

I

IL DIRITTO

1. Il diritto privato nel sistema giuridico
2. Diritto privato e diritto pubblico
3. Le fonti del diritto privato

1

IL DIRITTO PRIVATO NEL SISTEMA GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Di cosa si occupa il diritto privato. – 2. La funzione del diritto privato: interessi e conflitti. – 3. Diritto oggettivo e diritti soggettivi. – 4. Le norme giuridiche. – 5. L'applicazione delle norme giuridiche: la «fattispecie». – 6. L'interpretazione delle norme giuridiche. – 7. Criteri, limiti e spazi dell'interpretazione. – 8. Le lacune del diritto, e l'analogia. – 9. L'argomentazione giuridica. – 10. Gli interpreti delle norme, e la giurisprudenza.

1. Di cosa si occupa il diritto privato

Il diritto privato si occupa di aspetti e fenomeni importanti della vita economico-sociale.

Si occupa delle **organizzazioni** create per obiettivi generali o comuni a più persone, che il singolo individuo non sarebbe in grado di realizzare agendo in modo isolato. Considera sia i rapporti interni all'organizzazione, fra coloro che ne fanno parte; sia i rapporti fra l'organizzazione e il mondo esterno. Parole chiave: associazioni, fondazioni, società, assemblea, amministratori.

Si occupa dei **beni**, cioè delle entità capaci di soddisfare interessi e bisogni umani. Più precisamente si occupa dell'**uso dei beni**: stabilendo chi può usarli e chi no; in che modi e in che limiti possono essere usati. Parole chiave: proprietà, diritti reali, mobili, immobili, comunione, possesso.

Si occupa di **debiti e crediti**, cioè dei rapporti fra chi è debitore, obbligato a dare o fare qualcosa nell'interesse di un altro, e quest'altro (il creditore), che può pretendere quel qualcosa da lui. Parole chiave: obbligazione, parti e terzi, prestazione, adempimento, inadempimento, garanzia.

Si occupa di **contratti**: il principale strumento legale per movimentare risorse e realizzare operazioni economiche. Hanno a che fare con i fenomeni appena considerati: infatti incidono sulla proprietà e sull'uso dei beni; creano debiti e crediti (il contratto di vendita sposta la proprietà della cosa venduta

dal venditore al compratore; crea il debito del compratore per il pagamento del prezzo al venditore, che ha il relativo credito). Parole chiave: volontà, accordo, formazione, forma, rappresentanza, prestazione e controprestazione, onerosità e gratuità, esecuzione, effetti, rimedi, validità e invalidità, risoluzione.

Si occupa dei **danni**: quando qualcuno subisce l'aggressione di un suo bene (una lesione fisica, una sofferenza morale, la distruzione di una cosa, la necessità di sostenere spese, l'andata in fumo di un possibile guadagno) il diritto privato stabilisce se questa perdita rimane a carico del danneggiato o se invece il danneggiato la può ribaltare su qualcun altro, pretendendo da lui l'equivalente in denaro del danno sofferto. Parole chiave: responsabilità civile, risarcimento, responsabilità contrattuale o extracontrattuale, nesso di causalità, dolo, colpa.

Si occupa delle **attività economiche organizzate**, svolte da operatori economici professionali che producono beni e servizi e li scambiano sul mercato. Parole chiave: impresa, azienda, società, concorrenza, consumatori, lavoro, fallimento.

Si occupa della **famiglia**, cioè fondamentalmente delle relazioni fra marito e moglie, e fra genitori e figli: negli aspetti sia personali sia economici; e anche con riferimento all'eventuale crisi del rapporto di coppia. Parole chiave: matrimonio, convivenza extramatrimoniale, comunione e separazione dei beni, figli legittimi e naturali, potestà, adozione, separazione, divorzio.

Si occupa infine delle **successioni per causa di morte**: cioè di quello che accade ai beni, ai debiti e ai crediti di una persona, quando questa muore. Parole chiave: eredità, legato, testamento, legittima.

2. La funzione del diritto privato: interessi e conflitti

Dei fenomeni elencati sopra, il diritto privato si occupa allo scopo di regolarli: e cioè di indirizzare i comportamenti degli uomini, coinvolti in quei fenomeni, in un senso che sia socialmente desiderabile; o comunque di far corrispondere ai comportamenti umani le conseguenze socialmente più appropriate.

Questa funzione si comprende meglio, partendo dal concetto di **interesse**, che è *la tensione dell'uomo verso qualcosa che serve a soddisfare suoi bisogni*. Facciamo un esempio. Il signor X ha, fra i tanti suoi bisogni, quello di un luogo dove abitare; tale bisogno può essere ben soddisfatto da una certa casa; perciò egli ha un interesse verso quella casa, che intende usare come propria abitazione. Il diritto privato prende in considerazione tale interesse, dandogli una sistemazione. Questa può essere favorevole a X, stabilendo che egli ha la possibilità di abitare in quella casa perché ne ha la proprietà o l'usufrutto, oppure perché l'ha presa in locazione o in comodato (cioè in prestito gratuito)

dal proprietario. O viceversa la sistemazione può essere sfavorevole a X, stabilendo che egli non ha la possibilità di abitarci perché questa possibilità spetta a un altro.

E infatti spesso *l'interesse di uno può risultare incompatibile con l'interesse di un altro*: in questo caso nasce, o può nascere, un **conflitto** fra i portatori degli interessi in contrasto. Funzione del diritto privato è risolvere tali conflitti, e se possibile prevenirli. Se X e Y vorrebbero entrambi usare per sé la stessa casa, il diritto privato risolve il conflitto stabilendo che nel conflitto prevale X, per qualche ragione: o perché la proprietà della casa spetta a lui e non a Y; oppure perché anche se il proprietario è Y, X ha preso la casa in locazione da lui. Ma se, in quest'ultima situazione, risultasse che X non paga regolarmente l'affitto al proprietario Y, allora il diritto privato stabilirebbe che – nel conflitto – prevale Y, al quale si dà la possibilità di recuperare l'uso della casa mandando via X.

Tale *funzione di risoluzione dei conflitti* è molto importante, perché evita che i cittadini si facciano giustizia da sé, e così assicura la pace sociale. Se non ci fosse il diritto a stabilire che X deve lasciare libera la casa di Y, e a fare sì che ciò effettivamente si verifichi, di fronte a X che rifiuta di sgombrare Y cercherebbe di recuperare casa sua con l'uso della forza; e X a sua volta resisterebbe con la forza. Con la conseguenza che la società umana sarebbe intollerabilmente disordinata e violenta.

Oltre a evitare che i conflitti si risolvano con l'uso della forza, il diritto ha pure la *funzione di prevenire i conflitti*: se X sa che, in base al diritto, egli deve lasciare la casa a Y, e che se non lo farà i meccanismi del diritto lo costringeranno a farlo, è probabile che egli si adegui spontaneamente alla pretesa di Y, così che fra i due neppure nasce il conflitto.

Gli interessi di cui si occupa il diritto privato non sono solo quelli di tipo economico-materiale, come nell'esempio fatto. Possono essere anche *interessi di tipo morale*, e pure in relazione a questi spesso sorgono conflitti. Il pubblico amministratore A ci tiene molto al suo onore, e quindi ha interesse a non essere offeso pubblicamente con accuse infamanti; ma il giornalista B ha invece interesse a scrivere per il suo giornale articoli dove si afferma o si lascia intendere che A è un amministratore disonesto e corrotto. Anche qui, il diritto privato si incarica di stabilire se prevale l'interesse di A o quello di B (in concreto: se B può pubblicare o meno quegli articoli; e, ammesso che li abbia già pubblicati, se A ha o meno la pretesa a qualche riparazione per la pubblicazione offensiva).

3. Diritto oggettivo e diritti soggettivi

Il «diritto» di cui abbiamo parlato fin qui – illustrandone la funzione di sistemare interessi, e di risolvere o prevenire conflitti – è il diritto in senso oggettivo (**diritto oggettivo**). Come vedremo fra poco, esso è un complesso o un «sistema» di norme giuridiche.

Ma diciamo subito che «diritto» può avere anche un altro significato. Inteso in senso soggettivo (e cioè come attributo di una persona), **diritto soggettivo** significa *potere di azione o pretesa che uno ha verso qualcun altro*. Così, il «diritto» di proprietà è un diritto soggettivo, perché è il potere del proprietario di usare liberamente le sue cose; ugualmente il «diritto» di credito, che è la pretesa del creditore di ottenere il pagamento dal debitore. Se dico che il «diritto» privato italiano dà al padrone di casa il «diritto» di mandar via l'inquilino che non paga il canone di locazione, uso il termine la prima volta nel senso di diritto oggettivo, la seconda come diritto soggettivo.

Fra i due elementi c'è peraltro una connessione molto stretta, nel senso che *i diritti soggettivi dipendono dal diritto oggettivo*: è il diritto oggettivo che stabilisce quali sono, a chi spettano e in che cosa consistono i diritti soggettivi.

4. Le norme giuridiche

Il diritto oggettivo è una realtà complessa, fatta di tanti elementi collegati fra loro. L'elemento base che costituisce la struttura del diritto oggettivo è rappresentato dalle norme del diritto, o norme giuridiche («giuridico», dal latino *ius* = diritto, significa appunto «relativo al diritto»). Per realizzare le sue funzioni di sistemazione degli interessi e prevenzione/risoluzione dei conflitti, *il diritto deve influire sui comportamenti umani*, per orientarli nel senso corrispondente alle gerarchie di interessi (alle scelte politiche) che il diritto stesso fa proprie. E la norma giuridica è lo strumento fondamentale di cui il diritto si serve a questo fine.

La norma giuridica funziona attraverso la *combinazione di tre elementi: regola, sanzione, apparato*.

La norma giuridica consiste prima di tutto in una **regola**, che generalmente è una *regola di condotta indirizzata agli uomini per orientarne il comportamento nel senso desiderato*: paga i debiti, non fare danno agli altri, provvedi al mantenimento dei figli minorenni, ecc. Se la regola è osservata, vuol dire che il diritto ha raggiunto immediatamente il suo scopo: i comportamenti umani sono quelli socialmente desiderati.

Ma può invece accadere che la regola non sia osservata: per questi casi c'è la necessità di una sanzione. La **sanzione** è la *conseguenza che la norma giuridi-*

ca fa derivare dalla violazione della regola: se ad es., è violata la regola sul pagamento dei debiti, la sanzione consiste nel prelevare forzosamente dal patrimonio del debitore la somma dovuta, che viene data al creditore; se è violata la regola che vieta di danneggiare gli altri, la sanzione è che il responsabile della violazione deve pagare un risarcimento al danneggiato.

Normalmente la *violazione della regola* è, al tempo stesso, *lesione dell'interesse* che con quella regola il diritto vuole affermare e proteggere: negli esempi di prima, l'interesse del creditore a ricevere ciò che il debitore gli deve. E il ruolo della sanzione si spiega proprio in relazione all'interesse leso.

In alcuni casi la sanzione serve a *ripristinare l'interesse leso, cancellando l'effetto indesiderato prodotto dalla violazione della regola*: è il caso della sanzione per il mancato pagamento dei debiti. Qui la sanzione ha un ☞ **ruolo satisfattivo**, nel senso che soddisfa in modo diretto e pieno l'interesse leso. In altri casi la sanzione non ha questo potere: dare un risarcimento in denaro al proprietario del quadro distrutto non recupera l'integrità del quadro. Qui la sanzione ha un ☞ **ruolo compensativo**: serve a compensare la vittima della violazione con qualcosa che *non ripristina l'interesse leso, ma semplicemente lo sostituisce con un surrogato di valore economico equivalente*. Qualche volta la sanzione né ripristina l'interesse leso né lo compensa con un valore equivalente: se un marito viola gravemente i suoi doveri matrimoniali, la moglie può ottenere la separazione con addebito a carico di lui (il che comporta una serie di conseguenze negative). Qui la sanzione ha un ☞ **ruolo punitivo**, perché punta essenzialmente a *colpire un comportamento riprovevole*. Peraltro, anche in questo caso essa mantiene pur sempre un collegamento con l'interesse leso. Infatti i coniugi sanno che se violeranno la regola sui doveri matrimoniali, si esporranno alle conseguenze sgradevoli di una separazione con addebito. La paura di subirle indurrà molti coniugi a non violare quella regola, e quindi realizzerà l'interesse al rispetto dei doveri matrimoniali, che è la sostanza di essa: in questo senso la sanzione ha un ☞ **ruolo deterrente**, o **preventivo**. In realtà tutte le sanzioni hanno un qualche ruolo preventivo: di solito i debiti sono pagati spontaneamente, anche perché i debitori sanno che se non pagano subiranno l'umiliazione e il fastidio di un'esecuzione forzata sul loro patrimonio; molti danni si evitano, perché i potenziali danneggiati stanno attenti a non causarli anche per non esporsi all'obbligo di risarcirli.

Finora gli esempi hanno riguardato regole che impongono o vietano comportamenti, e sanzioni conseguenti alla violazione dell'obbligo o del divieto. In realtà, nel diritto privato esistono molte regole di tipo un po' diverso: consistenti nel *disporre determinati effetti legali, in dipendenza del verificarsi di certe situazioni* (che non necessariamente consistono nella violazione di obblighi o divieti di condotta). Si pensi alla regola per cui la proprietà della cosa venduta passa al compratore nel momento in cui si firma il contratto di vendita (e

non col pagamento del prezzo, o con la consegna della cosa). Lo schema è, comunque, sempre quello che si esprime nella formula «*se (a), allora (b)*»: dove (a) è una situazione verificata come reale (ad es. un comportamento umano che violando qualche obbligo o divieto fa danno a qualcuno, oppure la firma di un contratto di vendita), mentre (b) è la conseguenza legale della situazione verificata (la sanzione del risarcimento del danno, o rispettivamente il passaggio di proprietà della cosa venduta).

L'intervento della sanzione (o comunque il verificarsi di conseguenze legali) apre però un ulteriore problema, decisivo per il concreto funzionamento della norma giuridica: *chi applica la sanzione (o comunque rende operative le conseguenze legali)? In che modo? Con quali mezzi?* A ciò provvedono appositi **apparati**: essenzialmente *pubblici funzionari, col compito di verificare eventuali violazioni delle regola del diritto, applicando le relative sanzioni secondo procedure stabilite dal diritto stesso*. Se il debitore non paga il debito, entrano in gioco giudici, ufficiali giudiziari, cancellieri che svolgono operazioni dirette prima a verificare che davvero il debito esista e non sia stato pagato e non vi siano giustificazioni del mancato pagamento; e quindi, verificato tutto ciò, a fare in modo che il creditore riceva quanto gli spetta, a spese del debitore.

Senza questo complesso di apparati (professionisti, attività, mezzi materiali) la sanzione non potrebbe operare; ma senza sanzione la regola rischierebbe di essere vana. Ecco perché le norme giuridiche (il diritto oggettivo) implicano una combinazione di regole, sanzioni e apparati.

Sinonimi di diritto (oggettivo), usati abitualmente, sono le espressioni **sistema giuridico**, oppure **ordinamento giuridico**: che indicano *l'insieme delle norme giuridiche che organizzano la vita di una determinata società*. Con questi termini, per un verso si richiama il dato di complessità, organizzazione, connessione di vari elementi che caratterizza il diritto oggettivo; per altro verso si rinvia alla funzione fondamentale di questo: «ordinare» una società (renderla «ordinata») significa infatti risolvere e prevenire i conflitti di interessi esistenti al suo interno.

Nel seguito incontreremo anche l'espressione **istituto giuridico**. Essa indica *l'insieme delle norme giuridiche che regolano qualche importante fenomeno della vita sociale*: ad es. l'istituto del matrimonio è l'insieme delle norme che regolano l'unione stabile e formalizzata fra un uomo e una donna; l'istituto della proprietà è l'insieme delle norme che disciplinano l'uso delle cose; e così via per altri istituti come il contratto, la responsabilità, il testamento, ecc.

5. L'applicazione delle norme giuridiche: la «fattispecie»

Applicare una norma giuridica significa formulare un giudizio: giudicare se un dato comportamento (o in genere una data situazione) faccia scattare o meno la sanzione (o in genere la conseguenza legale) prevista da quella norma. L'applicazione della norma implica dunque l'incrocio fra un dato empirico (che cosa è successo nella realtà) e un dato giuridico (che cosa prevede la norma in tal caso).

Ora, le norme giuridiche presentano le caratteristiche della generalità e dell'astrattezza: **generalì** significa che s'indirizzano a una *moltitudine indeterminata di destinatari*; **astratte** significa che risultano applicabili a un *numero indeterminato di situazioni concrete*: situazioni non prefigurabili in modo preciso nel momento in cui viene posta la norma. La situazione concreta viene in evidenza nel momento in cui la norma deve essere applicata: l'applicazione serve appunto ad accertare se quella situazione particolare e concreta rientra o meno nella previsione generale e astratta formulata dalla norma. Si consideri ad es. il tamponamento verificatosi per colpa di X, da cui l'auto di Y esce semidistrutta: si tratta di applicare la norma che dice «non fare danno ad altri, e se lo fai risarcisci». Questa norma non è stata fatta per vietare proprio a X di tamponare proprio Y, bensì per vietare a chiunque di tamponare (anzi, di danneggiare nei mille altri modi possibili, anche diversi dal tamponamento) chiunque altro. Quando si verifica che X ha tamponato Y, e perciò lo si processa e lo si condanna al risarcimento, ecco che la norma s'individualizza in relazione a quel concreto danneggiamento, dando luogo a un'applicazione particolare della previsione generale e astratta che vieta qualsiasi danneggiamento, da chiunque e comunque compiuto.

Viene in gioco a questo punto un concetto molto importante per chi si occupa di diritto: **fattispecie**, che letteralmente significa (dal latino) «immagine del fatto». Di solito la norma contiene la descrizione di un fatto, definito in base ad alcuni elementi che lo caratterizzano, in modo tale che quella descrizione può adattarsi a una moltitudine di eventi storici, i quali presentino tutti quegli elementi caratteristici. Tale descrizione è la fattispecie **astratta**: ad es., nella norma sul risarcimento del danno (art. 2043) «qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto». Se un certo giorno, in un certo luogo, X per distrazione o imprudenza tampona Y e semidistrugge la sua auto, questo particolare evento corrisponde alla descrizione fatta in generale dalla norma: è, come si dice, una fattispecie **concreta** che può essere inquadrata nella fattispecie astratta della norma. Con la conseguenza che a X viene concretamente applicata la sanzione del risarcimento, astrattamente prevista a carico di chiunque fa un danno. *L'operazione logica con cui si verifica che una fat-*

tispecie concreta corrisponde a una fattispecie astratta si chiama anche **qualificazione della fattispecie** (concreta).

Può accadere che per individuare il trattamento giuridico di una fattispecie concreta, non basti applicare ad essa una singola norma, ma occorra *fare riferimento a due o più norme, coordinandole fra loro*. Se ad es. A compra un immobile basando questa decisione su un errore, per vedere se può cancellare l'acquisto bisogna applicare tre norme: quella per cui i contratti possono essere annullati, se fatti in base a un errore essenziale e riconoscibile (art. 1428); quella che dice quando un errore è essenziale (art. 1429); quella che dice quando un errore è riconoscibile (art. 1431). Si usa allora l'espressione *combinato disposto*: la soluzione giuridica deriva dal combinato disposto delle tre norme.

Il carattere generale e astratto delle norme giuridiche si collega alla funzione del diritto, che è *organizzare la società nel suo complesso*: cosa che non sarebbe possibile, se le norme non s'indirizzassero appunto alla generalità dei consociati, e non abbracciassero la generalità delle situazioni sociali da regolare. Inoltre, esso costituisce una *garanzia di uguale trattamento (non discriminazione)* dei destinatari delle norme. Ciò non toglie che, per regolare particolari situazioni e soddisfare particolari esigenze, si facciano talora norme che non sono – o non sono completamente – generali e astratte; bensì sono *norme speciali, eccezionali* o addirittura *singolari*.

6. L'interpretazione delle norme giuridiche

Applicare la norma significa stabilire se la fattispecie concreta di cui ci si occupa corrisponde alla fattispecie astratta descritta dalla norma stessa. Una visione semplicistica potrebbe suggerire che si tratta di un semplice *sillogismo*: dove la fattispecie astratta (la norma) è la premessa maggiore, il fatto da trattare giuridicamente (la fattispecie concreta) è la premessa minore, e la decisione legale del caso (ad es., la sentenza del giudice che dà ragione a un litigante e torto all'altro) è la conclusione. Il problema è che spesso il fatto presenta sfumature e complessità che rendono difficile accertarlo con precisione; e che altrettanto spesso la norma non è formulata in modo abbastanza chiaro per poter dire con tranquillità se si riferisce o meno a quel fatto.

Ecco perché, per applicare la norma, bisogna prima interpretarla. Interpretazione (o, con parola d'origine greca, «*ermeneutica*») delle norme giuridiche è l'attività finalizzata a *identificare il giusto significato delle parole, e dei loro collegamenti sintattici, che la norma usa per descrivere la fattispecie astratta*.

Il problema dell'interpretazione si pone soprattutto quando le parole delle norme (o le loro connessioni sintattiche) sono *ambigue*, cioè si prestano a esprimere *significati diversi e contrastanti fra loro*. Consideriamo ad es. la paro-

la «famiglia»). Essa compare nella costituzione (art. 30, c. 3) dove si dice che i figli naturali (nati da genitori non sposati fra loro) sono tutelati solo compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima: qui la giusta interpretazione è quella che limita il concetto di «famiglia» al nucleo composto dai genitori e dai figli (con esclusione di altri parenti più lontani). Troviamo la stessa parola nel codice civile, all'art. 230-*bis*, che regola il lavoro prestato «nella famiglia»: in quest'altra norma, «famiglia» ha un significato diverso e più ampio, perché comprende non solo genitori e figli, ma anche familiari più lontani (fratelli, zii, nipoti, cognati ecc.).

Nel primo caso si ha ☞ **interpretazione restrittiva**, che dà alle norme un *significato più limitato rispetto ad altri possibili*; nel secondo caso si ha ☞ **interpretazione estensiva**, che individua un *significato più ampio rispetto ad altri possibili*.

Se ne ricava che «norma» può significare due cose diverse: ☞ norma come **testo**, e cioè come *l'insieme delle formule linguistiche* con cui la norma è espressa dalla sua fonte (3.1); ☞ norma come **precetto**, che corrisponde al preciso *significato da attribuire al testo*, e definisce la *regola effettivamente imposta* ai destinatari della norma). È chiaro quindi che a un medesimo testo normativo possono corrispondere precetti normativi diversi: l'interpretazione serve proprio a scegliere quello giusto.

7. Criteri, limiti e spazi dell'interpretazione

L'interpretazione delle norme è un'attività regolata dal diritto: chi interpreta, non può impiegare a suo arbitrio i criteri che gli sembrano soggettivamente i migliori; deve seguire i criteri fissati dalle *norme giuridiche che regolano l'interpretazione*. Tali regole si trovano fondamentalmente nell'art. 12 prel., per cui l'interprete deve attribuire alle norme il senso indicato «dal *significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*». Ne emergono i due fondamentali criteri dell'interpretazione: criterio letterale e criterio logico:

☞ per il **criterio letterale**, le norme vanno interpretate secondo il *comune significato che le parole e le frasi del testo hanno nella lingua italiana*. Per essere autosufficiente, questo criterio presuppone però che tale significato sia univoco. Quando invece il testo normativo è ambiguo, e sopporta più significati, il criterio letterale non basta e si deve ricorrere al criterio logico;

☞ il **criterio logico** porta a prescegliere, fra i vari significati possibili in base al criterio letterale, quello che meglio corrisponde alla *intenzione del legislatore*. A sua volta, tale concetto può intendersi in due modi: soggettivo e oggettivo.

Inteso *in senso soggettivo*, esso si riferisce alle opinioni e agli intenti concretamente manifestati da coloro che hanno formulato la norma (ad es., i membri del Parlamento che hanno approvato una legge): si può parlare, al riguardo, di ☞ **criterio psicologico**, per la cui applicazione è molto importante l'esame dei *lavori preparatori* (ad es. le discussioni svolte in Parlamento, o le modifiche via via subite dal testo durante l'approvazione della legge). Peraltro, questa concezione antropomorfa del legislatore è poco realistica: il legislatore non è una persona: è un insieme complesso e sovente confuso di tante persone, gruppi, attività e procedure, a cui è difficilissimo riferire una «intenzione» univoca (tanto più quando la norma è stata fatta molto indietro nel tempo). È più realistico concepire l'intenzione del legislatore *in senso oggettivo*: e cioè come lo scopo (*il tipo di sistemazione degli interessi*) che obiettivamente la norma mira a realizzare (come si usa anche dire, la sua *ratio*), a prescindere da ciò che soggettivamente pensavano o volevano i suoi autori materiali: si parla allora di ☞ **criterio teleologico** (dal greco «telos» = scopo).

L'interpretazione può essere aiutata anche dal ☞ **criterio sistematico**, che tiene conto delle altre norme giuridiche in qualche modo collegate alla norma da interpretare (ad es., interpretando una norma sui rapporti fra marito e moglie, si dovrà preferire il significato più coerente con le altre norme relative alla materia coniugale); nonché dal ☞ **criterio storico**, per cui l'interprete confronta e collega la norma da interpretare con quelle che l'hanno preceduta nel regolare la stessa materia.

Un punto delicato è: *il criterio letterale può essere messo fuori gioco dagli altri criteri ora indicati?* Si può dare alla norma un significato che non corrisponde alla lettera del testo, ma che risulti più aderente ai lavori preparatori (criterio psicologico), allo scopo della norma (criterio teleologico) all'insieme delle norme collegate (criterio sistematico), ai precedenti (criterio storico)? Sembra di poter dire: *sì, ma con prudenza*. La lettera del testo ha una sua forza; per superarla, occorrono ragioni e argomenti ancora più forti.

I criteri legali d'interpretazione vincolano gli interpreti, che non sono liberi di applicare criteri diversi (ad es. il senso di giustizia sociale, o l'opportunità politica). C'è una *divisione di ruoli fra chi fa le norme e chi le interpreta*, che va rispettata senza invasioni di campo: il giudice non deve pretendere di trasformarsi in legislatore (lo dice con chiarezza l'art. 101, c. 2, C.: «I giudici sono soggetti ... alla legge»). Ciò non significa che interpretare le norme sia un'operazione meccanica. L'interprete non è un automa telecomandato, ma ha sempre dei *margini di libertà, discrezionalità, autonomia*; ed entro questi margini può scegliere fra interpretazioni diverse. Tale scelta è inevitabilmente influenzata dalla sua sensibilità sociale e culturale: ecco perché lo stesso testo normativo può essere interpretato in modi diversi da interpreti diversi. E può essere influenzata dai costumi, dalle convinzioni, dai valori prevalenti nella società, e

dai loro cambiamenti: ecco perché lo stesso testo normativo può ricevere interpretazioni diverse in tempi diversi (per indicare questo fenomeno, si parla di *interpretazione evolutiva*). Un esempio chiarissimo è dato dall'art. 2043, che dice risarcibili i danni «ingiusti»: norma oggi interpretata in modo da considerare «ingiusti», e quindi risarcibili, tipi di danni che in passato, sulla base di una diversa interpretazione del medesimo testo, non si consideravano tali (43.4).

Naturalmente il grado di autonomia dell'interprete dipende dalla formulazione delle norme: è minore quando le norme sono formulate in modo analitico e puntuale; è maggiore quando si basano su *concetti ampi ed elastici* (come ad es. «buon costume», «buona fede», «correttezza», «ingiustizia»). Questi si chiamano **clausole generali**. La loro caratteristica è non avere significati buoni una volta per tutte, perché *ricevono significato dal contesto (sociale, culturale, economico) in cui devono essere applicate*: ciò esalta il ruolo dell'interprete, che per individuare il precetto deve fare da mediatore fra il testo normativo e il contesto. E siccome il contesto muta nel tempo, cambiano anche i significati da attribuire al testo: ciò che risultava contrario al «buon costume» 50 anni fa, può non esserlo oggi. Questa capacità di aggiornamento continuo dei significati precettivi dà alle clausole generali una *maggiore attitudine a durare nel tempo*, mentre le norme analitiche, che lasciano all'interpretazione margini strettissimi, invecchiano più rapidamente.

Ai discorsi svolti qui si lega il tema della **certezza del diritto**. La formula significa *possibilità di prevedere razionalmente quali conseguenze deriveranno, in base al diritto, da un determinato comportamento o fatto*. La certezza del diritto è socialmente utile, perché permette a chiunque di sapere con precisione quali sono i suoi diritti e i suoi obblighi, cosa può fare e cosa non può fare, cosa gli accadrà se farà questo invece di quest'altro, come sarà risolto quel certo conflitto che lo oppone a un'altra persona; dunque mette la gente in condizione di organizzarsi, fare scelte, prendere iniziative in modo sensato. Senza certezza del diritto, la vita individuale e sociale sarebbe aleatoria e confusa.

È chiaro il nesso con l'interpretazione delle norme: certezza del diritto equivale, fondamentalmente, a *certezza circa il modo in cui il diritto viene interpretato*. È in nome della certezza del diritto che l'interpretazione non è affidata al capriccio o al buon senso dell'interprete, ma deve obbedire a criteri fissati dalle norme; e che vale il principio per cui il giudice è soggetto alla legge, e non può creare norme nuove, in contrasto con le norme esistenti.

La certezza è un'esigenza. Ma sono un'esigenza anche il movimento e il cambiamento: e siccome questi, per definizione, creano un qualche grado di incertezza, fra le due esigenze può nascere contrasto. Uno dei problemi fondamentali del diritto è trovare il *giusto equilibrio fra certezza e cambiamento*: evitare che la certezza si irrigidisca nella conservazione e nell'immobilismo;

evitare che il cambiamento sia così disordinato e imprevedibile da generare dannosa incertezza.

8. Le lacune del diritto, e l'analogia

L'interprete può trovarsi a constatare che nessuna norma presente nell'ordinamento prevede la fattispecie concreta di cui sta cercando la disciplina. Si può allora dire che c'è una **lacuna** del diritto. Il fenomeno non deve sorprendere: di fronte a una realtà economico-sociale sempre più complessa e in continuo mutamento, è impossibile che tutti i suoi aspetti siano coperti da un'apposita norma che regoli in modo specifico ciascuno di essi. Intesa in questo senso, la *completezza dell'ordinamento giuridico* è un ideale non realizzabile.

Eppure tutti gli aspetti della realtà devono essere regolati dal diritto. Di fronte a qualunque situazione o rapporto, si deve sapere quali sono i diritti e gli obblighi delle persone coinvolte; di fronte a qualsiasi lite, si deve essere in grado di dire chi legalmente ha ragione e chi ha torto. Quindi l'ordinamento giuridico deve contenere uno strumento che permetta di arrivare comunque a questo risultato, anche in mancanza di una norma direttamente applicabile al caso concreto. In questo senso, l'ordinamento non può non essere completo: perché deve dare la *possibilità di individuare il trattamento giuridico di qualsiasi situazione o rapporto, anche quando manca una norma che lo regoli in modo specifico*. Lo strumento che serve a questo scopo è l'**analogia**.

L'analogia consiste nell'*applicare al caso, non direttamente previsto da nessuna norma, una norma che regola un caso simile o una materia analoga*. Il contratto di *leasing* non ha un'apposita disciplina legislativa, sicché nessuna norma prevede cosa accade quando il contratto si scioglie perché l'utilizzatore non paga regolarmente i canoni. I giudici affermano che alla fattispecie si applica «per analogia» quanto previsto dall'art. 1526 per la vendita a rate con riserva della proprietà. Questo tipo di contratto non si identifica col *leasing*: ma è abbastanza «simile» ad esso, per giustificare l'applicazione analogica.

Peraltro, l'uso dello strumento ha dei limiti. L'art. 14 prel. indica due categorie di norme che non possono applicarsi per analogia, cioè al di là dei casi e delle materie da esse specificamente previsti. Il **divieto di analogia** vale: ☞ per le **norme penali**, il cui campo di applicazione, per la *gravità delle sanzioni* previste, deve essere delimitato in modo assolutamente preciso e rigoroso, a garanzia dei cittadini; ☞ per le **norme eccezionali** o **speciali**, che *derogano a una qualche regola generale in nome di esigenze particolari e circoscritte*: se si è al di fuori di queste, è giusto che si ricada nella regola generale. Peraltro, anche delle norme eccezionali è possibile l'interpretazione estensiva (che non si identifica con l'analogia). Quando la norma prevede una certa disciplina per alcuni

casi, che elenca, c'è un altro modo per esprimere l'idea che essa non può applicarsi per analogia: dire che si tratta di un *elenco tassativo*.

Infine, possono esserci (rari) casi in cui, di fronte a un fatto da trattare giuridicamente, non si riesce a trovare neppure una norma la quale preveda casi simili o materie analoghe. In tale ipotesi, essendo impossibile il ricorso all'analogia, il caso va regolato applicando i **principi generali dell'ordinamento giuridico** (art. 12, c. 2, prel.): questi non s'identificano con questa o quella norma determinata, ma corrispondono ai criteri e alle regole fondamentali che (pur non essendo scritti in una precisa norma) stanno a base della nostra organizzazione giuridica, sociale e politica. Essi si ricavano per lo più da *complessi di norme che si ispirano a qualche obiettivo comune*, pur senza enunciarlo esplicitamente: ad es. dalle norme sui rapporti contrattuali fra inquilini e locatori, fra consumatori e imprese, fra lavoratori e datori di lavoro, può ricavarsi il principio della tutela del contraente più debole (32.13). In modo più diretto possono ricavarsi dalla *costituzione*: che afferma ad es. il principio di solidarietà fra gli uomini (art. 2 C.) e l'obiettivo di superare le disuguaglianze di fatto esistenti fra i cittadini (art. 3, c. 2, C.).

9. L'argomentazione giuridica

L'argomentazione giuridica è il *complesso delle operazioni logiche (e delle formule verbali che le esprimono) con cui, di fronte a un problema di applicazione di norme giuridiche, si sostiene una soluzione e se ne combattono altre*: che una certa norma va interpretata in un senso, e non in un altro; che una certa norma si applica o non si applica per analogia a un certo fatto; ecc. Lo scopo pratico dell'argomentazione giuridica è la persuasione: persuadere qualcun altro che la soluzione giuridica sostenuta è quella corretta in base alle norme.

Corrisponde ad essa gran parte dell'attività di coloro che svolgono professioni collegate con il diritto (c.d. *operatori giuridici*): è argomentazione giuridica quella con cui l'avvocato cerca di persuadere il giudice che il suo cliente ha ragione, così da fargli vincere la causa; con cui il giudice, nella sentenza che decide una lite, si sforza di dimostrare che è giusto dare ragione al litigante X e torto al litigante Y; con cui un giurista cerca di convincere la comunità scientifica che le sue teorie relative a qualche questione giuridica sono migliori di quelle di altri studiosi.

Oltre che le tecniche dell'interpretazione e dell'analogia, l'argomentazione giuridica utilizza alcuni meccanismi logici, che si chiamano appunto «argomenti». Ad es.: ☞ l'*argomento «a contrariis»*, per cui se una norma prevede una certa conseguenza giuridica per il caso a, se ne ricava che essa non vuole quella conseguenza per i casi b, c, d ... z (in genere per tutti i casi diversi da a);

☞ l'argomento «*a fortiori*», per cui se una norma prevede una certa conseguenza giuridica per il caso a, in quanto questo presenta una caratteristica che corrisponde allo scopo della norma, e se il caso b presenta la stessa caratteristica, in modo ancora più marcato, *a più forte ragione* la norma dovrà applicarsi al caso b; ☞ l'argomento «*ad absurdum*», per cui – date due possibili soluzioni giuridiche – si sostiene una in quanto l'altra porterebbe a risultati assurdi o irragionevoli. Peraltro, questi «argomenti» non hanno quasi mai un valore decisivo: più che a determinare la soluzione, essi servono a rivestire l'argomentazione con cui la si presenta.

Una particolare tecnica di argomentazione giuridica – elaborata originariamente negli Stati Uniti, e di qui diffusa poi anche in altri ambienti giuridici – è quella che si basa sull'**analisi economica del diritto**. Consiste nel mettere a confronto le diverse soluzioni possibili per un determinato problema giuridico, individuando quali sarebbero le conseguenze economiche di ciascuna soluzione; e nel raccomandare – fra le varie soluzioni possibili – quella che consente l'*allocazione più razionale ed efficiente delle risorse economiche* implicate nel problema.

Molto spesso, peraltro, l'analisi economica del diritto si presenta, più che come tecnica di argomentazione giuridica, come tecnica di argomentazione politica intorno alle norme. I due tipi di argomentazione vanno ben distinti: l'**argomentazione giuridica** serve a *persuadere che una determinata soluzione è la più conforme alle norme esistenti* (essa si svolge, come si dice, «*de iure condito*», e cioè «sul diritto già fatto»); invece l'**argomentazione politica** serve a *persuadere che una determinata soluzione è la più opportuna e desiderabile, anche se non corrisponde alle norme esistenti*, ma ne richiederebbe il cambiamento (essa si svolge «*de iure condendo*», e cioè riguarda il «diritto da fare»).

10. Gli interpreti delle norme, e la giurisprudenza

Chi interpreta le norme? In linea di principio tutti hanno il diritto (e in un certo senso anche il dovere) di interpretare le norme, posto che tutti sono tenuti a osservarle. Però alcune categorie di persone hanno, rispetto alle norme, una posizione particolarmente qualificata, così che l'interpretazione fatta da esse assume uno speciale rilievo.

Si distinguono su questa base vari tipi di interpretazione: ☞ l'**interpretazione autentica** è quella *fatta da un'altra norma (norma interpretativa) di grado pari o superiore a quello della norma interpretata*. Contrariamente alla regola della non retroattività (per cui le nuove norme producono effetti solo per il futuro), la norma interpretativa ha *efficacia retroattiva*: ciò significa che la norma interpretata si considera avere avuto, fin dalla sua origine, il significato indica-

to successivamente dalla norma interpretativa; ☞ l'**interpretazione giudiziale** è quella *fatta dai giudici*: è forse la più importante, perché è principalmente ai giudici che spetta distribuire il torto e la ragione in base alle norme, cosa che non si può fare senza chiarire il significato di queste. C'è un termine per designare le interpretazioni che i giudici danno delle norme, gli argomenti con cui le sostengono, le decisioni che prendono in base a esse: *giurisprudenza*; ☞ l'**interpretazione amministrativa** è quella *fatta dagli organi della pubblica amministrazione* competenti a occuparsi delle materie a cui si riferiscono le norme: può essere non formale, e tradursi nei comportamenti e nelle prassi seguiti dall'organo amministrativo; oppure formalizzarsi in documenti quali «circolari» o «istruzioni»; ☞ l'**interpretazione dottrinale** è quella *fatta dagli studiosi del diritto*, nell'ambito della loro attività scientifica (infatti il termine «dottrina» indica le opinioni e i ragionamenti scientifici dei giuristi).

Quanto al loro valore, solo *l'interpretazione autentica vincola tutti gli altri interpreti*. Invece *gli altri tipi di interpretazione non sono vincolanti*: un giurista può sostenere un'interpretazione diversa da quella dei giudici, e viceversa; l'interpretazione fatta propria da una prassi o una circolare amministrativa può essere contestata come sbagliata; e un giudice può interpretare la norma diversamente da come la interpreta un altro giudice.

Soffermiamoci su quest'ultimo aspetto, che introduce qualche rilievo sul valore della **giurisprudenza** (cioè dell'interpretazione giudiziale delle norme).

In alcuni sistemi giuridici – come quelli inglese e statunitense, che si chiamano sistemi di *common law* – vale il *principio del precedente vincolante*: le decisioni, e quindi le interpretazioni delle norme, date dai giudici di grado superiore vincolano i giudici di grado inferiore, che sono tenuti ad osservarle anche nelle loro decisioni. In questi sistemi si può dire che le decisioni giudiziarie – la giurisprudenza – sono vere e proprie fonti del diritto (3.1). E infatti in quei sistemi si parla di «*judge made law*» (diritto fatto dai giudici). Invece in Italia, come pure negli altri ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica romana e germanica (detti anche «continentali» o di *civil law*), le decisioni giudiziarie non sono fonti del diritto, e perciò non vale il principio del precedente vincolante. Quindi un tribunale è libero d'interpretare la norma in modo diverso da come la interpretano i giudici di grado superiore (le corti d'appello e la stessa Corte di cassazione, che è il giudice di grado più alto).

Ciò non toglie che gli orientamenti dei giudici circa l'interpretazione di questa o quella norma (in una parola, la giurisprudenza) abbiano una grandissima influenza nel determinare i significati della norma in questione. Se il testo di una norma può avere in teoria due diversi significati – x e y –, ma la grandissima parte della giurisprudenza l'interpreta nel senso x, ciò vuol dire che – nella vita reale dell'ordinamento giuridico – quella norma significa x e non y. Naturalmente è possibile che, col tempo, la giurisprudenza cambi idea, e finisca

un bel giorno per preferire l'interpretazione y: a quel punto, nella realtà concreta del diritto, la norma significherà y e non x (i cambiamenti di indirizzo interpretativo da parte della giurisprudenza si usano chiamare con la parola francese che significa «svolta»: *revirement*). Solo in questo limitato senso, si può dire che la giurisprudenza, anche da noi, finisce sostanzialmente per essere una fonte del diritto: nel senso, cioè, che *può* – *nei limiti segnati dai criteri dell'interpretazione* – *creare norme, intese come precetti normativi*.

Nel mondo dell'interpretazione, esistono rapporti di influenza reciproca fra l'azione della giurisprudenza e quella della dottrina. La dottrina può influenzare la giurisprudenza: spesso i *revirements* giurisprudenziali sono il frutto delle critiche rivolte dalla dottrina alla giurisprudenza precedente. E viceversa: la dottrina non può descrivere e analizzare scientificamente le norme giuridiche, se non tiene conto del modo in cui la giurisprudenza le interpreta.

Dunque *la conoscenza del diritto è impossibile (o almeno gravemente difettosa) se non si conosce la giurisprudenza*. Per conoscere la giurisprudenza esistono appositi strumenti, che sono gli indispensabili attrezzi di lavoro di chiunque faccia un mestiere giuridico. Una volta erano strumenti solo cartacei, come le *riviste di giurisprudenza*, dove le principali decisioni dei giudici vengono pubblicate per esteso e commentate, e spesso accompagnate dalla indicazione dei «precedenti» (cioè di altre decisioni anteriori, che si sono occupate dell'interpretazione della stessa norma); e i *repertori di giurisprudenza*, pubblicati ogni anno, che contengono l'indicazione sintetica delle decisioni giudiziali intervenute nell'anno di riferimento; tale indicazione sintetica si chiama *massima*, e consiste nell'esprimere il succo della decisione, sintetizzando in qualche riga il giusto modo di applicare la norma al caso concreto, mentre lo sviluppo completo dell'argomentazione svolta dal giudice per sostenere la decisione si chiama *motivazione*. Adesso però prevalgono le tecniche di raccolta e consultazione della giurisprudenza *su base informatica* anziché cartacea: accedendo a banche dati o a siti web, si possono visualizzare sullo schermo del computer massime e motivazioni che interessano.

DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Diritto privato e diritto pubblico. – 2. Il diritto privato come «diritto comune». – 3. Diritto privato e diritto pubblico dallo Stato liberale allo Stato sociale. – 4. Individuo e collettività; il «privato sociale». – 5. Libertà e uguaglianza. – 6. Uguaglianza formale e sostanziale. – 7. Il principio di sussidiarietà. – 8. Le principali aree del diritto privato.

1. Diritto privato e diritto pubblico

Le norme che compongono l'ordinamento giuridico dello Stato si ripartiscono convenzionalmente in due grandi categorie: norme di diritto pubblico e norme di diritto privato. I giuristi hanno discusso molto sul modo migliore per distinguerle, e hanno prospettato diversi criteri. Oggi prevale questa idea: ☞ il *diritto privato* si ispira ai principi dell'**autonomia** delle persone, e della **parità** fra loro; ☞ il *diritto pubblico* si ispira a principi opposti: **soggezione** e **subordinazione** di qualcuno a qualcun altro.

Cerchiamo di spiegare con un esempio. Se un Comune ha bisogno di un terreno per costruirci un'opera pubblica (uno stadio, un teatro, un asilo nido, ecc.), e questo terreno appartiene al signor A, il diritto dà al Comune uno strumento per ottenere quel terreno anche contro la volontà del proprietario A. Questo strumento è l'**espropriazione**: con essa il Comune avrà la proprietà del terreno che gli serve, e in cambio dovrà versare ad A una somma di denaro (l'indennità di esproprio), fissata in base a criteri di legge. Qui siamo nel campo del diritto pubblico, e infatti ci ritroviamo i caratteri appena indicati: le norme sull'espropriazione implicano disparità fra A e il Comune, perché assoggettano il primo all'autorità del secondo. Infatti *il proprietario perde la proprietà in favore del Comune anche se non è d'accordo, e vorrebbe tenersi il terreno*: egli non è in una posizione di autonomia, cioè non è in grado di decidere da sé, secondo le proprie preferenze e i propri interessi, circa le vicende che lo riguardano; è invece in una posizione di soggezione, cioè deve subire decisioni

altrui, e cioè del Comune. Questo e il proprietario soggetto a esproprio non stanno su un piano di parità, bensì in un rapporto di comando/soggezione in cui la volontà dell'uno vale e pesa più della volontà dell'altro.

Alla luce di questo esempio, possiamo definire il **diritto pubblico** come il complesso delle *norme che attribuiscono a una pubblica autorità il potere di incidere sulle posizioni e sugli interessi delle persone, anche senza e anche contro la volontà di queste*. (Appartengono inoltre al diritto pubblico le *norme che regolano l'organizzazione, il funzionamento e i rapporti reciproci delle pubbliche autorità*: come funziona il Governo, quali sono i suoi rapporti con il Parlamento, come si prendono le decisioni all'interno di questo, come si esprime la volontà di un Consiglio comunale, come la Regione può interferire con gli atti dei Comuni, ecc.).

Torniamo all'esempio. Il Comune ha un altro modo per ottenere il terreno che gli serve: anziché espropriarlo, può comprarlo da A, facendo con lui un **contratto** di compravendita. A questo fine deve però chiedere ad A se è disposto a vendere: se A risponde no, il contratto non si fa. Se A accetta di vendere, bisogna mettersi d'accordo sul prezzo: se il Comune offre un massimo di 100.000 euro, e A trova la somma insufficiente, il contratto non si fa. Il contratto si fa solo *se A e il Comune sono tutti e due d'accordo di vendere e rispettivamente di comprare, e sono d'accordo sul prezzo*. Qui gli attori si muovono nel campo del diritto privato: il contratto è un tipico istituto del diritto privato. Se il contratto si fa, può sembrare che il risultato finale sia sostanzialmente identico a quello raggiunto con l'espropriazione: in entrambi i casi la proprietà del terreno passa da A al Comune, e in cambio il Comune paga ad A una somma di denaro. In realtà, il contratto obbedisce a una logica profondamente diversa, che è appunto la logica del diritto privato. Qui, a differenza di ciò che accade con l'espropriazione, il Comune non può imporre la sua volontà ad A: non può obbligarlo a cedere il terreno se A non vuole, o per un prezzo che A non gradisce.

Il **diritto privato** si basa sull'*autonomia delle persone, che lascia libere di scegliere e di agire nel proprio interesse*, senza costringerle a subire imposizioni esterne. Dunque si ispira all'idea che le persone stiano *su un piano di uguaglianza reciproca*, in un rapporto nel quale non c'è chi comanda e chi obbedisce, perché la volontà e l'interesse dell'uno valgono quanto la volontà e l'interesse dell'altro. Tutti i principali istituti del diritto privato – le organizzazioni, la proprietà e l'uso delle cose, i debiti e i crediti, il contratto, il risarcimento dei danni, il matrimonio e la famiglia, la successione ereditaria, l'impresa e le attività economiche, l'associazione volontaria fra individui – hanno appunto la caratteristica di basarsi sulle scelte libere e volontarie degli interessati, cioè sulla loro autonomia esercitata in posizione di parità reciproca.