

CAPITOLO I

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Il diritto nel quadro della condizione umana. – 1.2. La funzione regolatoria del diritto e la sua autonomia. – 1.2.1. La dimensione storico-culturale dell'esperienza giuridica: l'autonomia del diritto come sistema normativo. – 1.2.1.1. Segue. – 1.3. L'autonomia del diritto come forma di conoscenza. – 1.4. Il diritto e l'ambiente esterno. – 2. Il concetto di diritto. – 2.1. Norma giuridica, ordinamento giuridico, diritto oggettivo, diritto soggettivo. – 2.2. La produzione del diritto: le fonti. – 2.2.1. La Costituzione. – 2.2.1.1. Le altre fonti del diritto. – 2.3. L'efficacia della legge nel tempo e nello spazio. Il diritto internazionale privato. – 2.4. Interpretazione e applicazione del diritto. – 2.5. La giurisprudenza e la dottrina: clausole e principi generali. – 3. Diritto e diritto privato. – 3.1. Il codice civile e le tendenze attuali della legislazione privatistica.

1. Il diritto nel quadro della condizione umana

Secondo un famoso brocardo latino “*ubi societas, ibi ius*”. La formula esprime con grande efficacia un'intuizione condivisa dal senso comune circa la coessenzialità della dimensione sociale e di quella giuridica. In effetti, è impossibile immaginare un consorzio umano non assoggettato al governo di regole intese a stabilire ciò che i singoli consociati possono o debbono fare. Vale la pena di osservare, poi, che per esteso quel brocardo recita “*Ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi ius. Ergo ubi homo, ibi ius*”: esso, congiungendo la socialità del diritto a quella dell'uomo, trasforma il giuridico in un carattere necessitato della specie umana. In altri termini, come gli uomini non possono fare a meno di unirsi e stare insieme, così essi, nello stare insieme, immancabilmente creano sistemi di regole più o meno complessi.

Diritto e
società

Una simile constatazione non sarebbe di per sé granché significativa e neppure utile ai fini del nostro discorso: infatti, il diritto condivide questo tratto di necessità insieme con tutte le altre genuine manifestazioni dell'essere umano: la scienza, la filosofia, l'arte, la politica, la morale. L'uomo ha un cervello che, per mole, morfologia e struttura, gli

consente e, in pari tempo, gli impone comportamenti e prestazioni molto sofisticati. Sotto questo profilo, la contrapposizione di natura e cultura è, in un certo senso, fuorviante perché un poema, un quadro, una teoria cosmologica, un modello matematico e anche un sistema di regole, per quanto, rispettivamente, belli, avanzati o completi, sono pur sempre riconducibili, in ultima istanza, a meccanismi di tipo neuronale e al modo in cui funziona, e non potrebbe non funzionare, la corteccia cerebrale.

Tuttavia, se usciamo dai territori della neurologia e dell'etologia, non sarà difficile rendersi conto del fatto che l'“*ubi societas, ibi ius*” da cui abbiamo preso le mosse è, sotto il profilo cognitivo, molto più prezioso di quanto potrebbe apparire d'acchito. In primo luogo, si rifletta su questo. La dimensione necessariamente sociale del diritto ha un risvolto ovvio, e cioè che non può darsi esperienza del giuridico in solitudine. Le regole che Robinson Crusoe segue sulla sua isola non sono regole giuridiche e, almeno fino all'incontro con Venerdì, neppure regole morali, bensì, ad es., regole della geometria, come quando il nostro eroe decide di costruirsi un tavolo.

Diritto e
conflitto

Ora, la ragione per la quale il diritto è incompatibile con l'assenza di rapporti sociali è che la regola giuridica presuppone un **bene della vita** (un campo, una casa, una somma di denaro, la propria reputazione, il potere di decidere sull'istruzione da impartire ad un figlio, ecc.) attorno al quale potrebbe, in ogni momento, accendersi un **conflitto**. Robinson è solo sull'isola, e può disporre a piacimento di tutti i beni che su di essa si trovano: ma, nonostante questo, non sarebbe neppure sensato dire che l'isola sia sua perché attribuire a qualcuno il potere su qualche cosa (il diritto di proprietà) assolve, in primo luogo, alla fondamentale funzione di escludere tutti coloro che non sono il beneficiario dell'attribuzione (il **titolare del diritto**) dal godimento del bene. E poiché nel caso di Robinson Crusoe, sull'isola non vi è nessuno che gli contenda, anche solo virtualmente, l'uso delle risorse disponibili, da ciò discende l'automatica impossibilità di avvalersi, per descrivere quello stato di cose, di locuzioni del tipo: “l'isola (o l'albero di banane, o il tavolo, o qualsiasi altra cosa) appartengono a Robinson”.

La scena del
diritto

Dunque, il diritto è un irrinunciabile strumento di organizzazione dei rapporti sociali grazie al quale si **previene** l'insorgere del conflitto che potrebbe nascere dal concentrarsi sullo stesso bene di almeno due diversi appetiti, ovvero, qualora il conflitto insorga comunque, si **ripristina**, mediante l'applicazione della regola giuridica, l'ordine sociale turbato dallo scontro frontale dei due appetiti. Da ciò si trae un'ulteriore conferma della inseparabilità di diritto e società. È evidente, infatti, che tanto la formulazione, quanto l'applicazione della regola giuridica debbono provenire da un soggetto **terzo** rispetto ai protagonisti del conflitto perché, altrimenti, quest'ultimo si sposterebbe semplice-

mente di livello, trasferendosi dalla risorsa di base (il campo, la casa, ecc.) alla risorsa di secondo grado rappresentata, appunto, dal potere di formulare e applicare la regola.

In definitiva, quindi, quella del diritto è una scena sulla quale si muovono almeno tre soggetti: i due (potenziali) contendenti ed un terzo, al quale spetta di formulare e applicare la regola destinata a dirimere la controversia.

1.2. La funzione regolatoria del diritto e la sua autonomia

“Ubi societas, ibi ius” significa allora, come si è visto, che il diritto implica una pluralità di attori sociali; e che, di contro, un aggregato umano, per quanto elementare, potrà conservarsi solo in presenza di un'autorità in grado di formulare ed applicare la regola giuridica di neutralizzazione del conflitto sempre incombente. Naturalmente, quello appena delineato è il modello di base: basti pensare che già ad un grado ancora modesto del loro sviluppo, i sistemi giuridici mostrano una chiara tendenza a differenziare il momento della **formulazione** (affidata ad un legislatore) e della **applicazione** (affidata ad un giudice) della regola. Tuttavia, sebbene ridotto all'osso, il nostro modellino ci è utile sotto un duplice riguardo. In primo luogo perché, appunto, esso esemplifica con chiarezza la imprescindibilità del legame che intercorre tra dimensione sociale e dimensione giuridica. In secondo luogo perché, suo tramite emerge, altrettanto chiaramente, come il diritto si collochi in una posizione di **autonomia** funzionale sia rispetto alla società, sia rispetto al potere (o autorità).

Infatti, il conflitto che la regola giuridica previene, o dirime, è un **fenomeno sociale**, ovvero una di quelle vicende, o di quei comportamenti, destinati a prodursi in ragione di una convivenza tra umani non puramente occasionale: esso costituisce l'oggetto, o la materia, del diritto il quale, pertanto, da esso va tenuto distinto (da qui, appunto, l'irriducibilità del giuridico al sociale).

Per quanto attiene, invece, al rapporto tra diritto e **potere**, anche qui dovrebbe risultare immediatamente percepibile che una cosa è il processo attraverso il quale si perviene alla formulazione (e, se del caso, all'applicazione) della regola, altra cosa è la regola. L'assunto della reciproca autonomia di diritto e potere non viene smentito, poi, dalla circostanza che, in prospettiva storica, sia possibile costatare come anche l'esercizio dell'autorità venga fatto oggetto di una disciplina giuridica, più o meno accurata: è chiaro che, nella misura in cui cresce il livello di complessità degli aggregati sociali, cresce anche il livello di complessità degli apparati deputati alla produzione di regole giuridiche (ecco spiegato, ad es., il differenziarsi della funzione legislativa da quel-

la giudiziaria) i quali, pertanto, andranno assoggettati a regole che ne assicurino il buon funzionamento (oggi queste regole sono parte integrante del **diritto costituzionale** e del **diritto amministrativo**).

L'autonomia funzionale del diritto è un vero e proprio a priori in senso kantiano. In altri termini, un uso corretto della ragione riuscirà sempre ad isolare, anche nei contesti più opachi e confusi, una funzione regolatoria, come distinta sia da ciò che costituisce oggetto di regolazione, sia da ciò che pone la regola. Tuttavia, l'autonomia di cui stiamo parlando – apprezzabile dal punto di vista logico ed ontologico – è un predicato del diritto come articolazione strutturale dei sistemi sociali e, quindi, in questa forma, essa torna ad orbitare nelle sfere primigenie dell'essere umano, di cui si parlava nel § precedente.

Ben altrimenti ricca, ma anche sfuggente, diventa la nozione di autonomia del giuridico allorché, lasciati gli ambiti riservati alla descrizione dei meccanismi elementari di funzionamento della specie, ci si inoltra nei territori della **storia**, dove il diritto, da pura e semplice espressione della naturale socialità dell'uomo, diventa a sua volta oggetto di pratiche sociali enormemente complesse come la teoria, la politica, l'ideologia. Da qui la conversione del giuridico da fatto **naturale** in fenomeno **culturale**: ed è in questa ottica che il nostro discorso deve adesso proseguire.

1.2.1. La dimensione storico-culturale dell'esperienza giuridica: l'autonomia del diritto come sistema normativo

Il diritto e gli altri sistemi di regole

Quando, come si è accennato alla fine del § precedente, il diritto, da comportamento irriflesso, seguito sulla base di un'istanza di tipo etologico, si trasforma in oggetto di riflessione, una delle prime questioni ad emergere è quella del suo rapporto con altri sistemi di regole di cui pure è facile e frequente riscontrare l'esistenza all'interno di una data società. Si tratta di una questione che, all'evidenza, interpella proprio il grande tema dell'autonomia del giuridico, sia pure secondo registri diversi.

Autonomia del diritto e sovranità dello Stato

In un primo senso, l'autonomia del diritto può essere intesa come possesso, da parte di quest'ultimo, di alcuni tratti specifici che varrebbero, appunto, a differenziarlo dagli altri sistemi normativi. Ora, è fuori di dubbio che, ad es., il rapporto tra morale e diritto rappresenti, storicamente, uno dei punti fondativi di discipline come la filosofia e la teoria generale del diritto: tuttavia, si può affermare con altrettanta sicurezza che questo modo di impostare il discorso sull'autonomia del giuridico abbia, per così dire, orientato in misura decisiva il dibattito teorico soltanto a partire dall'età moderna (diciamo, il XVI secolo e Machiavelli, per dare alcuni riferimenti di massima). E non casualmente: perché il discorso attorno a ciò che è proprio ed esclusivo del diritto è

inestricabilmente connesso con l'esigenza di ancorare la legittimità del diritto medesimo al solo fatto di essere posto dal sovrano: di talché, l'unica ragione per la quale la regola giuridica va osservata è il suo promanare dall'autorità, indipendentemente dal suo contenuto. Come è facile intuire, l'autonomia del giuridico è, in questa fase storica, l'altra faccia dell'autonomia del politico, ossia della pretesa, vantata dallo Stato in senso moderno, e che, anzi, dello Stato, come forma di organizzazione del potere pubblico, può essere considerato il tratto distintivo, di accentrare su di sé tutte le forme di espressione dell'autorità e, quindi, in primo luogo, la produzione e l'applicazione di regole giuridiche.

Questo processo di reciproca legittimazione di Stato e diritto tocca il suo culmine nelle grandi codificazioni borghesi dell'Ottocento cui si accompagna la definitiva elaborazione di una teoria del diritto (il **positivismo giuridico**) per la quale la validità di una regola giuridica dipende esclusivamente dal suo essere stata posta nel rispetto delle procedure che ne disciplinano la produzione, non rilevando in alcun modo il contenuto di essa, in particolare la conformità ad un ordine di valori morali. In una simile prospettiva, il tratto specifico della regola giuridica diviene, fondamentalmente, la sua statualità: e questo, per così dire, sia a monte, sia a valle. A monte perché una regola potrà dirsi giuridica, e non semplicemente morale, o del costume, ecc., a condizione che sia stata adottata da un organo dello Stato (ad es., il Parlamento); a valle, perché nel caso di sua mancata osservanza, la correlativa sanzione sarà comminata sempre da un organo dello Stato (ad es., il giudice che condanna il debitore al pagamento della somma dovuta) e attuata sotto la sua sorveglianza (ad es., l'ufficiale giudiziario che procede al pignoramento dei beni del debitore agisce sulla base di un ordine del giudice).

In definitiva, quindi, l'autonomia del diritto rispetto ad altri sistemi di regole, pure presenti in seno alla società, riposa nel suo essere prodotto, amministrato e fatto osservare dallo Stato, cioè l'unico attore sociale che può rivendicare per sé il monopolio della **validità** (attributo di regole che reclamano di essere obbedite indipendentemente dal loro contenuto e solo in quanto adottate nel rispetto di una certa procedura: v. gli art. 70 s. Cost.) e quello della **effettività** (attributo di regole che vengono fatte osservare, ove necessario, coercitivamente, ossia mediante il ricorso alla forza fisica di cui solo lo Stato, appunto, può disporre, sia pure entro certi limiti, in modo legittimo).

1.2.1.1. Segue

Strettamente collegata a quella illustrata in precedenza, si dà poi una seconda accezione di autonomia del diritto, alla stregua della quale le norme giuridiche si differenziano da altri, concorrenti sistemi di norme in ragione del possesso di alcuni requisiti formali (**validità**, **effettività**),

Autonomia
del diritto e
laicità dello
Stato

ma anche in ragione della circostanza che il loro contenuto prescinde da quello, ad es., delle norme morali o di quelle religiose. Anche qui il discorso incrocia un passaggio cruciale nella storia dell'Occidente, rappresentato dalla programmatica separazione della normatività su base teologico-confessionale (la sfera spirituale), dalla normatività su base civile (la sfera temporale). Questa separazione tra le due sfere è il punto di approdo di una vicenda lunga e tormentata, sviluppatasi in modo non lineare attraverso molti secoli – diciamo dall'incoronazione di Carlo Magno nell'800 alla fine della guerra dei Trent'anni (1648) – e culminata nell'affermazione del principio secondo cui ciò che è giuridicamente vincolante è deciso dalla sola autorità civile.

Si tratta di un ulteriore aspetto della lotta per l'egemonia condotta dallo Stato moderno ed intesa ad appropriarsi non soltanto del potere di formulare e applicare le regole giuridiche, ma anche di determinarne il contenuto. È evidente che su questo fronte l'antagonista storico dello Stato fu la Chiesa cattolica la quale, accettata (all'esito della lotta per le investiture) l'idea della distinzione delle due sfere e dell'autonomia di quella temporale rispetto a quella spirituale, avrebbe però voluto che i suoi precetti venissero immediatamente trasfusi in norme vincolanti per tutta la comunità. Questa pretesa fu generalmente respinta dal potere temporale (specie dopo la diffusione ed il consolidamento nell'Europa del Nord della Riforma protestante, la quale, sul punto, si ispira ad un canone di rigida separazione delle due sfere), con ciò ponendosi le basi di quel principio di laicità che, oggi, ispira le costituzioni e la vita pubblica di tutti i paesi dell'Occidente.

1.3. *L'autonomia del diritto come forma di conoscenza*

Infine, in una terza accezione, l'autonomia del diritto sta ad indicare un fenomeno culturale molto complesso e, in larga misura, ancora una volta, tipico della cultura occidentale. Soltanto in Occidente, infatti, a partire dal II secolo a.C., nella Roma repubblicana, accade che un insieme di regole giuridiche (all'epoca, le leggi delle XII Tavole) siano fatte oggetto di un'analisi, condotta secondo specifici criteri interpretativi ed altrettanto specifiche tecniche argomentative, volti a rivelare il significato di quelle regole e a disporle secondo un ordine logico (il **sistema**), dal quale ricavare ulteriori indicazioni circa il modo di intendere i precetti da applicare al caso di specie.

A tal proposito, si deve rammentare che la pura e semplice esistenza di una regola giuridica non è in grado di impedire l'insorgere di un conflitto: e che, una volta comunque istauratosi quest'ultimo, la funzione del diritto si esplicherà attraverso la risoluzione della controversia avente ad oggetto la casa, il fondo, la somma di denaro, ecc. Ora,

per conseguire questo risultato, è necessario trasformare una regola pensata per un numero indefinito di casi (e, dunque, *vaga*) in una regola da applicare a quel singolo, puntuale caso: e la **concretizzazione** della previsione normativa può avvenire secondo modalità molto diverse, che variano a seconda dei tempi, dei luoghi, della tradizione culturale, ecc. Ad es., è possibile immaginare una società nella quale la determinazione della regola puntuale avvenga sulla base della consuetudine; per cui, dato un certo tipo di controversia, si applicherà un certo tipo di regola perché così si fa da sempre. Oppure, ancora, si può immaginare una società nella quale la regola destinata a dirimere la controversia venga individuata sulla base del pronunciamento, più o meno arbitrario, più o meno discrezionale, di una qualche autorità.

Nella cultura occidentale, a partire, appunto, dalla giurisprudenza romana, l'individuazione della regola da applicare al caso di specie è un'operazione nella quale sono certamente implicate tanto la consuetudine (sotto forma di efficacia, o vincolante, o solo persuasiva, del precedente), quanto l'autorità (il giudice gode di una investitura istituzionale che fa della sua pronuncia un comando per le parti). Tuttavia, a questi due elementi si affianca, in una posizione di assoluta eminenza, la **ragione**: o, per meglio dire, quel particolare uso della ragione che consiste nel sottomettere il processo di concretizzazione della regola a criteri di ordine linguistico (ad es., il criterio letterale), di ordine storico (ad es., il criterio della volontà del legislatore), di ordine logico (ad es., il criterio sistematico), di ordine pragmatico (ad es., il criterio delle conseguenze), ecc., i quali, seppur variamente combinati tra di loro, rendono quel processo, in primo luogo, un atto di conoscenza del significato della regola medesima, ossia una **interpretazione**.

Diritto e
ragione

Naturalmente, conoscere una norma giuridica non è la stessa cosa che conoscere un fenomeno fisico o un processo naturale. In quest'ultimo caso, conoscere significa fondamentalmente descrivere le condizioni fattuali in presenza delle quali un certo evento (ad es., la caduta di un grave) è destinato a verificarsi; viceversa, là dove oggetto di indagine sia una norma giuridica, l'attività intellettuale che su di essa si esercita consiste nella ricerca del suo significato. Bisogna tenere ben presente, infatti, che le regole del diritto si presentano, per lo più, come enunciati linguistici formulati utilizzando il linguaggio naturale, cioè un linguaggio che, salvo per alcuni termini tecnici (anticresi, enfiteusi, ecc.) o tecnicizzati (possesso, azienda, ecc.), coincide esattamente con quello comune ed è, dunque, caratterizzato da un elevato grado di **ambiguità** (a differenza dei linguaggi formalizzati come quello della matematica). La vaghezza e l'ambiguità delle norme impongono, pertanto, che esse vengano interpretate onde, appunto, trarne un significato plausibile in vista della loro applicazione al caso di specie.

Questa operazione non ha un carattere puramente descrittivo-rico-

gnitivo, perché accade ben di rado che l'interpretazione di una norma ponga capo all'attingimento di un unico significato, con la conseguenza che quasi sempre è necessario effettuare una scelta discrezionale tra diverse opzioni, tutte più o meno attendibili. Quello che conta ai fini del nostro discorso, però, è che la ricerca del significato da attribuire all'enunciato normativo avvenga secondo criteri razionali, e che il risultato a cui approda il singolo interprete possa essere oggetto di analisi e di critica da parte degli altri membri della comunità dei giuristi.

Il sistema
del diritto

Ora, per riprendere il discorso avviato più sopra, in Occidente, grazie, fondamentalmente, all'apporto della giurisprudenza romana, è prevalso questo modello razionale-discorsivo (non oracolare, non autoritativo) di trattamento delle norme giuridiche. Esso, come pure si è già accennato, ha comportato lo sviluppo ed il radicarsi di un'idea di **sistema**, come insieme ordinato e coerente di concetti normativi, ossia desunti dalla interpretazione delle singole norme e poi messi in correlazione tra loro, sino, appunto, a costituire il sistema: quest'ultimo rappresenta per l'interprete sia un vincolo (ad es., stante il principio secondo cui il contratto ha efficacia soltanto tra le parti – art. 1372, co. 2 – soltanto il legislatore può estendere tale efficacia ad un terzo), sia una risorsa (ad es., l'*analogia iuris*, sulla quale ci si intratterà più avanti).

Dogmatica
giuridica

Tutta la lunga storia della **scienza giuridica** europea, già a partire dalle prime opere dei giuristi romani dell'età repubblicana, passando per il Digesto (una delle parti in cui si divide il *Corpus iuris civilis*, la grande compilazione voluta dall'imperatore Giustiniano), le Glosse e le Summe di epoca medievale, i commentari di età umanistica, i trattati del XVII e XVIII secolo, è attraversata da questa forte istanza sistematica: la quale, poi, pervenne al suo apogeo nell'Ottocento, con la grande fioritura della **Pandettistica** tedesca, preceduta dal lavoro teorico della Scuola storica del diritto e precorritrice di una delle più importanti opere legislative dell'epoca, il *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*) ossia il codice civile del Reich, entrato in vigore il 1° gennaio del 1900. Con la Pandettistica, infatti, il sistema dei concetti giuridici (dogmi, da cui il termine **dogmatica** che sta ad indicare, appunto, il lavoro di progressiva elaborazione, generalizzazione ed astrazione di tali concetti) assurge praticamente alla dignità di fonte del diritto, determinandosi in questo modo una vera e propria inversione nel rapporto tra scienza e norma: da qui la denominazione di giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*) che sta ad indicare proprio il primato della elaborazione teorica e la sua autosufficienza rispetto alla regola da interpretare.

Il modello purista, e radicale, di autonomia, incarnato dalla Pandettistica, deve ormai considerarsi del tutto superato, come meglio si vedrà più avanti. Ciò non toglie, peraltro, che, per quanto indebolita, o trasformata, nella sua pretesa di autonomia, la scienza del diritto continui a rappresentare un momento fondamentale dell'esperienza giuridica.

1.4. *Il diritto e l'ambiente esterno*

È opportuno, ora, brevemente riepilogare i passaggi fondamentali del nostro discorso.

Abbiamo visto che il diritto è un fenomeno collegato alla naturale socialità della specie, e, in particolare, alla permanente incombenza del conflitto per l'appropriazione dei beni che dallo stare insieme deriva. In questa prospettiva, l'autonomia del giuridico è, come detto, una sorta di *a priori*, ricavabile da una elementare, ed immediatamente attingibile, tripartizione della struttura sociale di base *a)* nell'oggetto della regolazione (l'insieme delle relazioni umane); *b)* nella regolazione (le norme giuridiche); *c)* nella fonte della regolazione (l'autorità che pone la regola).

L'autonomia del diritto assume significati ben più ricchi là dove essa venga misurata con il metro della storia. In questa diversa prospettiva, abbiamo isolato tre possibili accezioni della formula "autonomia del diritto", tutte, peraltro, riconducibili all'esperienza giuridica occidentale (e ciò a conferma della loro intrinseca storicità). In una prima accezione, autonomia del diritto sta a designare la ricorrenza, nelle norme giuridiche, di attributi di ordine formale (validità ed effettività) non posseduti da altro tipo di norme (ad es., quelle morali o religiose).

In una seconda accezione, l'autonomia del diritto sta ad indicare la circostanza che il contenuto delle norme giuridiche si determina a prescindere da quello proprio di altro tipo di norme (ad es., di nuovo, quelle morali o religiose).

Infine, per autonomia del diritto si intende che le norme giuridiche, in quanto enunciati linguistici, sono oggetto di una particolare forma di conoscenza (l'interpretazione e la loro sistemazione in un insieme ordinato e coerente) che si realizza attraverso procedure e tecniche logico – argomentative – in parte assegnate al dominio della ragione teorica, in parte assegnate al dominio della ragione pratica – le quali individuano il campo della scienza giuridica (o scienza del diritto).

È bene precisare, tuttavia, che l'autonomia del giuridico non va intesa nel senso di un isolamento del diritto dalle altre forme di vita in cui si esprime la naturale socialità degli uomini. È sufficiente osservare che molte norme giuridiche riproducono precetti morali (il divieto di uccidere, il divieto di rubare, ecc.); inoltre, vi è sempre una sostanziale corrispondenza tra l'ordine giuridico e l'ordine economico (ad es., in una società di tipo capitalistico, il sistema giuridico riconoscerà il diritto di proprietà dei mezzi di produzione e la libertà contrattuale, in quanto presupposti fondamentali per il funzionamento di un'economia imperniata sulla produzione e sullo scambio di merci).

Più in generale, deve osservarsi che il fenomeno giuridico, in quanto fenomeno sociale, è inevitabilmente esposto ai condizionamenti della più ampia realtà all'interno della quale esso è chiamato a svolgere la

Differenze
contenuti-
stiche

sua funzione regolatoria. Sicché, mentre i tre significati di “autonomia del diritto” che abbiamo individuato più sopra possono senz’altro considerarsi una costante dell’esperienza giuridica (almeno in Occidente), è fuor di dubbio che sotto il profilo dei **contenuti** accolti dalle singole norme, i vari sistemi giuridici possono, tra loro, differire anche significativamente. Ad es., a seconda del peso maggiore o minore esercitato dalla morale sessuale tradizionale, avremo ordinamenti giuridici nei quali le convivenze di fatto godono di un riconoscimento legale, ed ordinamenti giuridici nei quali, invece, questo è categoricamente escluso; oppure, a seconda dei rapporti di forza tra le classi sociali, ordinamenti nei quali i lavoratori subordinati godono di una forte tutela nei confronti dei datori di lavoro, e ordinamenti nei quali, viceversa, questa tutela è minore o assente.

Differenze
diacroniche

Gli esempi si potrebbero moltiplicare. Peraltro, questa variabilità contenutistica si riscontra anche dal punto di vista **diacronico**, cioè con riguardo a ciascun singolo ordinamento giuridico il quale può, a seguito delle trasformazioni intervenute nella società, modificare in misura profonda la disciplina normativa di una data materia. Così, ad es., in Italia nel 1970 venne introdotta la c.d. legge sul divorzio che, attribuendo ai cittadini la possibilità di sciogliere il proprio matrimonio, rappresentava una novità straordinaria per un paese come il nostro, dove, a causa dell’influenza esercitata dalla Chiesa cattolica, il legislatore civile, sin dal primo codice unitario del 1865, aveva accolto la regola della indissolubilità del vincolo coniugale.

Insomma, il diritto viene influenzato dall’ambiente in cui si trova ad operare e, a sua volta, lo influenza (la conversione di una prassi sociale o di un valore morale in norma giuridica rafforza notevolmente entrambi, sia sotto il profilo della loro efficacia vincolante, sia, anche, sotto il profilo simbolico). Del resto, questo è perfettamente comprensibile, se solo si pone mente alla sovrapposizione della sfera giuridica e della sfera sociale sulla quale abbiamo insistito fin dall’esordio del nostro discorso (*Ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi ius. Ergo ubi homo, ibi ius*).

Differenze
tecniche

È opportuno precisare che, oltre alle differenze di ordine più propriamente contenutistico di cui abbiamo detto, esistono tra i vari ordinamenti giuridici differenze che, viceversa, ineriscono al modo di funzionare di una regola giuridica e che, pertanto, sono tutte interne al sistema del diritto. Ad es., il risultato del trasferimento, da un soggetto ad un altro, della titolarità del diritto di proprietà può essere conseguito o attraverso l’adozione di una regola come quella in uso nel nostro ordinamento giuridico (art. 1376: c.d. **principio consensualistico**) in forza della quale a taluni contratti (*in primis*, il contratto di compravendita) viene riconosciuta un’efficacia **reale**, sicché il trasferimento del diritto è contestuale alla conclusione del contratto medesimo; ovve-

ro, attraverso una regola come quella in uso nell'ordinamento tedesco, in base alla quale il trasferimento del diritto avviene in due fasi; la prima, nella quale a seguito della stipula della compravendita, sorge a carico del venditore l'obbligo di trasferire il diritto, e la seconda, nella quale, a seguito del compimento di uno specifico atto, il diritto di proprietà passa all'acquirente.

Come è agevole constatare, in casi siffatti, le regole giuridiche messe a confronto differiscono non in ragione del loro contenuto (entrambe presuppongono il riconoscimento del diritto di proprietà ed entrambe contemplano la possibilità che ne venga trasferita la titolarità), ma in ragione del dispositivo tecnico-legale cui è affidato il raggiungimento del medesimo risultato pratico. Queste variazioni su un unico tema (nel nostro caso: il trasferimento della proprietà) dipendono da fattori come la cultura giuridica o la tradizione normativa di un singolo paese o, più spesso, di un'intera area geografica e si spiegano proprio in considerazione dell'autonomia del sistema del diritto il quale, pur essendo strutturalmente aperto all'ambiente esterno, tuttavia ne rielabora le influenze e gli stimoli secondo codici linguistici e forme di pensiero suoi propri.

2. Il concetto di diritto

Nelle pagine che precedono abbiamo inquadrato il diritto tra i fenomeni che caratterizzano la condizione naturale e la vicenda culturale della specie. Abbiamo anche individuato, sia pure in via di prima approssimazione, alcuni tratti tipici del fenomeno giuridico, ciò che ha consentito di declinare varie accezioni dell'autonomia del giuridico. Adesso è necessario riprendere il filo del discorso che si è venuto dipanando sin qui, allo scopo di fornire al lettore un insieme di concetti di base, indispensabili per inoltrarsi nello studio del diritto privato.

Il primo di questi concetti fondamentali è, ovviamente, quello di **diritto**. Sino a questo momento lo abbiamo sempre usato abbinandolo a termini come **regola giuridica** o **norma giuridica**. Premesso che vi sono usi più tecnici e, da un certo punto di vista, anche più rigorosi, in base ai quali regola e norma designano oggetti non del tutto coincidenti e, quindi, rivestono significati almeno in parte differenti, qui, a questo livello dell'analisi, i due termini sono considerati sinonimi. Entrambi, infatti, esprimono l'idea, anch'essa molto diffusa e radicata nel senso comune, che il diritto sia, in primo luogo e fondamentalmente, un insieme di precetti, ossia di enunciati linguistici con funzione **prescrittiva**, il significato dei quali, cioè, non si esaurisce nella pura e semplice descrizione di uno stato di cose ("oggi splende il sole") risul-

Prescrittività
del diritto

tando, piuttosto, arricchito da una qualificazione della condotta del destinatario della norma secondo la categoriale **lecito/illecito**: il che, attraverso una serie di passaggi logici piuttosto complessi, si traduce, in definitiva, nella possibilità (potere, facoltà) o nella impossibilità (non potere, obbligo) di fare o non fare qualche cosa.

Significato di
lecito/illecito

Questo modo di guardare al diritto è del tutto coerente con quanto osservato in precedenza a proposito della funzione regolatoria che il diritto medesimo è chiamato a svolgere nell'ambito delle società umane. Compito primario del diritto, infatti, è quello di prevenire e, ove necessario, sedare conflitti appropriativi, conflitti, cioè, che, come si è visto, vertono attorno alla disponibilità di risorse della specie più varia. Il raggiungimento di questo risultato implica l'adozione di una serie di regole in relazione alle quali stabilire, data una certa risorsa, a quali **condizioni** e in che **misura** si possa accedere ad essa e goderne. Ad es., riguardo alle utilità che si possono ricavare da una casa, l'ordinamento giuridico offre varie opzioni: da quella che si racchiude nella formula del diritto di proprietà a quella che si racchiude nella formula del diritto personale di godimento attribuito al locatario, passando per una serie di ipotesi intermedie (multiproprietà, usufrutto, servitù, uso, abitazione). A ciascuna di queste opzioni corrisponde una gamma più o meno estesa di poteri che il titolare del diritto può esercitare sulla casa onde ricavare le utilità che dalla medesima è possibile estrarre (così, il proprietario può viverci con la sua famiglia, può concederla in godimento a terzi, può venderla; l'usufruttuario può viverci con la sua famiglia, concederla in godimento a terzi, ma non può venderla; il locatario può viverci con la sua famiglia e basta).

In altre parole, formule come "diritto di proprietà", "diritto di usufrutto", ecc., non sono altro che sintesi verbali dei poteri che la norma giuridica attribuisce al titolare del diritto; ovvero, in via di ulteriore riduzione della formula linguistica all'oggetto da essa designato, una ellissi di tutti i comportamenti che il proprietario, l'usufruttuario, ecc. possono adottare nei riguardi della casa. Quindi, si può dire che la norma istitutiva del diritto di proprietà (o del diritto di usufrutto, ecc.), in ultima analisi, non fa altro che selezionare una serie di comportamenti **leciti**, ai quali nessuno (né pubblica autorità, né privato) può legittimamente opporsi.

La funzione regolatoria del diritto richiede, però, come già anticipato, che, insieme con la misura delle utilità ricavabili da un bene, la norma individui le condizioni in presenza delle quali taluno possa dirsi proprietario, usufruttuario, locatario di quel bene. Infatti, l'esercizio dei poteri sintetizzati nella formule "diritto di proprietà", "diritto di usufrutto", "diritto personale di godimento", ed i comportamenti che ne discendono (vendere il bene oggetto del diritto, ovvero utilizzarlo per soddisfare i propri bisogni), potranno dirsi leciti soltanto se fondati

su un **titolo** considerato idoneo dall'ordinamento giuridico ad attribuire quei poteri. Ad es., l'art. 922 elenca i modi di acquisto della proprietà, mentre l'art. 978 individua i modi di acquisto del diritto di usufrutto e l'art. 1571, dal canto suo, istituisce il titolo (contratto di locazione) sulla base del quale è possibile procurarsi un diritto personale di godimento su un determinato bene.

Orbene, in entrambi i casi (misura di utilizzabilità di un bene, condizioni di accesso al medesimo), il diritto, in ultima analisi, come si è visto, opera attraverso norme, ossia enunciati linguistici il cui significato consiste, appunto, nello stabilire ciò che è lecito (quello che si può fare) e ciò che, viceversa, è illecito (non si può fare). Le conseguenze della osservanza, o della inosservanza, delle norme giuridiche possono essere molto diverse (ad es., se il titolare di un diritto di usufrutto prova a vendere il bene che costituisce oggetto del diritto, l'atto non produrrà alcun effetto perché tra i poteri attribuiti all'usufruttuario non vi è quello di alienare il bene; inoltre, ai sensi dell'art. 1015 c.c., l'abuso in tal modo perpetrato potrebbe provocare l'estinzione del diritto e, anche, l'obbligo di risarcire il danno eventualmente patito dal proprietario): resta, però, il fatto che, alla base dell'ordine giuridico stanno giudizi sempre riducibili alla coppia lecito/illecito la cui formulazione si ricava da norme dotate dei requisiti di validità ed effettività.

Sono state proposte anche altre concezioni del diritto, ispirate all'idea, in sé condivisibile, che quello giuridico sia un fenomeno troppo complesso per poter essere ridotto alla sola dimensione normativo/prescrittiva. Emblematico, al riguardo, il caso della teoria **istituzionalistica** di cui esistono alcune varianti (una delle quali riconducibile all'opera del giurista italiano Santi Romano), tutte accomunate dal convincimento che il diritto, prima ancora di essere norma, sia **organizzazione** e **struttura**. In questa prospettiva, quindi, il diritto finisce per **identificarsi** con la società, almeno tutte le volte in cui quest'ultima abbia conseguito un livello di organizzazione tale da farne, appunto, una **istituzione**. È interessante notare che anche Romano si sofferma sul brocardo latino (*ubi societas ibi ius*) da cui ha preso le mosse il nostro ragionamento.

Il diritto
come
istituzione

Vi è, tuttavia, una differenza fondamentale tra il punto di vista qui propugnato, secondo cui il diritto, pur non essendo neppure pensabile al di fuori dell'orizzonte della socialità, conserva una sua autonomia rispetto a quest'ultima, e il punto di vista proprio delle teoriche dell'istituzione, secondo le quali *ius* e *societas* coincidono non solo sotto il profilo storico e fenomenologico, ma anche sotto il profilo (onto)logico.

Questa radicale immedesimazione delle due sfere spiega la parallela, radicale svalutazione della normatività come tratto caratteristico della giuridicità: infatti, come si è visto, quella che abbiamo chiamato

l'autonomia funzionale del diritto presuppone una relazione di alterità tra la regola ed il suo oggetto (i processi sociali) che, viceversa, inevitabilmente svanisce là dove, appunto, si voglia rintracciare la fonte primigenia dell'esperienza giuridica in ciò che dovrebbe rappresentare la materia stessa della regolazione ad opera del diritto. In altri termini, la intrinseca giuridicità che, secondo la prospettiva in esame, caratterizzerebbe il fatto sociale a partire dal momento in cui gli aggregati umani, nella loro evoluzione, abbiano raggiunto lo stadio istituzionale, poco, o punto, si concilia con l'assunto alla stregua del quale lo specifico compito del diritto consiste nell'approntare schemi di valutazione delle condotte umane imperniati sulla coppia lecito/illecito e assistiti dai due predicati della validità e dell'effettività: e ciò perché il diritto, immanente alla società, si identificherebbe, sostanzialmente, con le forze che presiedono all'organizzazione di quest'ultima.

Le dottrine istituzionalistiche, sviluppatesi a partire dall'inizio del XX secolo, esprimono il crescente disagio della cultura giuridica europea nei confronti del paradigma statalista e giuspositivista che si era venuto consolidando nell'arco del XIX secolo. Sotto questo profilo, esse rivestono sicuramente un grande significato; così come è fuor di dubbio che l'istituzionalismo abbia avuto il grande merito di collocare il fenomeno giuridico dentro un orizzonte più ampio di quello tipico, appunto, del positivismo di marca ottocentesca (per il quale il diritto è, essenzialmente, volontà del legislatore cristallizzata in un comando generale e astratto che spetta al giudice, sulla base di un sillogismo, rendere individuale e concreto), con ciò contribuendo anche ad aprire nuovi orizzonti culturali ad una scienza giuridica troppo chiusa rispetto ad una realtà sociale e normativa sempre più ricca e complessa.

Nonostante tutto questo, però, la sottovalutazione della normatività del diritto (intesa nel senso più volte richiamato: apprestamento di schemi di valutazione delle condotte umane imperniati sulla coppia lecito/illecito e assistiti dai due predicati della validità e dell'effettività), a beneficio di una idea del giuridico dai contorni troppo sfumati, rappresenta un limite oggettivo del modello istituzionalistico il quale, non casualmente, ha sempre goduto di un consenso molto marginale tra i giuristi, teorici e pratici.

D'altra parte, anche il bersaglio polemico contro cui l'istituzionalismo si indirizzava, ossia il positivismo giuridico, ha subito, come meglio emergerà dal prosieguo del discorso, trasformazioni profondissime che lo hanno reso praticamente irriconoscibile rispetto alla sua versione ottocentesca. Inalterata resta, però, la plausibilità teorica della pretesa di cogliere nella regolazione dei processi sociali attraverso l'uso di norme valide ed effettive il tratto peculiare e indisponibile della giuridicità.

Certo, il lavoro svolto dalla teoria generale, sotto l'influenza della fi-

losofia analitica, ha permesso di slargare il concetto di norma ben al di là degli angusti confini dell'imperativismo (dottrina secondo la quale la norma giuridica è, essenzialmente, un comando); certo, il monopolio statale del diritto si è allentato a favore di entità sovranazionali (si pensi all'UE), locali (si pensi alle Regioni) o, anche, di privati dotati di particolare forza economica (si pensi alla cosiddetta *lex mercatoria*, creata, nella sostanza, dalle grandi imprese globalizzate attraverso la mediazione degli studi legali e delle camere arbitrali internazionali); certo, infine, molte norme giuridiche, specie quelle di rango costituzionale, esplicitamente incorporano valori etici (dignità, eguaglianza, solidarietà, ecc.), con ciò ponendo su basi nuove, e più aperte, il rapporto tra diritto e morale. E però, ripetiamo, per quanto riveduta e aggiornata, la concezione normativa appare ancora oggi quella che, meglio di ogni altra, si presta a cogliere, almeno nei suoi tratti essenziali, un fenomeno complesso come il diritto.

2.1. Norma giuridica, ordinamento giuridico, diritto oggettivo, diritto soggettivo

Dunque, il diritto assolve al suo compito di regolare i processi sociali, ed i conflitti da questi ultimi generati, mediante la produzione di norme, cioè di schemi di valutazione della condotta umana imperniati sul binomio lecito/illecito, sostenuti dai due requisiti della validità e dell'effettività. Quello di validità è uno dei concetti più tormentati e complessi della teoria generale del diritto: addirittura, secondo una corrente del pensiero giuridico contemporaneo (il **realismo giuridico**), la validità andrebbe risolta nell'efficacia, nel senso che il modo peculiare di esistere di una norma giuridica consisterebbe nel suo essere osservata dai consociati ed applicata dalle corti.

Tuttavia, l'approccio realistico, certamente utile a far luce su alcuni aspetti del funzionamento dei sistemi giuridici, elude la questione fondamentale relativa al perché i vari fattori (a cominciare dalla pressione sociale) che spingono all'osservanza ed all'applicazione delle norme giuridiche, decretandone in tal modo l'efficacia, si coagulino proprio e soltanto attorno a regole in possesso del requisito della validità. In altri termini, per quanto stretto si voglia rendere il nesso tra validità ed efficacia, la prima non potrà mai essere integralmente risolta nella seconda, perché altrimenti resterebbe oscura la ragione per la quale soltanto alcune norme (appunto, quelle giuridiche) possono aspirare all'osservanza da parte dei consociati e all'applicazione da parte dei giudici. Può darsi che la validità senza l'efficacia sia un vuoto simulacro; ma è certo che l'efficacia senza validità risulta semplicemente incomprensibile.

Questo è tanto più vero con riguardo a quegli ordinamenti giuridici che, avendo raggiunto un certo grado di complessità, incorporano una disciplina, più o meno minuziosa, ma comunque sempre riconoscibile come tale, delle procedure attraverso le quali immettere nel sistema una nuova norma (c.d. **fonti del diritto**, su cui ci soffermeremo più avanti). Ciò significa che una norma potrà pretendere di essere osservata dai consociati e di essere applicata dai giudici (in sostanza, quindi, potrà dirsi giuridica) solo se adottata nel rispetto di quelle procedure. Ad es., se un disegno di legge, a differenza di quanto previsto dall'art. 70 Cost., viene approvato da una sola delle due Camere, le norme in esso contenute, in quanto, appunto, invalide, non entreranno mai in vigore, non saranno vincolanti per i cittadini e non potranno trovare ingresso nelle aule di giustizia.

L'ordinamen-
to giuridico
e i suoi
elementi
identificativi

La modalità di produzione delle norme costituisce uno dei criteri fondamentali sulla base dei quali è possibile individuare un **ordinamento giuridico**. Gli altri elementi di identificazione di quest'ultimo sono rappresentati dallo **spazio** e dalle **persone** con riguardo ai quali le norme giuridiche spiegano la loro validità e trovano applicazione. Ad es., l'ordinamento giuridico italiano è la risultante delle regole che disciplinano le procedure di immissione nel sistema di nuove norme giuridiche (l'art. 1 Prel., gli artt. 70 s. e 138 Cost., ecc.), del territorio della Repubblica italiana e dei cittadini di quest'ultima in quanto soggetti a quelle norme. È opportuno precisare, peraltro, che non sempre gli ordinamenti giuridici dispongono di una propria base territoriale: ad es., l'ambito di operatività delle norme del diritto internazionale prescinde del tutto dalla componente territoriale, nel senso che il loro spazio si identifica con quello soggetto alla sovranità dei singoli stati.

Diritto
oggettivo e
diritto
soggettivo

Secondo una nomenclatura tradizionale, l'insieme delle norme valide, cioè in vigore all'interno di un dato ordinamento giuridico, prende il nome di **diritto oggettivo**. Ad esso, sempre secondo il modo tradizionale di vedere le cose, si opporrebbe il **diritto soggettivo**. Questa distinzione, a ben vedere, è frutto di uno degli errori prospettici nei quali più frequentemente incorre il linguaggio giuridico, e cioè la trasformazione del giudizio di liceità/illiceità sulle condotte umane nel quale, in definitiva, si risolve la norma, in costrutti verbali che sembrerebbero alludere ad enti, o sostanze, reali ("diritto soggettivo", "interesse legittimo", "onere", ecc.). Come si è già visto, invece, tutte queste formule altro non sono che un modo sintetico di indicare la misura nella quale a ciascuno è consentito (sfera del lecito), non è consentito o, addirittura, è vietato (sfera dell'illecito), agire. Ad es., si è detto più sopra che l'essere titolari del diritto di proprietà equivale alla possibilità di adottare comportamenti del tipo abitare la casa, darla in locazione o alienarla; mentre essere titolari del diritto di usufrutto abilita alle prime due opzioni ma non alla terza.

Dunque, tra diritto oggettivo e diritto soggettivo non vi è nessuna differenza e, anzi, bisogna aggiungere che tutto il diritto è diritto oggettivo, mentre la locuzione “diritto soggettivo” indica soltanto una tecnica di sistemazione concettuale e di espressione verbale del medesimo diritto oggettivo, o di sue parti. È opportuno, quindi, abbandonare questa distinzione, anacronistica sotto il profilo culturale e fuorviante sotto il profilo teorico.

2.2. *La produzione del diritto: le fonti*

Tra le norme che compongono un sistema giuridico (e che vengono indicate, come si è visto, con l'espressione diritto oggettivo o con quella, sostanzialmente equivalente, **diritto positivo**) ve ne sono alcune, molto particolari, che soddisfano l'esigenza di individuare le condizioni necessarie alla creazione di nuove norme giuridiche. Il diritto vive nella storia e la storia, per definizione, evolve provocando trasformazioni talvolta anche radicali: è ovvio, dunque, che anche la regolazione giuridica dei fatti storici debba via via adeguarsi al loro mutamento. Da qui, appunto, l'esistenza di norme che stabiliscono i modi attraverso i quali è possibile dare vita a nuove norme, quelle che poi si incaricano direttamente della disciplina dei fenomeni oggetto di regolazione giuridica.

Fonti del
diritto

Anche queste norme sulla produzione di norme (**norme di secondo grado o metanorme**) si comportano come enunciati linguistici con funzione prescrittiva. Esse si indirizzano a destinatari qualificati – gli organi costituzionali investiti del potere di creare norme giuridiche (ad es. il Parlamento: v. l'art. 70 Cost.) e gli organi costituzionali investiti del potere di applicare le norme giuridiche (ad es., la Magistratura: v. l'art. 102 Cost.) – imponendo, ai primi, l'adozione di un certo procedimento per l'emanazione di nuove norme giuridiche (v. ad es., gli artt. 70-77 Cost. in materia di “formazione delle leggi”) e ai secondi di astenersi dall'applicare norme che non siano state confezionate nel rispetto di quella procedura (questo è, probabilmente, il significato dell'espressione “i giudici sono soggetti soltanto alla legge”: v. art. 101, co. 2, Cost.).

Le norme di cui stiamo parlando costituiscono le **fonti del diritto**. Al riguardo è necessaria una precisazione. Il linguaggio corrente, ma anche il linguaggio del legislatore, usano la locuzione “fonti del diritto” per indicare taluni fatti normativi che si collocano all'esito della procedura richiesta per la produzione di quegli stessi fatti: ad es., secondo l'art. 1 Prel. “sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) le norme corporative; 4) gli usi”. Questo modo di esprimersi genera un'ambiguità perché sembra lasciare intendere che “fonti del diritto” siano la legge X, il regolamento Y, ecc., mentre invece quella di “fonte del diritto” è una nozione irriducibile al singolo fatto normativo: in altri termi-

ni, intanto la legge X o il regolamento Y possiedono un'efficacia regolativa in quanto sono state poste in essere nel rispetto delle norme che disciplinano il procedimento di formazione della legge, del regolamento, ecc.

In sintesi: quando si dice, ad es., che “nell'ordinamento giuridico italiano la legge è fonte del diritto”, si intende dire che nell'ordinamento giuridico italiano prendono il nome di legge le norme poste in essere nel rispetto del procedimento descritto dagli artt. 71-77 Cost.: e, dunque, che la parola “legge”, associata alla locuzione “fonte del diritto” è la sintesi verbale delle metanorme di cui agli artt. 71-77 Cost. In questo senso si parla di **fonti di produzione**, mentre si parla di **fonti di cognizione** per indicare il singolo atto normativo, la singola legge.

Gerarchia
delle fonti

Una caratteristica comune a gran parte dei sistemi giuridici contemporanei è rappresentata dalla circostanza che le fonti del diritto siano disposte **gerarchicamente**. Ciò significa che le norme di cui si compone un sistema giuridico possiedono una **forza normativa** diversa, a seconda della tipologia di fonte del diritto alla quale appartengono. Il primato di una fonte normativa sulle altre ha una duplice conseguenza. La prima di tali conseguenze è che, in caso di conflitto o **antinomia**, ossia di norme che in ordine al medesimo fatto statuiscano in modo diametralmente opposto, la norma di rango superiore **prevarrà** sulla norma di rango inferiore la quale pertanto **non** produrrà alcun effetto; la seconda di tali conseguenze è che la norma di rango inferiore non potrà mai **abrogare** (cioè togliere efficacia) ad una norma di rango superiore.

Antinomie

A proposito delle **antinomie**, è opportuno ricordare che quello gerarchico non è l'unico criterio disponibile per risolvere un conflitto tra norme, tanto più che un tale conflitto ben può instaurarsi tra norme dello stesso rango (ad es., due norme di legge).

In tal caso soccorrono i due criteri della norma posteriore che prevale sulla norma anteriore (*lex posterior derogat anteriori*) e del criterio della norma speciale che prevale sulla norma generale (*lex specialis derogat generali*). Ad es., la norma secondo la quale, nel caso della donazione, il requisito della forma scritta può essere soddisfatto solo dall'atto pubblico (art. 782, co. 1) riveste carattere di specialità e prevale sulla regola generale enunciata dall'art. 1350, secondo la quale la forma scritta, oltre che dall'atto pubblico, è soddisfatta anche dalla scrittura privata.

2.2.1. La Costituzione

La teoria e la dogmatica delle fonti del diritto (per dogmatica, in questo contesto, si deve intendere la ricostruzione del sistema delle fonti del diritto per come esso viene configurandosi all'interno di un

ordinamento giuridico determinato) sono di competenza di discipline quali la **teoria generale del diritto** e il **diritto costituzionale**. Tuttavia, per il peso che l'argomento riveste in qualsiasi settore dell'ordinamento giuridico, è opportuno, una volta datane la nozione essenziale, approfondire un minimo il discorso, proprio con riguardo alla disciplina positiva delle fonti nel sistema giuridico italiano.

A tal fine è necessario prendere le mosse dal già richiamato art. 1 Prel., secondo il quale sono fonti del diritto: “1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) le norme corporative; 4) gli usi”. Questa norma, oltre a risultare equivoca, per le ragioni indicate in precedenza, sul piano di un corretto inquadramento della nozione di “fonti del diritto”, deve anche considerarsi largamente superata dal punto di vista storico: essa, infatti, entrata in vigore insieme con il codice civile del 1942, rispecchia in modo abbastanza fedele l'ordine costituzionale del periodo fascista al quale, da lì a breve, succederà la nuova democrazia repubblicana che, viceversa, trova la sua espressione giuridica più compiuta nella Costituzione del 1948.

Costituzione

Proprio l'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica ha determinato un totale **stravolgimento** del sistema delle fonti. Prima di affrontare questo discorso, bisogna ricordare che già tra la seconda metà del 1943 e il 1944 l'ordinamento corporativo (r.d.l. n. 721/1943) e le organizzazioni sindacali fasciste (d.lgs.lt. n. 369/1944) erano stati soppressi, con la conseguenza che le “norme corporative” sparivano dall'elenco di cui all'art. 1 Prel.

Modelli di costituzione

Ma, come si è già detto, il fatto davvero cruciale per il nuovo assetto del sistema delle fonti è rappresentato dalla Costituzione, e ciò per ragioni sia di ordine formale sia di ordine sostanziale.

Dal punto di vista **sostanziale**, la Costituzione italiana del 1948 – al pari di quasi tutte le carte costituzionali del Novecento, a cominciare da quella della Repubblica di Weimar approvata nel 1919 – ha un contenuto molto più ampio di quello delle classiche costituzioni ottocentesche, le quali, sostanzialmente, si limitavano a dettare la disciplina dei rapporti tra i poteri dello stato e a individuare diritti dei cittadini posti al riparo da possibili abusi e arbitri da parte dell'autorità pubblica (libertà nelle sue varie articolazioni, proprietà).

Le costituzioni dell'Ottocento – compreso lo Statuto albertino del 1848 – sono l'espressione più pura di una cultura (quella borghese-liberale) dominata dall'esigenza della certezza del diritto e della conservazione dell'ordine socio-economico. La borghesia, infatti, da un lato era fortemente interessata ad uno Stato forte che la difendesse dalle proteste e dalle rivendicazioni dei non abbienti, dall'altro temeva uno Stato troppo forte il quale, da garante delle sue prerogative, da “guardiano notturno della borghesia”, si trasformasse ancora una volta nel minaccioso Leviatano contro il quale, in nome degli immortali principi dell'89,

essa aveva combattuto e vinto la Rivoluzione francese. Da qui, appunto, l'architettura delle costituzioni liberali, che promuovono una organizzazione istituzionale caratterizzata da una netta e chiara **divisione** di compiti tra i diversi organi dello Stato (Parlamento, Governo, Magistratura) e dalla individuazione di limiti ben precisi al **legittimo** esercizio della potestà pubblica.

Le costituzioni del Novecento, viceversa, sono espressione di società molto più complesse ed eterogenee di quella protoborghese che aveva dominato pressoché incontrastata per buona parte del secolo precedente. In esse si riflette l'esigenza, per un verso, di individuare alcuni principi e valori condivisi da tutti e, dall'altro, di prospettare una trasformazione graduale dell'ordine socio-economico da realizzarsi fondamentalmente attraverso l'iniziativa del legislatore nel segno di una maggiore giustizia e di una maggiore eguaglianza tra le varie classi sociali.

Costituzioni di questo tipo, dunque, non si limitano a definire l'architettura dei rapporti tra i poteri dello Stato ovvero a porre limiti all'esercizio della potestà pubblica: esse contengono anche una **tavola di valori** (dignità della persona umana, libertà, eguaglianza, giustizia, ecc.) che vincola tutti i soggetti, pubblici o privati, presenti nell'ordinamento giuridico (si pensi alla Parte I della Costituzione italiana).

Ne discende che mentre le norme costituzionali tradizionalmente intese esauriscono il loro raggio d'azione nell'ambito dei rapporti tra poteri pubblici e tra poteri pubblici e cittadini, le norme costituzionali che positivizzano (conferiscono, cioè, efficacia normativa massima a) valori quali, appunto, l'eguaglianza, la giustizia, ecc., estendono il loro raggio d'azione anche all'ambito dei **rapporti tra i privati**: ciò che, come si vedrà più avanti, ha conseguenze molto importanti anche per il diritto privato.

Rigidità
della
Costituzione

Sotto il profilo **formale**, la Costituzione italiana del 1948 – ancora una volta al pari di molte costituzioni contemporanee e a differenza dello Statuto albertino, la Carta costituzionale concessa da Carlo Alberto nel 1848 e formalmente rimasta in vigore fino a tutto il ventennio fascista – si caratterizza a causa della sua **rigidità**. Ciò significa che le disposizioni costituzionali non possono essere abrogate o modificate se non da norme dotate di una eguale **forza normativa**.

Dal punto di vista applicativo, la rigidità della Costituzione implica, in quasi tutti gli ordinamenti giuridici che adottino la stessa regola, il ricorso a **due** distinte tecniche di preservazione del primato della Costituzione stessa.

Revisione
costituzionale

La **prima** di queste tecniche è rappresentata dalla previsione di un procedimento differenziato e più complesso (**procedimento aggravato**) per “le leggi di revisione costituzionale e le altre leggi costituzionali” (art. 138 Cost.).

Ciò significa che ove le forze politiche presenti in Parlamento deci-