

**C. MASSIMO BIANCA**  
ORD. DI DIRITTO CIVILE NELL'UNIVERSITÀ DI ROMA

# DIRITTO CIVILE

## I

### *LA NORMA GIURIDICA - I SOGGETTI*

SECONDA EDIZIONE



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2002

**Parte prima**

**LA NORMA GIURIDICA**

1. Il diritto come norma giuridica. — 2. La norma giuridica come regola socialmente garantita. — 3. Diritto e società. — 4. L'istituzione. — 5. Diritto e Stato. — 6. La teoria istituzionale del diritto. — 7. Caratteri della norma giuridica. a) Sanzionabilità come garanzia sociale della norma. — 8. Conferma della sanzionabilità come carattere essenziale della norma giuridica. — 9. b) Imperatività. — 10. c) Generalità e d) astrattezza. — 11. Autonomia della norma giuridica. Diritto e morale. — 12. Diritto e giustizia. — 13. La preminenza di un « diritto naturale » nella storia del pensiero. L'impostazione di Aristotele. — 14. Il problema dei limiti della norma giuridica nel mondo romano. — 15. La concezione tomistica. — 16. Il condizionamento del diritto alla « ragione ». La Scuola Giusnaturalistica e il pensiero illuministico. — 17. La reazione storicistica e positivista. — 18. Il problema dell'autonomia del diritto nel pensiero contemporaneo. Il positivismo normativo. — 19. Il positivismo sociologico. — 20. Il marxismo. — 21. Il neogiusnaturalismo. — 22. Il canone dell'esperienza e il principio di effettività. — 23. Scienza del diritto e interpretazione. — 24. Diritto e politica. — 25. Diritto e sociologia. — 26. Diritto ed economia. — 27. Diritto e storia. — 28. Diritto comparato.

### 1. *Il diritto come norma giuridica.*

Il diritto in senso oggettivo è la norma giuridica, cioè la regola socialmente garantita della vita di relazione<sup>1</sup>.

I rapporti tra uomo e uomo sono regolati da norme di varia natura, come ad es. le norme morali, religiose, di etichetta, ecc. Ma è la stessa esperienza pratica che consente di distinguere tra le varie norme sociali le norme giuridiche quali norme di cui la società garantisce l'osservanza mediante sanzioni esterne di diverso tipo.

Si intuisce agevolmente, così, che è regola giuridica quella che impone di restituire il denaro preso a prestito mentre non lo è la regola che impone di trattare gentilmente l'ospite. La prima è regola di diritto perché la società ne assicura il rispetto. La seconda regola, invece, non è garantita dalla società e la sua violazione può incidere solo sulla estimazione del trasgressore.

La nozione di diritto in senso oggettivo, e cioè quale norma giuridica, deve essere tenuta distinta rispetto alla nozione di diritto in senso soggettivo,

<sup>1</sup> Rileva Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (tr. it.), Milano, 1959, 4, che qualsiasi tentativo di definire un concetto deve prendere per punto di partenza l'uso comune della parola che designa il concetto in questione. Nel definire il concetto di diritto dobbiamo appunto cominciare col chiederci: i fenomeni sociali generalmente chiamati « diritto » presentano una caratteristica comune che li distingue da altri fenomeni sociali similari?

In senso soggettivo il diritto è una *posizione di vantaggio* tutelata dalla norma giuridica. Se, ad es., un soggetto dà in prestito del denaro, egli ha un *diritto* di credito, e cioè la pretesa giuridicamente tutelata a riavere il denaro dato. Questa pretesa è appunto tutelata dalla norma giuridica (che impone al debitore di restituire il denaro ricevuto) (VI, n. 8).

La complessità dei rapporti sociali esige una molteplicità di norme di diritto. L'insieme di tali norme costituisce un ordinamento. *L'ordinamento giuridico è il diritto di una società*, cioè l'insieme delle norme giuridiche che costituiscono una società (n. 3).

## 2. *La norma giuridica come regola socialmente garantita*<sup>2</sup>.

L'idea della norma giuridica quale comando emesso da una volontà superiore (il legislatore) trae origine da una concezione personalistica della suprema autorità pubblica legata ad una data esperienza storica.

L'attuale tendenza è tuttavia volta a contestare questa nozione volontaristica e a identificare piuttosto la norma giuridica in un giudizio. La norma sarebbe un giudizio di valore<sup>3</sup>, cioè un criterio di valutazione ovvero un giudizio ipotetico, cioè un criterio di collegamento di un effetto al verificarsi di un'ipotesi (es.: se si arreca un danno ingiusto sorge l'obbligo di risarcirlo).

Queste definizioni appaiono insoddisfacenti perché muovono da un approccio concettuale che coglie un momento formale della norma giuridica ma non il significato della sua giuridicità.

La norma può anche presentarsi come un criterio di valutazione o come un giudizio ipotetico, ma ciò non ci dice che cosa sia la norma giuridica. In particolare, la forma del giudizio ipotetico è semplicemente una struttura che risponde ad un carattere della norma, e cioè a quello dell'astrattezza, per cui

<sup>2</sup> Kelsen, *cit.*; Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, e *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960.

V. anche Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo* (tr. it.), Padova, 1951, 11; Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Napoli, 1922, 26; Haesaert, *Théorie gén. du droit*, Bruxelles, 1948, 397; Levi, *Teoria gen. del diritto*, Padova, 1950, 108; Carnelutti, *Teoria gen. del diritto*<sup>3</sup>, Roma, 1951, 69; Kantorowicz, *La definizione del diritto* (tr. it.), Torino, 1962, 64; Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967, e *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1970, 11; Dabin, *Théorie gén. du droit*, Paris, 1969, 19; English, *Introduzione al pensiero giuridico* (tr. it.), Milano, 1970, 15; Modugno, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 328; Rehbinder e Patti, *Introduzione alla scienza giuridica*, Padova, 1985; Mazziotti di Celso, *Norma giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 12<sup>e</sup> ed. par Chabas, Paris, 2000, 15; Carbonnier, *Droit civil, Introduction*<sup>26</sup>, Paris, 1999, 21;

<sup>3</sup> Sulla equivocità della definizione della norma come giudizio di valore v. comunque Di Robilant, in *Trim.* 1957, 1428.

essa prevede non fattispecie concrete ma ipotesi astratte (fattispecie normative) (n. 10).

La natura della norma giuridica sfugge pure al metodo analitico del linguaggio<sup>4</sup>, già per la considerazione che le proposizioni normative non sono i segni esclusivi attraverso i quali si manifesta la regola di diritto. Ciò deve ribadirsi, in particolare, per la proposizione legislativa, che è solo uno dei dati che concorrono a identificare la realtà della norma.

Quando poi si precisa che le norme giuridiche rientrerebbero nella categoria delle proposizioni prescrittive o precettive<sup>5</sup>, rimane da sapere che cosa sarebbe la precettività, se cioè pur sempre una forma di espressione<sup>6</sup> ovvero un carattere obiettivo della norma che prescinderebbe dal linguaggio<sup>7</sup>.

In aderenza al metodo sperimentale occorre piuttosto indagare su quella che è la realtà della norma giuridica sulla base dell'esperienza. Ora, è in base all'esperienza che la norma giuridica si presenta come un autonomo fenomeno della società umana, e precisamente come un principio d'ordine garantito in una struttura sociale. La norma giuridica è appunto la *regola socialmente garantita*.

A questa nozione di norma si collega l'intendimento dei suoi destinatari, quali titolari delle situazioni giuridiche previste e regolate dalla norma medesima<sup>8</sup>.

### 3. Diritto e società.

Il diritto è un fenomeno sociale. Esso è infatti un aspetto della vita associata. Si tratta, anzi, di un aspetto essenziale perché la vita associata si realizza proprio quando si accetta la comune disciplina di norme giuridiche. Società o comunità sociale è ogni aggregato umano che si sottopone a regole

<sup>4</sup> Sulla *Giurisprudenza analitica* v. al n. 18.

<sup>5</sup> BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 75.

<sup>6</sup> Per l'esame analitico delle proposizioni precettive, che risponderebbero alla funzione di dirigere o influire su comportamenti, v. particolarmente gli studi di SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955, e TARELLO, *Studi sulla teoria generale dei precetti*, Milano, 1968, spec. 54.

<sup>7</sup> HART, *Il concetto di diritto* (tr. it.), Torino, 1965, 18, ribadisce l'idea che l'analisi delle parole servirebbe pur sempre a far comprendere le relazioni tra fenomeni giuridici. V. anche FROSINI, nella introduzione a *Contributi all'analisi del diritto* (tr. it.), dello stesso Hart (Milano, 1964, XV).

<sup>8</sup> Sull'idea dei giudici e degli organi statali come destinatari delle norme giuridiche, vedi BINDER, *Der Adressat der Rechtsnorm u. seine Verpflichtung*, Leipzig, 1927. Analogamente vedi ALLORIO, in *Rdciv.* 1955, 276.

In termini negativi sul problema dell'esistenza di destinatari della norma, vedi Santi ROMANO, in *RISG* 1947, 64, e in *Frammenti di un dizionario giuridico* (rist.), Milano, 1953, 135.

giuridiche comuni, cioè ad un medesimo ordinamento giuridico. Anche la sottoposizione ad una sola norma comune — quale ad es. quella che impone di tener fede ai patti — varrebbe già a costituire una forma minima di società.

La considerazione dell'essenziale interdipendenza tra diritto e società è importante al fine di intendere *perché* esiste un ordinamento giuridico. Le esigenze che sottostanno alla formazione di un ordinamento giuridico sono le stesse esigenze che spingono l'uomo alla vita associata. Esse non sono solamente di natura economica ma investono tutti gli interessi fondamentali dell'uomo che possono essere soddisfatti attraverso la solidarietà o il rispetto degli altri.

#### 4. *L'istituzione.*

La realtà della vita associata presenta non solamente la sottoposizione a norme comuni ma anche la tendenza del gruppo ad *organizzarsi*. L'organizzazione può consistere nella semplice ripartizione di funzioni tra i componenti del gruppo o nella costituzione di un centro di poteri al quale il gruppo si assoggetta.

Il gruppo organizzato si pone quale istituzione. *L'istituzione* è appunto un gruppo sociale stabilmente organizzato (es.: la famiglia, il Comune, lo Stato, ecc.).

L'istituzione può dar luogo ad un ente idoneo ad essere titolare in proprio di rapporti giuridici, e cioè può dar luogo ad un soggetto giuridico. In tal caso distingueremo tra l'istituzione come *gruppo* e l'istituzione come *ente*. Dello Stato, ad es., può parlarsi nel senso della comunità sociale che è raccolta nell'organizzazione statale, oppure nel senso dell'ente giuridico che personifica e rappresenta la comunità.

#### 5. *Diritto e Stato.*

Lo Stato non è l'unica istituzione poiché la vita associata si articola in una grande molteplicità di gruppi organizzati. Il diritto non è quindi esclusivamente quello statale<sup>9</sup>. Nell'attuale esperienza lo Stato è comunque l'istituzione che detiene i massimi poteri autoritari ed è quindi preminente rispetto

<sup>9</sup> Sulla statualità della norma giuridica v., ad es., CARNELUTTI, *cit.*, 75, e ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*<sup>5</sup>, Torino, 1958.

Per la definizione della norma giuridica come regola garantita dallo Stato, v. anche *Marxistische*

alle altre istituzioni operanti nel suo ambito. La preminenza dello Stato si traduce in preminenza del suo ordinamento giuridico: all'interno della comunità statale tutte le norme sono subordinate a quella dello Stato (ma v. n. 44).

Tale subordinazione può significare che le norme di altre istituzioni traggono la propria validità dalle norme statali (così, ad es., l'accordo che costituisce e regola una società commerciale è inteso come vincolante sulla base della legge dello Stato).

La subordinazione può significare inoltre che all'interno della società statale le norme di altre istituzioni non possono contrastare con la norma dello Stato.

Anche le norme di altre istituzioni possono operare all'interno della società statale (associazioni, congregazioni religiose, ecc.). Affinché tali norme siano applicate con le garanzie della norma statale occorre però che lo Stato, sia pure implicitamente, riconosca ad esse rilevanza come norme giuridiche. Altrimenti esse possono essere osservate all'interno della istituzione che le ha emanate ma non valgono comunque a privare il soggetto di quei diritti che sono tutelati dalla norma statale (se, ad es., un'associazione sportiva infligge una « multa » pecuniaria ad un giocatore, questi non può essere costretto a subire una diminuzione patrimoniale contro la sua volontà).

## 6. *La teoria istituzionale del diritto.*

Secondo la teoria istituzionale (M. Hauriou (1856-1929); Santi Romano (1875-1947)) il diritto si identificerebbe essenzialmente nella istituzione anziché nella norma. La realtà sociale, si dice, conosce anzitutto le istituzioni, quali enti o corpi sociali aventi un assetto stabile e permanente. Ora, appunto, sono le istituzioni a fare le regole di diritto, e non tali regole a fare le istituzioni<sup>10</sup>. La legge rappresenta il mezzo attraverso il quale l'istituzione esplica la sua funzione normativa, che non è però la sola funzione dell'ente

*Staats- u. Rechtstheorie. Grundlegende Institute u. Begriffe* (opera collett.), Köln, 1974 (ediz. orig. Mosca, 1970), 253.

<sup>10</sup> Il concetto di istituzione come prima realtà giuridica trova la sua originaria formulazione in Hauriou (del quale v. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, scritti racc. da Cesarini Sforza con presentazione di Baratta, Milano, 1967, spec. 5, 43) ma è comunque il Romano che giunge alla perfetta identità tra istituzione e ordinamento giuridico. Del Romano v. *L'ordinamento giuridico* (rist. 2<sup>a</sup> ed.), Firenze, 1962, e *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 76.

(così, ad es., lo Stato non si limita ad emanare le leggi ma, tra l'altro, provvede alla difesa militare).

Riguardo alla concezione istituzionale si può osservare che le esigenze fondamentali della vita umana richiedono, certo, non solamente la sottoposizione a regole comuni ma anche la presenza e l'attività dell'organizzazione. Non basta, cioè, la regola, occorrendo anche gruppi e persone che vivano la regola stessa.

Ciò tuttavia non può portare a confondere l'istituzione con le norme che la governano.

Può ammettersi, ancora, che la considerazione delle norme giuridiche non colga nella sua integralità il fenomeno sociale, ma ciò risponde all'idea stessa del diritto come un aspetto di questo fenomeno, e precisamente l'aspetto della sua disciplina o regolamentazione.

Non può dirsi neppure che l'ordinamento si presenti logicamente prima come organizzazione e poi come norma. La stessa attività di organizzazione altro non è, a ben vedere, che il sottoporsi a regole (di organizzazione).

La teoria istituzionale non può comunque essere trascurata poiché essa introduce una prospettiva ineliminabile nell'analisi del diritto, cioè quella della struttura delle forme di organizzazione della società.

## 7. *Caratteri della norma giuridica. a) Sanzionabilità come garanzia sociale della norma.*

Momento essenziale della norma giuridica è quello della sua garanzia sociale, e questa garanzia si esprime nella *sanzionabilità*<sup>11</sup>.

La norma giuridica è socialmente garantita da sanzioni esterne. La sanzione esterna è una *conseguenza sfavorevole prevista per l'inosservanza della norma* e comporta la privazione di un bene o di un effetto giuridicamente tutelati.

Le sanzioni sono di diverso tipo. Fondamentalmente possono distinguersi sanzioni penali, esecutorie, risarcitorie e invalidatorie. Le sanzioni *penali* tendono a punire il trasgressore mediante una punizione personale o patrimoniale. Sanzioni *esecutorie* sono quelle che attuano specificamente l'interesse leso dalla violazione della norma (es.: la violazione della norma di consegnare la cosa al proprietario importa la sanzione del rilascio coattivo). *Risarcitorie* sono le sanzioni che tendono a reintegrare il danno provocato

<sup>11</sup> In questo specifico senso può intendersi la *coercibilità* della regola di diritto.

dalla violazione della norma (es.: il danneggiamento del bene altrui importa l'obbligo di risarcire il danno in denaro o di riparare il bene). *Invalidatorie*, infine, sono le sanzioni che tendono a privare di efficacia l'atto compiuto in violazione della norma (es.: una donazione stipulata senza la forma dell'atto pubblico è nulla) <sup>12</sup>.

#### 8. Conferma della sanzionabilità come carattere essenziale della norma giuridica.

Una parte della dottrina nega che la sanzionabilità sia un carattere essenziale della norma giuridica.

Un primo tipo di obiezione muove in generale dal rilievo che un ordinamento giuridico non può reggersi solo sulla minaccia delle sanzioni. Se la gran parte dei consociati non fosse disposta ad osservare *spontaneamente* le leggi, il costo sociale dell'applicazione di queste sarebbe insostenibile.

Il timore della sanzione, occorre riconoscere, è in effetti solo uno dei motivi che inducono all'osservanza della norma giuridica (a tale osservanza il soggetto può essere spinto per intima convinzione, senso morale di obbedienza, abitudine, ecc.). Occorre ancora riconoscere che l'ordinamento che faccia assegnamento solo sulla forza della sanzione, senza curarsi delle reali esigenze della società, determina forme di resistenza che compromettono la stabilità dell'istituzione.

Il carattere giuridico della norma non dipende tuttavia dai motivi della sua osservanza ma dalla sua *garanzia sociale*. La norma può essere osservata spontaneamente e non per timore della sanzione, ma ciò che importa è che essa non dipenda esclusivamente dalla coscienza del destinatario ma sia *socialmente garantita* mediante la sanzione. Senza la sanzione, e quindi senza questa garanzia sociale, siamo al di fuori del fenomeno giuridico quale l'esperienza ci mostra, e cioè quale fenomeno normativo volto ad *assicurare* un ordine alla società.

Non varrebbe in contrario obiettare che anche norme religiose possono assicurare un ordine sociale. A tale riguardo è agevole rispondere che nella misura in cui le norme religiose fossero socialmente garantite, esse diventerebbero appunto norme giuridiche.

A sostegno della tesi secondo la quale la sanzionabilità non sarebbe carattere essenziale della norma giuridica, si portano esempi di norme che sarebbero prive di sanzione. Tali sarebbero, si dice, le norme che hanno un contenuto semplicemente organizzativo (così la norma sulla composizione del Governo: 92 Cost.). Deve tuttavia replicarsi che le norme di tipo organizzativo hanno generalmente la loro

<sup>12</sup> Ma in senso critico vedi HART, *Il concetto di diritto*, cit., 41.  
L'incertezza sulla nozione di sanzione è ancora largamente legata all'idea punitiva. Sulla nozione di sanzione vedi CARNELUTTI, cit., 26. V. anche CORSO, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Milano, 1969, 55.

sanzione nella invalidità degli atti che non si attengono alle norme medesime. Si tratta cioè di sanzioni invalidatorie (n. 7) <sup>13</sup>.

Altre norme, si obietta, hanno contenuto permissivo e non possono quindi essere munite di sanzione (es.: la norma che consente al proprietario di disporre della sua cosa (832 cc).

Può tuttavia osservarsi che le norme di contenuto permissivo riconoscono al soggetto generiche o specifiche possibilità di azione (libertà, poteri, ecc.). Ora, questo riconoscimento è appunto garantito mediante le varie sanzioni che colpiscono i comportamenti lesivi delle possibilità riconosciute al soggetto. Così, ad es., il riconoscimento della possibilità del proprietario di godere della cosa significa che è sanzionato il comportamento di chi impedisca tale godimento.

Su un piano strettamente concettualistico si è obiettato che la giuridicità della norma non può essere ricercata nella sanzione poiché questa si pone all'esterno della norma <sup>14</sup> e non incide sul suo contenuto.

Tale obiezione sarebbe valida se la norma giuridica avesse in sé il carattere della giuridicità. Ma questo assunto è smentito dalla realtà sociale, dove la medesima norma (es.: si deve agire correttamente) può essere o no giuridica secondo la rilevanza che essa acquista nel contesto di un dato ordinamento.

Se la giuridicità dipendesse dalla sanzione, si è ancora obiettato, ciò implicherebbe che anche la norma sanzionatrice dovrebbe essere a sua volta sanzionata da un'altra norma, e così via, fino ad arrivare ad una norma priva di sanzioni per la sua violazione <sup>15</sup>.

In realtà, la garanzia sociale della sanzione rimane tale anche se affidata ad un potere autoritario indipendente, e quindi ad una norma a sua volta priva di sanzione. Nell'ordinamento statale la legge è garantita da altre norme giuridiche munite di sanzione rivolte a coloro che esercitano il potere pubblico, e soprattutto il potere giurisdizionale. Ora, la garanzia del sistema non viene meno per ciò, che i vertici del potere pubblico siano sottratti ad un controllo formale. Ma al riguardo occorre anche notare che un controllo è pur sempre immanente nella società, in cui le norme sono destinate a operare e che è, in definitiva, sede ultima della loro giuridicità.

L'obiezione di fondo che si avverte nei riguardi della sanzionabilità quale carattere essenziale del diritto è che essa potrebbe pregiudicare la « purezza » della

<sup>13</sup> Analoga considerazione può essere fatta con riguardo alla categoria di norme "costitutive" individuata dal CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano 1974, 46, e *Il normativismo e la forza costitutiva delle norme*, Roma 1988, 100, ossia di norme che non prescrivono un comportamento ma si limitano a produrre un effetto giuridico, come nell'esempio della norma che ai fini processuali determina la sede dell'associazione non riconosciuta nel luogo dove essa svolge attività in modo continuativo (19<sup>2</sup> cpc).

La determinazione di un effetto giuridico è pur sempre determinazione di un effetto "garantito" dall'ordinamento, e la garanzia consiste nella sanzione che colpisce i comportamenti che non si attengono a quell'effetto. Nell'esempio del domicilio dell'associazione non riconosciuta, così, è nulla la notificazione di un atto processuale in una sede diversa (145<sup>2</sup> cpc).

<sup>14</sup> V., ad es., GIULIANO, *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, Bologna, 1952, 7: col riferimento alla sanzione la nozione della norma verrebbe desunta non da ciò che la norma è in sé, ma da qualcosa che è fuori dalla norma stessa. Criticamente v. anche BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*<sup>2</sup>, Padova, 1964, 184.

<sup>15</sup> THON, *cit.*, 15.

norma giuridica, e il richiamo alla sanzione viene appunto respinto anche per evitare la contaminazione tra norma e fatto<sup>16</sup>. Il precetto di non danneggiare la proprietà altrui rimane giuridico, si osserva, indipendentemente dal fatto che il responsabile risarcisca poi il danno.

Per sottrarre la sanzione alla sfera del fatto si afferma che essa rilevarebbe esclusivamente come contenuto di una norma, e precisamente come contenuto della norma c.d. secondaria, la quale prevede l'effetto sanzionatorio nell'ipotesi di violazione della norma primaria. Allora, si obietta, non si spiega perché la giuridicità di una norma dovrebbe dipendere dall'esistenza di un'altra norma.

Ma ciò che deve essere respinto è proprio l'assunto che isola la norma giuridica dal mondo dei fatti. Sulla base dell'esperienza occorre dire, piuttosto, che la giuridicità della norma non può essere colta prescindendo dal suo condizionamento alla realtà sociale. La norma è giuridica non semplicemente in quanto sia prevista una sanzione, ma in quanto attraverso la sanzione essa diviene regola garantita di un corpo sociale.

La concreta non applicazione della sanzione, si aggiunga, non incide sulla giuridicità della norma finché si tratta di comportamenti individuali rispetto ai quali non mutano le valutazioni di contrarietà all'ordinamento. La generale disapplicazione della norma non è invece indifferente alla sua giuridicità perché ciò sta a significare che il corpo sociale non riconosce effettivamente la norma come propria regola.

## 9. b) *Imperatività.*

L'imperatività della norma giuridica consiste nella sua *necessaria coerenza* o *inderogabilità*. La norma è inderogabile quando gli interessati non possono sostituirla nella sua applicazione con altre norme legali o convenzionali. Tale, ad es., è la norma che nega al minore la capacità di fare donazioni (774 cc).

L'imperatività della norma implica la indisponibilità dell'interesse protetto: o perché si presume che il soggetto non sia in grado di decidere liberamente del proprio interesse o perché si tratta di un interesse generale di cui può disporre solo la collettività (tale, ad es., è l'interesse a che non siano commerciati stupefacenti: 71 l. 22 dicembre 1975, n. 685, come sostituito dalla l. 26 giugno 1990, n. 162).

L'imperatività è un carattere non essenziale del diritto. Accanto alle norme imperative vi sono infatti le norme *derogabili*, e cioè appunto le norme

<sup>16</sup> V., tra gli altri, CAMMARATA, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 321; IRITI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1974, 9. Su questa problematica v. inoltre SACCO, *Coazione e coerenza*, in *Enc. dir.*, VII, 219.

che gli interessati possono sostituire nella loro applicazione con altre disposizioni legali o negoziali. Es.: la norma tutela il compratore se la cosa risulta difettosa (1490 cc), ma il compratore può preventivamente rinunciare a tale garanzia.

Le norme derogabili non sono norme imperative ma sono pur sempre socialmente garantite, ossia munite di sanzione. Le norme derogabili possono infatti essere sostituite da altre disposizioni, ma se questa possibilità non viene esercitata esse si applicano come tutte le altre norme. Così, se il compratore non rinuncia alla sua garanzia legale, il venditore incorre nelle sanzioni previste per il caso di vendita di cosa viziata.

Nell'ambito delle norme derogabili è ancora richiamata la distinzione rispetto alle norme suppletive, le quali integrerebbero la volontà negoziale che sia mancante o incompleta nella disciplina di un rapporto giuridico (es.: 1371 cc). Può tuttavia dubitarsi della validità di questa distinzione poiché, al di fuori delle regole strettamente interpretative del negozio, le norme legali dettano pur sempre una regolamentazione esterna del rapporto che non va confusa con la fonte della volontà privata<sup>17</sup>.

#### 10. c) *Generalità* e d) *astrattezza*<sup>18</sup>.

La norma è generale quando è rivolta ad una generalità di destinatari (es.: ogni persona ha diritto al nome (6 cc)). La norma è astratta quando prevede un'ipotesi astratta e detta una regola valevole per una serie indefinita di casi concreti riconducibili entro l'ipotesi prevista (es.: qualora l'immagine di una persona sia pubblicata abusivamente l'autorità giudiziaria può fare cessare l'abuso (10 cc)).

Generalità e astrattezza sono caratteri tipici ma non assolutamente essenziali della norma giuridica, essendo concepibili norme individuali e concrete. Generalità e astrattezza sono tuttavia caratteri necessari delle norme aventi la funzione della regolamentazione stabile dei rapporti di una vasta comunità.

Generalità e astrattezza sono infatti (salve eccezioni) le norme dell'ordinamento statale e, ad es., gli statuti dei sindacati. Carattere individuale e

<sup>17</sup> La distinzione appare ancor meno giustificata se fa richiamo all'utilità generale che caratterizzerebbe le norme derogabili mentre le norme suppletive sarebbero esclusivamente poste per l'utilità del singolo. Vedi MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*<sup>9</sup>, I, Milano, 1957, 48.

<sup>18</sup> RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, 312, 355; CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, 238; DABIN, *cit.*, 92; BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 11.

concreto hanno invece le disposizioni mediante le quali le parti stabiliscono il contenuto di una loro determinata operazione di affari.

Il carattere della generalità è stato inteso in relazione all'esigenza del rispetto del principio di eguaglianza. Difficilmente, infatti, la legge di diritto privato può avere determinati destinatari senza creare situazioni ingiustificate di privilegio o di discriminazione. Altro problema, poi, è se la legge, apparentemente generale, abbia il contenuto di un atto amministrativo, invadendo la competenza del Potere esecutivo<sup>19</sup>.

### 11. *Autonomia della norma giuridica. Diritto e morale.*

Quali regole socialmente garantite della vita di relazione le norme giuridiche si distinguono rispetto ad altre regole dell'agire umano.

Le norme giuridiche, così, si distinguono rispetto agli usi, cioè rispetto ai comportamenti abitudinari generalmente osservati nei rapporti sociali (es.: dare la mancia). Gli usi possono assumere anche una funzione di ordine sociale e manifestarsi come norme giuridiche in quanto operanti di fatto come norme sanzionabili. In civiltà primitive, ad es., il rispetto di un certo rituale nella stipulazione di un negozio può essere un precetto giuridico se la sua inosservanza importi che l'accordo non sia riconosciuto come vincolante.

La società può attribuire espressamente carattere giuridico agli usi, soprattutto nei rapporti di affari (sulla rilevanza giuridica degli usi, v. avanti, n. 57).

Le norme giuridiche si distinguono pure rispetto alle norme religiose, quali norme fondate sul culto e sull'obbedienza ad una divinità. Anche le norme religiose, come si è già detto, possono divenire giuridiche in quanto rese socialmente garantite. La sicura tendenza della nostra civiltà è tuttavia volta a limitare le interferenze tra diritto e religione, assumendo il primo piuttosto il compito di tutela delle libertà religiose.

Altra distinzione, ancora, deve essere tenuta presente tra norme giuridiche e norme morali. La norma morale esprime un dovere assoluto che l'uomo avverte come necessario a prescindere dalla propria convenienza e dall'altrui giudizio.

Alcuni doveri morali sono recepiti e tipizzati dalla coscienza collettiva, cioè dalla generalità dei consociati, e posti a base dei rapporti di convivenza. Questi doveri designano la *morale sociale*, che può appunto definirsi come

<sup>19</sup> COLORNI, *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, Milano, 1976, 184.

l'insieme dei doveri morali generalmente riconosciuti nei rapporti di convivenza.

La morale sociale si distingue in *buon costume e correttezza*.

Il buon costume indica i canoni fondamentali di onestà pubblica e privata.

Contrari al buon costume si ritengono gli atti lesivi della dignità sessuale e, in un più ampio significato, gli atti di inganno e di corruzione.

I precetti del buon costume sono di carattere negativo in quanto impongono al soggetto di astenersi dal compiere atti contrari al comune senso di onestà. La coscienza sociale tende tuttavia ad avvertire anche doveri morali di carattere positivo, che non si limitano al rispetto degli altri ma giungono ad esigere una solidarietà a favore di altri. Questi doveri di solidarietà costituiscono la correttezza.

La correttezza (o buona fede in senso oggettivo) può appunto definirsi come l'impegno morale di solidarietà sociale. La correttezza, più precisamente, impone al soggetto un comportamento che tenga conto dell'utilità altrui se ciò non importi un suo apprezzabile sacrificio. Così, ad es., la correttezza ci impone di dare ad altri quell'avviso che possa consentirgli di evitare un danno imminente.

Non tutti i doveri della morale sociale sono doveri giuridici. A volte la condotta contraria al buon costume è vietata (es.: dare spettacoli osceni (528 cp)). A volte la condotta contraria al buon costume è tollerata (es.: prostituzione) ma considerata immeritevole di tutela giuridica (un impegno al compimento di essa è quindi giuridicamente nullo).

Il dovere di correttezza, poi, è giuridicamente imposto nei rapporti obbligatori (1175 cc) ma si dubita se esso sussista in generale nei confronti dei terzi, anche in mancanza di specifici vincoli giuridici.

## 12. *Diritto e giustizia.*

Mentre è abbastanza agevole accertare i limiti di rilevanza giuridica del buon costume e della correttezza, il problema fondamentale rimane quello del rapporto tra diritto e giustizia. La giustizia non è una specifica regola morale ma il precetto supremo dell'etica della convivenza umana, e cioè il perseguimento della migliore soluzione dei conflitti di interesse<sup>20</sup>.

Come tale la giustizia è un'esigenza che il diritto non può ignorare e che

<sup>20</sup> Sul concetto di giustizia vedi PERELMAN, *La giustizia* (tr. it.), Torino, 1959; ZIPPELIUS, *Einführung in*

esso tende anzi generalmente a far propria assumendo appunto la propria rispondenza al precetto del giusto. Anche sul piano terminologico il diritto tende a identificarsi con la giustizia (ad es., « ingiusto » è tecnicamente inteso come contrario al diritto).

In realtà, non sempre il precetto di diritto soddisfa l'esigenza di giustizia. Ciò si comprende facilmente con riguardo ai precetti concreti cui spesso fattori contingenti impediscono di attuare la migliore soluzione (la sentenza, ad es., non può « rendere giustizia » a colui che ha un diritto e però non è in grado di darne la prova). Ma anche le norme generali possono porsi in contrasto con esigenze di giustizia, consapevolmente sconosciute ovvero non avvertite da chi detiene il potere normativo.

Il problema del rapporto tra diritto e giustizia giunge allora a porsi nei termini se il diritto sia *condizionato* al principio etico della giustizia e se tale condizionamento escluda la validità delle norme giuridiche « ingiuste »<sup>21</sup>.

### 13. *La preminenza di un « diritto naturale » nella storia del pensiero. L'impostazione di Aristotele.*

La subordinazione delle norme giuridiche ad un superiore ed universale principio di giustizia caratterizza la concezione del *diritto naturale*.

L'idea di un diritto naturale, quale eterno modello di giustizia, nasce dalla ricerca di una limitazione all'arbitrio della legge di fronte alle prevalenti esigenze morali avvertite dall'uomo.

L'esigenza di una tale limitazione è soprattutto sentita nel suo significato pratico quando leggi umane e coscienza morale entrano in conflitto. Simbolo drammatico e sempre attuale di questa crisi è la mitica figura dell'Antigone di Sofocle che, violando il divieto del tiranno Creonte, seppellisce il fratello Polinice. Alla legge dello Stato, che sacrifica senza ragione l'interesse morale alle esequie, Antigone antepone la legge eterna della pietà per i defunti, pagando con la vita tale scelta<sup>22</sup>.

Un opposto significato sembrerebbe assumere la reale vicenda di So-

*das Recht*, München, 1974, 32; OPOCHER, *Analisi dell'idea della giustizia*, Milano, 1977; MAZEAUD et CHABAS, *cit.*, 24.

<sup>21</sup> Per la definizione del diritto legata al principio etico della giustizia v., tra gli altri, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español* (11 ed. a cura di De Los Mozos), I, Madrid, 1975, 65.

In DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*<sup>13</sup>, Milano, 1965, 209, 353, il diritto naturale assolverebbe comunque una funzione integrante e complementare del diritto vigente anche attraverso il richiamo ai principi generali del diritto (cfr. 13 disp. prel.).

<sup>22</sup> Il richiamo ad Antigone è già in Aristotele (*Retorica*, 1373 b) a conferma dell'affermazione che vi è

crate, che non vuole sottrarsi all'ingiusta condanna a morte perché l'esecuzione delle sentenze non può essere rimessa all'arbitrio dei singoli. Ma per Socrate non si tratta di commettere un'ingiustizia bensì di subirla, e l'accettazione del sacrificio è piuttosto una solenne denuncia contro l'assurda sentenza.

L'idea di un diritto di natura valido per tutti gli uomini a prescindere dalle leggi umane ha la sua formulazione di base in Aristotele ed è ripresa dalla dottrina stoica. L'idea penetra così nel mondo culturale romano e trova il suo esplicito riconoscimento presso i giuristi.

Aristotele (384-322 a.C.) non ha difficoltà ad ammettere la preminenza del diritto naturale sulle leggi particolari degli Stati. La legge che sia giusta solo apparentemente non è una legge. Il giudice — precisa Aristotele — è come un saggiatore d'argento, il quale deve discernere il sedicente giusto dal vero giusto, ed è proprio di un uomo più onesto il ricorrere e l'attenersi alle leggi non scritte piuttosto che a quelle scritte<sup>23</sup>.

#### 14. *Il problema dei limiti della norma giuridica nel mondo romano.*

Lo spirito pratico dei giuristi romani giunge a superare il conflitto tra legge dello Stato e legge naturale recependo quest'ultima come fonte concorrente e integrativa del diritto vigente.

Ai rapporti tra cittadini romani si applica il diritto nazionale, lo *ius civile*, mentre nei rapporti con gli stranieri si fa ricorso a regole che sono fondate sulla ragione e sulla buona fede, e che prescindono quindi dalla nazionalità delle parti (*ius gentium*). Ma attraverso l'opera del giudice anche i rapporti tra i cittadini finiscono sostanzialmente con l'essere regolati da norme che si adeguano costantemente alle esigenze via via maturate nella coscienza sociale. Ed infatti, sebbene il giudice non modifichi espressamente le vecchie leggi, le sue decisioni superano senz'altro il dato formale normativo quando lo esige il senso di equità.

La prevalenza dell'equità sulla legge attraverso l'opera della giurisprudenza non attiene tuttavia alle strutture politiche e alle riforme sociali dell'ordinamento romano, ed è inoltre circoscritta al periodo repubblicano. In epoca postclassica l'equità del pretore ha esaurito il suo compito tradu-

un giusto per natura di cui tutti hanno come un'intuizione e che è a tutti comune, anche se non vi è alcuna comunanza reciproca e neppure un patto.

<sup>23</sup> *Rhetorica*, 1375 b.

cendosi ormai in un complesso di regole scritte. Si afferma per altro la convinzione che il diritto delle genti, fondato sulla ragione e sulla buona fede, sarebbe in ogni caso operante nell'ordinamento.

Non del tutto chiara è l'ulteriore individuazione di un diritto naturale, ora inteso come espressione di esigenze dell'uomo quale creatura vivente ora come principio eterno di giustizia.

Il problema del *conflitto* tra il diritto positivo e una regola di ordine superiore sembra comunque rimanere ignorato<sup>24</sup>.

### 15. *La concezione tomistica.*

La nozione del diritto naturale come *limite* al diritto positivo è ripresa e svolta da S. Tommaso d'Aquino (1226-1274) sul piano teologico.

S. Tommaso vede nel diritto naturale quel tanto di legge eterna rivelata di riflesso all'uomo attraverso la sua ragione. Essa si distingue rispetto alla legge divina, rivelata direttamente all'uomo attraverso le Scritture.

Ma per la grande varietà delle cose umane i principi del diritto naturale non possono applicarsi a tutti allo stesso modo. Da ciò deriva la diversità della legge umana presso i vari popoli.

La legge umana procede da quella eterna come conclusione o determinazione particolare ed è vincolante in coscienza.

La legge umana può però essere ingiusta perché contraria al bene divino. In tal caso essa non deve mai essere osservata. Essa può poi essere ingiusta perché contraria al bene comune (es.: spartisce gli oneri in maniera diseguale). Neppure in tal caso essa è vincolante, a meno che non si tratti di evitare scandali o danni più gravi<sup>25</sup>.

### 16. *Il condizionamento del diritto alla « ragione ». La Scuola Giusnaturalistica e il pensiero illuministico.*

Il clima umanistico tende a spostare l'attenzione sul momento più strettamente umano del diritto naturale. In questo clima l'idea del diritto

<sup>24</sup> Anche in Cicerone, si noti, vi è un'idea di giustizia secondo natura che non coincide con le singole e contingenti leggi civili. Ma quest'idea, precisata come *recta ratio imperandi atque prohibendi*, è vista piuttosto come espressione di virtù morale. La giustizia varrebbe a spiegare la vincolatività del diritto, che sarebbe compromessa se la legge dovesse essere valutata secondo l'utilità (*De legibus*, I, 40).

<sup>25</sup> *La Somma Teologica* (ed. it. a cura dei Domenicani), XII, Sancasciano, 1965, q. 90 s.

naturale ebbe una compiuta elaborazione da parte della Scuola Giusnaturalistica (principalmente: Grozio (1583-1645) e Pufendorf (1632-1694)).

Il diritto naturale viene inteso quale espressione di principi superiori essenzialmente legati alla natura razionale e sociale dell'uomo<sup>26</sup>. In questa concezione il diritto naturale non è più semplicemente un limite alle leggi ma un modello dal quale è possibile dedurre un sistema di specifiche norme giuridiche.

Il diritto naturale apporta quindi la giustificazione ideale per legittimare l'elaborazione di un nuovo diritto positivo e, inevitabilmente, per legittimare le aspirazioni ad un ordine sociale che garantisca il singolo di fronte agli abusi delle classi privilegiate e di fronte allo stesso assolutismo statale.

Su questa via si pose il pensiero illuministico del XVIII secolo dando impulso a quel movimento culturale e sociale che ebbe il suo significativo documento nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo proclamata dall'Assemblea rivoluzionaria francese del 1789 (n. 105).

L'elaborazione di un diritto fondato sulla ragione trovò espressione nelle codificazioni moderne dell'Europa continentale (fine sec. XVIII-XIX sec.), che, appunto, offrirono un sistema ordinato di norme giuridiche volte a garantire al cittadino una sfera di *autonomia* per il libero esercizio delle sue attività personali e patrimoniali. Di questo diritto liberale dovevano per altro avvalersi principalmente le classi più abbienti, che avevano i mezzi per godere di una tale autonomia.

### 17. *La reazione storicistica e positivistica.*

In antitesi al giusnaturalismo si affermò in Germania nel sec. XIX la Scuola Storica, di ispirazione romantica (F. C. Savigny (1779-1861)), la quale contestò specificamente la concezione di un ordinamento eterno e universale per tutti gli uomini. Il diritto è invece espressione propria della civiltà di un popolo, così come la lingua, i costumi, la struttura. Il diritto scaturisce dal popolo per forza spontanea e si evolve storicamente con esso.

A questa evoluzione non giova tanto l'imposizione delle leggi quanto l'organica e meditata opera di interpretazione e di sistemazione da parte dei cultori del diritto<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Di un dettato della giusta ragione parla appunto Grozio (v. *De iure belli ac pacis*, I, 1, 10).

<sup>27</sup> Dell'opera principale del SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* Heidelberg, 1814 (rist. Darmstadt, 1959), 72, vi è un'ediz. italiana del 1857.

Ma il declino del giusnaturalismo è definitivamente segnato dall'affermarsi del positivismo giuridico di cui, del resto, lo stesso giusnaturalismo aveva contribuito a creare le premesse.

Con le codificazioni di impronta illuministica il giusnaturalismo aveva infatti celebrato il suo trionfo ma aveva anche esaurito la sua carica vitale. L'ideale astratto dell'uomo razionale si era tradotto in sistemi legislativi che attraverso la piena tutela della proprietà e del contratto apparivano idonei a soddisfare le esigenze dell'emergente società borghese. Ma, in tal modo, si erano anche poste le condizioni favorevoli ad un atteggiamento *legalistico* della dottrina, che ripiegava la sua esclusiva attenzione al diritto positivo, cioè al diritto vigente secondo l'ordinamento di una data comunità.

Questo atteggiamento trovava collocazione nel positivismo giuridico, quale corrente che s'innesta nel generale movimento positivista del secolo diciannovesimo.

18. *Il problema dell'autonomia del diritto nel pensiero contemporaneo. Il positivismo normativo.*

Secondo il positivismo normativo o legalistico, la norma giuridica ha una propria natura e una propria realtà non riconducibili ad altre esperienze: essa costituisce oggetto specifico ed esclusivo della scienza del diritto. Ciò che non rientra nella norma giuridica esula dalla competenza del giurista.

Il positivismo normativo caratterizza in Francia e in Italia gli studi di esegesi e di sistemazione concettuale dei codici.

In Inghilterra il positivismo normativo si afferma nella Scuola della *Giurisprudenza analitica* (principalmente: J. Austin (1790-1859)), la quale si propone uno studio critico e analitico del diritto quale esso è, a prescindere dalle sue valutazioni morali.

L'analisi del diritto, che porta alla individuazione e sistemazione dei principi giuridici, diviene, nei più recenti autori (v. H.L.A. Hart (1907-1992)), metodo di analisi del linguaggio. Tale metodo consente di chiarire che le proposizioni giuridiche propriamente dette non sono descrittive di una realtà ma sono enunciati che hanno un loro specifico significato in relazione all'applicazione di norme di diritto<sup>28</sup>.

Il positivismo normativo raggiunge la sua più compiuta formulazione

<sup>28</sup> Di HART v., ad es., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, cit., 107.

nella *teoria pura del diritto* di H. Kelsen (1881-1973), a cui fa capo la *Scuola Viennese*. Secondo il Kelsen lo studio del diritto deve essere liberato da tutti gli elementi estranei al metodo specifico di una scienza, e limitarsi a conoscere il diritto quale esso è, e non quale *dovrebbe* essere. La scienza del diritto non può occuparsi del c.d. diritto naturale perché una legge eterna e trascendente è al di fuori dell'esperienza umana. Anche la ricerca della giustizia è estranea alla scienza del diritto, la quale è chiamata ad un compito di conoscenza e non di valutazione.

La norma del diritto rimane tale anche se ingiusta, e il giurista ne deve prendere atto per quello che essa è. La valutazione del diritto spetta alla politica.

La scienza del diritto — sempre secondo il Kelsen — non si occupa neppure dei comportamenti sociali, e in ciò si distingue dalla sociologia. Il suo specifico oggetto è piuttosto l'ordinamento giuridico, che si presenta come un sistema gerarchico di norme. Diversamente dalle leggi naturali che descrivono accadimenti effettivi, le norme giuridiche esprimono il dover essere del comportamento umano. La norma prima (che è però solo un'ipotesi) è quella *fondamentale*. Su di essa riposano la validità e l'unità dell'ordinamento giuridico <sup>29</sup>.

### 19. *Il positivismo sociologico.*

Il positivismo sociologico muove pur sempre dall'assunto del diritto come fenomeno oggetto di conoscenza scientifica, ma si sviluppa in diversa direzione. Il diritto è infatti un dato sociale e non può quindi prescindere dall'esperienza dei comportamenti sociali.

Nella sua primitiva impostazione il positivismo sociologico si pone in termini negativi rispetto alla scienza del diritto (v. già I.-A. Comte (1798-1857)). Successivamente si viene tuttavia delineando, seppure non sempre chiaramente, la distinzione tra *sociologia del diritto*, quale scienza dei com-

<sup>29</sup> L'opera fondamentale del Kelsen è la *Dottrina pura del diritto* del 1930, rielaborata in una seconda edizione del 1960, arricchita degli spunti di un pensiero stimolato dalla esperienza anglosassone (v. l'ed. it. a cura di Losano, Torino, 1966). Il Kelsen, viennese, sfuggì infatti alla persecuzione nazista rifugiandosi negli Stati Uniti, dove, nel 1942, aveva proceduto ad una nuova esposizione del suo pensiero nella citata *Teoria generale del diritto e dello Stato*.

L'individuazione di vari "momenti" del normativismo, scaturenti dalla crisi del normativismo kelseniano, lasciano comunque ferma l'idea basilare della giuridicità come "funzione di norme": CARCATERRA, *Il normativismo ecc.*, cit., 9.

portamenti sociali (v. n. 25) e *giurisprudenza sociologica*, quale teoria del diritto aperta ad un'impostazione sociologica.

Tra le correnti di pensiero riconducibili al positivismo sociologico possono indicarsi quelle della *Giurisprudenza sociologica francese* e quelle del *Realismo giuridico americano e scandinavo*.

Rappresentanti della prima, sono, tra gli altri, M. Hauriou, che giunge a identificare il diritto nella realtà sociale dell'istituzione (n. 6), e F. Geny (1861-1938), il quale afferma l'esigenza di una ricerca delle fonti del diritto che non si fermi alle leggi ma tenga conto della ricchezza dell'esperienza sociale<sup>30</sup>.

Il *Realismo giuridico*<sup>31</sup> porta le premesse sociologiche ai termini estremi di una totale svalutazione della legge. Ciò che si presenta ad un'analisi spregiudicata del dato sociale è un insieme di comportamenti umani rispetto ai quali la legge è solamente una delle componenti psicologiche (A. Hägerström (1868-1939); V. Lundstedt (1882-1955); K. Olivecrona (1897-1980))<sup>32</sup>.

La regola di diritto è un mito o, al più, una proposizione che ci indica una probabilità di comportamenti futuri. Nella formula di J. Frank la legge si riduce ad un pronostico sulle future decisioni del giudice<sup>33</sup>.

Più moderate posizioni riconoscono l'esistenza di una valida norma giuridica in quella che è sperimentata e sentita come socialmente vincolante (A. Ross (1899-1979))<sup>34</sup>.

## 20. Il marxismo.

Il rapporto tra diritto e giustizia viene rovesciato nella concezione di K. Marx (1818-1883)<sup>35</sup> che ravvisa la struttura reale della società nel rapporto

<sup>30</sup> *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*<sup>2</sup>, II, Paris, 1954, spec. 88 s.

<sup>31</sup> V., tra gli altri, TARELLO, *Realismo giuridico*, in NDI, XIV, 923, e in *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 51.

<sup>32</sup> Di HÄGERSTROM v. *Is positive law an expression of will?*, in *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (tr. ingl.), Uppsala, 1953, 17 (per un'esposizione del pensiero v. CASTIGNONE, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* raccolti da Tarello, I, Bologna, 1971, 253).

Di LUNDSTEDT v. *Legal Thinking Revised* (tr. ingl.), Stockholm, 1956.

Di OLIVECRONA v. *Il diritto come fatto* (tr. it.), Milano, 1967, e *La struttura dell'ordinamento giuridico* (tr. it.), Milano, 1972.

<sup>33</sup> *Law and the Modern Mind*, London, 1948, spec. 42 s.

<sup>34</sup> *Diritto e giustizia* (ed. it. a cura di Gavazzi), Torino, 1965.

<sup>35</sup> Il pensiero di Marx sul diritto non si ritrova in un'opera specifica ma in passi sparsi. Per alcune tra le pagine più significative v. Introduzione a « *Per la critica dell'economia* » in MARX ed ENGELS, *Opere scelte*, Roma, 1966, 713. Qualche interessante spunto è contenuto nel noto *Manifesto del partito comunista*, scritto in collaborazione con F. Engels (1820-1895) (v. *op. ult. cit.*, 291).

di produzione nascente dalla divisione del lavoro. Nella società moderna i termini dialettici di questo rapporto sarebbero il proletariato e la borghesia, la quale possiede i mezzi di produzione e conserva il suo potere avvalendosi di fattori ideali, culturali e politici che sono in realtà strumento di una classe per perpetuare lo sfruttamento di un'altra.

Il diritto non è condizionato ad un principio di giustizia poiché sarebbe una sovrastruttura sociale che esprime la forza del potere borghese e che tende a conservarne il dominio. La stessa idea di morale sarebbe una falsa idealizzazione, estranea alla realtà <sup>36</sup>.

L'avvento di una società socialista, attraverso la dittatura del proletariato, porterebbe all'estinzione dello Stato e del diritto eliminando l'antinomia tra interesse generale e interesse individuale.

La concezione marxista del diritto <sup>37</sup> è stata ampiamente elaborata dai teorici comunisti secondo indirizzi diversi e spesso contrastanti. Il punto di fondo sembra comunque individuarsi nell'affermazione dell'originale « ingiustizia » del diritto borghese, quale apparato coercitivo che risponde ad un'ingiusta distribuzione delle fonti di produzione.

Pur attraverso le sue complesse interpretazioni il marxismo ha rappresentato l'ideologia ufficiale dei movimenti che hanno portato alla rivoluzione russa (1917) e alla costituzione di numerosi Stati a regime comunista (dopo il 1945).

Nell'Unione Sovietica, in particolare, da un primo periodo rivoluzionario di guerra (1917-1921 circa) e, poi, di parziale liberalizzazione economica (fase della NEP: 1921-1928 circa), si era passati ad un regime di progressiva totale pianificazione statale e di progressiva collettivizzazione della proprietà. La fase segnata dalle ultime codificazioni anteriori alla caduta del regime comunista, sarebbe dovuta essere quella della finale costruzione del socialismo <sup>38</sup>.

A queste vicende è anche legato l'atteggiamento verso il diritto <sup>39</sup> inteso

<sup>36</sup> Scrive, ad es., Marx ne *Il Capitale* (tr. it.), III, Roma, 1970, cap. XXI, 405, che è assurdo parlare di giustizia naturale riguardo alle operazioni che avvengono fra gli agenti della produzione. Esse derivano come conseguenza naturale delle condizioni della produzione, e appunto in questo consisterebbe la giustizia o l'ingiustizia del loro contenuto, cioè nel corrispondere o meno al modo della produzione. Ma la (vera) ingiustizia è quella della schiavitù che sta alla base del modo di produzione capitalistico.

<sup>37</sup> Per qualche citazione, di varia estrazione, v., ad es., Kelsen, *La teoria comunista del diritto* (tr. it.), Milano, 1956; Friedmann, *Legal Theory* <sup>2</sup>, London, 1967, 373; Cerroni, *Marx e il diritto moderno*<sup>1</sup>, Roma, 1972; Fikentscher, *Methoden des Rechts*, III, Tübingen, 1976, 497.

<sup>38</sup> Nel campo civilistico sono da segnalare lo Statuto della legislazione civile dell'8 dicembre 1961 e il Codice civile dell'11 giugno 1964.

<sup>39</sup> V., tra gli altri, R. Schlesinger, *La teoria del diritto nell'Unione Sovietica* (tr. it.), Torino, 1952;

dapprima in termini di netta svalutazione, quale residuo borghese connesso alle persistenti disuguaglianze economiche<sup>40</sup>, e, successivamente, come mezzo di affermazione e di consolidamento del nuovo Stato<sup>41</sup>. In questa nuova visione l'importanza del diritto anziché diminuire si accresceva per il suo ruolo determinante in vista della realizzazione dei piani economici e del miglioramento dell'apparato statale<sup>42</sup>. Il diritto si giustificava quindi come mezzo importante di attuazione della società comunista. Il perseguimento di questo fine avrebbe escluso il problema di una qualificazione della norma in termini di ingiustizia<sup>43</sup>.

## 21. *Il neogiusnaturalismo.*

La crisi del giusnaturalismo nel secolo scorso era segnata dallo scetticismo circa la possibilità di identificare principi giuridici universali ed eterni,

MEDER, *Das Sowjetrecht*, Frankfurt a.M.-Berlin, 1971; GUASTINI, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* raccolti da Tarello, I, Bologna, 1971, 331.

<sup>40</sup> Scriveva STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato* (tr. e intr. di Cerroni), Torino, 1967, 207: nella misura in cui diminuisce il peso specifico della proprietà privata ci avviciniamo ad un'autentica eguaglianza, ma noi affermiamo che il raggiungimento dell'eguaglianza significherebbe al tempo stesso l'estinzione del diritto perché ogni diritto è in sostanza un diritto diseguale. E ancora: possiamo intendere anche il concetto di un diritto sovietico come diritto « borghese », cioè di un diritto basato sul principio formale dell'eguaglianza e tutelato dallo Stato del periodo di transizione (cioè sovietico), ma senza borghesia.

Sul momento borghese (e transitorio) del diritto quale espressione di un determinato tipo di sistema economico (e precisamente del sistema capitalistico di scambio delle merci) si pronunciava PAŠUKÀNIS (1891-1938?), del quale v. *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in *Teorie sovietiche del diritto*, scritti di Stučka, Pašukànis, Vysinskij, Strogovic, a cura di Cerroni, Milano, 1964, 77.

Riguardo alla concezione del diritto doveva per altro prevalere nell'ambito del Partito la linea sostenuta da Vysinskij (nota 41) con la conseguente soppressione dei dissenzienti (allo stesso Pašukànis toccò un'oscura sorte senza neppure essere processato).

<sup>41</sup> V., ad es., GENKIN, in *Sowjetisches Zivilrecht* (tr. ted.), I, Berlin, 1953, 11: il diritto sovietico è unitario perché la sua fonte è la dittatura della classe lavoratrice, e perché a comune fondamento vi sono i principi del socialismo e il compito di un progressivo passaggio al comunismo.

V., del resto, la nozione di diritto già data da VYSINSKIJ (1883-1954), in *The Law of the State* (tr. ingl.), New York, 1948, 50, quale insieme di norme coercitivamente garantite dallo Stato al fine di difendere e sviluppare i rapporti e le istituzioni sociali vantaggiosi per la classe dominante.

Per un'analoga definizione v. *Marxistisch-leninistische Staats- u. Rechtstheorie Lehrbuch* (opera coll.), Berlin, 1976, 187, 356. La nozione del diritto come espressione del potere della classe lavoratrice è sempre riferita allo stadio della dittatura del proletariato, accanto alla quale si ammette una fase transitoria costituita da una dittatura democratica in cui la classe lavoratrice eserciterebbe il suo ruolo dominante in collaborazione con altre forze sociali.

<sup>42</sup> V., ad es., PIONTKOWSKI, *Aktuelle Fragen der allgemeinen sozialistischen Rechtstheorie* (tr. ted.), in *Probleme des sowjetischen sozialistischen Staates und Rechts in der gegenwärtigen Periode*, II, Potsdam-Babelsberg, 1970, 7.

<sup>43</sup> Si afferma anzi l'intima connessione tra diritto e morale. V., ad es., HANEY, *Sozialistisches Recht u. Persönlichkeit*, Berlin, 1967, 147: il diritto avrebbe infatti essenzialmente una funzione educativa e di trasformazione della società secondo la nuova morale socialista.

superiori al diritto positivo. Il giusnaturalismo del sec. XVIII aveva avvertito le esigenze della società del tempo e aveva favorito l'avvento delle moderne codificazioni. Ma, in tal modo, i principi immutabili si erano tradotti in precetti concreti e suscettibili di evoluzione. D'altro canto, come si è detto, le codificazioni illuministiche sembravano aver soddisfatto le istanze di quel tempo e avevano quindi posto in ombra il problema di un *conflitto* tra diritto positivo e diritto naturale.

Il problema del conflitto si è tuttavia tragicamente riproposto nel ventesimo secolo con l'avvento di dittature che hanno negato fondamentali libertà umane e discriminato i cittadini secondo la razza e le idee politiche giungendo alla fisica eliminazione degli oppositori.

Queste ingiustizie « legalizzate » dal regime politico al potere hanno sollecitato un'ampia corrente di pensiero che ritiene la giustizia quale carattere essenziale della norma giuridica. L'ordinamento giuridico non è un qualsiasi sistema di norme coercitive ma è un diritto *giusto*.

Si è tornati, così, ad avvertire la necessità di riconoscere un limite superiore al potere statale, un sistema di principi universali di fronte ai quali deve arrestarsi l'arbitrio del legislatore umano <sup>44</sup>.

Rimane per altro la difficoltà di individuare quali siano questi principi e di spiegare il relativismo che gli ordinamenti giuridici presentano nella loro evoluzione storica. Di qui la più recente tendenza volta a riportare i principi universali a *valori* umani storicamente determinati ai quali l'ordinamento deve adeguarsi <sup>45</sup>: « un ordinamento sociale è diritto solo quando esso è più che la manifestazione di una contingente posizione di forza, quando esso al contrario contiene il tentativo di realizzare ciò che è socialmente vero e giusto, sotto le condizioni e i presupposti della loro età » <sup>46</sup>.

Ma a questa rinnovata istanza giusnaturalistica si contrappone oggi pur sempre un prevalente atteggiamento positivista che, pur nella varietà dei suoi

<sup>44</sup> V., ad es., WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>, Göttingen, 1967, spec. 603: viviamo in un momento di reazione al positivismo, essendo dominante la convinzione che la legislazione e l'applicazione della legge siano legate ai superiori principi di una materiale giustizia e che il giudice non debba limitarsi a scoprire il particolare scopo voluto dalla legge ma debba realizzare un valore giuridico assoluto.

V. anche COULOMBEL, *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, Paris, 1969, 71: vi sono leggi ineluttabili della vita sociale e dell'equilibrio umano come vi sono leggi fisiche ... chi non le rispetta non può agire validamente.

<sup>45</sup> COTTA, *Diritto naturale*, in *Enc. dir.*, XII, 647, e in *RIFD* 1988, 713.

<sup>46</sup> WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale* (tr. it.), Milano, 1965, 381. E ancora: ciò che resta del mondo di pensieri del diritto naturale non è un sistema di principi giuridici materiali eterni, ma il compito che incombe, sotto condizioni sempre nuove, al diritto positivo di badare a che la lotta per la strutturazione giusta dei rapporti sociali resti contrasto *spirituale* e che non abbia a finire con la sopraffazione o addirittura con l'annientamento di uomini per opera di uomini.

significati, tende comunque a identificare il diritto vigente a prescindere da ogni qualificazione morale <sup>47</sup>.

## 22. *Il canone dell'esperienza e il principio di effettività.*

Pur non disconoscendo l'istanza di un impegno attivo del giurista nella società contemporanea, occorre ammettere che l'indagine sul diritto è un'indagine che deve attenersi al canone fondamentale dell'esperienza. Occorre cioè accertare che cosa è il diritto *nella realtà*.

Ora, una ricerca improntata al canone dell'esperienza mostra il diritto come un fenomeno sociale che non consiste nelle formule legislative ma nelle regole effettivamente operanti nella società.

Anche quando il testo della legge scritta ha un chiaro significato, può avvenire che di fatto la legge venga intesa ed applicata con un diverso significato, generalmente accettato nei giudizi dei tribunali e nella pratica comune. La norma assume allora una portata reale che è quella segnata dalla sua effettiva operatività.

In tal modo l'ordinamento sopperisce all'inadeguatezza della legislazione quando questa rimanga superata dall'evolversi della realtà socio-economica. A volte, poi, l'applicazione effettiva di una norma creata dalla prassi *giunge a colmare veri e propri vuoti di legislazione*.

Lo studio del diritto sarebbe dunque falsato se esso si limitasse all'analisi dei testi legislativi. La ricerca deve piuttosto prendere atto della norma giuridica così come essa è applicata nella realtà dell'ordinamento, e cioè della norma giuridica *effettiva* <sup>48</sup>.

L'effettività della norma prescinde dalla maggiore o minore entità delle sue violazioni. Ciò che conta è che essa sia concretamente accettata dalla società come norma giuridicamente operante, e che le sue violazioni siano appunto condannate come contrarie all'ordinamento.

Le norme effettive dell'ordinamento possono al limite risultare addirittura in contrasto con il testo letterale della legge, ma ai fini di un'indagine obiettiva il diritto dev'essere colto non in una formula di linguaggio estranea

<sup>47</sup> V., tra gli altri, BOSSIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

Per un recupero positivistico della giustizia v. per altro ZAGREBELSKI, *Il diritto nato*, Torino, 1982, 127, il quale indica nella "costituzionalizzazione dei principi di giustizia" il superamento della riduzione ottocentesca della giustizia alla legge.

<sup>48</sup> V. riferimenti bibliografici al n. 61.

alla vita dell'ordinamento ma nella regola che riesce concretamente ad imporsi come principio di ordine e di giudizio nella vita di relazione.

Lo studio del diritto, in definitiva, deve tenere conto della realtà del suo oggetto e considerare i testi legislativi solo come il dato di partenza di un'analisi intesa a cogliere l'effettiva operatività della norma nel contesto socio-economico. Indice importante — ma non esclusivo — per una tale verifica è la pratica giurisprudenziale (n. 61).

### 23. *Scienza del diritto e interpretazione.*

La scienza giuridica, e cioè la conoscenza ordinata e razionale del diritto, è fondata sulla possibilità che il diritto sia un fenomeno oggetto di conoscenza<sup>49</sup>. La necessità di procedere alla conoscenza delle norme secondo i dati dell'esperienza sembra escludere in radice il problema della giustizia. La giustizia non è infatti un dato di conoscenza ma un bisogno morale che non può modificare i risultati di un'indagine conoscitiva. Scienza del diritto e giustizia sembrano quindi porsi su piani diversi e non interferenti.

La ricerca della norma giuridica, tuttavia, si realizza non attraverso un atto di pura conoscenza ma di *interpretazione*. Ora, l'interpretazione supera il procedimento meramente conoscitivo perché essa richiede la individuazione della ragione della norma, cioè dell'interesse tutelato, e la valutazione sistematica di tale interesse nel confronto con gli altri interessi in conflitto. All'interprete può offrirsi allora una varietà di soluzioni in dipendenza di un apprezzamento che, quando non è legato a indicazioni rigorose, diviene sostanzialmente discrezionale.

Alla stregua della stessa esperienza risulta che l'interprete non si limita a recepire senz'altro la norma come un dato già compiutamente definito ma può concorrere a determinarne il significato. Se l'interprete partecipa col proprio contributo di idee e di sensibilità alla determinazione del significato della norma, ecco emergere nuovamente il problema della giustizia. Ecco

<sup>49</sup> La conoscenza razionale del diritto utilizza nozioni che possono sembrare assolute ma che mutano sempre di significato in relazione al mutamento degli ordinamenti nel tempo e nello spazio. Questo rilievo ha fatto dubitare della legittimità di una « scienza » del diritto che abbia la pretesa di certezza e di universalità delle altre scienze. V. infatti, di KIRCHMANN (1802-1884), *Il valore scientifico della giurisprudenza* (a cura di Perticone), Milano, 1964.

Una rivalutazione della scienza del diritto è stata tentata dalle correnti neokantiane (principalmente: STAMMLER (1856-1938)) fondandola sulla possibilità di costruire forme giuridiche pure che prescindono dall'esperienza e che sarebbero suscettibili di riempirsi di volta in volta di contenuto variabile secondo i diversi ordinamenti.

compiere cioè l'esigenza di ricercare — nello spazio consentito — quel significato che tenda alla migliore composizione dei conflitti di interesse. La scienza del diritto muove dalla realtà di un fenomeno sociale, ma attraverso l'attività interpretativa si trova involta in un momento attivo della elaborazione del diritto dove il compito conoscitivo può trasformarsi in un impegno morale per una norma più giusta.

Le interpretazioni proposte a livello scientifico, occorre aggiungere, non valgono di per sé a modificare il diritto, ma esse possono influenzare le interpretazioni che nella pratica devono essere compiute per l'applicazione del diritto al caso concreto. Nella pratica gli atti di interpretazione e applicazione del diritto esauriscono i loro effetti nell'ambito dei casi decisi, ma a loro volta tendono a influenzare le successive applicazioni e a formare degli orientamenti interpretativi (n. 60).

Ogni singolo atto interpretativo, in definitiva, può avere una sua rilevanza nella formazione e continua evoluzione dell'ordinamento giuridico. La norma giuridica, infatti, opera attraverso le interpretazioni che le sono date, e la sua realtà consiste proprio in questo effettivo operare (n. 22, 61).

#### 24. *Diritto e politica.*

La politica attiene alla scelta e al perseguimento dei fini generali della società. Essa è quindi intimamente connessa al diritto poiché questo è uno strumento della politica e le norme giuridiche sono sempre il risultato più o meno consapevole di scelte politiche<sup>50</sup>.

Il giurista, si dice, sarebbe estraneo alla politica in quanto egli deve comunque prendere atto della norma giuridica, la quale si applica prescindere dalle idee politiche dei suoi autori e dei suoi destinatari. In realtà, se l'interpretazione della norma richiede la ricerca dell'interesse tutelato (n. 23 e v. cap. IV), il giurista non può ignorare le scelte politiche che stanno alla base del diritto.

A tale riguardo occorre più precisamente considerare che le scelte politiche *fondamentali* hanno immediata rilevanza normativa in quanto si convertono in principi generali dell'ordinamento. Tali principi sono impliciti nell'intero sistema giuridico e possono anche essere proclamati in documenti

<sup>50</sup> In NAGAMATO, *Sozialistisches Rechtsbewusstsein u. Rechtschöpfung*, (tr. ted.), Berlin, 1974, 46, il diritto giunge ad essere definito come una particolare forma della politica della classe che detiene il potere statale.

legislativi. La nostra Costituzione enuncia appunto — in forma di norme giuridiche — le più significative scelte politiche della nostra comunità statale (libertà di opinione, libertà di associazione politica, pari dignità sociale, diritto di sciopero, ecc.).

I principi giuridici che esprimono scelte politiche fondamentali possono trovare applicazione diretta e valgono comunque a guidare l'interpretazione delle singole leggi.

Una funzione interpretativa può essere assolta anche dalle scelte politiche di governo che abbiano avuto seguito nell'emanazione di leggi. In quanto la legge attui una determinata scelta politica di governo (ad es.: incremento dell'attività edilizia), la sua interpretazione deve tener conto di tale scelta, e cioè dell'interesse perseguito.

Ma, come si è detto, l'attività interpretativa può porre il giurista di fronte ad una pluralità di significati nei quali la norma si presta ad essere intesa. In tale momento egli stesso deve procedere ad una scelta che può rivelarsi sostanzialmente politica.

L'interprete compie allora un'interpretazione fedele se questa tende ad essere coerente col sistema, e quindi anzitutto con le scelte politiche di fondo che caratterizzano l'ordinamento. L'interprete che si ispiri a scelte particolari e comunque estranee o contrarie al sistema compie invece un'interpretazione infedele, che per altro è facilmente destinata a rimanere isolata.

## 25. *Diritto e sociologia.*

Se il diritto è un fenomeno sociale si pone il problema di distinguere lo studio di esso rispetto alle altre scienze sociali, e in particolare rispetto alla sociologia.

Sia nel pensiero della filosofia positivista di Comte sia nelle successive formulazioni del positivismo sociologico (ad es., di E. Durkheim (1859-1917)), viene appunto negata autonomia alla scienza del diritto, assorbita nell'ambito delle scienze sociologiche.

La tendenza a fare della scienza del diritto una disciplina sociologica la si avverte nelle correnti del realismo giuridico americano e scandinavo (n. 19), dove l'attenzione viene accentrata sulle attività legali o, senz'altro, sulle attività giudiziarie, riducendosi la legge ad un fattore ambientale a volte di ordine meramente psicologico.

Anche nell'ambito di queste correnti è stata tuttavia avvertita l'esigenza di non confondere la sociologia con una scienza del diritto che sia sensibile agli aspetti sociologici (Giurisprudenza sociologica: n. 19)<sup>51</sup>. Ma questa differenziazione è possibile solo in quanto si riconosca l'autonoma realtà del diritto quale fenomeno costituito da leggi diverse da quelle naturali.

In termini netti la distinzione tra scienza del diritto e sociologia attiene all'oggetto, poiché la prima indaga sulle norme giuridiche che regolano i rapporti sociali mentre la seconda indaga sulle leggi naturalistiche di tali rapporti.

La sociologia può occuparsi anche di fenomeni giuridicamente rilevanti (sociologia giuridica)<sup>52</sup> ma sempre in quanto fenomeni governati da cause ed effetti naturali<sup>53</sup>. Così, ad es., lo studio giuridico della separazione personale tra coniugi è studio delle norme di diritto che la disciplinano, mentre lo studio sociologico indaga sull'incidenza delle cause di separazione, sul collegamento di tali cause con i fattori ambientali, sull'incremento del fenomeno in relazione all'evolversi dei rapporti familiari, ecc.

La norma giuridica è pur sempre volta a disciplinare comportamenti sociali e quindi un'indagine di diritto può dover tenere conto anche dei fattori extragiuridici che incidono su tali comportamenti e degli effetti extragiuridici che conseguono all'applicazione della regola.

In sede di riforme legislative s'impone sicuramente la conoscenza dell'ambiente sociale nel quale la riforma è destinata ad operare e delle cause che possono ostacolare o agevolare l'attuazione di una certa disciplina.

Anche in sede di interpretazione può essere importante avere la consapevolezza della rispondenza di una determinata soluzione alle indicazioni

<sup>51</sup> Tale è già la ricerca giuridica che tenga conto degli interessi sottostanti. Il merito di un'impostazione consapevolmente fondata sulla funzione del diritto nel contesto della « meccanica » sociale e delle sue forze propulsive risale a JÜRGEN (1818-1892), del quale v. *Lo scopo nel diritto* (a cura di Lesano), Torino, 1972.

Di immanenza sociologica nella scienza del diritto parla GIANNINI, in *Jus* 1957, 223.

<sup>52</sup> Per qualche lettura di stretta sociologia del diritto, vedi GURWITCH, *Sociologia del diritto*<sup>2</sup>, ed. it. con intr. di Treves, Milano, 1967; SCHUB, *Sociologia del diritto* (tr. it.), Bologna, 1970; *La sociologia del diritto*, Milano, 1966, e *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, Milano, 1968, scritti di autori vari a cura di Treves; CARRONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 1972; TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, 1977; REUBENIK, *Rechtssociologie*, Berlin-New York, 1977 (nel 1982 è stata pubblicata a Padova un'edizione italiana a cura di S. Patti).

<sup>53</sup> Deve invece respingersi la suggestione che la « vita giuridica reale » sia di competenza della sociologia. In quanto la realtà della vita giuridica segna la realtà delle norme effettive, essa è riservata alla scienza del diritto improntata al canone dell'esperienza.

Il precetto della ricerca del « diritto vivente » si ritrova nel lavoro di EHRICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, 1913, spec. 392. A questo lavoro si attribuisce l'inizio della sociologia del diritto, ma esso è in realtà un'opera di diritto scritta da un giurista.

dell'ambiente. Una interpretazione più rigorosa in tema di abuso della potestà dei genitori, ad es., potrebbe essere giustificata da una diffusa attenuazione dell'autorità sui figli (onde diventerebbero intollerabili mezzi correzionali un tempo comunemente adottati).

Ciò tuttavia non può significare che siano le scienze sociali a dire quali scelte devono essere fatte dall'ordinamento giuridico e come devono essere risolti i conflitti di interesse <sup>54</sup>.

Più in generale deve dirsi che la norma giuridica non è necessariamente condizionata alle indicazioni dell'ambiente. Il diritto può infatti esercitare anche un'azione modificatrice dell'ambiente tendendo ad adeguare i rapporti sociali a modelli che non hanno riscontro nella realtà. Una riforma legislativa, così, può contribuire a riscattare un ambiente socialmente arretrato con l'imporre rapporti diversi da quelli effettivamente osservati.

Sulla funzione di « ingegneria sociale » o di « controllo sociale » del diritto, quale importante strumento per la costruzione di una migliore società civile, si pone quella corrente di Giurisprudenza sociologica americana che ha il suo più noto esponente in R. Pound (1870-1964) <sup>55</sup>.

Oltre che per l'oggetto la scienza del diritto e la sociologia si distinguono anche per le diverse tecniche di ricerca. La sociologia procede infatti attraverso rilevamenti diretti dei comportamenti sociali, avvalendosi di metodi sperimentali, indagini di opinioni, osservazioni statistiche, ecc. La scienza del diritto elabora invece una propria tecnica di ricerca delle norme giuridiche sulla base delle specifiche fonti del diritto verificate nella pratica degli orientamenti interpretativi e applicativi.

## 26. *Diritto ed economia.*

Un problema di distinzione e di connessione si presenta anche rispetto ad altre scienze sociali e, in particolare, rispetto alle scienze economiche.

<sup>54</sup> NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt a.M., 1972, 55.

<sup>55</sup> *Interpretazioni di storia del diritto*, in *Giustizia, diritto, interesse* (racc. e trad. it. di scritti vari), Bologna, 1962, 191: le attività del giudice, del legislatore e dello scienziato del diritto, in quanto volte a mettere ordine nei rapporti umani, ad attuare un compromesso tra le divergenti pretese, a proteggere gli interessi fissando l'ambito entro il quale ciascuno di questi può essere fatto valere, a ricercare i mezzi che permettano il soddisfacimento di un maggior numero di pretese o di esigenze con un minor sacrificio — tutte queste attività considerate nel loro complesso costituiscono l'ordine giuridico. Esso costituisce un aspetto del processo di controllo sociale ... Il diritto costituisce il complesso delle conoscenze e delle esperienze con l'aiuto delle quali viene perseguita questa parte dell'opera di ingegneria sociale. V. anche *Social Control through Law*, New Haven, 1942, 63.

L'interesse economico, cioè il bisogno di beni materiali, ha una sua specifica incidenza sui rapporti umani. Le scienze economiche si occupano appunto dei fenomeni sociali in quanto determinati dall'interesse economico. La scienza giuridica si occupa invece della disciplina coercitiva che tali fenomeni ricevono da parte e nell'ambito dell'organizzazione sociale.

Il giurista non può ignorare il momento economico poiché questo rappresenta un aspetto importante della realtà sociale disciplinata dal diritto. Ed infatti, le attività regolate dalla norma giuridica sono in buona parte attività strettamente economiche, cioè di produzione, distribuzione e consumo di ricchezza.

Occorre tuttavia puntualizzare che quelli economici non sono i soli interessi sottostanti ai rapporti giuridici, e che l'interesse economico deve talvolta cedere di fronte ad altre prevalenti esigenze<sup>56</sup>. Ciò significa che l'ordinamento può dettare regole diverse da quelle che s'imporrebbero in base al mero interesse economico (e cioè leggi economiche) proprio perché può tener conto di altri interessi (ad es.: difesa dell'ambiente naturale).

Le scelte di fondo in ordine agli interessi economici da tutelare e ai mezzi della loro tutela spettano al potere politico e trovano corrispondente espressione nelle norme che caratterizzano il sistema politico-economico della comunità.

La distinzione dei diversi sistemi politico-economici è segnata principalmente dal tipo d'intervento riservato al potere pubblico nell'attività economica. In certi sistemi l'intervento del potere pubblico può giungere alla totale appropriazione e all'esercizio dei mezzi di produzione e di commercio. In altri sistemi l'intervento può esplicarsi in una complessa azione di stimolo e di indirizzo dell'iniziativa privata al fine di garantire l'attuazione di fini di giustizia sociale. Quest'azione può anche manifestarsi nella diretta gestione di enti pubblici economici (ad es.: l'ENEL), cioè di imprese destinate a svolgere attività industriale o commerciale, in regime di monopolio o di concorrenza, per conseguire risultati di utilità generale.

Nel nostro ordinamento la Costituzione dedica un apposito titolo (il terzo) ai rapporti economici, dove sono contenuti, tra gli altri, i principi

<sup>56</sup> Ma sull'idea del diritto come espressione dei rapporti di produzione, v. ancora *Marxistisch-leninistische Staats- u. Rechtstheorie*, cit., 305.

Il riferimento determinante al criterio economico emerge ora nella dottrina statunitense della analisi economica del diritto, per la quale v. la raccolta *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di Alpina, Politini, Rodotà, Romani, Milano, 1982. V. anche POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1972; PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, 309 (per altre indicazioni: III, n. 12).

concernenti la tutela del lavoro e dell'attività sindacale (art. 35 s.), il diritto alla sicurezza sociale (art. 38), e il diritto di proprietà privata, la quale è riconosciuta e garantita, ma nei modi e limiti che ne assicurino la funzione sociale e l'accessibilità a tutti (art. 42). Altra norma fondamentale è quella che riconosce la libertà d'iniziativa economica mentre riserva alla legge di fissare i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività economica pubblica e privata sia indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41).

## 27. *Diritto e storia.*

La scienza del diritto è studio sistematico delle norme giuridiche effettive dell'ordinamento. Come ricerca di una realtà sociale attuale essa appare quindi distinta rispetto all'indagine storica, intesa alla comprensione di una diversa e passata esperienza giuridica.

Questa distinzione non può tuttavia autorizzare l'indifferenza del giurista verso il dato storico.

La storia del diritto vale anzitutto a smentire l'idea dei principi giuridici come verità assolute pensabili al di fuori dell'esperienza. Essa restituisce piuttosto al giurista il senso della relatività del diritto quale manifestazione legata alla civiltà e all'evoluzione di un popolo.

La ricerca storica consente poi, più specificamente, di ricostruire i precedenti attraverso i quali un istituto giuridico è pervenuto alla sua attuale fisionomia. Ma occorre subito avvertire come una tale ricostruzione perda la sua validità nella misura in cui si fermi alla storia delle leggi senza tener conto della realtà sociale che premeva sulla forma normativa. Del tutto insufficienti appaiono così, ad es., le indicazioni che si suole trarre dal confronto tra le disposizioni del codice vigente e quelle di codici abrogati.

Il ricorso a questo tipo di indicazioni formali aumenta soprattutto il pericolo di falsare la visione del diritto attuale alimentando l'equivoco che il significato della legge sia segnato dalle sue origini. Il significato della legge è invece quello che essa riesce ad imporre nella sua effettiva applicazione anche diversamente o in antitesi con un precedente significato.

Ancor minore affidamento, si aggiunga, possono offrire le indicazioni relative ai lavori preparatori della legge, e cioè ai lavori delle commissioni di studio, alle relazioni dei presentatori, alle discussioni parlamentari, ecc. Queste indicazioni possono solamente contribuire a spiegarci come si sia

giunti a un dato testo legislativo ma non valgono a stabilire il significato reale in cui la norma è concretamente recepita nell'ordinamento (v. n. 75).

Analogamente, la ricerca delle vecchie opinioni dottrinarie può contribuire eventualmente a spiegarci quali problemi intendesse risolvere un testo legislativo, ma non vale a stabilire se questi problemi siano attuali e se le soluzioni siano ancora valide.

In definitiva, l'esperienza passata non può essere rettammente considerata come un bagaglio di nozioni utili per dimostrare o per confutare una data interpretazione. Essa vale piuttosto a intendere il corso evolutivo in cui si collocano gli istituti giuridici e, più in generale, a dare coscienza dell'ordinamento come momento di una continua vicenda della società<sup>57</sup>.

## 28. Diritto comparato<sup>58</sup>.

Il senso della relatività dei principi di diritto si mostra anche attraverso lo studio degli ordinamenti giuridici stranieri.

La comparazione con altri ordinamenti consente in particolare di verificare la diversità delle soluzioni giuridiche cui può prestarsi un dato problema socio-economico. Una ricerca di tal genere non può comunque essere condotta sulla base del mero raffronto di leggi o di sistemi giuridici<sup>59</sup> ma esige che siano anzitutto individuati i problemi comuni e quegli specifici

<sup>57</sup> Scrive CALASSO, *Colloquio con i giuristi*, in *Storicità del diritto*, Milano, 1966, 169: l'utilità del conoscere il passato ... sta tutta in quel processo interiore attraverso il quale il nostro spirito acquista la consapevolezza dell'accaduto, e in questo atto di consapevolezza i suoi insegnamenti si compendiano ed esauriscono. Funzione educatrice insostituibile di quella mentalità relativistica che dovrebbe servire al giurista per ricordargli a ogni istante la sostanza umana del diritto, ch'egli spesso dimentica, attratto nelle spire della astratta dialettica di cui si compiace, e cozzando con le sue soluzioni di *sapiens* contro il senso morale dell'uomo comune.

<sup>58</sup> ASCARELLI, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 45; ROTONDI, *Diritto comparato*, in *NDI*, V, 819; GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, 928, e *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981; GAMBARO e SACCO, *Diritto comparato*, in *NDI*, App., II, 1165; GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, XI; SACCO, *Introduzione al diritto comparato*<sup>1</sup>, Torino, 1989, e *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991 (recens. di Legrand, in *Rdciv.* 1994, II, 597); CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. di Procida Mirabelli di Lauro e Favale, Torino, 1996; ALPA, BONELL, CORAPI, MOCCLA, ZENO-ZENCOVICH, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari, 1999; PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2001.

<sup>59</sup> Al raffronto dei sistemi giuridici (*familles*) è dedicata l'opera classica di DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, tr. it. a cura di Sacco della 10<sup>a</sup> ed. francese a cura di Jauffret-Spinosi, Padova, 1994, e, più di recente, quelle di PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995; FROMONT, *Grands systèmes de droit étranger*<sup>2</sup>, Paris, 1998; GAMBARO e SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996; GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, 2001.

fattori ambientali e ideologici che ne influenzano la regolamentazione di diritto.

Anche qui, poi, la norma di diritto non dev'essere desunta dalla semplice lettura di testi legislativi ma dev'essere ravvisata nell'effettivo atteggiarsi dell'ordinamento <sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> ANCEL, *Utilità e metodi del diritto comparato* (tr. it.), Napoli, 1974, 85, e ivi (115) ampie indicazioni bibliografiche.

Sulle diverse funzioni della comparazione vedi ZWEIGERT u. KOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*<sup>3</sup>, Tübingen, 1966, 12 (un'edizione italiana, Milano, 1992, è stata curata da Di Majo e Gambaro), e PORTALE, *cit.*, 8.

In tema v. ancora RAVA, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982.