneamente realizzate delle infrastrutture, come le strade, le fognature, le linee elettriche, le scuole e gli impianti sportivi. Questi accordi contribuiscono a mettere in crisi la bipartizione accennata, perché corrispondono all'esercizio di un potere discrezionale che si autolimita e che concorre con l'autonomia dei privati a realizzare soluzioni che si reputano ragionevoli; insomma, sono esercizio di un potere in parte pubblico ed in parte privato. Un potere che rinuncia al suo profilo autoritario per sperimen-

tare soluzioni fondate sul consenso dei soggetti coinvolti: il che a volte può portare a risultati positivi, dato il coinvolgimento degli interessati, ma a volte può anche portare al sacrificio di valori (ad esempio la tutela dell'ambiente o del paesaggio) che non vengono sufficientemente apprezzati e dunque tutelati dai soggetti che partecipano all'accordo. Si pensi alla necessaria razionalizzazione del ciclo dei rifiuti soprattutto nelle grandi città: pur ritenendolo assolutamente necessario, nessuno vuole che discariche e inceneritori siano collocati vicino alla propria abitazione. Come dicono efficacemente gli inglesi: *not in my back yard*.

Anche sotto il profilo della proprietà, che l'articolo 42 della Costituzione definisce esclusivamente come proprietà pubblica e proprietà privata, è in corso un significativo ripensamento, in quanto la recente elaborazione della categoria dei cosiddetti *beni comuni*, quali l'acqua, le montagne, i boschi, tende ad incrinare tale semplicistica dicotomia, per affrontare altre prospettive di indagine più elaborate, che distinguono il profilo della proprietà di cui è titolare una collettiva diffusa con il profilo della gestione dei beni e con quello dell'accesso agli stessi. Peraltro, di recente, tutti gli Stati europei sono stati interessati dal fenomeno della cosiddetta privatizzazione dei beni e dei servizi, per cui molti beni (l'acqua, il gas, l'energia elettrica) e servizi (la sanità, i trasporti, l'igiene urbano) che tradizionalmente venivano forniti ai cittadini da poteri pubblici, sono oggi in varia misura affidati a soggetti privati: si pensi alle ferrovie o alla raccolta ed allo smaltimento dei rifiuti, tutti aspetti che sempre più spesso vengono affidati nella loro realizzazione e nella loro gestione ad imprenditori privati, nella speranza di una maggiore efficienza ed economicità del servizio (circostanza peraltro non sempre realizzatasi). Lo stato moderno, dunque, tende ad alleggerirsi di una serie di poteri pubblici che vengono ceduti a soggetti privati, nella convinzione che in tal modo il servizio prodotto risulterà migliore ed a prezzi più contenuti. Non sembra che l'esperienza concreta di questi anni

abbia dimostrato la fondatezza di tale tesi, in quanto molti servizi sono nettamente peggiorati, il risparmio di risorse che sarebbe stato lecito aspettarsi non c'è stato ed i settori che dopo la privatizzazione hanno avuto un miglioramento del servizio ed un abbassamento dei costi sono quelli (ad esempio la telefonia e le linee ferroviarie ad alta velocità) in cui le condizioni economiche e di mercato avrebbero comunque realizzato un sistema maggiormente efficiente. Altro discorso è verificare se i mancati risultati raggiunti siano colpa del sistema (perché l'integrazione pubblico-privato a volte funziona e funziona anche bene) o al contrario dell'incapacità della classe dirigente di governare con efficacia ed onestà tali processi.

In tale prospettiva latamente solidaristica si inserisce il valore costituzionale della sussidiarietà (si veda l'art. 118 Cost. nel testo riformato dalla l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3), intesa in senso verticale ed orizzontale: la sussidiarietà verticale ritiene che le scelte della Pubblica amministrazione debbano essere prese al livello decisionale più vicino al cittadino, solitamente il Comune, mentre la sussidiarietà orizzontale favorisce l'intervento volontario dei privati (singoli o associati) nei compiti di natura sociale comunemente attribuiti allo stato inteso come amministrazione: è il caso delle fondazioni bancarie, cui è stato assegnato dallo Stato un compito rilevante in materia cultura e sociale, compito almeno sino ad oggi adempiuto in modo esemplare.

Per tornare alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato essa in passato era collegata alla situazione soggettiva tutelata: il diritto civile tutelava il diritto soggettivo (espressione dei rapporti tra soggetti privati), mentre il diritto amministrativo l'interesse legittimo, ovvero l'interesse dei singoli alla legittimità formale e sostanziale del provvedimento della pubblica amministrazione. La tutela dell'interesse legittimo riceve in Italia un preciso riconoscimento attraverso la creazione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, voluta da Silvio Spaventa a fine Ottocento (legge n.

5992 del 1889) e dedicata proprio alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi. L'applicazione pratica di tale distinzione condusse ad un conflitto tra il Consiglio di stato e la Corte di Cassazione che durò con alterne vicende per oltre cinquanta anni, ed oggi può dirsi superato non solo perché sempre più spesso è il legislatore a stabilire quale sia la giurisdizione (ad esempio, di recente, la materia del pubblico impiego è stata affidata al giudice ordinario), ma anche perché si è affermata la tesi che nel diritto civile le parti si trovano su di un piano di parità (anche se una di esse è una pubblica amministrazione che agisce *iure privatorum*) mentre nel diritto pubblico l'amministrazione si trova comunque su di un piano autoritativo rispetto al soggetto privato, in quanto agisce *iure imperii*).

3. I codici civili europei.

Troviamo la parola *codice* utilizzata come raccolta di leggi e di documenti giuridici già con riferimento sia all'imperatore Giustiniano che, intorno al sesto secolo d.C., raccolse nel *Corpus iuris civilis* la legislazione e la dottrina del periodo romano classico sia a Federico il grande, imperatore di Prussia sul finire del Settecento, che raccolse in un unico testo tutte le leggi dello stato. Tuttavia non si trattava di veri e propri codici, bensì di consolidazioni, ovvero di raccolte di leggi che non avevano quelle caratteristiche che oggi riteniamo necessarie per potersi parlare a ragione di codice: la novità, la completezza, l'organicità, l'autonomia.

Il primo codice sicuramente moderno è il *code civil* francese, fortemente voluto da Napoleone ed entrato in vigore nel 1804. Si tratta di un codice che intendeva tradurre sul piano della legislazione privatistica le conquiste che la rivoluzione del 1789 aveva portato sul piano politico, in particolare l'uguaglianza, l'elimina-

zione dei ceti, la laicizzazione dello stato, la parità dei figli legittimi (maschi) in materia successoria, la cittadinanza come espressione di appartenenza alla nazione, la possibilità per tutti di essere proprietari e di far circolare i propri beni attraverso il contratto: aspetti – questi – che in precedenza erano assenti o comunque fortemente limitati.

Ma oltre a tali profili, sicuramente assai innovativi rispetto alla società di antico regime (la società di antico regime è quella che nasce nel Medioevo e finisce con la Rivoluzione francese), il codice si proponeva come un insieme completo ed organico di norme, norme che coprivano tutta la vita dell'uomo, dalla nascita alla morte. Proprio questi caratteri di completezza ed organicità – insieme all'aspirazione di una profonda riforma dell'ordinamento giuridico rispetto al passato – sono caratterizzanti non solo del *code civil*, ma di ogni codice. E dunque la parola "codice", che in realtà indica la forma libro, sostituitasi nei primi secoli dopo la nascita di Cristo al più risalente (e scomodo) rotolo di papiro o alla tavoletta di cera, assumerà su di sé non solo l'idea di un testo legislativo di particolare importanza, ma anche tutte le suggestioni naturalmente collegate alla completezza ed all'organicità delle norme in esso contenute. E che le suggestioni del codice siano assai avvertite anche al giorno d'oggi è dimostrato dall'uso (e spesso dall'abuso) di indicare con tale parola ogni raccolta di leggi destinata a regolare una specifica materia: ad esempio codice della strada, codice del consumo, codice della *privacy*, codice dei contratti pubblici, ecc. Un utilizzo, quello dei cosiddetti codici di settore, attraverso il quale il legislatore, nella sua innata e perenne superbia, ritiene di assicurare un futuro al proprio lavoro di produzione legislativa, sottraendolo all'effimero destino cui tante leggi, destinate all'oblio o all'irrilevanza, vanno incontro; ma anche un utilizzo che ha la non sempre consapevole finalità di creare dei sottosistemi ordinamentali dotati di una logica e di una sistematica propria, che spesso non appare coerente con i principi generali

dell'ordinamento e che anzi a volte sembra addirittura contrapporsi ad essi.

Il *code civil* segnerà dunque uno spartiacque nella storia del diritto privato, perché con esso inizia il diritto moderno, quel diritto che con le sue luci e le sue ombre giungerà sino a noi: ne sia prova la circostanza che in Francia il codice di Napoleone è ancor oggi il codice civile vigente, seppur con ampie manipolazioni succedutesi negli anni. Un codice che avrà una grande fortuna nell'Ottocento, adottato dagli stati che le armate napoleoniche annettevano all'impero e che sostanzialmente viene mantenuto in vigore anche successivamente, quando a seguito della restaurazione i vecchi sovrani torneranno sui loro troni: il che dimostra come gli sviluppi socio-economici collegati ai valori contenuti nel codice civile fossero non soltanto una ben precisa scelta ideologica, ma anche una scelta di efficienza e di modernità soprattutto per quanto riguardava l'economia della produzione e dello scambio, dalla quale non si poteva più tornare indietro. E sotto questo profilo non c'è dubbio che il codice civile francese abbia permesso alla Francia uno sviluppo economico incessante, superando indenne rivoluzioni, repubbliche, monarchie ed imperi. In tal senso si è parlato del codice civile francese come di un codice incentrato sulla proprietà, in quanto l'individuo veniva visto nell'ottica del soggetto proprietario ed il contratto veniva guardato nell'ottica degli strumenti atti ad acquistare la proprietà ed a farla circolare. Tuttavia la moderna scienza giuridica, più attenta alla trasformazione dell'individuo in persona e quindi alla sua dimensione esistenziale, è riuscita, pur mantenendo l'impianto tradizionale del *code civil* e dei codici civili che lo seguiranno in Italia ed in Germania, a spostare l'accento dall'aver all'essere. Ovvero dalla dimensione totalizzante della proprietà e della ricchezza ad una dimensione che, senza trascurare il dato economico, riconosca all'uomo una dimensione personalistica complessa, ispirata a valori che non sono esclusivamente quelli patrimoniali. Prima in Francia, grazie a quell'indirizzo che è