

CAPITOLO I

INTRODUZIONE AL DIRITTO PRIVATO

Pietro Rescigno

SOMMARIO: SEZIONE I: Il diritto privato nell'esperienza giuridica. – SEZIONE II: Gli ordinamenti giuridici. – SEZIONE III: Origini, motivi e vicende del codice civile italiano. – SEZIONE IV: La legge in generale.

SEZIONE I

IL DIRITTO PRIVATO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. Priorità storica e continuità del diritto privato nell'esperienza giuridica. – 2. I concetti del diritto privato. Diritto privato e diritto comune. – 3. Dottrine “normative” e dottrine “istituzionali” del diritto.

1. Priorità storica e continuità del diritto privato nell'esperienza giuridica

L'insegnamento istituzionale del diritto privato assolve, per un'antica vocazione rispecchiata negli ordinamenti scolastici, un compito importante. Fornisce una serie di nozioni che interessano l'intero fenomeno giuridico, al di là delle partizioni abituali (ed in primo luogo di quella tra diritto pubblico e privato) e della stessa distinzione tra l'esperienza attuale ed esperienze che appartengono al passato.

Questa funzione è ora affidata anche a discipline diverse ed i contenuti del discorso vengono arricchiti da competenze d'indole filosofica, economica, antropologica, sociologica. Rimane tuttavia affidata al diritto privato, in ragione della specificità della riflessione e del linguaggio del giurista, l'elaborazione di termini, definizioni, concetti che vengono poi usati in tutti i rami del diritto.

Le nozioni ed a volte la stessa terminologia vengono anzi riferite, come si accennava, anche allo studio ed alla ricostruzione di sistemi non più in vigore: così accade, in particolare, per il diritto romano rispetto al nostro. A questa attitudine siamo portati per la naturale tendenza a legare il tempo ed il mondo in cui viviamo alle reliquie ed alle voci del passato, alla ricerca di una rassicurante continuità. La prospettiva può alimentare la pericolosa illusione che i fatti della vita sociale ed economica siano stati osservati e “sistemati” con strumenti di valutazione e di indagine eguali od affini, pur nella diversità delle soluzioni date ai problemi pratici ed ai conflitti d’interessi.

Occorre brevemente chiarire perché allo studio del diritto privato si finì per attribuire il compito di introdurre al diritto in genere, di fornire categorie idonee a ricostruire l’esperienza giuridica senza limitazioni di materie e senza confini di tempo, di apprestare termini e concetti validi per tutti i settori della vita sociale in cui il diritto si realizza.

Le ragioni si possono riassumere nella priorità storica del diritto privato rispetto agli altri rami del diritto e nella priorità della elaborazione ricevuta dal fenomeno giuridico in quel settore. Parlando di elaborazione ci riferiamo sia all’attività degli operatori pratici, sia all’attività dei cultori di dottrine giuridiche.

Nel comune modo di sentire si finisce per istituire una stretta connessione tra diritto e Stato. Sottolineando la priorità del diritto privato, si vuol dire che gli interessi particolari dei singoli e dei gruppi, in primo luogo gli interessi delle famiglie, trovarono modi di organizzarsi e di autoregolarsi prima ancora che si formasse la comunità statale. A quest’ultima fanno capo gli interessi della generalità ed essa li realizza attraverso le norme del diritto pubblico.

D’altro canto lo Stato, inteso nel senso che noi moderni attribuiamo alla parola, è forma di aggregazione che risale ad epoche relativamente vicine. Chi intenda ricostruirne la nascita può fermarla al secolo diciottesimo, all’età del dispotismo illuminato. Le monarchie del continente europeo, che autolimitano la sovranità attraverso concessioni largite e *garanzie* accordate ai sudditi, disegnano la prima immagine di uno Stato “di diritto”. Stato “di diritto” vuol dire che i pubblici poteri sottopongono a norme giuridiche la propria condotta ed attività ed assicurano il rispetto e l’attuazione delle prerogative attribuite ai cittadini.

Gli istituti fondamentali del diritto privato – la famiglia, l’eredità, il contratto, la proprietà, la responsabilità, per limitarci a poche indicazioni – hanno una storia molto più antica della comunità statale, intesa quest’ultima nel senso che oggi conferiamo alla parola. Più antichi dello Stato, gli istituti di diritto privato continuarono a servire ai bisogni degli uomini ed a svilupparsi, e mantennero la loro coerenza anche quando le strutture e l’organizzazione dello Stato conoscevano radicali mutamenti o vivevano nel segno della precarietà e della instabilità. Si pensi, per ciò che riguarda la distribuzione e l’esercizio dei pubblici poteri, alla radicale diversità fra uno Stato in cui il potere è accentrato al vertice ed uno Stato che lascia alle minori comunità larghi spazi di iniziativa e di decisione; fra uno Stato che riconosce peso prevalente alla burocrazia amministrativa ed uno Stato che favorisce una diffusa

partecipazione popolare; tra uno Stato in cui i privati hanno assoluta discrezionalità nell'intraprendere e nel condurre le attività economiche ed uno Stato che cerca di coordinare e di indirizzare le attività produttive dei privati. Certamente la diversa struttura dello Stato, il modo ed i limiti di esercizio dei pubblici poteri, l'intervento nell'economia inducono modificazioni rilevanti anche negli istituti del diritto privato; e tuttavia di questi istituti persistono le ragioni e le linee che giustificarono la creazione ad opera dei privati, quindi l'assidua elaborazione dell'ambiente sociale, infine il riconoscimento e la sanzione delle leggi.

La coerenza e la continuità del diritto privato sembrano conservarsi anche dove la comunità statale supera o abbandona lo schema ed i presupposti tradizionali dello Stato moderno. Gli elementi di quest'ultimo furono ravvisati, e ancora oggi dall'insegnamento scolastico vengono indicati nel territorio, nel popolo e nella sovranità. Il costituirsi di organizzazioni sovranazionali, specialmente nel campo delle attività economiche, mette in luce la tendenza a superare lo schema del vecchio tipo di Stato; le norme degli organismi comunitari (si pensi, per l'Europa occidentale, alla Unione europea) si impongono ai cittadini dei diversi paesi direttamente, senza passare attraverso la mediazione dell'autorità e del potere della particolare comunità statale a cui i destinatari appartengono.

Il fenomeno del diritto "comunitario" conferma come il diritto privato, dopo aver preceduto la nascita dello Stato moderno, nelle linee fondamentali resiste a novità che attecchiano in forme mutevoli e originali gli Stati contemporanei. Dalla dimensione statale si stacca anche il diritto che nel traffico internazionale assai spesso applicano e rispettano gli operatori economici, un diritto in larga misura fatto di consuetudini nate e sviluppate nel mondo commerciale (dove il nome di *lex mercatoria* con cui viene contrassegnato).

Più avanti, a conferma della non necessaria identificazione tra fenomeno giuridico e disciplina dei rapporti sociali dettata dallo Stato, sarà ricordata la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici. A quella dottrina dobbiamo la rilevazione dell'esistenza di norme di condotta e di sistemi normativi dovunque esistono fatti di organizzazione sociale. Ora, gli interessi e le attività dei privati riempiono in larga misura l'area coperta da ordinamenti non statuali; ma si rende opportuna un'avvertenza. L'indole privata degli interessi, e dell'autonomia di cui i soggetti si avvalgono nel regolarli e nell'attuarli, deve generalmente riguardarsi sotto due profili, dei quali il primo attiene alla realtà che si svolge fuori del diritto statale, il secondo alla collocazione dei fatti e delle relazioni nell'ambito del diritto dello Stato. La distinzione non sempre viene percepita con la necessaria chiarezza: si pensi, per limitarsi a suggestivi esempi, alla posizione della famiglia ed alla vicenda storica dei sindacati. Il discorso del giurista assai spesso non riesce a cogliere la diversità dei piani di osservazione che consentono di mettere in luce l'autonomia di cui la comunità familiare e l'associazione professionale godono prima e indipendentemente da qualsiasi considerazioni nelle norme statuali, e più tardi l'autonomia collettiva, e cioè di gruppo, che esse esercitano alla stregua del diritto privato statale.

Il discorso che stiamo svolgendo presuppone, naturalmente, la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, nello svolgimento storico del diritto e nel diritto positivo attuale. I confini tra i due settori mutano a seconda dei tempi e dei luoghi, in relazione all'ampiezza degli interessi e della libertà riconosciute ai singoli ed ai gruppi, ma la distinzione rimane, e resta anche negli ordinamenti che sembrano inclini a rimettere allo Stato zone assai estese d'intervento e di attività (il diritto privato ed i codici civili sono stati conservati anche nei paesi socialisti).

La distinzione riposa sulla natura degli interessi che la norma vuole realizzare: interessi generali le norme di diritto pubblico, interessi particolari le norme di diritto privato. Interessi con carattere di particolarità fanno capo non soltanto all'individuo, ma anche alle formazioni collettive, che dunque appartengono anch'esse al diritto privato. Vedremo più avanti gli altri caratteri tipici del diritto privato; ora premeva sottolineare come il diritto privato abbia fornito l'esperienza pratica e la dottrina del diritto del "vocabolario" di parole e di concetti di cui tutti i giuristi si servono.

La tendenza a servirci di schemi e parole identici per sistemare il diritto contemporaneo e per ricostruire i diritti storici risponde ad un atteggiamento tipico del nostro spirito. Noi siamo portati scoprire o a tracciare una ideale continuità tra i fatti sociali e le istituzioni giuridiche del nostro tempo ed i fatti e gli istituti di cui conserviamo traccia o memoria, e ci comportiamo così anche quando i legami sono tenuissimi, ed anzi, a guardar bene, corrono tra le parole piuttosto che tra i fatti. Abbiamo quasi un senso di paura se ci accade di scoprire un vuoto tra la realtà in cui viviamo e il passato che ci sforziamo di decifrare.

Questa attitudine non varrebbe a giustificare il ruolo assegnato allo studio del diritto privato. Certamente, nel diritto privato è frequente, quasi abituale, ritrovare gli stessi vocaboli in un arco lunghissimo di tempo, ad esempio parole come obbligazione o contratto o delitto. L'illusione della continuità può essere accresciuta da definizioni e regole condensate in frasi latine, spesso di dubbia genuinità ed esattezza, ma che paiono conferire all'attività del giurista qualcosa di misterioso, di sacro e di antico come i riti di una religione.

È decisiva invece la ragione che indicammo in principio, la priorità del diritto privato nell'esperienza giuridica: priorità per ciò che riguarda gli interessi particolari che si organizzano, le forme di tutela, apprestate agli interessi, infine la elaborazione tecnica della materia. Nell'età moderna poi, a partire dalla fine del secolo diciottesimo, il diritto privato sembrò confermarsi attraverso le grandi codificazioni come un corpo compatto ed organico di regole che avevano raggiunto sufficiente stabilità e compiutezza. Nelle due aree culturali dell'Europa continentale i due modelli di codice furono rappresentati dal codice Napoleone e dal codice civile tedesco (BGB), emanati rispettivamente al principio ed a chiusura del secolo decimonono. Si tratta di due modelli assai importanti per lo studio del diritto italiano: al code Napoléon (1804) si ispirava il codice che il nostro paese provvide a darsi a breve distanza dall'unità politico amministrativa, nel 1865; il codice tedesco (1900) nasceva da una tradizione di pensiero che influenzò la nostra dottrina civilistica sino alla metà di questo secolo.

Si dirà, nel seguito del discorso, dell'attuale posizione dei codici nel sistema: il significato ed il valore non sono annullati dall'accrescersi e dall'addensarsi della legislazione 'speciale' che interviene nei singoli settori dell'esperienza. Il fervore di questi ultimi anni – nello scrivere, rielaborare, progettare codici nuovi (come quello recente sui contratti pubblici e sulla insolvenza) e persino nell'accedere a quella 'tecnica' in paesi che mai o solo episodicamente l'avevano sperimentata come per il diritto cinese – persuade anzi a credere che la codificazione sia tutt'altro che una 'forma' sorpassata di legiferare.

2. I concetti del diritto privato. Diritto privato e diritto comune

Il diritto privato, in forme ancora più precise dopo che le codificazioni civili lo avevano consolidato, fornì dunque i concetti validi per il discorso del giurista in ogni settore della vita sociale. I concetti erano, soprattutto, questi: il rapporto giuridico inteso come relazione riconosciuta e regolata dal diritto; le persone ed i beni visti come i soggetti e l'oggetto, i termini tra cui intercorre e su cui incide il rapporto; i poteri e le soggezioni, nelle diverse specificazioni (diritti soggettivi, potestà, poteri, diritti potestativi, e dall'altro lato doveri, obblighi, obbligazioni, oneri), attribuiti dalla legge per la realizzazione degli interessi cui sono ordinati i rapporti; i fatti da cui i rapporti prendono origine, e in particolare l'attività umana che ne costituisce la fonte più frequente e più rilevante.

L'elaborazione degli altri rami del diritto, progressivamente, si rese autonoma dagli strumenti e dalle formule del diritto privato. E il diritto privato a sua volta ricevette apporti e concetti soprattutto dalla realtà e dalle dottrine del diritto pubblico. Così, per limitarci a qualche esempio, nel diritto privato il modo tipico di configurare le prerogative individuali era stato (ed ancora rimane) il diritto soggettivo, definito come il potere riconosciuto ad un individuo o ad un gruppo di ottenere da uno o più soggetti un determinato comportamento (prototipo del diritto soggettivo, secondo la tradizione, è la proprietà, spesso paragonata alla sovranità per l'ampiezza del contenuto e per l'insindacabilità dei modi di esercizio). Nel campo del diritto pubblico, al contrario, i poteri appaiono legati alla particolare funzione che il soggetto assolve nell'organizzazione dello Stato o dell'ente pubblico cui appartiene. Ora, una indagine più attenta alle materie del diritto privato ed agli interessi che vi ricevono tutela mette in luce che taluni poteri privati non sono riducibili allo schema classico del diritto soggettivo, poiché la discrezionalità del singolo vi appare limitata od esclusa in ragione degli interessi di altre persone. Così che le categorie ed il linguaggio del diritto privato vengono allargati oltre lo schema ristretto del diritto soggettivo, prendendo a prestito termini e nozioni abituali al diritto pubblico.

Con riguardo al regime giuridico dell'attività privata, è accaduto alla dottrina e alla pratica qualcosa di analogo. Delle varie forme di attività rilevanti per il diritto, il diritto privato considera in maniera particolarmente diffusa quelle che sono

esercizio di autonomia, vale a dire del potere dei privati di costituire, modificare od estinguere rapporti, e in specie dell'autonomia contrattuale, che incide su rapporti d'indole patrimoniale (art. 1322). Così si spiega l'attenzione prestata dai codici di tipo latino alla figura del contratto, e dai codici germanici alla più ampia categoria del "negozio giuridico", l'una e l'altra riconducibili al principio dell'autonomia privata. Anche stavolta l'esame più approfondito della realtà sociale ed economica mise in luce l'esistenza di una serie di atti che non potevano inquadrarsi nel potere di autonomia. Per quegli atti si poneva il problema pratico di applicare o meno, e della misura in cui applicare il regime riservato dalla legge agli atti di esercizio dell'autonomia privata, e in particolare al contratto.

Nel campo del diritto pubblico, e in specie del diritto amministrativo, si era verificato il fenomeno inverso: gli atti della pubblica amministrazione e del privato erano stati configurati nel segno della rigida predeterminazione del contenuto, delle norme e degli effetti; più tardi, di fronte alla realtà concreta di rapporti instaurati dal privato e dalla pubblica amministrazione, ci si era chiesto se non vi fosse, anche nel campo del diritto pubblico, spazio per atti di autonomia nel senso proprio del diritto privato. Erano i casi in cui pubblica amministrazione e privato sembravano presentarsi in una situazione di formale parità.

La priorità e la continuità del diritto privato danno ragione anche di un'altra importante caratteristica e funzione del diritto privato. Esso costituisce ancora il diritto comune cui occorre risalire quando sia incompleta la disciplina degli strumenti e delle attività della pubblica amministrazione. Si vuol dire che, nei punti non regolati (e si tratta di zone piuttosto ampie), il regime di diritto privato delle persone giuridiche, della proprietà, delle obbligazioni, del contratto, della responsabilità per fatto illecito, dell'impresa, si applica alle persone giuridiche pubbliche, alla proprietà pubblica, alle obbligazioni ed ai contratti dello Stato e degli enti pubblici, alle attività della pubblica amministrazione produttive di danni ai privati, agli enti pubblici che esercitano attività economiche. Accade a volte che la giurisprudenza riservi alla pubblica amministrazione un trattamento di favore e che la sottragga al rispetto od alle conseguenze dell'una o dell'altra norma. Sono privilegi ingiustificati: ad evitarli o a rimuoverli basterebbero più salde convinzioni dei giudici in materia di eguaglianza ed una assidua considerazione del valore di diritto comune da riconoscere al diritto privato.

3. Dottrine "normative" e dottrine "istituzionali" del diritto

Il discorso sul diritto e gli ordinamenti giuridici, che ora svolgiamo, non esige una presa di posizione ed una scelta tra le diverse concezioni del diritto. Facciamo menzione, in queste pagine introduttive, delle due concezioni prevalenti: l'una è detta "normativa", l'altra è chiamata "istituzionale".

Le due concezioni, come "punti di vista" nel considerare e nel valutare la realtà sociale che interessa il diritto, possono anche conciliarsi, ma nella storia del

pensiero giuridico esse racchiudono ideologie differenti circa il modo di costruire il rapporto tra diritto e Stato. Non si può affermare che l'una o l'altra delle due dottrine, tradotte in regole concrete di vita, assicuri una più intensa ed estesa garanzia dei singoli e dei gruppi, anche se vi sono teorici convinti della bontà o della convenienza politica dell'adesione alla prima o, al contrario, alla seconda concezione.

La dottrina "normativa" vede il diritto come sistema di comandi. Nelle enunciazioni più rigorose si preoccupa di cogliere soltanto la veste formale dei fenomeni e perciò nei rapporti giuridici trascura l'aspetto sostanziale, di relazioni correnti tra uomini e destinate a realizzarsi mediante la subordinazione di interessi umani ad altri interessi. La relazione viene istituita sempre e soltanto tra i singoli soggetti ed una norma: se Tizio ha prestato mille euro a Caio, il rapporto giuridico intercorre tra Tizio e la norma che lo autorizza a pretendere (o meglio tra Tizio e l'intero ordinamento giuridico in cui è iscritta non solo la norma che obbliga il debitore a pagare, ma altresì la norma che impone al giudice di condannare il debitore che rimanga inadempiente, e la norma che prevede l'esecuzione coattiva sul patrimonio dell'obbligato che non ottempera alla condanna); un altro rapporto viene a costituirsi e corre tra Caio e la norma che gli impone di adempiere.

Nella considerazione "normativa" del diritto prevale dunque il profilo della struttura del diritto, poiché l'esperienza mostra il diritto come un complesso di norme dirette a comandare, o a vietare, o a permettere (e la stessa norma, indirizzandosi a più destinatari, può assumere tutti e tre i contenuti: così la garanzia del diritto di proprietà si traduce nel comando ai terzi di rispettarla, nell'autorizzazione al proprietario a godere e disporre della cosa in modo pieno, nel divieto per il proprietario di compiere atti per lui privi di utilità e molesti o nocivi agli altri, artt. 2043, 832, 833).

Le dottrine "normative", negli scrittori più notevoli, si presentano strettamente legate al metodo che viene chiamato del positivismo giuridico. In una rigorosa formulazione il metodo si traduce nella netta distinzione, innanzitutto, tra la morale e il diritto; e tra il diritto quale effettivamente è in vigore in un certo tempo e luogo e le infinite possibilità di regimi diversi che si potrebbero adottare nei rapporti tra gli uomini (tra il diritto stabilito e, come suol dirsi, il "diritto condendo", suscettibile di essere costruito o materia di auspicio o di attesa). Il metodo, muovendo dai caratteri della positività ed effettività del diritto, finisce spesso per ritrovare solamente nel diritto statale – che è un sistema di comandi assistiti da sanzioni e fatti valere in maniera concreta – la sostanza e la forma di ordinamento giuridico. Perciò ai seguaci del metodo è stato rimproverato di fornire, per quella via, la giustificazione politica di ogni sistema, quando anche contenga regole aberranti e mortifici le elementari libertà dei singoli e dei gruppi. La censura ricorre specialmente, e con toni appassionati, quando in un ordinamento si vedono consumare, sotto la copertura di regole giuridiche formalmente ineccepibili, violazioni palesi della dignità umana come avviene, ad esempio, nella persecuzione di minoranze che siano emarginate per ragioni di lingua o di religione o di razza. Da molti si segnala allora

la necessità di collocare in un diritto di ragione, o secondo natura, il limite delle leggi positive; di vincolare la coscienza del giudice al rispetto del limite; di fondarvi anche un diritto dei cittadini a resistere alla legge ingiusta.

L'epoca di più larga affermazione del positivismo giuridico e delle dottrine normative corrisponde ai primi decenni del nostro secolo (e almeno di un nome, il nome e l'opera di Hans Kelsen, è necessario qui fare menzione); la relativa stabilità delle istituzioni politiche e l'apparente solidità e completezza delle codificazioni appena elaborate contribuirono alla diffusione ed alla fiducia in quel metodo di studio e di costruzione concettuale. Anche la Chiesa cattolica, che aveva sempre riservato notevole spazio alla tradizione ed alle consuetudini locali, si piegò ai nuovi indirizzi di pensiero e di linguaggio; nel 1917 provvide perciò a darsi un codice (il *codex juris canonici*), di notevole importanza anche con riguardo al sistema del diritto italiano poiché vi era contenuta la disciplina sostanziale del vincolo matrimoniale religioso (produttivo altresì degli effetti civili in virtù della trascrizione nei registri dello stato civile, secondo le previsioni della legislazione concordataria del 1929 e delle sue successive integrazioni e modificazioni).

Con l'espressione "diritto naturale" si intende un complesso di regole fondate sulla ragione, o sulle esigenze della coscienza umana, dotato di perenne validità, sottratto alle mutevoli vicende delle leggi positive. Ma il diritto naturale è esso pure irriducibile ad un corpo di norme rigido ed immutabile; i confini ed il contenuto, se si risale alla ricca letteratura ed ai tentativi di trattazione dei singoli istituti, appaiono influenzati dalla ideologia e dalle convinzioni dell'interprete. Così accade che istituti in certe epoche giudicati conformi o almeno compatibili col diritto di natura sono più tardi recisamente rifiutati: si pensi alla schiavitù, o si pensi alla proprietà considerata un tempo come diritto sacro e collocata tra le prerogative inviolabili della persona, ed ancora presentata in questi termini in qualche Costituzione contemporanea d'ispirazione cattolica.

Ideologie anche lontane tra loro possono tuttavia incontrarsi, come è avvenuto anche nell'esperienza recente, su alcune esigenze elementari reclamate dal rispetto della dignità umana (per un esplicito riferimento alla "dignità umana" v. gli artt. 41, 2° co. e 36, 1° co., Cost.; alla "dignità sociale" l'art. 3, 1° co., Cost.). Si è già ricordata la vicenda delle discriminazioni razziali, che per breve tempo furono conosciute anche dal nostro ordinamento.

Il conflitto tra le pretese della ragione e l'imposizione della legge può suscitare tensioni gravi nella coscienza individuale e nell'intera società, portando sino alla disapplicazione episodica o diffusa della legge. Si ripropone allora il conflitto già illustrato, tra valore della certezza e valore della giustizia. Nel rimeditare il problema dopo l'ultima guerra, e specialmente in Germania e in Italia che avevano avvertito il conflitto in più grave misura, si è sottolineata l'esigenza che l'interprete, prima di rifiutare una norma ripugnante alle sue convinzioni morali, compia sempre un'indagine larga e profonda, fino alle radici dell'ordinamento, arrivando alla disapplicazione e motivandola solamente quando ravvisi la incoerenza di quella singola previsione con l'intero sistema in cui s'inserisce.

La dottrina “istituzionale”, piuttosto che alla struttura del diritto, ricostruito come una fitta trama di norme, è attenta alla funzione che il diritto assolve. Di ogni ordinamento giuridico, e in particolare di quello statale, chiarisce le connessioni con una determinata società, vi scorge lo strumento di cui gli uomini si avvalgono per organizzare e conservare la società in cui vivono e per realizzarne gli scopi.

Così intesa, la considerazione del fenomeno giuridico in termini “istituzionali” consente più agevolmente di superare il pregiudizio che esaurisce il fenomeno giuridico nell’ordinamento dello Stato. Ma essa pure, di per sé sola, non basta ad allargare l’area delle libertà che i singoli possono svolgere nell’ambito di ciascuna comunità.

La storia ci avverte che anche le dottrine “istituzionali” furono piegate ai principi della statualità del diritto e del monopolio della produzione giuridica da parte dello Stato e che esse non sono dunque sufficienti, quando si risolvono in semplici affermazioni di valore o in mera constatazione di fatti, a garantire il carattere pluralista della società.

SEZIONE II

GLI ORDINAMENTI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. Società e diritto. – 2. Pluralismo sociale e pluralità degli ordinamenti. – 3. Dottrine ed esperienza del pluralismo. – 4. Le “formazioni sociali” della Carta costituzionale. – 5. Caratteri delle norme giuridiche. Generalità ed astrattezza delle norme. – 6. Certezza del diritto. – 7. La giurisprudenza come scienza. Linguaggio e concetti legislativi. – 8. Diritto e realtà naturale.

1. Società e diritto

Il segno di distinzione di ogni comunità organizzata è il diritto. Con il termine diritto si fa riferimento al modo ed alle forme in cui ciascuna società si organizza, si ordina: di qui l’altra espressione ordinamento giuridico.

Dettare regole pei rapporti tra i consociati; stabilire attraverso quali meccanismi altre regole possano essere stabilite, o possano venire modificate o soppresse le norme in vigore; affidare a determinate persone od a collegi di persone il compito di assicurarne il rispetto e di risolvere i contrasti che ne accompagnano la concreta applicazione: così può descriversi, in maniera elementare, l’ordinamento giuridico di ogni comunità di uomini.

Queste semplici verità vuole constatare ed esprimere la formula che apre, abi-

tualmente, le trattazioni istituzionali de diritto: *ubi societas, ibi jus*, e viceversa *ubi jus, ibi societas*, nel senso che società organizzata e ordinamento giuridico sono due modi di descrivere una stessa realtà.

Dicendo che ogni società umana organizzata si risolve in un ordinamento giuridico, non si pronuncia alcun giudizio d'indole morale sulle ragioni che fanno del diritto un carattere necessario e insopprimibile delle società create dagli uomini. Sotto queste aspetto il diritto può anche apparire conseguenza della mediocrità e dell'egoismo, e si può contemplare ed attendere quale punte d'arrivo, come accadeva ad un giurista tra i più rappresentativi della nostra cultura, la "morte" del diritto. Il diritto scomparirà, si leggeva in quella pagina, quando l'umanità si dividerà nettamente, i buoni che del diritto non hanno bisogno, i cattivi che non ne hanno paura.

In verità anche le esperienze storiche che si erano avviate col proposito di superare il diritto e lo Stato, intesi come forme di organizzazione della società, hanno finito per mantenerli.

Nemmeno vuol pronunciarsi, l'affermazione *ubi societas ibi jus*, sulla funzione che il diritto, o meglio l'ordinamento giuridico, di una società esercita rispetto ai valori, alle idee, agli scopi che la comunità stessa custodisce e realizza. Che ogni ordinamento assolva sotto questo aspetto fini di conservazione, è innegabile. L'equazione stabilita tra società e diritto non guarda, tuttavia, alla funzione dell'ordinamento. Essa si limita a rilevare ed a descrivere la costante connessione tra le due realtà, mentre le rimane estraneo ogni apprezzamento critico delle regole che rinviene e che sottopone ad analisi nell'ambito di un particolare sistema. Quando si sforza di chiarire la ragione delle regole la riflessione mette in luce la stretta dipendenza del diritto dalle strutture sociali, politiche, economiche della società che lo produce.

Lo studioso dei fatti sociali guarda senza pregiudiziali limitazioni a tutte le comunità umane. Un'associazione professionale, un partito politico, una chiesa, un'associazione sportiva, un *club* con finalità ricreative possono tutti costituire, per la sua indagine, materia di considerazione e di studio. Tutte le forme organizzative indicate gli appaiono collettività portatrici di ordinamenti.

Tra gli studiosi della società il giurista, anche quando non ignora una così complessa e varia realtà, è portato a considerare in maniera esclusiva, o in misura nettamente prevalente, la società organizzata nello Stato. È la comunità che abbraccia e comprende tutte le altre, fino ad essere chiamata la "*communitas communitatum*". Nell'età moderna essa appare caratterizzata, rispetto alle altre società, dal fatto che non riconosce altra autorità al di sopra della propria, "*superiorem non recognoscens*" come pure si era soliti dire.

Può accadere che altre particolari comunità ed i relativi ordinamenti trascendano i confini dello Stato, come avviene per la maggior parte delle chiese, ed in passato accadeva per taluni movimenti politici e sindacali. Il giurista peraltro non abbandona, solitamente, la prospettiva dell'ordinamento statale come l'ordinamento che esclude tutti gli altri.

Non solo il giurista si ferma a considerare l'ordinamento dello Stato, e dello Stato al quale appartiene, come unico ed esclusivo. Egli finisce per identificare nei caratteri del diritto statale i segni della giuridicità, che ravvisa nella coercibilità dei comandi. La coercibilità è carattere tipico dei precetti emanati dallo Stato, nel senso che lo Stato dispone di un apparato di mezzi destinati ad assicurare l'attuazione delle regole anche contro la volontà dei destinatari. L'ordinamento dello Stato adotta misure che incidono sulla libertà o sui beni delle persone quando i comandi non siano osservati, e la minaccia di quelle sanzioni è sufficiente, nella maggior parte dei casi, ad ottenere obbedienza.

L'attitudine del giurista a limitare il suo interessamento e la sua indagine all'ordinamento statale è incoraggiata da una ulteriore costatazione. Osservando le minori comunità, il giurista vi scorge una distribuzione di organi e di poteri che riproducono e richiamano alla mente quelli propri dell'ordinamento statale. La tripartizione dei poteri dello Stato moderno – il potere legislativo, esecutivo, giudiziario – sembra ritrovarsi nell'ambito di ogni elementare associazione nella quale un'assemblea assuma le decisioni, una o più persone le eseguano, una persona o un collegio sia chiamato a risolvere i contrasti tra i soci o tra il gruppo e le frazioni in cui esso si articola. Persino l'attività del singolo, posta in essere per il perseguimento dei suoi interessi, si presenta suscettibile d'essere descritta secondo lo stesso schema: i privati pongono regole vincolanti per sé medesimi quando esercitano l'autonomia contrattuale, eseguono gli impegni assunti, possono risolvere direttamente i conflitti attorno a diritti disponibili senza bisogno di ricorrere al giudice dello Stato.

Le ragioni delle affinità messe in luce sono in realtà molteplici. E la principale è data, verosimilmente, dalla necessità di fornire all'individuo, nell'ambito delle particolari comunità, garanzie analoghe a quelle che ai cittadini apprestò lo Stato moderno, lo Stato che viene chiamato "di diritto". Con quella espressione si indica un tipo di Stato che pone limitazioni a sé medesimo, e le pone a mezzo dell'ordinamento, per garantire in concreto le libertà riconosciute ai singoli. Nello "Stato di diritto" rimangono aperti, come l'esperienza rivela, gravi interrogativi: se l'apparato statale abbia davvero reso operanti tutte le garanzie promesse; come esse possano assistere il singolo nelle comunità minori, diverse dallo Stato; se debba essere lo Stato, soprattutto attraverso l'intervento del giudice, a controllarne l'effettivo rispetto nell'ambito di quelle società. Sono discorsi di rilevante importanza politica, che superano le finalità di una breve introduzione allo studio del diritto privato.

Conviene tuttavia indugiare ancora sulla considerazione della realtà sociale che è nota sotto il nome di dottrina pluralista; i giuristi, con una visuale attenta solamente al fenomeno giuridico, hanno formulato la dottrina della "pluralità degli ordinamenti giuridici".

2. *Pluralismo sociale e pluralità degli ordinamenti*

Muovendo dalla equazione società-diritto, si è messa in luce l'impossibilità di ridurre il diritto alle sole norme che promanano dallo Stato e delle quali lo Stato verifichi ed assicuri il rispetto. Se consideriamo l'esperienza di vita di ciascuno di noi, le sollecitazioni dei diversi ambienti in cui siamo inseriti (la famiglia, la scuola, il vicinato, la professione, la comunità religiosa, le relazioni sociali instaurate e vissute tramite la rete internet), le aspettative degli altri circa la nostra condotta, gli atteggiamenti con cui rispondiamo alle richieste ed alle attese, ci rendiamo conto dell'esistenza di ordinamenti molteplici, nel senso di tante serie o complessi di prescrizioni e di divieti, accompagnati dalle relative sanzioni. Queste ultime appaiono diverse dalle misure di cui dispone lo Stato, per l'assenza di "poteri" che siano in grado di realizzarle anche con la forza; ma l'incidenza sulla nostra vita e sulla nostra condotta non è minore, ed anzi spesso ne avvertiamo il peso con una immediatezza e prestiamo obbedienza con una sincerità di adesione ignote alle norme statali.

Questi "ordinamenti" si trovano, in confronto all'ordinamento statale, in rapporti di varia natura, ora di dipendenza o di derivazione, ora di presupposto, ma il più delle volte si trovano in rapporto di reciproca indifferenza. Esempi significativi, sul piano storico, ci sono forniti dai diritti delle diverse chiese; rispetto all'ordinamento italiano particolare valore assume l'ordinamento della Chiesa cattolica, per la lunga e complessa vicenda dei rapporti tra la società civile e la Chiesa, in Italia, e per la competenza a lungo esercitata dalla Chiesa su situazioni giuridiche dei privati, soprattutto nel campo del matrimonio e della famiglia.

Il carattere originario ed autonomo delle chiese e dei relativi diritti risalta in maniera più evidente ed appare più efficacemente garantito là dove le confessioni religiose si mantengono ed agiscono sul terreno del diritto comune, e cioè del diritto che vale per tutti i cittadini e per tutti i gruppi, e non pretendano dallo Stato un trattamento speciale, un diritto singolare costruito su privilegi. Il nostro sistema, attraverso le intese ed i concordati sia con la Chiesa Cattolica, sia con le confessioni diverse dalla cattolica (artt. 7, 2° co. e 8, 3° co., Cost.), segue ancora la strada del diritto singolare.

Ancor più evidente è la scelta, in tal senso, per le confessioni diverse dalla cattolica: le "intese" raggiunte con le rappresentanze (la prima, nel 1984, stipulata con la Tavola valdese, quelle con le chiese avventiste e pentecostali e con l'unione delle comunità israelitiche) sono la premessa, o "base", di leggi statali regolatrici dei rapporti. A loro volta gli ordinamenti confessionali si adeguano ai motivi ispiratori del pluralismo: il codice attuale di diritto canonico (can. 22) stabilisce la pari efficacia delle leggi civili a cui il diritto della Chiesa rinvia.

Dalla considerazione dell'ordinamento della Chiesa cattolica la dottrina della "pluralità degli ordinamenti" ricavò preziosa materia e valida conferma per la sua tesi. E in effetti nel lungo periodo di rigida separazione tra la Chiesa e lo Stato, nei decenni che corrono dall'unità d'Italia al Concordato, molti istituti della vita e

dell'attività delle persone rimasero radicati nel diritto della Chiesa. Per la quasi totalità dei cittadini il matrimonio religioso aveva conservato la dignità del vero matrimonio, mentre la celebrazione civile, che pure era la sola contemplata dalla legge statale, finiva per rivestire il carattere di una semplice formalità amministrativa. Ancora, le limitazioni poste alla Chiesa nell'acquisto e nel possesso dei beni portarono i privati ad escogitare operazioni giuridiche elusive dei divieti ed a realizzare per vie indirette l'intento di beneficiare la Chiesa. Si parlò di "frodi pie", quasi a contrapporre l'illiceità dell'atto, valutato alla stregua delle leggi statali, all'alto valore spirituale e morale che esso racchiudeva come testimonianza di fede religiosa.

La dottrina della "pluralità" servì pure a comprendere e ad apprezzare il diritto che regge la comunità degli Stati. Del diritto internazionale era stata messa in dubbio, assai spesso, la natura di vero ordinamento giuridico, per la mancanza di un potere sovrano e di effettivi strumenti che impongano l'osservanza delle regole. Ad una riflessione più attenta l'insufficienza dei mezzi per la pratica attuazione delle sanzioni non apparve preclusiva della qualifica in termini di "ordinamento". La realtà dimostrava come il rispetto dei patti, cui poteva ridursi l'essenza del diritto internazionale, avvenisse largamente anche fuori di ogni minaccia o timore.

Diritto della Chiesa cattolica e diritto internazionale costituiscono, quindi, i temi abituali della dottrina della "pluralità degli ordinamenti"; e fu già un risultato notevole, pur se limitato, quello di allargare la prospettiva ed il discorso fuori dei confini del diritto statale. Ma a chiudersi nei termini del diritto statale i nostri giuristi erano spinti o venivano subito ricondotti dalla situazione storico-politica e dal prevalente atteggiamento intellettuale. La situazione politica conosceva in quel tempo un regime di tipo autoritario, con la costante tendenza a "centralizzare" il potere. L'educazione dei giuristi era quella positivista, che appariva la sola capace di garantire la certezza del diritto nella vita civile e il valore scientifico della giurisprudenza nel mondo della cultura.

Le condizioni storiche e la mentalità corrente tra i giuristi non impedirono tuttavia alla dottrina della "pluralità degli ordinamenti" di ricevere in Italia una elaborazione ricca di motivi e di sviluppi nei primi decenni del secolo scorso e ancora durante il fascismo. Ai giuristi stranieri che seguivano la dottrina italiana del tempo il discorso sulla "pluralità" sembrava in verità poco conciliabile con l'ideologia fascista dello Stato e dei gruppi; venne anzi segnalato come una delle palesi contraddizioni o delle nascoste ambiguità di quella nostra epoca. La contraddizione poteva chiarirsi ricostruendo l'orientamento politico dell'Italia liberale giolittiana, più tardi delle correnti nazionaliste, infine del fascismo che ne aveva attuato il disegno.

I fenomeni di associazione ed organizzazione che si erano venuti formando fuori dell'ordinamento statale e in principio addirittura contro la legge dello Stato (l'esempio storicamente più significativo è offerto dalla vicenda dei sindacati) non potevano essere ignorati o emarginati. Occorreva riportarli al controllo e, dove possibile, inserirli nelle strutture stesse dello Stato: così la politica giolittiana

traduceva nella pratica la dottrina liberale delle classi e dei gruppi (per una curiosa ironia della storia, un decreto del 29 ottobre 1922 introduceva e regolava la registrazione dei sindacati); il controllo e l'inserimento dei gruppi nello Stato era stato chiesto dalle correnti nazionaliste; l'esperimento corporativo costituì l'applicazione chiara e coerente di una siffatta impostazione.

Per rimuovere dal discorso sugli ordinamenti ogni sospetto, i giuristi spesso indugiarono su forme organizzative che offrivano spunti eleganti ed originali ma rimanevano ai margini della realtà, o che confermavano nell'ordinamento statale il solo criterio valido per giudicare della moralità e della utilità delle azioni umane. Così il gioco e lo sport, le superstiti esigue zone degli ordinamenti cavallereschi, i movimenti rivoluzionari, le sette politiche, le società criminali, penetrarono nella pagina del giurista. I contributi di pensiero furono brillanti e suggestivi, ma generalmente vennero trascurate le ragioni storiche dei fenomeni studiati, gli interessi che li tenevano in vita, le responsabilità o le complicità dei pubblici poteri.

Una particolare attenzione hanno sempre suscitato anche gli ordinamenti sportivi, sotto il profilo dell'organizzazione e della giustizia interna.

Nel discorso dei giuristi alle parole "comunità" o "società" veniva spesso preferito il termine "istituzione", suggerito dalla dottrina francese, per sottolineare l'unità dello scopo cui tende un particolare organismo sociale e la obiettiva persistenza dei fini al di là delle vicende delle persone. La parola compare persino nel codice civile (art. 12, 1° co.), ma è carica di equivoci significati, come dimostra l'uso che se ne fa a proposito d'istituti radicalmente diversi (non solo a proposito delle associazioni e delle fondazioni, ma da taluno con riguardo al matrimonio, da altri con riferimento alla proprietà).

3. Dottrine ed esperienza del pluralismo

L'attuale sistema costituzionale esige una considerazione più profonda e più larga di quella operata dalla dottrina, per tanti aspetti ammirevole, della "pluralità degli ordinamenti", poiché l'ispirazione "pluralista" della nostra Costituzione non si limita a scoprire ed a descrivere ordinamenti diversi da quello statale. Essa si traduce in una sostanziale limitazione del diritto che promana dallo Stato.

La prospettiva indicata appare particolarmente preziosa nello studio del diritto privato. Nel diritto privato, infatti, domina il principio dell'autonomia dei singoli e dei gruppi, e cioè il potere dei privati di dettare regole vincolanti per la propria condotta. È sufficiente richiamare la norma positiva che attribuisce ai contratti tra privati "forza di legge" (art. 1372, 1° co.); le norme che rimettono agli accordi degli associati il regolamento dei rapporti in seno alle associazioni; il significato letterale della parola "statuto" con cui viene indicato, degli enti associativi, l'atto che ne fissa gli scopi e l'attività.

In verità nella prospettiva tradizionale, che riduce tutto il diritto allo Stato, anche a quelle norme si attribuisce un valore limitato. Si dice generalmente: i con-

tratti conclusi dai privati li vincolano al pari delle leggi soltanto perché una norma dello Stato (e precisamente l'art. 1372) così stabilisce; le associazioni sono rette dagli accordi tra i consociati perché una norma dello Stato ne impone l'osservanza, assumendo il contenuto fornito dai privati; anche il destino dei beni alla morte della persona, si dice, è sempre riconducibile alla volontà della legge, pur quando è il privato a dettare, mediante il testamento, la regola dei rapporti, poiché la legge in quel caso si limiterebbe a ricevere ed a fare proprio l'indirizzo che ai beni ed ai rapporti venne impresso dal testatore. Gli ordinamenti posti ed operanti al di fuori dello Stato sarebbero dunque rilevanti, secondo il comune modo di intendere il diritto, solamente quando, e nei limiti in cui, lo Stato li riconosca e li utilizzi per regolare determinati rapporti o, al contrario, li consideri illeciti e ne faccia materia di divieto. In ogni caso la rilevanza dipenderebbe da una norma dello Stato; e solo nell'ordinamento statale, dotato del carattere dell'esclusività, chi muove da una qualsiasi norma giungerebbe ad una norma originaria e fondamentale da cui tutte le altre derivano la loro legittimità (e dalla quale, in definitiva, discende anche la forza di legge degli accordi privati, degli statuti, dei testamenti).

L'esclusività dell'ordinamento statale costituisce anch'essa, sul piano delle idee prima ancora che sul terreno positivo, un carattere dello Stato di diritto. Volle darsi per quella via una garanzia di certezza ai cittadini, fuori dei vincoli di appartenenza dei singoli e quindi di dipendenza dai vari gruppi nei quali si articola la società. Di qui l'opportunità di valutare le ragioni della dottrina politica pluralista, che appare contraria alla pretesa esclusività dell'ordinamento statale, e la necessità di vedere se ed in quale misura essa sia stata accolta nel sistema giuridico.

Intanto conviene ricordare che da più di una norma risulta ripudiata, almeno nella più rigorosa accezione, l'affermata esclusività, originarietà ed indipendenza del solo ordinamento statale. Si pensi alla norma sui rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica, "ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani" (art. 7 Cost.). Il nostro ordinamento si conforma "alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute" (art. 10 Cost.); prevede "limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni"; favorisce le organizzazioni indirizzate a tale scopo (art. 11 Cost.).

Sulla base dei principi richiamati il diritto dell'Unione europea è da considerare sistema distinto ed autonomo, ma coordinato coi diritti nazionali dei singoli paesi, e perciò "fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti della Comunità", senza bisogno "di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo", e ancor meno sostitutivi o modificativi.

Tornando a più semplici dati dell'esperienza, accade talvolta che l'adempimento dei doveri imposti da leggi dello Stato incontri eccezioni o limiti nel rispetto e nella fedeltà del singolo verso un particolare gruppo.

Nella prospettiva deve collocarsi l'obiezione di coscienza, riconosciuta ai sanitari ed agli esercenti le arti ausiliarie nel rifiuto delle prestazioni cui sarebbero te-

nuti per l'interruzione volontaria della gravidanza. Il rifiuto, nei casi e nei limiti in cui è legittimo, riposa sulla personale ideologia, e quindi sull'adesione a scelte e valori che l'ordinamento rispetta nell'ambito della coscienza individuale. La formula dell'"obiezione di coscienza" (anche con riguardo alla sperimentazione animale, nel rispetto di una ideologia che si oppone alla violenza su tutti gli esseri viventi) ricorreva un tempo anche a proposito della contrarietà all'uso delle armi manifestata da giovani obbligati al servizio militare di leva.

Le linee di tendenza dell'ordinamento statale, di fronte alla c.d. 'etica delle lealtà', soffrono di incoerenze e discontinuità. Qui si vuol segnalare la presenza del tema anche in epoche di apparente solidità delle istituzioni: si pensi alla disciplina delle associazioni segrete, per la quale è stata decisiva l'appartenenza di affiliati alle alte gerarchie dello Stato; e si consideri il complesso di disposizioni penali di favore (si è riesumato un termine di sapore medievale, il diritto 'premiale') per coloro che attivamente si dissociano da organizzazioni criminali ovvero dichiarate eversive del sistema.

La stessa possibilità di ricostruire le norme del sistema positivo statale e la loro legittimità, risalendo alla "norma fondamentale", porta a scoprire all'origine del nostro ordinamento una situazione di fatto che si pone fuori di ogni legame col precedente sistema e che perciò non ripete da esso la propria legittimità. La legge fondamentale alla stregua della quale occorre valutare l'intero sistema giuridico italiano, le norme successive come quelle precedenti alla entrata in vigore, è infatti la Costituzione democratica del 1948. Ora, la Carta costituzionale fu redatta, attraverso l'attività dell'Assemblea costituente, sulla base di un accordo intervenuto tra la monarchia ed i partiti del comitato di liberazione nazionale. Quest'ultimo, il c.l.n., era un organo di fatto che aveva assunto ed esercitato funzioni di governo nell'Italia occupata, e servì a realizzare una "tregua" istituzionale ed a preparare la pronuncia popolare sulla forma dello Stato e sulla nuova Carta costituzionale. L'accordo tra la monarchia e i partiti nasceva dunque sulla base di una realtà di fatto, fuori degli schemi formali previsti dalla costituzione a quel tempo ancora in vigore, vale a dire dallo Statuto di Carlo Alberto.

Sul piano strettamente giuridico, come si è già detto, chi parla di "pluralismo" si limita a constatare l'esistenza di ordinamenti diversi dallo Stato. L'ordinamento dello Stato ne riconosce l'esistenza, talvolta al fine di limitarli o di impedirne ogni rilevanza.

La dottrina della pluralità degli ordinamenti servì in effetti, nell'esperienza politica e giuridica italiana, a rivendicare, a volte a ribadire l'autorità dello Stato sulle istituzioni e gli ordinamenti cosiddetti "minori" piuttosto che a riconoscere alle "minori" comunità un grado, più o meno accentuato, di autonomia nell'organizzarsi e nell'operare. In altre esperienze, al contrario, la pluralità degli ordinamenti fu il modo di esprimere sul piano giuridico l'ideale politico del pluralismo sociale, di teorizzare e di applicare una concezione diffusa del potere, di affidare ai gruppi, in concorso o in competizione tra loro, larghi settori di interessi da promuovere e da garantire.

La teoria della “pluralità degli ordinamenti” ebbe dunque, dal pensiero giuridico italiano, apporti notevoli (i nomi più prestigiosi furono quelli di Santi Romano, la cui opera sull’“Ordinamento giuridico” risale al 1917, e di Cesarini-Sforza, più attento allo studio dei diritti “dei privati”). Ma sul piano delle idee politiche servì a rafforzare le concezioni che riducevano allo Stato e sottoponevano al controllo statale l’intero fenomeno giuridico. Era questo, d’altronde, il punto di arrivo di vicende intellettuali e di elaborazioni teoriche che pur differivano su punti fondamentali. La dottrina liberale delle classi e delle élites (una dottrina che ebbe in Pareto e Mosca gli esponenti più significativi) e la dottrina nazionalista più tardi passata al fascismo, e rappresentata con rigida coerenza da Alfredo Rocco, avevano già suggerito, del problema dello Stato e dei gruppi sociali, la soluzione che il fascismo fece propria: non potendo disconoscere la realtà dei gruppi, occorreva sottoporli al controllo dello Stato, e a dirittura, ove fosse possibile, inserirli nelle strutture statali.

Così l’affermazione astratta del pluralismo e il teorico riconoscimento dell’originarietà degli ordinamenti non impedirono l’approdo al partito unico ed all’unico sindacato riconosciuto e rappresentativo di ciascuna categoria economica, nel regime corporativo. Lo stesso concordato con la Chiesa, pur se assicurava consistenti privilegi alla confessione cattolica, si risolveva in uno strumento di controllo destinato a diminuire la libertà della Chiesa.

4. Le “formazioni sociali” della Carta costituzionale

Col ritorno alla democrazia del nostro paese, l’ideale pluralista è venuto a riproporsi nei termini e col valore di garanzia della persona e delle sue libertà. La Costituzione lo accoglie in questo significato, che è poi il senso dell’idea pluralista fin dalle prime formulazioni teoriche e dalle prime applicazioni pratiche.

Le enunciazioni dottrinali e l’esperienza concreta del pluralismo risalgono agli inizi dell’età moderna, alla Rivoluzione francese in Europa, e nell’altro continente alla nascita degli Stati Uniti d’America. Ricostruita entro confini ancora più larghi, l’età moderna ci riporta sino alla riforma protestante ed agli inizi della civiltà industriale. Sono state indicate dagli storici evidenti analogie e corrispondenze delle dottrine religiose, economiche, politiche della nuova società, nel segno della tendenza e dell’impegno a liberare l’uomo dai vincoli con le diverse comunità. La Riforma sopprimeva i legami con le chiese storiche e poneva l’individuo, col suo carico di terrore e di colpe, di fronte a Dio. Il capitalismo lo poneva di fronte alle leggi inesorabili dell’economia. Lo Stato moderno istituiva relazioni immediate del singolo col potere pubblico, staccando la persona da un sistema in cui erano radicati gli interessi e le antiche lealtà e riconoscendole una serie intricata di libertà e di prerogative.

In pratica, solamente la libertà economica e la proprietà dei mezzi di produzione rimanevano immuni da controlli. Di qui la ribellione della realtà agli schemi

formali. La società civile cercò di inserirsi nello Stato ispirandosi al modello americano che vedeva società, diritto e Stato in rapporto di reciproca implicazione; e cercò di inserirsi col peso degli interessi dei gruppi.

All'invadenza del diritto statale la dottrina politica "pluralista" replicava raccogliendo la parte più viva delle dottrine politiche-costituzionali moderne. Cercava di limitare lo Stato con il diritto dei gruppi più che con la barriera dei diritti naturali dell'individuo. Chiedeva di scomporre il potere senza fermarsi alla divisione formale (il legislativo, l'esecutivo, il giudiziario), dislocando il potere anche fuori dell'apparato statale e dall'esterno controllando quest'ultimo. Tendeva ad allargare le basi della sovranità non solo col rimuovere le limitazioni legate al sesso o al censo o al grado di cultura, sebbene col vedere la persona nelle diverse manifestazioni della vita, vuoi come lavoratore o produttore o consumatore, vuoi come partecipe dell'attività politica. Subordinava lo Stato alla società, tuttavia convinta che si potesse salvare il destino del primo.

In questi termini l'istanza pluralista è accolta dalla nostra Costituzione, che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" (art. 2 Cost.).

La garanzia apprestata non vuol dire che le formazioni sociali sono ordinamenti originari, indipendenti ed esclusivi. Certamente la forma più rilevante di "riconoscimento", sotto l'aspetto tecnico-giuridico, appare l'uso che lo Stato faccia, per perseguire fini propri, di norme poste nell'ambito di tali formazioni. Si pensi al matrimonio canonico regolato dal diritto della Chiesa, quando l'unione consegue effetti civili mediante la trascrizione nei registri dello stato civile; o al contratto collettivo ad efficacia generale, qual era previsto in una norma (rimasta inattuata) della Carta costituzionale (art. 39 Cost.).

La garanzia ha un senso più ristretto ma, nella sostanza, più rilevante. Si traduce in una serie di limiti che lo Stato, rispetto alle formazioni sociali ordinate all'esplicazione della personalità individuale, impone alle proprie leggi, più in generale al proprio ordinamento. Dall'art. 2 Cost. l'interprete è sollecitato a risalire e ad individuare nel sistema le formazioni sociali garantite. Per fermarci alle formazioni sociali "tipiche" (vale a dire, individuate e regolate nella Costituzione), si tratta delle chiese, della famiglia, dell'organizzazione sindacale, dei partiti politici, di talune associazioni economiche. L'indicazione è particolarmente utile a chi si accinga a studiare il sistema del diritto privato. Siamo infatti in presenza di gruppi privati, e cioè di gruppi sociali che realizzano interessi particolari, e non già gli interessi generali della collettività. La diversità delle forme giuridiche che assumono e degli strumenti attraverso i quali operano non contraddice il dato ora messo in luce, la "particolarità" degli interessi perseguiti, che pur sono interessi collettivi e non più meramente individuali. Come vedremo nel disegno dell'intera materia, il carattere "particolare" degli interessi contrassegna gli istituti e l'intero sistema del diritto privato.

La Costituzione regola singolarmente, come già si è accennato, le formazioni sociali che tradizione ed esperienza conoscono secondo modelli storicamente con-

solidati: le chiese per professare la fede religiosa in forma associata anche attraverso la propaganda e l'esercizio del culto (artt. 8 e 19 Cost.); la famiglia "società naturale fondata sul matrimonio" (art. 29 Cost.); i sindacati che organizzano gli interessi professionali (art. 39 Cost.); i partiti politici attraverso i quali i cittadini concorrono a determinare la politica nazionale (art. 49 Cost.). Delle associazioni economiche il discorso sulle formazioni collettive garantite non può trascurare talune figure. Della cooperazione a carattere di mutualità, e senza fini di speculazione privata, la norma costituzionale riconosce la funzione sociale (art. 45 Cost.); a comunità di lavoratori o di utenti possono attribuirsi o trasferirsi imprese che si riferiscano "a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale" (art. 43 Cost.).

La possibilità ed i limiti del controllo esercitato dallo Stato, e prima ancora di un regolamento statale sulla vita delle formazioni sociali garantite, variano in ragione della intensità ed intimità della coesione del gruppo. La Costituzione mostra chiaramente questa diversa posizione dell'ordinamento: entità ed incidenza dei controlli diminuiscono col passare dalla norma relativa alle associazioni sindacali a quella sui partiti politici, quindi alle chiese, fino alla famiglia, di tutte le formazioni sociali certamente la più impenetrabile a controlli sulla vita e sull'ordine interni.

5. Caratteri delle norme giuridiche. Generalità ed astrattezza delle norme

Dobbiamo ora fermarci a considerare i caratteri delle norme giuridiche, con particolare riguardo all'ordinamento statale. Le norme giuridiche, secondo l'insegnamento comune, sono generali ed astratte quanto al modo della formulazione; intersoggettive per le relazioni che creano; coercibili in ragione dei mezzi che ne garantiscono l'efficacia.

Per coercizione s'intende che al comando contenuto nella norma si accompagna la minaccia di una sanzione per il caso che manchi la spontanea osservanza, vale a dire una seconda norma che ha per presupposto la violazione della prima ed ha per contenuto l'irrogazione della sanzione.

Nel campo degli interessi privati la sanzione realizza la situazione che la norma voleva produrre o, più spesso, una situazione equivalente (v., per una previsione alternativa dei due rimedi, l'art. 2933). Ad esempio, se Tizio era tenuto nei miei confronti a non sopraelevare il suo edificio ed invece ha costruito, la demolizione ripristinerà la situazione di fatto voluta dalla norma; se Tizio ha procurato un danno all'integrità fisica o al patrimonio di Caio, la riparazione in forma di risarcimento procurerà al danneggiato una situazione equivalente a quella che si sarebbe avuta senza il fatto lesivo.

In linea di principio è estranea al diritto privato l'idea di sanzioni che incidano sulla libertà o sul patrimonio della persona senza tradursi nella soddisfazione di

interessi patrimoniali di altri soggetti. Dal diritto privato, in breve, sono lontani l'idea ed il meccanismo della pena (ma non mancano eccezioni al principio, come, secondo taluni, nella norma dell'art. 2035, che preclude la restituzione di quanto pagato in esecuzione di un contratto immorale).

La sanzione, ed i mezzi di coercizione per attuarla, appaiono così connaturali all'idea di norma, che si considerano "imperfetti" i precetti legali sforniti di sanzione, quando a dirittura non se ne nega la giuridicità. Si pensi ai doveri "moralì o sociali" rimessi allo spontaneo adempimento di colui che ne è gravato (art. 2034).

Il termine "intersubiettivo" si riferisce, più che alla norma, alla relazione che il precetto crea tra le persone. Si vuol dire che la norma giuridica, quando autorizza o permette o vieta, contempla la condotta esteriore degli individui, a differenza da altre norme, come i precetti della religione e della morale, che impongono doveri sul piano puramente interno della coscienza. Si pensi alla legge morale del perdono, che può manifestarsi anche senza segni o comportamenti esterni, e si metta a confronto un istituto giuridico, la riabilitazione dell'indegno a succedere a causa di morte (art. 466). La riabilitazione risponde allo stesso impulso sentimentale di perdonare.

Taluni ordinamenti giuridici più attenti ai fatti della coscienza (come è il caso del diritto canonico, che anche della tecnica e della funzione dei codici aveva in passato un'idea più larga, ai comandi alternando espressioni di augurio o di lode, consigli, notizie storiche, enunciazioni dogmatiche) ammettono la possibilità di una duplice considerazione degli atti umani, nel foro "esterno" e nel foro "interno" della condotta; ma anche allora, quando si scende sul piano strettamente giuridico, rimane decisivo il giudizio del foro esterno.

Ancor più chiaramente il diritto statale, allorché riconosce significato e valore a fatti spirituali o di sentimento, appare dominato dalla necessità che siano riscontrabili comportamenti esteriormente apprezzabili dei soggetti: si pensi, ad esempio, alla ingratitudine del donatario (art. 801), o alla riconciliazione dei coniugi che intendano separarsi (art. 154) o che siano già separati (art. 157). Dal linguaggio legislativo intanto, ed opportunamente, sono scomparsi termini che potevano evocare l'immagine di un legislatore incline a considerazioni di pietà più che a soddisfare ragioni pratiche: viene ora chiamata "divieto temporaneo di nuove nozze" (artt. 89 e 102, 4° co.) la preclusione in passato posta alla vedova sotto il nome di "lutto vedovile", che la dottrina traduceva nella vecchia e patetica formula del "*tempus lugendi*".

Generalità ed astrattezza della norma giuridica sono caratteri connessi e si riferiscono alla formulazione logico-letterale della norma. Questa non può esser dettata in relazione ad un particolare caso da risolvere: ciò che sarebbe possibile, del resto, solamente affidando al giudice il potere di fissare la norma dopo che il fatto è stato presentato al suo esame. La norma, scritta o consuetudinaria che sia, deve essere formulata in maniera da comprendere una pluralità di casi, ridotti ad unità attraverso l'individuazione di caratteri tipici. A queste esigenze di generalità e di astrattezza si ritiene che debba rispondere la regola anche negli ordinamenti che

ne affidano al giudice la formulazione, se per un caso non si rinvenga una norma di legge o consuetudinaria.

La dottrina giuridica ha coniato, con infedele traduzione dalla lingua tedesca, il termine **“fattispecie”** per indicare i fatti naturali e sociali così come li vede e li adatta il legislatore. Letteralmente fattispecie vuol dire “immagine del fatto”, quasi a significare una trasfigurazione della realtà nel passaggio dalla natura al diritto. Ai fatti specifici che occorrono nella vita, la compravendita tra Tizio e Caio di un determinato fondo, il matrimonio fra Tizio e Mevia, l’incendio appiccato da Sempronio alle stalle di Tizio, viene riservata la qualifica di **“fattispecie concrete”**, contro la qualifica di **“fattispecie astratte”** che viene data alla vendita (o, più specificamente, la vendita a termine, con riserva di proprietà, con patto di riscatto, e così via), al matrimonio (civile o religioso con effetti civili), alla responsabilità da fatto illecito (per fatto proprio o di altri, per le cose o gli animali, o per svolgimento di un’attività pericolosa e via dicendo), dove la vendita, il matrimonio, l’illecito sono visti come schemi riferibili a situazioni diverse, ripetibili infinite volte, e sono costruiti senza riguardo ad uomini, a beni e ad interessi concreti.

Lo stile adottato dal legislatore, quando riduce in “fattispecie” gli accadimenti della vita reale, può dunque riassumersi dicendo che la legge compie un processo di generalizzazione e di astrazione. Nei fatti ordinati dalle norme si ritrovano i caratteri della generalità ed astrattezza, che indicammo come tipici delle norme stesse.

Le prime codificazioni dell’età moderna, nel corso del XVIII secolo, seguirono un criterio del tutto diverso, con l’idea di garantire più efficacemente la certezza dei cittadini. Era il metodo detto “casistico”, che cercava di introdurre nel regime legale previsioni e specificazioni della realtà nella maggiore quantità possibile; il codice prussiano del 1794, per esempio, dedicava 61 paragrafi alla materia delle pertinenze (che sono, come si legge nel nostro art. 817, “le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un’altra cosa”), procedendo ai più minuti dettagli nell’indicare i vari animali da cortile, i pennuti, le stie e le gabbie per custodirli. Disposizioni così sovrabbondanti e minuziose si rivelano nella sostanza ancor più manchevoli, per l’impossibilità di chiudere nella norma gli infiniti aspetti della realtà.

Pur rifuggendo dallo stile casistico il legislatore moderno può tuttavia agevolare il lavoro dell’interprete mediante esemplificazioni (come nell’elenco dell’art. 820, 1° co., con riguardo ai frutti naturali), o traducendo in norme le conseguenze pratiche di un principio (v., per es., l’art. 490, che stabilisce l’effetto dell’accettazione di eredità col beneficio d’inventario e poi lo spiega in tre punti, nel capoverso che si apre con la parola “conseguentemente”). Talora avverte il bisogno di chiarire i motivi e di prospettare le finalità della norma: l’art. 1 l. 15 settembre 1964, n. 756, in materia di contratti agrari, sotto il titolo “finalità della legge”, ne indicava lo scopo nel conseguimento di “più equi rapporti sociali nell’esercizio dell’agricoltura” ed i mezzi nel superare e modificare “le forme contrattuali non adeguate o non rispondenti alle esigenze di armonico sviluppo dell’economia

agricola del Paese”. Può anche aversi, al contrario, una indicazione degli scopi estranei alle misure adottate: nella legge sull’aborto, ad esempio, è scritto che “l’interruzione volontaria della gravidanza ... non è mezzo per il controllo delle nascite” (art. 1, 2° co., l. 22 maggio 1978, n. 194).

Si tratta però di espedienti tecnici cui di rado ricorre il legislatore contemporaneo, che non si ritiene obbligato a giustificare la norma o a fornire un elenco indicativo dei casi, e rimette all’interprete il compito di trarre dalla norma le applicazioni e gli sviluppi di cui essa è capace. Era invece, quella di fornire la spiegazione delle norme, cura dei vecchi legislatori dei secoli passati.

Il metodo e lo stile delle “fattispecie” generali ed astratte cercano di garantire la certezza, nel senso che subito chiariremo, ma di affidare allo stesso tempo al giudice un sufficiente margine di libertà nell’adattare la previsione legale al caso concreto, che ha sempre qualche nota di singolare originalità rispetto allo schema normativo. La libertà del giudice risulta accresciuta quando il sistema utilizza con larghezza nozioni che tocca al giudice riempire di contenuto, per farne poi applicazione nel decidere la controversia. Si chiamano “clausole generali” le norme che utilizzano concetti rivestiti dei caratteri descritti: la correttezza (v. gli artt. 1175 e 2598, n. 3), la buona fede (artt. 1337, 1358, 1366, 1375, 1460 cpv.), il buon costume (v. gli artt. 5; 23, 4° co., 25, 1° co., 634, 1343 e 1354; 2031 cpv.; 2035), la diligenza ora riguardata come ordinaria diligenza (v. l’art. 1341, 1° co.), ora come normale diligenza (art. 1431), più spesso come la diligenza del buon padre di famiglia (v. l’art. 1176, e inoltre gli artt. 382, 1° co. e 703; 1001; 1587, 1768, 1804, 1961 cpv.; 1710, 2392 e 2407), la sensatezza della persona (art. 1435).

Il discorso sullo stile legislativo va oltre il profilo della tecnica più conveniente da usare nello scrivere i codici e le leggi, che è problema oggi largamente avvertito, non già nel senso illuministico di una ‘scienza della legislazione’ da costruire, ma piuttosto per le finalità di ‘delegificare’ in alcuni settori, di usare criteri uniformi nella redazione delle leggi, di indicare con chiarezza le norme modificate od abrogate in virtù di una legge nuova (v. ora la l. n. 1988/400). L’uso delle “clausole generali” può essere giustificato e raccomandato per consentire l’adeguamento delle norme e del sistema alle mutate situazioni sociali ed economiche, ma può pure prestarsi, nelle mani di una magistratura debole, a piegare il diritto alla ideologia di una classe o di un gruppo (come avvenne in Germania attorno al ’30, quando la “fuga nelle clausole generali” finì per agevolare la disponibilità e poi la conversione della giustizia tedesca al nazismo).

6. *Certeza del diritto*

Generalità ed astrattezza sono considerati una garanzia della certezza del diritto. Per questa ragione anche gli ordinamenti che affidano al giudice il compito di formulare la regola, ove manchi una specifica previsione legale, impongono al

giudice di dettare una “norma”; gli fanno carico, quindi, della enunciazione di una regola che nasce sì dal caso concreto, ma dev’essere dotata di un certo grado di generalità e di astrattezza che la renda applicabile anche a casi futuri.

Abbiamo accennato alla certezza del diritto. Certezza, in verità, è parola usata in varie accezioni. Essa riguarda, in primo luogo, la conoscenza del diritto: se si conosce esattamente la norma, è possibile sapere in anticipo le conseguenze della propria condotta, imposta o vietata o consentita che essa sia. Ma nel diritto contemporaneo l’abbondanza e la disorganicità delle leggi, che scendono a regolare fino i più riposti angoli della realtà, rendono sempre più difficile e illusoria, sotto questo aspetto, la sicurezza individuale, e diventa una finzione la conoscenza delle leggi che viene presunta in ciascun consociato (e perciò si comprende che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 364/1988, abbia dichiarato illegittimo l’art. 5 c.p. nella parte in cui non sottraeva all’area della inescusabilità, e quindi della colpa, la ignoranza inevitabile di una norma).

Diversa è la certezza dell’osservanza delle leggi. Essa è legata al sistema di sanzioni che accompagnano gli imperativi ed alla efficacia delle misure minacciate.

Ancora diverso è il significato della parola se con essa si vuol dire che qualsiasi contrasto tra i consociati, una volta rimesso alla decisione del giudice, riceverà soluzione senza che possa essere di ostacolo la mancanza di una previsione specifica del caso. Sotto questo riguardo la certezza assicurata ai singoli si risolve nella completezza dell’ordinamento. L’ordinamento non presenta lacune; gli spazi “liberi dal diritto” si stendono dove non è possibile o dove in concreto manchi ogni conflitto d’interessi tra gli uomini.

In tutte le accezioni ricordate la certezza riconduce alla natura imperativa del diritto ed alla esclusività della legge positiva. Affinché il singolo sia sicuro circa le norme che il giudice applicherà al caso che lo riguarda, sembra necessario limitare il diritto al corpo delle norme poste dallo Stato, e vietare al giudice una indagine critica sulla congruità della norma astratta al caso concreto. Il compito del giudice viene ridotto ad un’operazione quasi meccanica, di tipo “sillogistico”, come suol dirsi con termine tratto dalla logica. La premessa maggiore è la norma, la premessa minore il caso da risolvere, la decisione scaturisce dalle due premesse poste a confronto.

Non contraddice all’esigenza della certezza, anche a volere intendere in termini rigorosi il principio, la raccomandazione – che a volte viene rivolta dall’ambiente dei pratici e dagli studiosi – di regolare le materie del diritto privato per principi piuttosto che attraverso l’analitica disciplina dei singoli istituti. L’opportunità di assecondare una siffatta tendenza è suggerita dall’estrema varietà e mutevolezza dei dati della vita reale.

La certezza del diritto può venire in conflitto con un altro valore, il valore della “giustizia”. In taluni momenti dell’esperienza storica singole norme o a dirittura i principi dell’intero sistema appaiono ripugnanti al sentimento che della giustizia ha la coscienza comune, nelle forme più elementari e più semplici. Si pensi alle

leggi o alla prassi che introducano o consentano discriminazioni fondate sulla razza, adottando a carico dei soggetti discriminati misure restrittive della libertà e della capacità personale. In tempi di relativa tranquillità, quando la vita e la dignità individuale sono rispettate, la legge e in particolare la legge fondamentale può arrivare a sancire il diritto del cittadino e del giudice a resistere alla legge ingiusta. Ma il rimedio si rivela inefficace dove si verifichi una radicale “perversione” dell’ordinamento (l’espressione è stata usata da uno scrittore tedesco a proposito del diritto nazionalsocialista). Allora il rifiuto e la resistenza dovrebbero rivolgersi non già contro singole norme, ma contro l’intero ordine in cui la persona vive.

7. La giurisprudenza come scienza. Linguaggio e concetti legislativi

Il tema dei rapporti tra certezza e giustizia si riflette sulla stessa definizione del diritto, e sulla classificazione del diritto nel novero delle “scienze”. La mutevolezza delle norme nello spazio e nel tempo, la loro relatività, la circostanza che esse obbligano solo perché sono imperative, indipendentemente dalla intrinseca ragionevolezza, portano spesso a dubitare del carattere scientifico delle discipline che hanno per oggetto il diritto, o della intera giurisprudenza, come viene chiamata la “scienza” del diritto. (Deve avvertirsi che nel linguaggio corrente si preferisce parlare di dottrina giuridica con riguardo alla elaborazione concettuale degli studiosi e di giurisprudenza con riguardo alla casistica ed alle decisioni giudiziali; se si vuole usare per l’una e per l’altra attività lo stesso vocabolo, si può distinguere una giurisprudenza teorica ed una giurisprudenza pratica).

Il dubbio circa il valore scientifico della giurisprudenza nasceva, nel secolo passato, dalla constatazione che le leggi individuate dalle scienze della natura, le scienze esatte, avevano carattere di uniformità e di costanza, mentre le norme poste dai legislatori variavano dall’uno all’altro paese e da un’epoca all’altra. Del resto sembrava non priva di significato la circostanza che gli stessi giuristi talvolta parlassero, a proposito del diritto e della giurisprudenza, come di un’arte (“l’arte del buono e del giusto”, secondo una formula antica). Parlando di arte, si voleva mettere in luce il margine di creatività, più o meno larga o ristretta, che in ogni caso rimane all’interprete delle norme.

Negli ultimi tempi si è cercato di rivalutare il carattere scientifico della giurisprudenza non già collocando in una luce diversa l’oggetto di essa, e nemmeno attraverso la scoperta di principi che sarebbero presenti in tutti i diritti positivi. Un procedimento del genere è servito solamente a chiarire talune costanti dell’esperienza giuridica dei rapporti privati, vale a dire nozioni elementari come quelle di obbligazione, di promessa, di contratto. Si è invece rimeditato il concetto di scienza, e dei risultati si è fatta applicazione al diritto. Delle scienze della natura si è indicata, come nota tipica, la ‘prevedibilità’ delle conseguenze rispetto ai fatti; alla giurisprudenza, in particolare alla attività interpretativa, si è riconosciuta eguale attitudine, al di là dell’apparente ‘sistema’ di comandi e divieti formulati nei

termini di una immediata incidenza sulla realtà. In un discorso ancora più ricco ed interessante, si è messo in luce che, della scienza, il carattere proprio è non già la verità ma il rigore, ed in questo senso può essere scientifica la giurisprudenza, sempre che il discorso del giurista si svolga fissando in partenza i termini da usare ed il significato delle parole, e poi rispettando questa sorta di “convenzione” raggiunta sulle parole e sulle proposizioni.

Condizione perché la giurisprudenza venga considerata come scienza è dunque, secondo questo indirizzo di pensiero, che essa si risolva in una rigorosa analisi del linguaggio in cui si esprimono le leggi, le consuetudini, le decisioni adottate dai giudici.

Senza prendere posizione sul problema della giurisprudenza come scienza, ci limitiamo a rilevare la utilità dell'analisi del linguaggio giuridico, e in primo luogo del linguaggio legislativo. Veramente ogni norma, ridotta a proposizione linguistica, si chiarisce attraverso il senso che ciascuna parola vi assume e secondo la connessione delle parole. Quando nella norma si trovi un vocabolo tecnico, occorre risalire ad altra norma che ne fornisca il senso. Ad esempio, per comprendere l'art. 1179 (“chi è tenuto a dare una garanzia ... può prestare a sua scelta un'ideonea garanzia reale o personale, ovvero altra sufficiente cautela”), occorre risalire alle norme (per tutti v. gli artt. 2784 e 2808) che disciplinano le forme di garanzia del credito mediante vincolo dei beni, e cioè il pegno e l'ipoteca, come garanzie “reali”, ed alle norme che prevedono come garanzia del credito l'obbligazione “personale” di un terzo accanto al debitore, vale a dire la fideiussione (v. l'art. 1936; per la formula “ideonea garanzia reale o personale” v. anche l'art. 156, 4° co., in tema di pronuncia di separazione dei coniugi).

Risalendo da una ad altra norma, si ritrovano infine parole e concetti da intendere puramente e semplicemente come li intende il comune linguaggio adottato nell'ambiente sociale. Così, sempre per servirci dell'art. 1179, i concetti di “idoneità” della garanzia o di “sufficienza” della cautela corrispondono alle nozioni valide nel comune linguaggio, e rapportate al debitore, al creditore ed al garante del concreto rapporto di cui si tratta (v. anche gli artt. 1461, 1819, 1822).

Tra il linguaggio comune e il linguaggio dei giuristi corre un rapporto di reciproca influenza, e perciò il primo risulta arricchito di voci e frasi coniate dal diritto (e vi sono espressioni che entrano nella retorica o nella banalità del dialogo quotidiano, come pegno di affetto o eredità morale di una persona o verità da accettare con beneficio d'inventario), e a sua volta il diritto fa proprie le forme espressive della lingua comune. Si avvertono principalmente due tendenze. La prima fa uso di parole che rendono le situazioni ideali costruite dall'ordinamento – i rapporti, i diritti, gli obblighi – secondo immagini che abitualmente rispecchiano i dati della realtà sensibile; di un dovere si dice che “incombe” (v. per es. l'art. 483, 3° co.) e, del soggetto obbligato, che vi deve “soggiacere” (v. l'art. 479, 2° co.); di un fatto impeditivo di una procedura si dice che è diretto a “troncarne il corso” (art. 767). L'altra tendenza è di servirsi di vocaboli che hanno carattere tecnico ma fuori dell'esperienza giuridica, e generalmente nel campo delle scienze della natura. E questo un

modo di esprimersi più frequente nella dottrina giuridica che nelle leggi, e tuttavia anche le leggi non ne vanno del tutto esenti. Molte tra le parole ricordate, e riprese dalla dottrina, appartengono anche al linguaggio legislativo: come pendenza (artt. 1356-1358, 1361), novazione (art. 1230 ss.), accrescimento (art. 674 ss.), fusione (art. 2501 ss.), reviviscenza dopo l'estinzione (artt. 1197, 3° co., 1276; v. pure l'art. 681, in fine, e art. 1255). I giuristi, dal canto loro, sentono in misura ancor più pesante le suggestioni del vocabolario delle scienze della natura, e perciò accade di trovare applicate, al diritto in genere o a specifici settori, le partizioni della fisica meccanica (cinematica, statica, dinamica), oppure all'attività giuridica la terminologia della medicina imperniata su fisiologia, patologia e terapia. Stavolta, più che la povertà o le ristrettezze del linguaggio giuridico, sembra affiorare, del giurista, l'in-guaribile complesso d'inferiorità culturale.

Dal linguaggio legislativo devono ricavarsi non solamente i termini, ma anche i concetti su cui costruire il discorso. Ma il discorso del giurista utilizza anche concetti che non hanno riscontro nel linguaggio legislativo. Di questi concetti occorre chiarire le ragioni, per servirsene nei limiti della stretta utilità, in ogni caso preferendo la terminologia delle norme. Il nostro codice civile, ad esempio, ignora la categoria del "negoziio giuridico", costruita nel secolo scorso dalla dottrina tedesca ed italiana col proposito di riportare ad unità le diverse manifestazioni dell'autonomia dei privati. Rimanendo fedele alla tradizione del codice napoleonico, il legislatore italiano disciplina i singoli atti in cui si esplica il potere dei privati di dar regole ai propri interessi, e degli atti di autonomia privata diffusamente disciplina il contratto (artt. 1321-1469 *bis*). Ma nel regime del contratto ricorre (nella rubrica dell'art. 1322) la parola "autonomia": di qui la possibilità e la giustificazione di un discorso sull'autonomia dei privati che non si limiti al contratto (nella formula "autonomia contrattuale" la parola "contrattuale" rappresenta una specificazione, e quindi la legge non intende ridurre al contratto tutti gli strumenti dell'autonomia privata), e che consenta di sistemare gli atti privati secondo la natura degli interessi da realizzare, in ragione della misura di libertà garantita, con riguardo alle forme ed ai modi in cui la libertà si svolge.

Di taluni concetti occorre invece ricordare che essi si presentano alla prima apparenza come concetti unitari, anche per la forza della tradizione, ma che un esame più attento rivela, al di là dell'unico nome, una pluralità di situazioni. Si pensi al concetto di "proprietà", alla definizione data (art. 832) ed alla garanzia fornita (art. 42 Cost.) alla proprietà senza distinzioni, mentre in concreto il regime della proprietà appare diverso in ragione della natura del soggetto o della natura dei beni o del contenuto dei poteri. Si pensi alla nozione di famiglia, considerata con criteri ora più ristretti ora più larghi nei vari settori dell'ordinamento (basterà richiamare le norme sulla successione necessaria, art. 536 ss., sulla successione legittima, art. 565 ss., sulle indennità ai congiunti del lavoratore in caso di morte, art. 2122).

Ricostruita sulla base del linguaggio e dei concetti legislativi, la realtà giuridica s'inserisce nella realtà naturale. Rispetto ai modi in cui quest'ultima si presenta, la realtà giuridica talora arricchisce la realtà naturale: introduce ad esempio,

accanto agli uomini, entità diverse dagli uomini, come le persone giuridiche (art. 11 ss.), alle quali riferisce diritti e doveri. Altre volte considera solamente le cose suscettibili di divenire oggetto di diritti (art. 810). Talvolta, infine, considera alcuni fatti e ne trascura altri: per esempio all'inadempimento o al fatto illecito, ai fini dell'obbligo di risarcimento, vengono collegati solamente gli eventi dannosi che ne sono conseguenza immediata e diretta (artt. 1223, 2056, 1° co.).

8. Diritto e realtà naturale

Circa i rapporti che corrono tra il diritto e la realtà naturale, non si vuole qui approfondire la distinzione e la contrapposizione tra le scienze cosiddette normative, alle quali appartiene il diritto, e le scienze della natura. La diversità viene generalmente indicata in ciò che le prime appartengono alla sfera del dover essere, mentre le scienze della natura appartengono alla sfera dell'essere. Più semplicemente si vuol sottolineare come la disciplina delle singole relazioni giuridiche e delle attività umane tenga conto della natura ora delle cose (v. art. 1693, 1° co.), ora dell'affare economico (art. 1712, 2° co.), ora del particolare contratto (art. 1746, 2° co.): più in generale, tiene conto del modo in cui si atteggiavano nella realtà fisica, nell'ambiente sociale, nel campo economico i fatti, gli interessi, i beni.

Ancor più rilevante appare la qualificazione di taluni rapporti giuridici in termini di realtà "naturale" prima ancora che in termini di diritto. Dalla Costituzione, ad esempio, la famiglia è definita "società naturale fondata sul matrimonio" (art. 29 Cost.). Con la parola "naturale", riferita alla comunità familiare (che rientra nella categoria delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità individuale, art. 2 Cost.), il testo costituzionale vuole avvertire che le ragioni ed i compiti della famiglia sono radicati in una realtà che precede, anche storicamente, il diritto positivo; ed una conferma sembra trarsi dalla stessa parola "riconoscere" che viene usata in tutte e due le norme richiamate per ultime (gli artt. 2 e 29 Cost.).

Altre volte la legge qualifica "naturale" un rapporto od una situazione che non sfuggono alla previsione normativa e tuttavia si presentano privi di quei caratteri che sarebbero necessari ad assicurarne la "giuridicità" o la "legittimità". Si pensi alle "obbligazioni naturali": così la legge chiama i doveri morali e sociali (art. 2034) e più in generale (art. 2034 cpv.) tutti i doveri per i quali non si può essere costretti all'adempimento, ma non può ottenersi la restituzione di ciò che è stato spontaneamente prestato (v. anche gli artt. 1933, 2940, 627, 2° co. e l'art. 2035). Si è parlato, a proposito dei doveri morali e sociali, di rilevanza giuridica di norme non giuridiche, quali sono i precetti del costume e dell'etica sociale che impongono una determinata condotta; o di obbligazioni imperfette, che si affaccerebbero sul mondo del diritto, solamente se e nel momento in cui vengano spontaneamente soddisfatte, trasformandosi quindi in fatti rilevanti per il diritto nell'atto stesso in cui si esauriscono.

Vogliamo rilevare, intanto, che l'art. 2034 considera pertinenti al mondo della

“natura”, e contrappone alla realtà del diritto, le regole della morale individuale e sociale che non siano state tradotte in norme giuridiche.

Infine, la parola “naturale” è usata, non più nel linguaggio del codice, ma nella dottrina e nella pratica, per contrassegnare la incapacità “di fatto”, e cioè l’incapacità d’intendere o di volere in cui si trovi temporaneamente la persona maggiore di età e non interdetta e quindi legalmente capace di agire (art. 428; di capacità naturale, sempre nel senso di idoneità ad intendere o a volere, si parla anche con riguardo all’art. 2046, mentre la rubrica della norma preferisce riprendere dall’art. 85 c.p. il termine “imputabilità”).

Vuol mettersi in luce, col termine “naturale”, il possibile divario tra la situazione legale della persona e la sua condizione naturale. Questa costituisce un presupposto della prima, ma è un presupposto fissato attraverso regole presuntive, enunciate secondo criteri di normalità. Risponde alla normale esperienza che con la maggiore età si attinga una sufficiente idoneità ad apprezzare ed a curare i propri interessi. Nel campo degli atti leciti è irrilevante la concreta capacità naturale a provvedere ai propri interessi se il soggetto è legalmente incapace di agire (minore di età, interdetto giudiziale); è invece rilevante, in particolari circostanze, la temporanea incapacità di fatto di un soggetto legalmente capace di agire (art. 428; v. anche gli artt. 120, 591, 2° co., n. 3, 775). Per gli atti illeciti la capacità necessaria perché a carico del soggetto sorga la responsabilità del fatto dannoso è la capacità di intendere e di volere (art. 2046), che sopra abbiamo chiamato capacità naturale.

Sempre a proposito del rapporto tra diritto e realtà naturale, è opportuno far cenno dei possibili contrasti tra la verità storica, o naturale, e la situazione come è ricostruita o considerata dal diritto. Ad esempio, l’accertamento della filiazione può risolversi in un contrasto tra verità legale e verità naturale. Basta pensare, da un lato, alla eventualità di un riconoscimento o di una legittimazione di un figlio fatti “per compiacenza” (come si esprime la giurisprudenza francese) e cioè senza legame effettivo di sangue; dall’altro, al mancato disconoscimento del figlio che la legge presuma legittimo, quando si abbia la certezza biologica della non paternità. Si tratta, senza dubbio, di materie in cui è sempre disagevole fissare contenuto e confini della verità e dove, del resto, interesse preminente rimane quello di garantire stabilità alle situazioni conseguite dalla persona (v., in tal senso, l’art. 253). Il diritto di famiglia cerca di fornire, ai soggetti interessati, più idonei strumenti per rimuovere in alcune ipotesi il contrasto tra verità “legale” e situazione di fatto.

La verità legale viene fissata, a volte, attraverso presunzioni o attraverso finzioni. Presunzioni sono “le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato” (art. 2727). Nell’ipotesi regolata dall’art. 232 (presunzione di concepimento durante il matrimonio) il fatto noto è la nascita del figlio dopo che sono trascorsi almeno centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e prima che ne siano passati trecento dallo scioglimento o dall’annullamento. Il fatto ignoto, cui la legge risale, è che il figlio sia stato concepito durante il matrimonio. Questo vuol dire “presunzione di concepimento durante il

matrimonio”: la presunzione “non opera” nel caso di separazione dei coniugi protratta per oltre trecento giorni (art. 232 cpv.); e può essere vinta con la prova di uno dei fatti indicati dalla legge (art. 235), ed in quei casi la paternità viene disconosciuta. Si parla di presunzioni relative quando la legge ammetta la prova contraria (nel novero delle presunzioni relative rientra la stessa presunzione di concepimento fuori del matrimonio stabilita per il nato dopo trecento giorni dall’annullamento o dallo scioglimento delle nozze, o dalla separazione pronunciata od omologata od autorizzata dal giudice, poiché è ammessa la prova contraria per superarla: art. 234, 1° e 2° co.). Si dicono invece assolute le presunzioni che non ammettono possibilità di prova in contrario (v. ad esempio, l’art. 599 cpv., richiamato dall’art. 779, 2° co.).

Le presunzioni assolute si avvicinano alle vere e proprie finzioni. Si parla di finzione quando il legislatore assume una determinata situazione come reale, nell’impossibilità di accertare la verità storica, ad esempio nell’ipotesi di commorienza (art. 4), o esplicitamente contro la realtà naturale, a titolo di sanzione contro una condotta contraria alla buona fede, come nella c.d. finzione di avveramento della condizione (l’art. 1359 considera verificato un evento che storicamente è mancato), o per ragioni di tecnica giuridica, come nella divisione dei beni ereditari, in cui “ogni erede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione ... e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari” (art. 757).

È invece improprio l’uso del termine “finzione”, da parte della dottrina, per spiegare alcuni espedienti tecnici usati dal legislatore. La dottrina più antica, ad esempio, parlava di finzione a proposito delle persone giuridiche; di finzione con riguardo alla retroattività degli effetti del contratto condizionato quando si avveri l’evento dedotto in condizione (art. 1360); di finzione del fenomeno ereditario visto come “continuazione” della personalità del defunto attraverso l’erede. Certamente si tratta, nei casi ricordati, di costruzioni che non hanno preciso riscontro nella realtà naturale; ma le operazioni descritte, d’indole logica, diventano mezzi per dare un certo assetto alla realtà rilevante per il diritto, e perciò sono consentite e regolate dal legislatore come le più idonee, o a dirittura indispensabili, a realizzare interessi privati riconosciuti meritevoli di tutela.

SEZIONE III

ORIGINI, MOTIVI E VICENDE DEL CODICE CIVILE ITALIANO

SOMMARIO: 1. Il diritto privato italiano tra le due guerre. – 2. L’ideologia politica del tempo della codificazione. – 3. Le novità del codice civile del 1942. – 4. L’unità legislativa del diritto privato e il regime delle attività economiche. Le proposte di riforma. – 5. La giurisprudenza della Corte costituzionale nelle materie del codice civile.

1. *Il diritto privato italiano tra le due guerre*

Il codice civile italiano risale al 1942. Collocato nel tempo in cui fu scritto, se ne rende necessaria una rilettura, per controllare in quali termini le ideologie dell'epoca abbiano lasciato il segno nella disciplina dei rapporti privati.

A breve distanza dalla entrata in vigore del codice mutò infatti, e radicalmente, il regime politico del paese. Col ritorno alle istituzioni democratiche fu abrogato – già nel 1944, prima che si ricostituisse l'unità del territorio nazionale – l'ordinamento corporativo, in cui era stata inquadrata la disciplina del processo produttivo, dei rapporti economici, del lavoro. Ma un discorso generale, circa l'opportunità di mantenere in vita il codice, o, al contrario, di riscriverlo, non fu affrontato con impegno. Qualche isolata proposta di richiamare in vita, puramente e semplicemente, il codice civile dell'Italia liberale (il codice del 1865) venne respinta dai più qualificati giuristi, rivendicandosi il carattere eminentemente tecnico della codificazione e l'assenza di compromissioni politiche. Ai nostri giuristi, in breve, sembrò ingiusta l'accusa di tradimento, infondato il rimprovero di quella *trahison des clercs* (tradimento dei chierici), come era stata chiamata l'attitudine di adesione o di indifferenza degli intellettuali vissuti sotto la dittatura. I giuristi – fu questa la replica – avevano continuato con onestà un lavoro di revisione e di ammodernamento iniziato all'indomani della prima guerra mondiale, ed avevano accolto le più sicure e valide istanze sociali, resistendo alle sollecitazioni politiche, scoperte o nascoste che fossero. Il tentativo più sottile di imporre al codice l'ideologia del tempo si era avuto, da parte della classe politica, con la proposta di codificare i principi generali di diritto e di collocarli ad apertura del codice civile; il tentativo aveva incontrato il rifiuto dei maggiori esponenti della scienza giuridica italiana.

Conservato il codice del 1942, l'attività legislativa si limitò alla abrogazione delle norme strettamente legate all'ordinamento corporativo, anche se la soppressione della parola non era sempre sufficiente a cancellare il disegno in cui si inseriva la specifica previsione di legge. Si provvide pure ad abrogare le norme che discriminavano i soggetti in ragione della razza, così nel regime dei rapporti personali (matrimonio, tutela, adozione) come nel regime dei rapporti patrimoniali

Le indicazioni di una parte della dottrina, in ordine al programma di “defascistizzare” il codice, andavano oltre i due profili dell'ordinamento corporativo e delle discriminazioni razziali. Ma, al di là di quel confine, si rivelava un profondo contrasto di ideologie. Così, le limitazioni alla libertà contrattuale dei privati e l'intervento dello Stato nella disciplina dei rapporti economici erano criticati, nel sistema del codice civile, da opposti punti di vista e con intenti assai diversi. I modelli propri della mentalità liberale portavano infatti a ravvisare nel codice, e in particolare nella disciplina del contratto, il sacrificio dell'autonomia individuale, dell'iniziativa e del rischio. Al contrario l'attitudine d'ispirazione solidarista, usata nel giudicare dei fatti e delle leggi, induceva a scorgere nel regime autoritario dei rapporti economici privati un rafforzamento delle classi privilegiate.

Più largo spazio ebbe ad occupare un altro dibattito, che del resto aveva visto divise le opinioni dei giuristi già durante la codificazione. Il codice civile del 1942, come si è visto, riduce ad unità il diritto privato, superando la tradizionale bipartizione delle materie del diritto privato in due codici, il codice civile ed il codice di commercio. L'autonomia legislativa del diritto commerciale era apparsa in passato come il riconoscimento, da parte dell'ordinamento statale, di un diritto creato e sviluppato dagli stessi interessati, vale a dire dal ceto mercantile, e adattato alla ricchezza ed alla mutevolezza delle situazioni di ambiente e di tempo. Le norme del diritto commerciale traggono origine, in larga misura, dalla consuetudine, e perciò nei codici di commercio venivano considerati e regolati istituti nati nella pratica e contemplati dal legislatore con sollecitudine assai più pronta di quella dei legislatori dei codici civili.

L'unità legislativa del diritto privato può essere fornita tuttavia, sul piano politico, di una apprezzabile giustificazione, come ogni misura diretta a rimuovere dal diritto privato comune a tutti i cittadini settori di diritto singolare, applicabili a persone o a categorie di persone in ragione (per limitarci agli esempi storicamente più frequenti) della classe a cui appartengono, o della religione che professano, o della attività che svolgono.

L'unità del diritto privato raggiunta in Italia col codice del 1942 ha finito, in realtà, per suscitare contrastanti giudizi ed apprezzamenti diversi d'indole politica, circa la prevalenza, nell'opera realizzata dal legislatore, dei principi del diritto privato comune o, invece, dei principi di quel diritto singolare nato dall'esperienza degli operatori economici. Accade perciò di leggere, nella pagina di taluni interpreti, che il codice civile del 1942 ha mortificato, o a dirittura che ha amputato un ramo vivo e rigoglioso dell'esperienza giuridica. Ma da altri interpreti si è denunciato un processo inverso, parlandosi, con termine inelegante, di una avvenuta "commercializzazione" del diritto privato. La disciplina dei rapporti privati, si dice, sarebbe interamente costruita attorno al fulcro dell'attività economica organizzata, vale a dire dell'impresa, mentre al centro del sistema in passato era l'istituto della proprietà.

L'annuncio, in passato, di una riforma che avrebbe investito l'intero codice civile, o comunque una sua consistente parte nel segno della provvisorietà (una circostanza, questa, che merita di essere segnalata), fu accolto con reazioni di incredulità e di sfavore.

Gli stessi dubbi e perplessità di allora suscita ai giorni nostri la notizia della presentazione al Senato del disegno di legge datato 19 marzo 2019, n. 1151, contenente la delega al governo per la revisione del codice civile.

I timori e la diffidenza erano allora fondati, così come lo sono al giorno d'oggi, poiché la brevità dei termini fissati nella delega di allora induceva il dubbio, nel caso che all'opera veramente si mettesse mano, che potesse risultarne un'opera seriamente meditata. Un codice occupa abitualmente il lavoro di una generazione; all'inizio dell'età moderna, cui risalgono i primi codici, la dottrina si trovò divisa circa la convenienza di un siffatto lavoro sistematico e più

tardi conobbe gravi divergenze d'opinione circa l'oggetto, i limiti e le partizioni dei codici.

La pretesa di totale rielaborazione di una legge complessa qual è un codice civile ripropone antiche obiezioni e riserve, a cominciare dalla stessa utilità delle codificazioni. Contrastata nell'età del romanticismo, da pensatori e politici che volevano ricondurre anche il diritto ad espressione dello spirito popolare, la codificazione, e in particolare la codificazione civile, si presentò strettamente connessa con la formazione dello Stato centralizzato, col principio della statualità del diritto, con l'esigenza della certezza; significò in ogni caso una mortificazione dell'attività del giudice a vantaggio del potere legislativo.

I codici nazionali segnarono, inoltre, restrizioni sempre più larghe della libertà individuale nell'attività economica; distrussero la comunione di tradizioni e di idee espressa nel diritto comune e pregiudicarono il fondamento universale che al diritto era posto e collocato nella ragione; compromisero la stabilità delle relazioni sociali per la frequenza delle innovazioni; resero più agevole il controllo, oltre che la produzione del diritto, da parte della classe dominante.

In questi termini si esprimeva un giurista dall'esperienza assai significativa, quale Filippo Vassalli: insegnante di diritto, avvocato, giudice, egli contribuì alla elaborazione del codice, e dopo l'ultima guerra riprese, con senso critico ed equilibrata saggezza, il discorso sul codice civile e sui caratteri della codificazione.

La codificazione conclusa nel '42 era cominciata subito dopo la prima guerra mondiale, anzi già durante il conflitto, che aveva suscitato una serie di leggi speciali destinate poi a durare al di là della contingente situazione che le aveva provocate. Nel lungo cammino tra le due guerre la preparazione del codice aveva incontrato avvenimenti e fatti che ne modificarono o ne ritardarono o ne fermarono il corso. Si pensi, per limitarsi ai più importanti, all'instaurazione dell'ordinamento corporativo, negli anni 1926-27 (è del 1927 la Carta del lavoro), o al Concordato tra l'Italia e la Santa Sede, del 1929, che portava a rinnegare la laicità del matrimonio per introdurre una pluralità di "forme" matrimoniali.

Gli anni successivi all'ultimo conflitto mondiale, e già prima il tempo della divisione del nostro paese e della frattura dell'ordinamento, mostrarono i segni evidenti della capacità del diritto privato, o meglio del regime dei rapporti privati, a realizzarsi e a sopravvivere anche al di là dei limiti e delle imposizioni derivanti dalle leggi e dai codici, fuori della stessa presenza di una efficiente organizzazione statale. La migliore conoscenza e la maggiore familiarità con la dottrina e la pratica angloamericana pure giovarono a scoprire una rinascente vocazione del diritto privato alla "extrastatualità". Del resto talune materie, come quella matrimoniale, si erano sempre e largamente rivelate indifferenti all'ordinamento positivo; in altre materie erano riaffiorate l'aspirazione o la tendenza a un "diritto di ragione" o al "diritto naturale"; l'ordine dei rapporti privati, infine, aveva dimostrato una sua stabilità anche là dove i pubblici poteri erano apparsi carenti o contraddittori.

2. L'ideologia politica del tempo della codificazione

Il codice civile italiano, nella sua interezza, entrò in vigore, come si è detto, nel 1942; appartiene quindi agli ultimi tempi del fascismo e del regime corporativo che fu il sistema politico-giuridico del fascismo. Si rende allora necessaria una risposta, sia pure in termini brevi ed elementari, all'interrogativo affacciato in principio: se la ideologia dell'epoca abbia lasciato nella elaborazione del codice una decisiva impronta; o se quella ideologia, sia pure in ambiti parziali e limitati, abbia portato ad accogliere nel codice civile soluzioni incompatibili con la nuova realtà politico-costituzionale.

Intanto va ricordato come il legislatore traesse motivo od occasione dalla emanazione del nuovo codice civile per attribuire valore giuridico alla Carta del lavoro, che sino a quel momento (dal 1927, anno in cui era stata redatta) aveva rivestito valore di semplice programma politico. La l. 30 gennaio 1941, n. 14, sul valore giuridico della Carta del lavoro, riconosceva infatti alle "Dichiarazioni" della Carta il carattere "di principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato", destinati a fornire "il criterio direttivo per l'interpretazione e per l'applicazione della legge"; ed il successivo decreto 16 marzo 1942, n. 262 approvava, fissandone al 21 aprile la data di esecuzione, "il testo del codice civile ... preceduto dalle disposizioni sul valore giuridico della Carta del lavoro, dal testo della Carta del lavoro, approvato dal Gran Consiglio del Fascismo il 21 aprile 1927, e dalle Disposizioni sulla legge in generale".

La Carta del lavoro, priva dei caratteri formali e materiali della legge, aveva tuttavia rappresentato il vero testo costituzionale del regime fascista nel campo politico, economico e sociale, mentre le norme dello Statuto albertino si erano svuotate di ogni contenuto concreto, pur continuando a contemplare la struttura e i rapporti tra gli organi dello Stato.

Se si pongono a raffronto le enunciazioni della Carta del lavoro e le norme della nostra Costituzione che sono relative alle stesse materie, si avverte la radicale diversità d'impostazione di un ordinamento totalitario e di un ordinamento democratico rispetto ai temi della libertà associativa (e in particolare della libertà di organizzazione sindacale), della iniziativa economica, della proprietà privata, del rapporto di lavoro, che sono i temi tradizionali del diritto privato; prima ancora, si avverte quanto sia profondamente diversa la concezione dei rapporti correnti tra lo Stato e il singolo, e tra lo Stato ed i gruppi privati.

Fuori della materia del lavoro, il tentativo di piegare alla ideologia del sistema politico il linguaggio e la disciplina del codice fu compiuto attraverso la pretesa di allargare la nozione di solidarietà, dai rapporti tra le categorie produttive, a tutti i rapporti privati.

Le regole della correttezza furono dichiarate vincolanti per il debitore ed il creditore "in relazione ai principi della solidarietà corporativa" (art. 1175). Dal concetto di solidarietà, introdotto nel regime del rapporto obbligatorio, sembrava scaturire il suggerimento a vedere in termini di "comunione degli interessi", o a

dirittura di “comunità”, la relazione tra debitore e creditore, come si sosteneva in quel tempo dalla dottrina tedesca.

Ma gli interpreti si dimostrarono più saggi del legislatore e ribadirono come una formula non potesse cancellare la sostanza delle cose, sostanza rappresentata dal conflitto degli interessi. Il legislatore democratico, nel 1944, non si limitò a cancellare la parola “corporativo”: dall’art. 1175 scomparve tutto l’inciso e quindi il riferimento alla “solidarietà”. La norma costituzionale, in virtù della quale la Repubblica richiede ai singoli “l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” (art. 2 Cost.), non può ragionevolmente usarsi per reintrodurre, nel regime dei rapporti obbligatori tra privati, il concetto e la funzione della solidarietà, sia pure intesa in un nuovo significato. Ma certamente la “solidarietà” di cui discorre la norma costituzionale, e in primo luogo la solidarietà sociale (v. invece per un accenno ai doveri di solidarietà umana l’art. 1900, 3° co.) può fornire la ragione e quindi la giustificazione di misure legislative che distribuiscano in modo diverso i poteri spettanti alle parti del rapporto o per una delle parti restringano la libertà contrattuale (si pensi alle leggi, in materia di rapporto di lavoro o in materia di locazione di case di abitazione).

Con scoperta diffidenza i giuristi più consapevoli guardarono pure agli accenni, evidenti ed insistiti negli ultimi anni del fascismo, a costruire in termini di “comunità” il rapporto tra imprenditore e lavoratori nell’ambito dell’azienda. Il termine “collaborazione” (artt. 2086 e 2094) usato con riguardo ai prestatori di lavoro subordinato (e subito ridimensionato e corretto nelle formule della “collaborazione gerarchica” o della “gerarchia collaborativa”) e l’enunciazione di un dovere di fedeltà del lavoratore (art. 2105), attraverso quella parola, “fedeltà”, che viene usata abitualmente per contrassegnare i vincoli tra i componenti di un gruppo (e, in particolare, nell’ambito della famiglia, dagli artt. 143, 2° co. e 349), potevano indurre a vedere i rapporti tra datore e prestatore di lavoro nella luce delle dottrine della “comunità di azienda” o della “comunità di lavoro”, dottrine a quel tempo largamente seguite in Germania (dove sul piano sindacale si era anche superata la distinzione tra padronato e lavoratori, creando un unitario “fronte del lavoro”). Ma i nostri giuristi, in quel confuso parlare di collaborazione e di fedeltà, videro al più la prefigurazione di una struttura e di un regolamento dell’impresa che rimanevano ancora estranei al nostro sistema economico.

Oltre che nell’art. 1175, l’ordinamento corporativo era richiamato in altre norme d’indole generale. Queste norme avrebbero dovuto assicurare l’adeguamento della giurisprudenza pratica alle vedute politiche del tempo. Devono ricordarsi la regola dell’interpretazione contrattuale conforme ai principi corporativi (art. 1371 cpv.), il richiamo a proposito del regime e della funzione dei beni (art. 811), la comprensione dell’ordine corporativo come parte integrante dell’ordine pubblico che l’art. 31 prel. – oggi abrogato – indicava assieme al buon costume quale limite generale alla efficacia delle leggi e degli atti stranieri, degli statuti di enti, delle private disposizioni e convenzioni.

Nella norma delle preleggi (art. 31 prel.) l’ordine corporativo era dunque as-

sorbito nel concetto di ordine pubblico e contemplato sotto l'aspetto di limite: affermazione superflua, del resto, ove si rifletta che la Carta del lavoro alla vigilia del codice era stata rivestita di carattere giuridico ed aveva perduto, così, la primitiva natura di semplice programma politico.

Più ancora che alla nozione di ordine pubblico conosciuta già dal legislatore liberale, il legislatore fascista mostrò di attribuire valore al mutamento di un'altra disposizione delle preleggi, rispetto alla formula del codice abrogato. Una concezione radicalmente nuova del diritto e dei compiti del giudice parve racchiusa nella norma che impone, come criterio di decisione delle controversie non regolate e per le quali non soccorra nemmeno la previsione di casi analoghi, il ricorso ai "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 12 cpv. prel.). Si volle scorgere nella redazione nuova della norma il vincolo del giudice alla positività del diritto, fuori di ogni sollecitazione che potesse giungergli da regole poste da autorità diverse dall'autorità dello Stato. Il legislatore liberale aveva usato invece la formula "principi generali del diritto" e dottrina e giurisprudenza l'avevano intesa, in mancanza di un preciso riferimento al diritto positivo statale, con una larghezza di vedute che consentiva a volte di approdare persino al diritto "di ragione" o al diritto naturale.

Se si prescinde dalla riaffermazione della statualità del diritto, le "preleggi" non costituirono un documento politico. Perciò non riuscì a realizzarsi l'idea vagheggiata dalla classe politica di tradurre in norme i "principi generali dell'ordinamento" e di porli in cima alla disciplina dei rapporti privati dettata dal codice civile. La reazione dei nostri giuristi fu decisamente contraria, anche se le motivazioni addotte furono d'indole tecnica. Si sottolineò la superfluità di "principi generali" codificati se le norme particolari dei vari istituti erano già adeguate e rispondenti ai principi; mentre si sarebbe avuta insanabile contraddizione se per tutte le norme, o anche per talune soltanto, il processo di adeguamento ai principi fosse rimasto incompiuto.

L'atteggiamento assunto in quella occasione servì ai giuristi italiani per respingere, più tardi, il sospetto di contaminazioni politiche nella elaborazione tecnica del codice civile. Per negare le influenze del regime del tempo, si negò al codice carattere di sostanziale novità, rispetto alle codificazioni dell'Ottocento ed alla tradizione che vi si era formata.

Così al legislatore dell'Italia libera sembrò sufficiente far cadere (e vi provvidero il r.d.l. 20 gennaio 1944, n. 25 e il d.lgs.lgt. 14 settembre 1944, n. 287) le incrostazioni verbali rappresentate dalla parola "corporativo" e l'accenno al "sentimento fascista" come concezione di vita cui doveva ispirarsi il compito educativo dei genitori; oltre, naturalmente, alle limitazioni gravissime della capacità che il legislatore fascista aveva legato all'appartenenza alla razza non ariana. Queste ultime norme, dettate da spirito di servile imitazione della politica tedesca, costituiscono la lesione più grave dei principi fondamentali cui rimaneva ispirato il nostro sistema in materia di capacità e di diritti delle persone. Derogando in ragione della razza al principio della capacità che si acquista per il solo fatto della nascita (art. 1), il legislatore del tempo rimetteva alle leggi speciali la possibilità di ulte-

riori discriminazioni, sempre in tema di capacità, tra gli appartenenti a razza diversa dall'ariana: che era un modo di operare nuove diseguaglianze tra soggetti già discriminati nella generale categoria delle persone.

Non mancarono, nel sistema della capacità delle persone, singolari disarmonie (così, per esempio, in materia di adozione e di affiliazione). La contrapposizione dei "cittadini di razza ariana" alle "persone di altra razza", operata in più di una norma (da un legislatore che non si spingeva a seguire il modello tedesco e a distinguere cittadini e sudditi), finiva inconsapevolmente con l'attribuire agli ebrei e più generalmente ai non ariani una dignità – la dignità che siamo portati a legare alla qualità di persona – sovraordinata ad ogni altra.

3. Le novità del codice civile del 1942

La legislazione fascista volle presentarsi, nelle relazioni ufficiali e nei discorsi dei Ministri, come radicalmente nuova rispetto al codice civile dell'Italia unificata, che risaliva al 1865 ed era rimasto in vita per quasi ottanta anni. Al codice del 1942 si rivendicava una ispirazione popolare, mentre il codice ottocentesco era stato il codice dell'alta borghesia e delle classi economicamente privilegiate. In effetti, il codice postunitario conteneva norme tutte suscettibili di essere interpretate ed applicate come strumento di difesa economica e sociale dei ceti abbienti rispetto agli strati inferiori della popolazione; ma, a guardar bene, il giudizio e la censura di quel codice, considerato come la legge di una classe sociale, devono attenuarsi ove si consideri che fu proprio l'unificazione politica ad imprimere nel giro di pochi anni un nuovo corso all'economia italiana ed a realizzare una dislocazione nuova dei rapporti sociali, così che si rese inadeguata la legislazione dettata appena raggiunta l'unità d'Italia.

Il codice civile del 1942 s'inseriva, certamente, in una nuova prospettiva. Corrispondeva ad una fase di sviluppo del capitalismo che aveva visto l'accesso alla proprietà dei beni ed all'attività produttiva di più larghe zone della popolazione. Ma gli istituti giuridici non acquistavano, per ciò solo, un regolamento ricco di contenuto sociale e popolare. Il sacrificio di valori che erano stati cari ai legislatori "individualisti" (così venivano qualificati, e ancora sono giudicati il codice Napoleone ed i codici europei che ne avevano ricalcato le formule) era compensato, perciò, soltanto in misura trascurabile dalla tutela delle classi meno abbienti.

Intanto dal sistema venivano cancellate le istituzioni che sembravano strettamente legate all'ideologia "individualistica" o che evocavano gli schemi della democrazia parlamentare. Nel diritto di famiglia il giudice tutelare assumeva, insieme a nuove funzioni, compiti che fino allora erano stati assolti dal "consiglio di famiglia", un organo collegiale ripudiato più per la sua struttura di tipo "assembleare" che per le difficoltà pratiche di funzionamento o per la necessità di una maggiore preparazione giuridica ed economica nelle decisioni da assumere relativamente ai minori e agli incapaci.

La reazione al “parlamentarismo” – una reazione che proprio in quegli anni suscitava, in Germania, riserve e critiche al regime legislativo delle associazioni private – non impedì al legislatore italiano del '42 di introdurre, sulla traccia di una lunga elaborazione dottrinale e pratica, un regolamento del fenomeno associativo. La materia era ignota al vecchio codice liberale in conformità d'una tradizione risalente al codice napoleonico e sospettosa dei vincoli associativi, temuti come capaci di incidere e di limitare gravemente le libertà individuali garantite nel sistema. Nel nuovo codice civile fu introdotta una disciplina delle persone giuridiche private; ma il legislatore era convinto, e la Relazione al codice esplicitamente avvertiva, che il campo di azione delle persone giuridiche private doveva considerarsi esiguo, per la necessità di controlli esercitati dal potere esecutivo, e per l'opportunità di trasferire a persone pubbliche lo svolgimento di compiti e l'organizzazione d'interessi generali. Del resto le società commerciali, che al legislatore sembravano le sole persone giuridiche private meritevoli di sostanziale libertà di azione e di esenzione da controlli, continuavano ad essere disciplinate in una sede diversa pur nell'unico codice di diritto privato: le società nel quinto libro “del lavoro”, associazioni e fondazioni nel libro “delle persone e della famiglia”.

Assieme al regime delle persone giuridiche con scopo non di profitto, rispetto alle quali l'ideologia politica si rivelò nei controlli amministrativi e nei notevoli poteri d'iniziativa e d'intervento del pubblico ministero, si affacciò nel codice, sia pure attraverso poche e scarse norme, il regolamento degli enti di fatto, associazioni non riconosciute e comitati.

Il codice tracciava così le linee di una disciplina nella quale dovevano collocarsi, col ritorno alla democrazia, le forme associative essenziali alla nuova società, tra le altre i partiti politici e le associazioni sindacali. Per queste ultime la Costituzione prevede un sistema di registrazione e di conseguente acquisto della personalità (art. 39 Cost.); ma i sindacati hanno preferito conservare la semplice forma di associazioni non riconosciute, la forma in cui si erano venuti a trovare con la soppressione dell'ordinamento corporativo.

La disciplina delle fondazioni, che pur costituisce una novità del codice civile, era strettamente legata non solo al superamento dell'antica diffidenza pei corpi morali, ma anche, e soprattutto, ad un altro carattere della legislazione fascista, che ne segnava il distacco dal vecchio codice. L'avversione ai corpi morali, le difficoltà frapposte alla volontà privata che volesse vincolare tutti o parte dei propri beni ad uno scopo trascendente la vita stessa del fondatore avevano le loro radici nella tensione dei rapporti tra la Chiesa e lo Stato e nella rigorosa laicità del codice civile. Il codice del '42 vedeva la luce in una situazione radicalmente mutata delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa e la nuova situazione lasciava una traccia sensibile nel regime delle persone giuridiche.

L'instaurazione di nuovi rapporti con la Chiesa, di rapporti di tipo concordatario, aveva del resto già portato, a partire dal 1929, ad un regime del diritto matrimoniale con caratteri di originalità. Si era abbandonato il sistema che al solo matrimonio civile attribuiva la funzione di costituire lo stato di coniugi di fronte alla

legge. Il matrimonio canonico trascritto nei registri dello stato civile era divenuto da allora la “forma” generalmente usata dai cittadini italiani; e su quei matrimoni la Chiesa esercitava, così come esercita tuttora, la propria giurisdizione in ordine alla validità del vincolo.

Nel codice civile rimaneva la disciplina del matrimonio civile; ma il nostro legislatore, per un malinteso ossequio al regolamento canonico dell’istituto, cercava di adeguare il proprio al sistema della Chiesa in più punti, dimenticando la particolare natura e funzione degli istituti canonici, di un ordinamento destinato ad incontrarsi con culture diverse e senza limiti di tempo.

Là dove il regime sostanziale del matrimonio civile e quello del matrimonio canonico rimanevano diversi, si apriva il problema, che alla luce del principio costituzionale di eguaglianza sarebbe stato avvertito con maggiore urgenza, della compatibilità delle due forme matrimoniali, in definitiva legate al fattore religioso, col divieto di discriminare i cittadini sulla base delle qualità o delle condizioni personali enumerate nell’art. 3 della Costituzione.

La tradizione di larga parte del pensiero cattolico sembrò dividere l’ispirazione dominante della legislazione fascista nel campo del diritto familiare. Il nuovo spirito del diritto di famiglia fu ravvisato in una accentuazione dell’unità della famiglia e del principio di autorità, in una visione paternalistica che attribuiva allo Stato compiti sempre più penetranti di direzione e di controllo della vita familiare.

Sembrò persino giunto il momento di staccare il diritto di famiglia, tradizionalmente il più privato, se così può dirsi, dei settori del diritto privato, da quest’ultimo, per trasportarlo nel campo del diritto pubblico, siccome materia che non lasciava ai singoli nemmeno un margine esiguo per esplicare la loro autonomia ed era tutta dominata dalla considerazione d’interessi superiori. La scomparsa del consiglio di famiglia, dal canto suo, pareva confermare la subordinazione degli interessi del gruppo a quelli della collettività. Questa, d’altra parte, era la via che i giuristi d’ispirazione autoritaria (a cominciare da Alfredo Rocco che aveva esercitato influenza autorevole sulla futura legislazione) avevano indicato sin dal principio: senza rinnegare i corpi sociali nati nella esperienza, occorreva riportarli e sottoporli al costante controllo dello Stato.

I tentativi di dare all’ordinamento della famiglia un contenuto rispondente alle richieste di più larghi settori della popolazione, mentre il codice dell’Ottocento era stato espressione dell’alta borghesia, incontrarono in quei motivi ispiratori le maggiori resistenze. In talune materie l’elaborazione stessa del codice del ’42 vide involuzioni e rinunzie rispetto a più coraggiose affermazioni iniziali: in altre materie si diede corpo alla illusione di istituti che potessero incidere sul costume; in altri settori, infine, si seguirono soluzioni di compromesso.

La tutela dei figli nati fuori del matrimonio, in principio sollecitata in forme più estese ed efficaci, segnò qualche miglioramento in confronto del sistema allora vigente, ma fu contenuta pur sempre in limiti angusti, dopo un ripensamento che fece apparire troppo ardita ed immatura ogni più umana riforma.

Per ciò che riguarda i rapporti patrimoniali tra coniugi venne introdotto nel si-

stema, e messo in cima a tutti i tipi di regolamento, un istituto nuovo, il patrimonio familiare, ripreso da esperienze straniere ma rivestito di una funzione più radicale di mutamento delle strutture economico-sociali, mentre altrove era solamente servito a fermare o rallentare il progressivo esodo delle famiglie contadine dalla terra. L'istituto, come più generalmente ogni forma "legale" di regolamento dei rapporti patrimoniali tra coniugi, non avrebbe ricevuto la convalida della realtà pratica. L'insuccesso dipendeva, oltre tutto, da un fenomeno sociale allora scarsamente avvertito ma già non trascurabile, e cioè dell'accresciuta indipendenza economica della donna.

Infine, per avere un'idea dello spirito di compromesso che dominò particolari materie, si pensi a due istituti che hanno poi conosciuto radicali interventi, l'uno profondamente modificato e l'altro soppresso. Venne conservata con linee immutate, secondo una ispirazione tipicamente classista, l'adozione, destinata a perpetuare il nome familiare ed a conservare il patrimonio col minor onere fiscale. Ma venne introdotto un istituto nuovo, l'affiliazione, con finalità assistenziali e svincolata dai presupposti dell'antica figura dell'adozione.

Fuori del campo dei rapporti familiari, nella disciplina dei rapporti patrimoniali il codice del 1942 sembrò allontanarsi dalla tradizione dei codici liberali, e anche stavolta sotto la spinta della ideologia politica, per il fatto di aver posto al centro della propria disciplina non più la proprietà, come aveva fatto il codice del 1865, ma l'attività economica produttiva, che nel linguaggio del codice assume il nome di impresa (art. 2082).

Certamente il codice del 1865, come tutti i codici liberali redatti sull'esempio del code Napoléon, era stato un codice della proprietà: questo, dei diritti privati riconosciuti e garantiti al singolo, era l'istituto attorno al quale ruotava l'intero sistema del diritto privato. Basta pensare che, dei tre libri di cui constava il codice abrogato, il secondo s'intitolava "dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni" ed abbracciava parte della materia oggi contenuta nel Libro III, mentre il terzo (artt. 710-2174) regolava, sotto il titolo "dei modi di acquistare e trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose", le più disparate materie, viste assieme proprio e solamente sotto l'unico denominatore della proprietà, come strumenti per acquistarla e per trasferirla. Vi erano regolate la successione a causa di morte e la donazione (che oggi sono materia del Libro II del codice), per la prima ponendo l'accento sulla vicenda patrimoniale della trasmissione dei beni, che invece non esaurisce il fenomeno successorio, come sta a confermare la storia dell'istituto. Vi erano regolati l'intera materia delle obbligazioni e dei contratti e persino il regime patrimoniale della famiglia e, circa le obbligazioni, il regime delle prove e i mezzi di rafforzamento della garanzia del creditore, e fatti destinati ad operare su ogni specie di diritto patrimoniale: materie che oggi appartengono ai Libri IV, V e VI del codice. In effetti il legislatore del 1865 riportava alla proprietà anche figure contrattuali che con l'acquisto e il trasferimento della proprietà non avevano nulla a che fare: si pensi, per tacer d'altro, alla c.d. locazione di opere (il contratto di lavoro subordinato), che consiste nell'impegno di attività al servizio d'altri; si pensi al contratto di società e più in generale ai rapporti associativi, dove il conferimento di beni in proprietà

dell'ente e il conseguimento di utili sono fatti meramente eventuali mentre in primo piano sta l'esercizio in comune dell'attività economica.

Era perciò esatto definire quel codice come il codice "della proprietà", poiché attorno all'istituto della proprietà esso faceva gravitare l'intero sistema dei rapporti privati. Sono significative talune espressioni del Pisanelli, il commentatore più attendibile per essere stato autore del progetto tradotto poi in codice. "Basta volgere un semplice sguardo al codice civile, scriveva il Pisanelli, per convincersi che la proprietà sia il subbietto proprio di quel codice". Nel secondo libro, aggiungeva, "è riposta la idea fondamentale di cui s'informa tutto il codice civile, e le disposizioni contenute nel primo e nel terzo non sono che l'esplicazione della medesima idea, ch'è quella di proprietà". Il primo libro conteneva disposizioni sulla cittadinanza e sui poteri familiari, ma era frutto della imperfezione delle leggi e della parziale confusione dei compilatori: a rigore, concludeva il Pisanelli, avrebbe dovuto ridursi "a quelle sole disposizioni che concernono le persone considerate non altrimenti che come proprietari, cioè che determinano la loro capacità rispetto ai beni".

A dare un'idea del diverso modo in cui si pongono, rispetto alle stesse materie, vecchio e nuovo legislatore, basterà riflettere che nel codice del 1865 il contratto era contemplato come uno dei modi per acquistare e trasmettere la proprietà, mentre nel nuovo codice è considerato su un piano più generale, come fonte di obbligazioni (art. 1173) e destinato a costituire, modificare o sciogliere un rapporto patrimoniale (art. 1321). Del contratto diretto a trasferire la proprietà od altro diritto reale si occupa solamente una norma, l'art. 1376, per attribuire al consenso, manifestato dalle parti, efficacia traslativa della proprietà o del diritto.

A taluni interpreti, ed alle stesse relazioni ufficiali che accompagnarono il codice del '42, sembrò di poter scorgere un mutamento di prospettiva nell'aver sistemato i rapporti privati non più attorno all'istituto della proprietà, del quale si sottolineavano i limiti (art. 832), ma intorno al fenomeno sociale del lavoro, tutelato in tutte le sue forme, "organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali", come si esprime l'art. 2060. In realtà, piuttosto che attorno al lavoro, la disciplina veniva ordinata attorno al tema dell'impresa, e al libro quinto del codice si finì per dare il titolo "del lavoro" invece del titolo "dell'impresa", che pure era stato affacciato durante la redazione, per mera opportunità politica.

Ma aver spostato l'accento dalla proprietà, che il codice vede nei termini tradizionali dell'antica proprietà fondiaria pur attenuando il rilievo delle più antiche distinzioni dei beni, all'impresa non rispondeva a sollecitazioni proprie ed esclusive dell'ideologia del tempo. La nuova prospettiva rispondeva al grado di sviluppo della società capitalistica, passata da un'economia prevalentemente agraria, con la partecipazione di una classe ristretta al processo produttivo, ad una prima fase di industrializzazione e di più largo intervento delle classi sociali nelle attività produttive.

Le novità del sistema di diritto privato, richieste dall'evolversi della società capitalistica, avrebbero potuto accompagnarsi ad una conservazione delle libertà e delle strutture democratiche nell'ordine politico (come avvenne in Francia, dove fu conservato il codice napoleonico e dove gli istituti si adeguarono alla nuova

realtà attraverso crisi e tensioni che indussero a parlare di una silenziosa “rivolta dei fatti contro il codice”). La soppressione del regime democratico non fu, pertanto, la premessa del nuovo regolamento dei rapporti privati, e nemmeno servì ad affrettare una codificazione più aderente ai modelli delle società industriali progredite, quali erano soprattutto il codice civile tedesco ed il codice svizzero delle obbligazioni. Che l’uno e l’altro, tecnicamente vicini nonostante la diversità di clima politico nel quale furono elaborati, siano codici esemplari di una società industriale pervenuta a uno stadio avanzato trova conferma nella circostanza che furono usati come traccia o a dirittura recepiti da paesi ancora più lontani del nostro dal pieno sviluppo economico: così il codice tedesco del 1900 fu largamente utilizzato dal legislatore greco negli anni tra il 1930 e il 1940 mentre il codice svizzero del 1920 fu adottato in blocco dal legislatore turco.

4. L’unità legislativa del diritto privato e il regime delle attività economiche. Le proposte di riforma

Come si è accennato, anche l’unificazione del diritto privato in un solo codice, il codice civile, fu vista da taluno sotto il profilo della riforma “politica” ed attorno al 1945 da giuristi autorevoli fu censurata come segno ulteriore della demagogia e della violenza esercitata contro la tradizione. Ma anche la riduzione ad un solo codice di diritto privato rispondeva, in definitiva, all’utilità ed alle convinzioni della società e dell’economia capitalistica.

D’altra parte l’unità legislativa del diritto privato venne criticata con motivazioni contrastanti. Da un lato si denunciava la “commercializzazione” dell’intero diritto privato; dall’altro si lamentava la soppressione, operata in nome delle istanze corporative, di un diritto speciale, qual era il diritto commerciale, che aveva tratto origine e linfa dal riconoscimento e dalla tutela della libera iniziativa economica. Quest’ultima affermazione, anche per chi solo si fermasse a considerare il sistema legislativo, era lontana dallo spirito della riforma: ché anzi accadeva, con la riforma del ’42, che il sistema di un diritto commerciale autonomo, ma fondato su un sistema obiettivo degli atti di commercio, cedesse il passo a un sistema diversamente congegnato, basato sulla qualità d’imprenditore, e cioè a un vero “statuto” degli imprenditori commerciali, così che nell’ambito dei rapporti privati una particolare serie di rapporti si qualificava in relazione alla condizione dei soggetti.

L’accusa di un vizio di origine, anche stavolta politica, non fu risparmiata nemmeno ad un altro aspetto della riforma del ’42, vale a dire al regime legislativo del contratto. La scienza giuridica tedesca del XIX secolo aveva costruito una nozione, quella del negozio giuridico, entrata nel linguaggio comune della dottrina e della pratica, e aveva definito il negozio giuridico in termini di libertà e di volontà del singolo. Aveva altresì indicato e approfondito, come problema centrale della disciplina legislativa e dei contributi dottrinali, il tema del rapporto tra la volontà e la dichiarazione, tra il contenuto e la forma degli atti privati.

Sotto il nome di “teorie”, al legislatore del '42 si offrivano modelli di soluzioni legislative diverse, che potevano raggrupparsi attorno alle due estreme, la tutela del dichiarante o, invece, la prevalente considerazione degli interessi del destinatario della dichiarazione, al quale possono essere rimasti ignoti ed inconoscibili il divario tra ciò che era voluto e ciò che gli veniva dichiarato, e ancor più le ragioni che avevano portato alla formazione di una volontà difettosa. In realtà le due soluzioni estreme – che solo per semplicità del discorso venivano ridotte, rispettivamente, alla tutela della volontà e della libertà individuale, o alla sicurezza del commercio giuridico – avevano trovato, nel pensiero dei giuristi e nello stesso regime legislativo, attenuazioni e formule di mediazione.

Il codice vigente, rifiutando il nome e il regolamento del “negozio giuridico” come categoria generale, e rifiutando altresì di dettare una “parte generale” della materia dei rapporti privati, piegava la disciplina del contratto mantenuta in conformità alla tradizione del codice Napoleone, sia pure con un maggior risalto della funzione propria dello strumento contrattuale (art. 1322) ad una più accentuata considerazione, in termini di prevalente dignità di tutela, degli interessi del destinatario della dichiarazione. Si protegge l'affidamento del destinatario sul significato obiettivo della dichiarazione e sulla corrispondenza di quest'ultima alla volontà del dichiarante; all'autore della dichiarazione viene accollato il rischio dell'affidamento suscitato, senza colpa, nell'altro contraente.

Le conseguenze di una siffatta impostazione sono notevoli ed hanno portato persino a dubitare della coerenza di taluni aspetti del regime legale del contratto con affermazioni e principi che sono tenuti fermi nel sistema, a cominciare dalla definizione del contratto come accordo (art. 1321) e dalla indicazione dell'accordo tra i requisiti essenziali richiesti a pena di nullità (artt. 1325, n. 1, 1418).

Giudicare la regolamentazione positiva del contratto, con riguardo alla tutela degli affidamenti, come il risultato di sovrastrutture imposte dall'ideologia politica è, peraltro, l'effetto di una particolare posizione mentale. Rispettabile come ogni sincera e vivace protesta di fede, essa vede in termini critici, e perciò sul piano dell'interpretazione delle leggi cerca di ridurre in un ambito il più angusto possibile, ogni intervento che limiti o sopprima la iniziativa individuale e la libertà di determinazione del singolo nel campo dei rapporti economici. Sotto questo riguardo, più ancora che lo spostamento della disciplina del contratto dalla tutela della volontà, prevalente nel sistema del codice abrogato, alla accentuata protezione della buona fede nel commercio giuridico vengono censurate, da chi si pone su quella linea di pensiero, le norme tipiche dell'economia c.d. “diretta”, o, come pure si dice, del dirigismo economico statale, norme dirette a predeterminare il contenuto del contratto, a stabilire obblighi legali di contrarre, a sostituire autoritativamente il contenuto fissato dall'autonomia delle parti.

Il giudizio investe, quindi, non tanto la presa di posizione del regime politico del tempo di fronte alla materia dei rapporti economici privati, quanto l'atteggiamento dello Stato moderno e gli interventi di questo nell'economia. Il fenomeno

appare, se osservato con riguardo all'esperienza fascista, ancora limitato, e dominato dall'ambiguità della concezione corporativa. Oggi l'osservazione deve allargarsi, per considerare non solamente gli interventi che lo Stato spiega al fine di ridurre o di controllare l'autonomia dei singoli, ma altresì la partecipazione dello Stato medesimo a rapporti a struttura privatistica, mediante l'uso di forme tradizionalmente proprie del diritto privato (si pensi all'attività degli enti pubblici economici ed alle società private con partecipazione o sotto controllo dello Stato). Il fenomeno consente, da un lato, di procedere ad una ricognizione di nuovi territori del diritto privato; ma d'altra parte, per le situazioni di privilegio nelle quali sovente vengono ad operare lo Stato e gli enti pubblici, può suscitare gravi preoccupazioni circa la coerenza del sistema. Alle origini il diritto privato era affidato, almeno nel disegno del legislatore, alla parità di condizioni di partenza e di rischio dei soggetti liberamente impegnati nell'attività economica.

Chi voglia indagare la ragione politica degli interventi pubblici nelle contrattazioni private scorge agevolmente che le limitazioni della libertà e dell'iniziativa individuale mirano ad assicurare una situazione di parità tra i consumatori e ad attenuare le conseguenze della concentrazione del potere economico. La stessa contrattazione di serie, fenomeno tipico e sempre più largamente diffuso dell'economia contemporanea, finisce col garantire l'uguale posizione dei contraenti economicamente più deboli, rispetto a chi è in grado di predisporre il contenuto del contratto.

Anche la contrattazione collettiva nel campo del lavoro è nata da identica ragione ed ha assolto, storicamente, le stesse finalità. Veniva limitata la libertà contrattuale individuale per assicurare uniformità di condizioni minime, evitando così una concorrenza pregiudizievole ai contraenti più deboli, e cioè ai lavoratori. La concorrenza provocava la dispersione della forza contrattuale e la sostanziale disparità di posizione a vantaggio del padronato e a danno dei prestatori di lavoro.

Le rivoluzioni liberali e le codificazioni che ne erano scaturite – esemplare, al riguardo, il codice Napoleone – avevano creduto di assicurare la libertà dell'individuo col tener lo Stato estraneo al gioco delle forze economiche e riservando all'individuo la responsabilità e il rischio dell'iniziativa. Anche sotto questo aspetto – ciò che conferma come la nostalgia del vecchio e la critica del nuovo sistema giuridico siano spesso dovute alla scarsa considerazione della storia dello Stato moderno – le premesse e le idee da cui nacquero i codici ottocenteschi hanno subito, nella realtà sociale ed economica, una radicale smentita. Il nostro tempo conosce sempre più largamente una figura d'individuo che domanda e pretende dalla società di esser protetto in ogni bisogno, persino nei dubbi e nei timori: un uomo che ha distrutto in sé e nella propria vita, come è stato scritto, il senso del passato e dell'avvenire. Basti pensare, per rendersene conto, ai sistemi delle assicurazioni sociali, o riflettere sulla proposta di una sorta di "socializzazione" della responsabilità civile, che farebbe gravare sulla collettività, e quindi su ciascuno dei consociati, il rischio di ogni fatto lesivo d'interessi altrui, se posto in essere nell'esercizio di una attività consentita nel sistema.

Il breve discorso che si è cercato di svolgere sui rapporti tra il codice civile e

l'ideologia fascista si è fermato a considerare aspetti strettamente connessi con i motivi ispiratori di quel regime: per tornare agli esempi prospettati, la politica razziale e la economia corporativa. Di altri profili del codice civile si è messo in luce, almeno incidentalmente, come fossero legati all'arretratezza di taluni settori della vita sociale (si pensi alla condizione della donna) o alla singolare posizione del nostro legislatore di fronte al fenomeno religioso (si ricordi il regime del matrimonio introdotto a séguito della soluzione concordataria del conflitto tra lo Stato e la Chiesa cattolica).

Qui occorre subito chiarire che il codice civile vigente risulta esente da contaminazioni dell'ideologia fascista e va giudicato invece come il codice di una società borghese e di una fase di espansione dell'economia capitalistica, risulta pienamente compatibile con i principi a cui s'ispira l'attuale sistema, i principi tracciati dalla Costituzione in tema di rapporti civili, economici ed etico-sociali.

5. La giurisprudenza della Corte costituzionale nelle materie del codice civile

L'immagine del codice civile, qual è oggi concretamente in vigore, sarebbe gravemente incompleta se il lettore si limitasse ad apportare sul testo originario le soppressioni ed i tagli operati dal legislatore, ed a tener conto delle integrazioni e delle modifiche realizzate da leggi speciali. Sotto il primo aspetto, vi furono interventi immediati già nel 1944, per cancellare le tracce della ideologia politica del tempo, soprattutto con riguardo alla concezione corporativa delle attività economiche ed al rilievo attribuito alla razza nel discriminare i soggetti privati. Sotto l'altro profilo il diritto di famiglia la materia del lavoro e del diritto delle società hanno registrato l'ingresso di nuovi istituti nel sistema e mutamenti anche radicali di quelli che vi erano regolati: si pensi all'adozione speciale ed al divorzio nel campo familiare, ed ora alla completa riforma che vi si è attuata; per il lavoro ricordiamo la disciplina dei licenziamenti e lo Statuto dei lavoratori.

Per un compiuto disegno del diritto privato vigente, ricostruito secondo le linee del codice civile, il lettore deve invece prestare attenzione alle pronunce che la Corte costituzionale ha rese su norme del codice civile e di leggi complementari. Occorre considerare, innanzitutto, le norme di cui è stata dichiarata la illegittimità e che quindi hanno perduto efficacia; può rivestire notevole interesse il constatare che a volte la stessa norma ha ricevuto contrastanti valutazioni presso la Corte, ad un primo esame considerata compatibile coi principi costituzionali e in un ulteriore esame illegittima (così accadde, in tempi risalenti per alcune norme di diritto successorio, nel passaggio dalla sentenza n. 1960/54 alla sentenza n. 1969/79).

Ma occorre tener conto, nelle nostre materie ed in generale nell'attingere alle sentenze della giurisprudenza costituzionale, delle numerose pronunce di carattere interpretativo, con le quali la legittimità della norma viene fatta salva a condizione che se ne accolga un senso determinato rifiutando altre letture astrattamente pos-

sibili o in concreto proposte dagli interpreti. La funzione di rilettura delle norme del sistema, secondo significati che corrispondono ai principi costituzionali o che almeno non li contraddicono, può apparire e in effetti a taluno è sembrata funzione estranea al tipico compito della Corte costituzionale, che è di accertare l'eventuale illegittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, realizzando nel caso di dichiarata illegittimità un risultato pratico analogo all'abrogazione legislativa.

Le riserve sull'attività puramente interpretativa della Corte non meritano tuttavia di essere condivise, soprattutto se si rifletta sulle conseguenze della dichiarazione d'incostituzionalità di una norma.

La norma illegittima scompare dall'ordinamento, lasciando un vuoto che non sempre il legislatore provvede sollecitamente a colmare, o che possa riempirsi dall'interprete attraverso il ricorso ad altre regole o ai principi generali; perciò la persistenza della norma, sia pure condizionata ad una particolare "lettura" che se ne debba adottare, garantisce la completezza, la coerenza e la continuità del sistema, che potrebbero essere incrinare o interrotte ogni volta che il principio costituzionale da solo non basti a fornire la soluzione dei conflitti di interessi.

Di altre questioni di costituzionalità, variamente risolte, si farà cenno nello studio delle singole materie, volendosi qui, per il momento, solamente sottolineare che il codice civile e l'intero sistema del diritto privato si sono nel corso del tempo arricchiti anche grazie alla attività della Corte costituzionale, un'attività non ristretta alla funzione meccanica di confermare o di cancellare questa o quella norma dell'ordinamento. E si vuole ricordare che la Corte ha in tal modo spesso anticipato ed indirettamente promosso interventi legislativi in materie che richiedevano una disciplina rispondente ai principi costituzionali.

SEZIONE IV

LA LEGGE IN GENERALE

SOMMARIO: 1. Le fonti del diritto. La legge. Gli usi. Successione delle leggi nel tempo e conflitti nello spazio. – 2. L'interpretazione delle leggi. – 3. L'equità.

1. Le fonti del diritto. La legge. Gli usi. Successione delle leggi nel tempo e conflitti nello spazio

Le "disposizioni sulla legge in generale", dette anche "disposizioni preliminari" o "preleggi", sono divise in due capi, "delle fonti del diritto" e "dell'applicazione della legge in generale".

Fonti del diritto sono, nell'ordine: la Costituzione; le leggi (comprese le leggi regionali, nei limiti e per le materie stabilite dall'art. 117 Cost.); i regolamenti; gli usi. La parola "fonti" (art. 1) è stata da taluno criticata perché potrebbe far pensare ai fatti produttivi come fatti estranei al diritto stesso, da collocare fuori e prima del diritto positivo. Ma il termine risponde ad una tradizione di linguaggio (v. ad es. gli artt. 1173 e 1387, che peraltro non suscitano riserve), e può essere usato senza equivoci. L'estraneità al sistema positivo, ricostruito nella sua interezza sul piano storico e sul piano delle norme, può ravvisarsi soltanto in ordine alla situazione di fatto da cui nacque la Costituzione (che oggi è la prima delle fonti). Alla radice del sistema, che ha nella Costituzione la legge fondamentale, era la convenzione, già ricordata, intervenuta tra la monarchia ed i partiti del comitato di liberazione nazionale. La convenzione fu stipulata fuori del quadro costituzionale del tempo ed ebbe ad oggetto la tregua istituzionale, il referendum sulla forma dello Stato e l'elezione dell'Assemblea costituente.

Nell'elenco delle fonti portato dal codice civile (ed oggi integrato con la menzione, in primo luogo, della Carta costituzionale) comparivano anche, inserite tra i regolamenti e gli usi, le norme corporative (specificate poi all'art. 5 prel.). Soppresso l'ordinamento corporativo, non esistono, e non sarebbero nemmeno immaginabili, norme che abbiano uguale dignità. Non sarebbero fonti di diritto i contratti collettivi ad efficacia generale previsti dalla Costituzione (art. 39, 4° co.), se venisse realizzata una legge sindacale. I contratti ad efficacia generale rimarrebbero espressione dell'autonomia privata delle associazioni sindacali, fuori dell'elenco e della gerarchia delle fonti del diritto.

La formazione delle leggi e l'emanazione degli atti aventi forza di legge (decreti legislativi e decreti-legge) è disciplinata dalla Costituzione (art. 2 prel., artt. 70 ss. Cost.). L'iniziativa delle leggi spetta al governo, a uno o più componenti delle Camere legislative, agli organi ed enti abilitati da norme costituzionali, agli elettori in numero di almeno cinquantamila (art. 71 Cost.); ma delle due ultime ipotesi la previsione non ha corrisposto alla realtà (l'art. 99, 3° co. Cost. attribuisce l'iniziativa al consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, un organo di cui sono stati per lungo tempo, e rimangono ancora incerti l'utilità e il destino; sulle proposte popolari si vedano gli artt. 48 ss. l. 25 maggio 1970, n. 352). La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere, Senato e Camera dei deputati (art. 70 Cost.), nel senso che si richiede l'approvazione di entrambe, nelle assemblee o – più frequentemente, e con maggiore speditezza – nelle commissioni in cui si rispecchia la distribuzione delle forze politiche dell'assemblea (art. 72 Cost.). All'approvazione delle Camere segue la promulgazione del Presidente della Repubblica, e successivamente la pubblicazione (art. 73 Cost.); l'intervallo, che di regola è di quindici giorni, tra pubblicazione ed entrata in vigore (art. 73, 3° co., Cost.; art. 10, 1° co., prel.) storicamente era preordinato ad accrescere le possibilità di effettiva conoscenza delle leggi. Ciascuna legge, tuttavia, può ridurre, o addirittura sopprimere, il periodo di vacanza o al contrario può ampliarne la durata.

Eguale forza delle leggi, come si è accennato, hanno i decreti legislativi ed i decreti legge: pei primi si verifica una delega del Parlamento al Governo, con precisa delimitazione di criteri, di tempo e di oggetto (art. 76 Cost.); i decreti-legge, emanati dal Governo senza delega, sono giustificati solamente da casi straordinari di necessità ed urgenza, ma perdono efficacia se le Camere non li convertono in legge entro sessanta giorni dalla presentazione, da compiersi nello stesso giorno dell'emanazione (art. 77 Cost.).

I regolamenti, emanati dal Governo o da altre autorità, non possono contenere disposizioni contrarie alle leggi (art. 4 prel.), sia che rivestano carattere esecutivo, di strumenti per l'applicazione di una legge, sia che abbiano natura c.d. indipendente, al fine di organizzare settori e materie che la legge affida alla discrezionalità del potere esecutivo.

Gli **usi** hanno efficacia solamente in quanto siano richiamati dalle leggi o dai regolamenti (art. 8 prel.). La subordinazione della consuetudine (o uso) ai regolamenti ed alle leggi s'inquadra in un processo storico che abbiamo cercato di illustrare. Si tende a ridurre il diritto alle norme positivamente stabilite dallo Stato, disconoscendo o limitando la produzione spontanea del diritto. La consuetudine crea la norma attraverso l'osservanza costante di un certo comportamento da parte dei consociati, o delle persone che appartengono ad un determinato ambiente della vita economica o sociale (per esempio, i commercianti, i proprietari e gli inquilini di case di abitazione, i mediatori e gli uomini di affari, e via dicendo); il contegno viene tenuto in condizioni di libertà ma nella convinzione che risponda ad una necessità e che perciò sia dovuto. Il ricorso agli usi è previsto dalle leggi e dai regolamenti soprattutto nella materia dei rapporti commerciali. Del diritto commerciale, del resto, fu messa in luce l'origine largamente consuetudinaria, e nella soppressione del codice di commercio fu ravvisato un segno della tendenza a soffermare la produzione del diritto ad opera degli interessati.

Previsto in molte norme particolari, per esempio in tema di vendita, locazione, mandato, appalto (v. tra gli altri gli artt. 1492, 1° co., 1496, 1497, 1° co.; 1574, n. 1, 1592, 1° co.; 1712, 2° co.; 1658, 1665, ult. co.), il ricorso agli usi è contemplato in termini generali dalla norma che obbliga le parti del contratto "non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità" (art. 1374).

Gli usi di cui sinora abbiamo detto vengono chiamati **normativi**, nel senso che essi pongono regole (e perciò figurano, sia pure in una posizione subalterna, nell'elenco delle fonti del diritto); le raccolte ufficiali e la pubblicazione ad opera degli enti autorizzati (in primo luogo le camere di commercio) ne fanno presumere l'esistenza, ed allora la mancata o erronea applicazione da parte del giudice (se all'uso faceva riferimento la norma legale o regolamentare, art. 8 prel.) può essere fatta valere con i rimedi previsti nel sistema per la violazione delle leggi. Le materie in cui gli usi sono richiamati dalla legge, come si accennò, appartengono soprattutto al settore commerciale (usi di vendita, di banca, di borsa, di navigazione e portuali; un'opinione largamente seguita vi riporta, per esempio, l'obbligo del

segreto bancario che vincolerebbe la banca verso il cliente); alla materia agraria (v., ad es. gli artt. 892, 893, 896, 2139, e vedi pure, per il richiamo alla “pratica costante della regione”, gli artt. 989 cpv., 992, 993); alle locazioni di case (usi locativi urbani). Si rinviene pure, il rinvio agli usi normativi, in talune norme che ricorderemo a proposito dell’equità, e relative ad attività che normalmente vengono svolte dietro compenso (onde si dice che elemento naturale del contratto è la onerosità); quando il compenso non sia stabilito dalle parti e non vi provveda la legge, e manchi una tariffa fissata dall’ordine professionale, ed un contratto collettivo, il giudice ricorre agli usi (v. per tutti gli artt. 1709, 1755 cpv., 2099, 2225, 2233 cpv.) e talora, in ulteriore subordine, decide secondo equità.

Dagli usi normativi devono tenersi distinti gli **usi contrattuali**, meglio detti “clausole d’uso” (art. 1340), e quelli **interpretativi**, più esattamente “pratiche generali interpretative” (art. 1368). Usi contrattuali ed interpretativi attengono al contenuto ed al significato di singoli contratti; ma gli usi contrattuali, quando l’osservarli divenga un fatto costante e trascenda la ristretta cerchia degli autori di una limitata serie di atti, possono acquistare, col tempo, la dignità di usi normativi.

Del fenomeno della **consuetudine** si è sottolineata la progressiva svalutazione, che fu del resto un dichiarato obiettivo già del legislatore liberale del codice emanato dopo l’unità d’Italia (art. 48, 1° co., disp. trans. c.c. del 1865), nel timore che lo spazio lasciato agli usi rallentasse ulteriormente il faticoso processo di formazione di un diritto nazionale uniforme. L’esistenza di aree dove l’uso possa essere fonte esclusiva di diritto, per mancanza di norme legali o regolamentari, appare dunque ipotesi sempre più improbabile. Un esempio: dell’istituto della comunione tacita familiare in agricoltura (ed era forse l’unico esempio), il codice civile del 1942 ancora rimetteva il regime, completamente, agli usi; ma è significativo che la recente riforma del diritto familiare, richiamando tuttora gli usi, provveda tuttavia a subordinarne l’efficacia al rispetto dei principi posti per l’impresa familiare (art. 230 *bis*, ult. co.).

In talune zone dell’ordinamento, contrassegnate dall’impiego e dall’attività di gruppi privati di particolare rilevanza sociale, la formazione extralegislativa del diritto continua peraltro a manifestarsi ed a compiersi. Deve ricordarsi in proposito, per la ricchezza e la frequenza delle forme, l’esperienza sindacale. Nell’ordinamento prefascista i giudici erano giunti spesso a riconoscere carattere di usi alle tariffe dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali del tempo, applicando per quella via i minimi salariali anche nelle controversie tra soggetti non iscritti ai sindacati. Soprattutto nei primi anni successivi alla Costituzione, per determinare la “retribuzione sufficiente” dovuta al lavoratore (art. 36 Cost.), con atteggiamento simile a quello la magistratura più sensibile fece ricorso alle tariffe della contrattazione collettiva, ritenendole indici dotati di seria attendibilità e spesso rivestendole della dignità dell’uso normativo.

Il secondo capo delle preleggi riguarda tre aspetti dell’applicazione delle leggi: l’efficacia nel tempo; l’interpretazione delle leggi; l’efficacia nello spazio. Vera-

mente con l'ultima espressione non si vuole indicare (come a prima vista parrebbe) soltanto la possibilità che la legge italiana regoli fatti avvenuti o situazioni che si svolgano fuori dei confini territoriali dello Stato italiano. Si vuole indicare, piuttosto, la possibilità che al giudice italiano siano sottoposti, per l'esame e la decisione, fatti e rapporti cui debba applicare diritti stranieri in ragione del collegamento materiale che essi presentano con uno Stato estero (per esempio, si discute dinanzi al giudice italiano delle pretese degli eredi legittimi e degli eredi testamentari nella successione di una persona di nazionalità francese, i cui beni si trovano in Germania).

Le preleggi contengono le norme (gli articoli da 17 a 30) destinate a risolvere questi “**conflitti di leggi**”, “conflitti” nel senso che sul fatto o sul rapporto si incontrano e interferiscono più ordinamenti, come nell'esempio che abbiamo fatto. Quelle norme sono però state abrogate dall'art. 73 della l. 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del diritto internazionale privato. Un rilievo significativo hanno altresì assunto nelle materie un tempo regolate dalle preleggi i Regolamenti europei in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (17 giugno 2008, n. 593) a quelle extracontrattuali (11 luglio 2007, n. 864), al divorzio e alla separazione personale (20 dicembre 2010, n. 1259) alle successioni (4 luglio 2012, n. 650).

Circa l'efficacia nel tempo, i principi fondamentali sono i seguenti. La legge dispone soltanto per l'avvenire (art. 11 prel.); la irretroattività è sancita, per ciò che riguarda delitti e pene, anche da una norma costituzionale (art. 25, 2° co., Cost.). Ulteriore garanzia di certezza è data ai cittadini, ai fini della possibilità di conoscere la legge, come dicemmo, dall'intervallo di tempo (di regola quindici giorni) che deve intercorrere tra la pubblicazione e l'inizio dell'obbligatorietà.

La cessazione dell'efficacia può essere dovuta a fatti diversi: in primo luogo all'abrogazione, espressa o tacita, vale a dire per incompatibilità delle nuove con le precedenti disposizioni, o per assorbimento in una legge nuova dell'intera materia regolata da una o più leggi anteriori (art. 15 prel.). Che siano destinate a cadere le norme contrastanti è spesso oggetto di una esplicita dichiarazione della legge, per sottolinearne la radicale novità nel sistema in cui essa si inserisce; di talune leggi è prevista la sola possibilità di abrogarle o di modificarle, in tutto o in parte, espressamente. L'efficacia della legge cessa altresì a séguito dell'esito positivo del referendum abrogativo (art. 75 Cost., l. 25 maggio 1970, n. 352) e per effetto della dichiarazione d'illegittimità pronunciata dalla Corte costituzionale in ordine ad una norma di legge, o ad un atto avente forza di legge, o ad una legge intera (art. 136 Cost.). La pronuncia di incostituzionalità ed il referendum con esito abrogativo appartengono anch'essi, come la legge di abrogazione, al novero delle fonti di diritto.

Non toglie efficacia alla legge la disapplicazione, anche costante, che i consociati facciano di una norma, nella convinzione di non essere obbligati. Non vi è luogo dunque, nell'ordinamento, per il fenomeno della **desuetudine**, che ha caratteri uguali a quelli che vedemmo propri degli usi, con la differenza che qui è co-

stante, e sorretto dalla convinzione della conformità all'ordinamento, un contegno omissivo della generalità, vale a dire la mancata osservanza della regola.

Il sopravvenire di una legge nuova determina problemi pratici di notevole importanza con riguardo alle situazioni in via di svolgimento. Il numero e la gravità delle questioni aumentano quando entri in vigore un complesso ed organico regolamento di rapporti, come avviene con l'emanazione di un codice. Per questa ragione, contemporaneamente al codice civile (ma approvate con un distinto provvedimento legislativo, il r.d. 30 marzo 1942, n. 318) furono dettate norme transitorie (assieme alle norme di attuazione, che rivestono natura diversa e assolvono diversa funzione). I criteri seguiti dal legislatore civile italiano nel dettare il diritto transitorio (o diritto intertemporale, come pure viene chiamato) non sono uniformi, talora facendosi salva la vecchia disciplina (v. per es. gli artt. 138 e 166 disp. trans.), ora introducendo il nuovo regime anche pei rapporti in corso al momento in cui il codice (o un singolo libro) entrava in vigore (v. per es. l'art. 151 disp. trans.). Anche la riforma del diritto di famiglia ha dovuto risolvere problemi di diritto transitorio (l. 19 maggio 1975, n. 151, art. 224 ss.), accogliendo ora l'una ora l'altra delle soluzioni indicate (nei due sensi, v. gli artt. 224 e 230: il regime dell'invalidità dei matrimoni precedenti alla legge rimane l'antico, mentre l'ampliata riconoscibilità dei figli naturali giova a chi era già nato o concepito).

Al tema dell'applicazione della legge viene ricondotta anche, sempre nelle preleggi, l'attività che consiste nell'interpretarle. L'esigenza di chiarire il senso delle norme vale, in realtà, per tutte le fonti, e non solamente per la legge: di qui il più generale problema della interpretazione del diritto. Della prospettiva indicata, assai più larga di quanto esprima la formula della "interpretazione della legge", si avverte la necessità solo che si consideri, nell'ambito dell'attività interpretativa (come fa l'art. 12 cpv. prel.), la scoperta e la ricostruzione dei principi generali dell'ordinamento.

2. L'interpretazione delle leggi

Per essere attuate le norme giuridiche devono essere conosciute dai destinatari secondo il loro esatto significato. A questo fine tende l'interpretazione della legge. Interpretare è operazione logica che si inserisce tra il giudizio sulla validità e la fase di efficacia della norma. La validità deve essere accertata sotto il profilo formale nel senso che sia stato rispettato il procedimento di produzione (artt. 70 ss. Cost., 2 prel.), e sotto il profilo sostanziale, nel senso che non vi sia contrasto coi principi costituzionali. Il contrasto si risolve attraverso il giudizio di legittimità della Corte costituzionale (artt. 134 ss. Cost., l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, l. cost. 11 marzo 1953, n. 1, l. cost. 22 novembre 1967, n. 2, l. 11 marzo 1953, n. 87).

La necessità di interpretare si pone rispetto a tutte le manifestazioni dello spirito umano, quando una persona diversa dall'autore voglia apprenderne il significa-

to. La nota caratteristica dell'interpretazione giuridica sta nella finalità che persegue: essa non si limita alla ricognizione di una volontà estranea all'interprete, poiché del linguaggio delle norme ricostruisce un senso in funzione della condotta che il soggetto deve o può assumere (a seconda che la norma contenga un divieto o un permesso o un comando, o si riveli indifferente di fronte a talune situazioni o fatti).

Particolare importanza, sotto il profilo indicato, ha l'interpretazione del giudice (interpretazione giudiziaria). Ma a fini pratici, che incidono sulla condotta e sulle azioni degli uomini, è orientata anche l'interpretazione dottrinale, che viene fornita senza la immediata sollecitazione di un conflitto da risolvere (al "modo di sentire comune e costante dei giuristi", come strumento interpretativo anche a fronte delle lacune del testo, rinvia il can. 19 c.j.c.). Di natura diversa è invece l'interpretazione proveniente dallo stesso legislatore, chiamata autentica e talvolta espressamente qualificata come tale dal legislatore medesimo (v., ad es., in materia di prelazione agraria e di versamento del prezzo, la l. 8 gennaio 1979, n. 2). Diretta a rimuovere le ambiguità e le incertezze suscitate dalla primitiva formulazione di una legge ed a sciogliere i contrasti di divergenti 'letture' che ne sono state rese dai giudici, l'interpretazione autentica si risolve in realtà nella posizione di una norma con efficacia retroattiva (da escludere quando risulti il carattere di sostanziale novità della disciplina, anche oltre e contro la formula legislativa che si sforzi di ricondurre l'intervento alla mera interpretazione).

Sulla interpretazione della legge le regole fondamentali, come si è detto, sono contenute nelle preleggi (art. 12 ss. prel.). Il codice civile, dal canto suo, contiene regole d'interpretazione degli atti privati, in particolare del contratto (artt. 1362-1371) e del testamento (v., ad es., gli artt. 588, 625, 626). Nella misura in cui si tratta di regole logiche, riferibili a tutte le espressioni del linguaggio (e, più specificamente, del linguaggio usato allo scopo di determinare l'altrui condotta), esse possono essere utilizzate anche nell'interpretazione della legge. Della legge, come degli atti privati, si impone una valutazione complessiva e coerente del dettato, senza limitarsi ad una considerazione delle singole previsioni ciascuna staccata dall'altra; la eventuale genericità delle espressioni non deve impedire una ricostruzione della legge intorno all'oggetto specifico dell'intervento e della disciplina legislativa; l'indicazione di casi tipici non esclude dall'ambito della norma le ipotesi non contemplate che appartengano alla medesima realtà di fatto (si vedano, pei contratti, gli artt. 1363, 1364, 1365). La coerenza e la continuità dell'ordinamento impongono, quando più leggi relative ad una materia non siano destinate ad integrarsi vicendevolmente, la prevalenza della legge successiva su quella anteriore, e della legge speciale sulla disciplina generale di un rapporto (v. gli artt. 1281, 2001, 2020).

L'interpretazione della legge e l'interpretazione degli atti giuridici (in particolare, per ciò che più direttamente ci interessa, degli atti privati) possono essere ravvicinate ove si rifletta che nell'una e nell'altra si compie l'analisi di proposizioni linguistiche. Certamente il linguaggio legislativo, al confronto del linguaggio

gio dei privati, ha maggiore ricchezza, ma al tempo stesso deve obbedire ad un rigore che ne riduce i modi espressivi. È più ricco, se pensiamo che si ricava dall'intero sistema giuridico, dalla Costituzione e dai codici, dalle leggi speciali e dagli atti diversi dalla legge che abbiano la forza di legge. Ma il linguaggio legislativo deve attenersi ad un rigore cui non sono tenuti i privati, poiché esso si rivolge a tutti i cittadini, e non già solamente alle persone che abitano in un circoscritto territorio o sono impegnate in una certa attività economica o appartengono ad una comunità religiosa o politica, o – passando ad aree ancor più limitate – sono strette da vincoli d'interessi o da frequenza di affari, o che hanno possibilità di comunicare e di ritrovarsi in un lessico di quartiere o di vicinato o di famiglia. Il legislatore deve servirsi di un linguaggio più rigoroso e tecnicamente preciso di quello dei privati.

Nel diritto contemporaneo il rigore e la precisione delle norme, e quindi la certezza che dovrebbero assicurare, sono messi in pericolo da una serie di fatti: l'abbondanza e la dispersione delle leggi, spesso formulate con riguardo a casi episodici, quando a dirittura non siano fabbricate su misura per una precisa situazione individuale; la spinta di interessi molteplici che fanno sentire il loro peso fuori dagli strumenti tradizionali (si parla di "gruppi di pressione" a proposito delle varie organizzazioni d'interessi che influenzano l'opinione pubblica e, attraverso la pubblica opinione, le assemblee parlamentari); l'intervento legislativo in materie che potrebbero esser lasciate all'iniziativa dei singoli e dei gruppi.

Anche il linguaggio legislativo, dall'interprete che si proponga di intenderlo e di apprezzarlo in maniera esatta, deve essere ricondotto ai significati propri del vocabolario comune in cui si specchia la lingua popolare. Talvolta la norma rinvia direttamente a parole del comune linguaggio ed all'interprete tocca il compito, allora, di chiarirne il senso alla stregua delle idee e delle convinzioni valide nell'ambiente sociale o in un ambito più ristretto della società. Così accade quando la norma, ad esempio, adopera termini quali "correttezza", "buona fede", "buon costume" ed impone di valutare con quei criteri la condotta o l'attività dei soggetti (v., per ora, gli artt. 1175, 1337, 1358, 1366, 1375, 1343). Più spesso la norma, per essere compresa, conduce l'interprete ad altre norme, e così di séguito, fin che si possa chiarire il senso della prima disposizione, e di tutte quelle utilizzate, tornando al linguaggio comune. Si prenda, ad esempio, l'inizio dell'art. 1171, che concede un particolare rimedio (la denuncia, all'autorità giudiziaria, di opera intrapresa da un terzo e suscettibile di arrecare danno ad una cosa) al proprietario, al titolare di altro diritto reale di godimento, al possessore. Per ricostruire la portata ed il contenuto delle tre espressioni, occorre risalire all'art. 832, che definisce i poteri del proprietario, agli artt. 978 ss., che regolano i diritti su cosa altrui aventi per contenuto il godimento di una cosa, agli artt. 1140 ss., che disciplinano il possesso. Nel ricostruire la norma l'interprete può avvertire e segnalare l'imperfezione di una o più formule. Sempre per avvalerci dell'ultimo esempio, parlare del proprietario e subito dopo del "titolare di altro diritto reale di godimento" può indurre a credere che la proprietà sia anch'essa, e che sia solamente diritto di godi-

mento (delle cose proprie), laddove la compiuta definizione ne indica, come contenuto, il diritto di godere ed il diritto di disporre (art. 832).

Le regole d'interpretazione della legge sono contenute in una norma che opera una sorta di personificazione della legge, poiché vi si parla del "legislatore" quasi evocando l'immagine, storicamente superata, di una singola persona rivestita di autorità e chiamata a dettare ed imporre regole di condotta.

Alla norma deve attribuirsi il senso "fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore" (art. 12, 1° co., prel.). La regola impone dunque la ricerca di un senso che appaia compatibile con la lettera e che, soprattutto, valga a realizzare la ragione politico-sociale da cui prese origine la norma. La legge adotta criteri non diversi per la interpretazione degli atti di autonomia privata, in termini ancor più chiari imponendo all'interprete di ricostruire le finalità pratiche dell'atto senza fermarsi alla lettera (art. 1362).

La ragione della norma può condurre a individuare il senso a volte restringendo, altre volte ampliando la formula letterale adottata dalla legge. Nel primo caso l'interpretazione è restrittiva: per esempio, una norma dettata con riguardo all'incapace (art. 1190) viene riferita soltanto ai soggetti legalmente incapaci di agire, e non anche ai soggetti che si trovano temporaneamente in condizione d'incapacità d'intendere o di volere. Nel secondo caso l'interpretazione viene detta estensiva. Così, prima che la legge espressamente le dichiarasse parificate ai beni mobili (art. 814), le energie naturali erano già state dalla pratica sottoposte al regime delle cose mobili in via di lettura estensiva delle norme (per esempio, della norma del codice penale sul furto). L'interpretazione estensiva trova un sicuro fondamento, a volte, nella circostanza che già il legislatore abbia contemplato la realtà di talune situazioni d'interessi col tener conto delle forme nuove che essa va assumendo: così una norma espressa applica le regole sulla responsabilità dell'albergatore a chi esercita una casa di cura, uno stabilimento balneare, uno stadio (art. 1786), e la giurisprudenza ulteriormente la estende per comprendervi il gestore di un camping.

La ragione politica della norma emerge dalle vicende storiche della particolare disposizione e dell'istituto in cui essa si inquadra, con gli adeguamenti resi necessari dal succedersi degli eventi e dal progredire delle tecniche e della realtà (ad una siffatta, elementare esigenza di interpretazione evolutiva, cioè commisurata ai fatti sopravvenuti ed alle cose nuove, si dichiarano pronti, del resto, anche i giudici e gli operatori inclini a muoversi con prudente cautela: una sentenza della Cassazione, nell'applicare al caso delle fosse biologiche settiche una norma regolamentare dettata per i "pozzi neri", si giustifica con l'esplicita menzione del criterio evolutivo). I lavori preparatori, e specialmente i dibattiti parlamentari, sono preziosa testimonianza dei motivi che provocarono la norma; un altro strumento utile, ove soccorra, è la relazione che accompagna la legge (e, prima ancora, le relazioni ai progetti). Il codice civile fu presentato al sovrano, dal ministro di giustizia del tempo, con un'ampia relazione: l'interprete vi trova una succinta illu-

strazione dell'intero disegno del codice e soprattutto delle novità della codificazione civile.

In mancanza di una precisa disposizione da applicare al caso concreto, si applicano le disposizioni che riguardano casi simili o materie analoghe. La possibilità di una siffatta interpretazione, che viene chiamata analogica, è esclusa soltanto per le leggi penali e per le leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi (art. 14 prel.); esse tollerano, invece, l'interpretazione estensiva. Il ricorso all'analogia non riposa su una ipotetica volontà legislativa; risiede, piuttosto, nella coerenza dell'ordinamento e nella esigenza di un uguale trattamento delle ipotesi simili. Esempio di interpretazione analogica: una norma che riguarda l'usufrutto o il pegno di particolari beni (l'art. 2352) viene applicata in altre ipotesi di materiale godimento della cosa, come il sequestro. La norma sarà applicata in via analogica, o al contrario se ne rifiuterà l'applicazione, a seconda che appaiano prevalenti le simiglianze o le differenze, da valutare senza fermarsi agli aspetti esteriori: si pensi a un'ipotesi discussa, se debba riconoscersi anche ai soci astenuti in sede di votazione il potere d'impugnare le delibere, che spetta agli assenti ed ai dissenzienti (art. 2377, 2° co.).

Quando manchi una disposizione precisamente rispondente al caso ed il ricorso all'analogia non sia sufficiente, nel senso che "il caso rimane ancora dubbio", la decisione dev'essere presa "secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 12 cpv., in fine, prel.). La decisione deve informarsi, in primo luogo, ai principi che si desumono dalla Costituzione: ad esempio, all'eguaglianza dei coniugi in materia di famiglia (art. 29 Cost.), alla garanzia della funzione sociale e della accessibilità a tutti in tema di proprietà (art. 42 cpv., Cost.), alla libertà dell'iniziativa economica privata nella misura in cui non contrasti con l'utilità sociale e non pregiudichi la sicurezza, la dignità e la libertà umana (art. 41, 1° e 2° co., Cost.). Ai principi costituzionali il lettore del codice civile (e delle leggi speciali che lo integrano) deve prestare costante attenzione non solo per il posto che la Costituzione occupa nella graduatoria delle fonti – il primo, innanzi alle leggi, ai regolamenti, agli usi –, ma anche per la ragione storica dell'essere la Carta costituzionale (1948) sopravvenuta al codice civile (1942), donde la necessità di una 'rilettura' dell'intero sistema anche dove il codice, e si tratta della maggior parte delle disposizioni, è rimasto formalmente immutato.

Il regime dei rapporti privati, ricostruito specialmente attraverso il codice civile, appare informato in modo coerente a valutazioni che costituiscono la materia dei principi generali. Per esempio: il principio della libertà dei beni da vincoli che ne impediscano o ne ritardino la circolazione in senso economico (v., tra gli altri, gli artt. 17, 692, 698, 1379); la conservazione degli atti giuridici e in particolare degli atti di autonomia privata (v. per tutti gli artt. 1419, 1424, 1444; 1420, 1446, 1459, 1466; 2332, 5° co., 2377, 4° co.); la preminente tutela del soggetto che sia in grado di sfruttare un bene, e concretamente lo utilizzi, contro l'inerzia del soggetto titolare (già delineata nell'istituto civilistico del possesso e dell'usucapione, art. 1140 ss., e motivo conduttore di tutta la legislazione sui contratti agrari); il fa-

vore per il lavoratore subordinato; la parità di trattamento dei componenti una collettività privata all'interno della comunità.

La dignità dei principi generali dev'essere invece disconosciuta a talune regole che spesso vengono enunciate come proprie e costanti del sistema. Si tratta di affrettate generalizzazioni o di ossequio a tradizioni di labile contenuto: si pensi al c.d. "*favor debitoris*" (per il quale si argomenta, tra l'altro, dagli artt. 1184, 1286, 1371). Il preteso favore per l'obbligato è suggerito da una immagine dickensiana della società, laddove i "debitori" della normativa del codice, nei rapporti e nei contratti di affari, sono di regola operatori economici, mentre sono poche le norme e scarsi i rimedi (v. per es. l'art. 1525) apprestati per situazioni che riguardano veramente soggetti di condizione economica modesta.

Anche la **tutela dell'apparenza** viene spesso indicata come principio generale dell'ordinamento, ma un siffatto valore non le spetta. Quando la legge prende in considerazione situazioni di apparente titolarità di un diritto (v. ad es. gli artt. 534, 2° e 3° co., 1189, 1415, 1416), esse sono soltanto elementi di un fatto complesso nel quale assume preminente importanza la buona fede del soggetto che ha ragionevolmente confidato sulla rispondenza della situazione alla realtà. Ed è piuttosto la protezione dell'affidamento incolpevole dei soggetti che partecipano all'attività giuridica a risultare confermata, anche da quelle norme, come principio generale dell'ordinamento giuridico (v., tra gli altri, gli artt. 428 cpv., 1338, 1366, 1396, 1398, 1431).

Negli ultimi tempi della preparazione del codice civile, come si ebbe occasione di ricordare, la classe politica aveva insistito perché i principi generali dell'ordinamento venissero codificati. La proposta fu respinta sulla base di motivazioni tecniche e di una valutazione generale della riforma. Alla riforma dei codici si negò carattere di sostanziale novità rispetto al codice passato ed alla elaborazione da esso ricevuta; sul piano tecnico i principi generali apparvero superflui se le norme erano riuscite a tradurli in regole concrete, in ogni caso irriducibili nello schema delle norme proprio perché per definizione il principio deve risultare da un intero complesso di norme attraverso un procedimento di astrazione.

I principi generali dell'ordinamento, per chi legga i progetti di singoli studiosi ed i progetti con carattere ufficiale degli anni attorno alla codificazione del 1942, erano assai eterogenei. Talune formule erano riprese dallo Statuto albertino, dalla Carta del lavoro, dai patti lateranensi; altre accoglievano enunciazioni di leggi tedesche e in particolare del "codice popolare" che si andava preparando in Germania, sia pure attenuando i toni mistici o deliranti del modello nazista; altre, infine, contenevano norme definitorie che sarebbero entrate nel codice civile, per esempio l'art. 12 sulle persone giuridiche private, gli artt. 832, 834 e 838 in tema di proprietà, l'art. 457 in materia di successioni a causa di morte, gli artt. 1173 e 1175 nella disciplina delle obbligazioni. Il solo suggerimento con qualche nota di originalità – ma esistevano precedenti nei codici tedesco, svizzero e sovietico, oltre ad una tradizione culturale assai viva nell'ambiente francese, di estrazione cattolica o di origine socialista – riguardava il divieto di abuso del diritto soggettivo:

“nessuno, era scritto nell’articolo proposto, può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto gli è riconosciuto”. Ma si trattava di un principio difficile ad enunciarsi con carattere di generalità, poiché i diritti, i poteri, le libertà riconosciuti al singolo ed ai gruppi privati non possono essere valutati nella stessa maniera in ordine alla misura di discrezionalità lasciata al privato che li esercita ed al controllo del giudice.

3. *L’equità*

Non è considerata fonte di diritto l’equità (che del resto non figura nel breve elenco delle fonti fornito dall’art. 1 prel.). Col nome di equità s’intende (secondo una formula generalmente ripetuta, ma derivata da un’approssimativa lettura di testi classici) la giustizia del caso concreto; più correttamente vuole indicarsi l’ipotesi di una decisione che il giudice prenda in ragione della particolarità e singolarità del fatto presentato al suo esame, operando una deroga o introducendo una eccezione al diritto comune. Il ricorso alla equità – il legislatore del secolo passato parlava di “equità naturale” – potrebbe, in astratto, consentirsi o a dirittura imporsi quando le norme non prevedano il caso in discussione né ipotesi simili; oppure quando la norma esista e tuttavia dalla rigida applicazione discenda una soluzione contraria al sentimento di giustizia del giudice, avuto riguardo alle parti od alla materia della contesa (ed è questa, della necessità di eccezioni da apportare alle regole, la più frequente delle motivazioni dell’equità, così nell’esperienza storica di ordinamenti che hanno costruito un sistema proprio dell’equità accanto al corpo del diritto comune, come nelle sollecitazioni avvertite dal giudice anche là dove sono rigorosamente circoscritti i poteri di rinvenire ed applicare le regole giuridiche).

Nel nostro sistema né l’una né l’altra situazione – la mancanza di una norma specifica o l’ingiustizia della soluzione concreta, avvertita dal giudice – autorizzano a servirsi dell’equità come fonte regolatrice di rapporti. La mancanza di una disposizione precisa con la quale risolvere la controversia obbliga il giudice a risalire alle disposizioni che riguardano casi simili o materie analoghe; se il caso rimanga ancora dubbio il giudice deve decidere “secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato” (art. 12 cpv. prel.). Né si può ravvisare identità tra principi generali dell’ordinamento positivo ed equità, ritenendo fondati sulla generale coscienza e sul comune sentimento della giustizia i “principi generali”. L’equità è criterio di giudizio e di decisione che non tollera il rigore ed i limiti della legge positiva, rigore e limiti che devono rispettarsi, invece, nel ricorso ai “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.

E ugualmente da escludere che l’equità conduca a disapplicare e a correggere una norma obiettivamente esistente e di sicura interpretazione. La rigidità del principio è peraltro temperata, dalla stessa legge positiva, quando essa impone di valutare il concreto rapporto alla stregua di canoni rilevanti nell’ambiente sociale, quali per esempio la moralità, o la correttezza, o la buona fede.

Si pensi ad una disciplina che si riveli iniqua al comune modo di apprezzare la realtà e quindi al giudice. Così, nel nostro sistema, il debitore di una somma di danaro si libera dell'obbligazione pagando "con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale" (art. 1277, 1° co.). Ciò significa che un debito di mille lire contratto nel 1940 e da estinguere nel 1950 si estingueva pagando quella somma, anche se essa all'atto dell'adempimento rappresentava la centesima parte del valore originario del debito. Nella Germania del primo dopoguerra, il fenomeno della svalutazione monetaria assunse proporzioni immense ed i giudici cercarono di limitare o di annullare gli effetti del principio "nominalistico" attraverso le nozioni di correttezza e di buona fede, e specialmente ricorrendo alla norma che obbliga i privati ad eseguire in buona fede i contratti. Nella nostra esperienza la regola secondo la quale "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede" (art. 1375) non è sembrata sufficiente a correggere il principio del valore nominale delle obbligazioni pecuniarie, né si è ritenuto possibile far ricorso, a tutela del creditore, al generale divieto di arricchirsi "senza una giusta causa ... a danno di un'altra persona" (art. 2041). E tuttavia non sono mancati interventi del giudice diretti ad evitare, in taluni casi, le conseguenze dell'art. 1277, a cominciare dalla distinzione tra debiti c.d. di valuta, ai quali si applica la norma, e debiti c.d. di valore, che al principio nominale sono sottratti. E cioè: anche se il debito è espresso in una somma di danaro il giudice, attraverso l'interpretazione della volontà privata, può attribuirgli la natura di obbligazione "di valore" e renderlo sensibile al mutato valore della moneta. Se nel testamento redatto da Tizio nel 1940 era stabilito in favore di Caio un lascito di centomila, alla morte di Tizio avvenuta vent'anni più tardi Caio ha diritto a conseguire una somma adeguata ai nuovi valori della moneta se dalla disposizione testamentaria risulti lo scopo dell'attribuzione, come il render possibile il compimento degli studi o l'avviamento ad un mestiere, e la cifra abbia quindi carattere meramente indicativo della somma occorrente per quello scopo.

Per avere un'idea dell'equità e del modo in cui la legge può rinviare all'equità come fonte regolatrice di rapporti, può essere ricordata una norma del codice civile del 1865, precisamente l'art. 463. La norma stabiliva che "il diritto d'accessione, quando ha per oggetto cose mobili appartenenti a diversi proprietari, è regolato dai principi dell'equità naturale". L'accessione comprendeva le ipotesi di unione e di mescolanza di più cose, e di elaborazione di una materia per formare una cosa di nuova specie, per esempio una statua da un blocco di marmo, ipotesi oggi più diffusamente regolate agli artt. 934 ss.

L'equità non è fonte di diritto, ma i privati possono chiedere al giudice di decidere secondo equità il caso che gli sottopongono (art. 114 c.p.c.). La richiesta deve essere indirizzata al giudice da tutte le parti in causa e può essere rivolta anche al giudice di appello; deve trattarsi di causa relativa a diritti disponibili, sui quali cioè possa esercitarsi senza limitazioni l'autonomia dei privati. La richiesta di pronunciare secondo equità, rivolta al giudice statale, è dunque manifestazione del potere dei privati di regolare liberamente i propri interessi: del potere che la

legge riassume nel termine “autonomia” (art. 1322), una parola piena di varietà e ricchezza di significati.

Nell’esercizio dell’autonomia ad essi riconosciuta, i soggetti possono rimettere la decisione delle loro controversie, sempre che si tratti di diritti disponibili, ad arbitri privati invece che alla giustizia amministrata dallo Stato attraverso i propri organi; agli arbitri privati possono chiedere di decidere secondo stretto diritto o invece secondo equità (art. 806 ss. c.p.c.).

La pronuncia secondo equità, che i privati possono chiedere al giudice di comune accordo, quando la controversia riguarda diritti disponibili, non attribuisce all’equità natura di “fonte di diritto”. Il giudice, senza preoccuparsi di ricostruire un precetto suscettibile di applicazione generale, cerca una soluzione conforme a giustizia per il caso specifico. La ricerca e la decisione del giudice hanno radice e legittimità nella volontà dei soggetti della controversia e nel potere che essi hanno di disporre dei loro interessi.

Nei giudizi di equità di cui ci siamo occupati è l’autonomia dei privati a chiedere che il giudice emetta una pronuncia che non è secondo stretto diritto. Di limitate dimensioni è l’area dei giudizi di equità non più volontari, ma necessari: l’istituzione (l. 21 novembre 1991, n. 374) del giudice di pace (che prende il posto del conciliatore del vecchio sistema) la riduce alle cause di valore non eccedente i cinquemila euro per le controversie relative a beni mobili e i ventimila euro per le cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione dei veicoli e natanti: per esse il giudice “decide secondo equità” e la sentenza è inappellabile; ma, anche quando secondo il valore rientrano nel limite, ne rimangono escluse le cause in cui il giudice di pace è competente per materia (tra le altre, apposizione di termini ed osservanza di distanze, servizi condominiali, immissioni).

Nel segnare rigorosi confini ai giudizi necessari di equità il legislatore ha opportunamente cancellato la formula (nell’art. 113 c.p.c. introdotta dalla l. n. 1984/399) che al conciliatore imponeva di decidere (secondo equità, ma) “osservando i principi regolatori della materia”. La dizione non coincideva con quella dei principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato e tuttavia sembrava evocarli con accresciute incertezze ed ambiguità di lettura (anche se la Cass. n. 1991/5000 e n. 6794, ne aveva tratto la conclusione che stretto diritto ed equità “non sono ordinamenti contrapposti”).

Non dalla investitura dei privati ma direttamente dalla legge, senza tuttavia risolversi in una decisione equitativa nel senso che si è chiarito, deriva il potere, in talune norme attribuito al giudice, di fissare secondo equità la prestazione da porre a carico di un soggetto. Anche stavolta l’equità non assurge a fonte di diritto; la valutazione demandata al giudice riguarda l’ammontare della prestazione che un soggetto deve eseguire in favore di un’altra persona (il *quanto*, come suol dirsi), mentre la legge o il contratto hanno già attribuito il diritto (risolvendo il problema del *se* del credito, vale a dire il punto se una persona sia obbligata in confronto di un’altra). A criteri di equità deve attenersi il giudice nel determinare il corrispettivo di un’opera o di un’attività quando non lo abbiano stabilito le parti e non soc-

corrano gli usi (artt. 1733, 1736, 1749, 2° co., 1751, 1° co., 1755, 2° co.); nel valutare il danno di non preciso ammontare (artt. 1226, 2056, 1° co.); nello stabilire l'indennizzo o l'indennità che la legge pone a carico di un soggetto in ipotesi di diminuzione patrimoniale non procurata da un fatto illecito nel senso stretto del termine (artt. 1651, 3° co., 1660, 2° co., 1664, 2° co., 2045, 2047 cpv.). Con "e-quo apprezzamento" delle circostanze del caso deve valutarsi il lucro cessante del danneggiato (art. 2056 cpv.).

Ad ipotesi come quelle tratte dal regime dell'agenzia, della mediazione, della commissione – di determinazione del corrispettivo di un'opera o di un'attività – si riferisce la previsione generale dell'art. 1374, in forza del quale "il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità" (v. anche, sui criteri di equità, cui deve attenersi il terzo incaricato dalle parti della determinazione dell'oggetto del contratto, l'art. 1349, 1° co., e altresì gli artt. 2264 e 2603, 40° co.). La norma conferma la funzione suppletiva dell'equità, che colma le lacune non coperte dagli usi e dalla contrattazione individuale e collettiva. Quest'ultima, la contrattazione collettiva, salvo sempre il rispetto dell'art. 36 Cost., deve ritenersi sufficiente ad integrare il contratto individuale di lavoro subordinato in cui non sia stabilita la retribuzione, e perciò si spiega il mancato rinvio all'equità nella norma relativa al contratto di lavoro (art. 2099; la menzione dell'equità manca anche nell'art. 1657, relativo all'appalto).

Sinora abbiamo considerato l'equità in tre diversi significati: **come fonte del diritto**, escludendo che per il nostro diritto possa configurarsi in quella funzione; **come criterio di giudizio nelle decisioni secondo equità** (art. 114 c.p.c.); infine **come metro di valutazione di una prestazione** che il giudice sia chiamato a determinare nel suo preciso ammontare (in taluni casi in via di reazione alla manifesta iniquità della determinazione di un terzo, come può accadere per il c.d. 'arbitratore' dell'art. 1349).

Diverso significato la parola assume nel regime del contratto, quando la legge parla di condizioni inique subite dal contraente che versava in stato di pericolo o di bisogno (artt. 1447, 1448), ed accorda all'altro contraente la possibilità di offrire una modificazione del contratto idonea a ricondurlo ad equità (art. 1450); o dove l'equa modificazione delle condizioni del contratto può essere offerta dal contraente contro il quale sia chiesta la risoluzione del contratto per la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione (art. 1467, 3° co.). Nelle norme citate, e più in generale nel regime della rescissione del contratto e della risoluzione per eccessiva onerosità, l'**equità riguarda il rapporto tra le prestazioni dedotte in contratto ed i sacrifici corrispettivi dei contraenti**. A tale esigenza di equilibrio si ispira pure l'art. 1371 fissando pei contratti a titolo oneroso, come regola interpretativa finale, il principio per cui il contratto deve intendersi "nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti".