

Paolo Caretti

Ugo De Siervo

# DIRITTO COSTITUZIONALE E PUBBLICO

*Quinta edizione*



G. Giappichelli Editore – Torino

# CAPITOLO I

## CARATTERI FONDAMENTALI DEL FENOMENO GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Il diritto e la società. – 2. Le caratteristiche del fenomeno giuridico. – 3. Il contenuto delle norme giuridiche. – 4. I soggetti giuridici. – 5. Il concetto di ordinamento giuridico e la pluralità degli ordinamenti giuridici. – 6. Ordinamenti giuridici di “common law” e di “civil law”. – 7. Le fonti del diritto e i principi che ne regolano i rapporti (accenni e rinvio). – 8. L’interpretazione del diritto come metodo e come fonte.

### 1. *Il diritto e la società*

Una prima nozione che deve essere chiarita preliminarmente è proprio quella di diritto.

Tra le varie definizioni che si usano dare del diritto (il diritto come norma, il diritto come sistema o come ordinamento, ecc.) ve n’è una che, più di ogni altra, consente di cogliere nel suo sviluppo dinamico il fenomeno che si vuole descrivere.

Essa fa riferimento a quel complesso di regole di condotta che disciplinano i rapporti tra i membri di una certa collettività, in un dato momento storico.

Ciò significa, innanzitutto, affermare l’esistenza di un nesso strettissimo fra fenomeno giuridico e fenomeno sociale: come il fenomeno giuridico nasce là dove esiste una qualche forma di aggregazione umana, così lo sviluppo della società si svolge all’interno delle regole che disciplinano i rapporti tra i soggetti che la compongono.

Anche nelle strutture sociali più semplici, esiste tutta una serie di rapporti che, con diversi livelli di consapevolezza dei soggetti che le compongono, scaturiscono da regole riconosciute o accettate. Queste regole nascono dal generale consenso intorno a determinati fini da conseguire attraverso l’organizzazione comune, ovvero dalla prevalenza politica di un gruppo su un altro (le due diverse situazioni si presentano spesso combinate in varie forme). Il fenomeno giuridico consiste, in

*Fenomeno  
giuridico  
e fenomeno  
sociale*

sintesi, nella nascita di un complesso di regole che si applicano all'interno di un aggregato sociale, entro una determinata sfera territoriale, attraverso un'organizzazione dotata di un minimo di stabilità (tutto ciò equivale, come vedremo, al concetto di ordinamento giuridico), mentre possono essere assai vari i fini e i contenuti delle norme che quelle regole contengono. Queste ultime possono infatti riguardare ogni tipo di rapporto di convivenza, sia esso originato da fattori naturali (dal rapporto familiare o dal fatto di vivere in una stessa area geografica) ovvero dalla volontà di conseguire insieme fini di sopravvivenza o di sviluppo, che esigono l'azione di più soggetti uniti in una organizzazione comune (ed è di queste regole che, in particolare, ci occuperemo).

Il legame, dunque, intercorrente tra fenomeno giuridico e fenomeno sociale è così stretto che essi appaiono come due aspetti di un unico processo, che segna l'evoluzione della storia dell'uomo dalle civiltà più antiche ai giorni nostri, anche se è con la nascita delle prime comunità statali che tale legame emergerà con particolare evidenza.

L'esigenza di avere regole di comportamento obbligatorie per tutti i membri della comunità nasce, infatti, in coincidenza con una certa fase storica e più precisamente con l'affermazione delle prime forme di aggregazione umana stabile, createsi in funzione del soddisfacimento di fini comuni di una certa complessità. È la fase della nascita delle così dette "città-Stato", che superavano lo stadio di sviluppo immediatamente precedente, caratterizzato da una civiltà prevalentemente agricola, che aveva come struttura base o i singoli nuclei familiari o altre forme di aggregazione instabile.

L'emergere di finalità comuni (essenzialmente quelle di conservazione e commercio dei prodotti della terra, nonché quella della difesa dai nemici esterni) pone le premesse per l'avvio di un processo evolutivo nelle strutture sociali e, di pari passo, per la formazione di un tessuto di regole, di norme giuridiche, sempre più complesso e articolato. Ha origine così quello che oggi chiamiamo Stato, un'entità cioè che si colloca in una posizione di supremazia rispetto a tutti i soggetti (*il popolo*) individuali e collettivi, che vivono in un determinato ambito spaziale (*il territorio dello Stato*) rivendicando l'originarietà del proprio potere (*la sovranità*), e che conseguentemente dispone della forza legittima, necessaria per assicurare la sopravvivenza e lo sviluppo del gruppo sociale che ne ha determinato la nascita. Un'entità che, attraverso i suoi organi esponenti, partecipa, inoltre, alla formazione di altre regole di comportamento dirette a disciplinare, questa volta, i rapporti (quelli che oggi chiamiamo rapporti internazionali) con gli altri Stati con i quali intrattiene relazioni, sia pacifiche (rapporti di alleanza politico-militare, rapporti commerciali) sia ostili (si pensi alla guerra ed alle regole giuridiche cui anche questo tipo di relazione internazionale è soggetto).

La storia successiva dimostra che lo sviluppo del fenomeno giuridico ha come presupposto l'esistenza di una comunità di soggetti (e cioè di una società), legati da una comunanza di interessi, e che tale fenomeno varia col variare delle caratteristiche strutturali della società e dei fini che essa si propone di raggiungere.

Da quanto ora detto, possono facilmente ricavarsi le ragioni che consentono di operare una netta distinzione tra le regole del diritto statale e altre regole pure attinenti al comportamento dei membri di una data comunità, come le regole religiose, morali o filosofiche: le prime dirette essenzialmente a disciplinare in modo stabile i rapporti tra gli individui in quanto soggetti di quella comunità, funzionali al raggiungimento di tutti i fini ritenuti di interesse generale, le seconde orientate a disciplinare i comportamenti dei singoli e del gruppo in vista del conseguimento di fini particolari; le prime, legate indissolubilmente agli eventi storici concreti (la storia di una data comunità), le seconde legate invece, sia pure in misura diversa, a valori trascendenti; le prime caratterizzate dalla *coattività*, ossia dall'esistenza di meccanismi sanzionatori volti a reprimerne le violazioni, le seconde affidate all'adesione spontanea dei membri del gruppo.

*Regole giuridiche e altre regole di comportamento*

Questa distinzione tra regole giuridiche e regole di altro genere non deve tuttavia essere intesa come se ciascun ordine di regole vivesse in modo del tutto separato dagli altri; al contrario, sono frequenti i casi in cui essi si condizionano a vicenda, così come avviene quando un precetto di ordine morale o religioso si trasforma in precetto di ordine giuridico (si pensi al principio del *neminem laedere*) o viceversa quando una regola giuridica finisce per influenzare certi principi di ordine morale. Il che conferma la *storicità* del fenomeno giuridico, come fenomeno che riflette l'evoluzione sociale, economica e culturale di una certa collettività.

Le regole giuridiche non sempre sono contenute in particolari atti (il c.d. *diritto scritto*), ma a volte hanno origine dal comportamento consuetudinario di coloro che appartengono ad una certa società (c.d. *diritto non scritto o consuetudinario*).

Storicamente si è assistito ad un processo di progressiva estensione dell'area del diritto scritto. Tale processo è legato ad esigenze di solennità, di certezza, di delimitazione delle facoltà del soggetto titolare del potere. Peraltro, il fatto che le norme scritte assumano un contenuto stabile (ma la stabilità può essere propria anche delle norme non scritte, quando in sede di applicazione esse acquistano un significato definito) fa sorgere tutta una serie di problemi in relazione al rapporto, spesso conflittuale, tra quel contenuto ed i reali rapporti sociali e politici che tendono a far vivere effettivamente altre regole. Questa ricorrente difficoltà a far coincidere il sistema formalmente previsto dalle norme con quello vivente nel corpo sociale è naturalmente maggiore negli as-

setti statali più complessi, in cui gli organi preposti alla creazione delle norme giuridiche si distinguono da quelli chiamati ad applicarle e a farle rispettare.

## 2. *Le caratteristiche del fenomeno giuridico*

Chiariti così i presupposti che consentono la nascita e lo sviluppo del fenomeno giuridico, vediamo più da vicino quali sono le caratteristiche specifiche che contraddistinguono il diritto statale, oggetto fondamentale del nostro studio.

*Effettività*

La prima di esse è quella della *effettività*. Con questo termine si vuole sottolineare il fatto che in tanto una regola di diritto può considerarsi davvero esistente, in quanto i membri della società, all'interno della quale essa è destinata a produrre i suoi effetti, le riconoscano un valore obbligatorio e colleghino alla sua violazione la irrogazione di determinate sanzioni, di natura giuridica o sociale. Non è cioè sufficiente che una determinata regola sia prevista come tale (ad es. in una legge o in altro atto normativo), ma a ciò deve accompagnarsi l'effettivo adeguamento dei comportamenti individuali e sociali alla norma stessa. Non è, infatti, raro il caso in cui norme giuridiche, pure esistenti sul piano formale, non riescano ad avere alcun valore, oppure col passare del tempo perdano la loro forza obbligatoria, in coincidenza con il progressivo generale distacco del comportamento dei consociati dai precetti da esse contenuti. Ciò può avvenire o quando esiste un contrasto tra la regola di diritto e un'esigenza fortemente avvertita nel tessuto sociale o quando gli stessi apparati pubblici non ne assicurano il rispetto, poiché essa non corrisponde più a nessuna esigenza veramente sentita (in questo caso si parla di "desuetudine"). In determinate ipotesi, la disapplicazione delle regole giuridiche, ove tocchi il nucleo essenziale su cui poggia l'ordinamento, può addirittura essere il sintomo di un *processo di tipo rivoluzionario*. E, infatti, anche nell'ordinamento più semplice, fondato su singole prescrizioni anziché su un vero e proprio sistema giuridico unitario, esiste sempre una norma che disciplina la fonte legittimata a porre in essere tali prescrizioni. Questa norma fondante, radicata in una rete di consensi del corpo sociale interessato, può essere mutata o annullata attraverso una diversa volontà che si affermi in quel determinato contesto: si tratterà di valutare, di volta in volta, l'entità del mutamento che così si produce, se cioè esso ha semplicemente alterato o modificato l'ordinamento dato ovvero, pur nell'identità dei fattori costitutivi, esso ha dato vita ad un ordinamento nuovo.

*Certezza*

La seconda caratteristica è quella che fa riferimento alla *certezza del diritto*. Se è vero che l'effettività di una regola di diritto è assicurata so-

prattutto dalla convinzione sociale della sua obbligatorietà, è altrettanto vero che tale obiettivo si cerca di raggiungere attraverso strumenti che garantiscano la conoscibilità delle regole, nonché mediante particolari strutture (l'*ordinamento giudiziario*) e particolari istituti (le *sanzioni*), che vengono applicati nei casi di accertata infrazione della regola stessa. Si tratta di strutture e istituti attraverso i quali si cerca appunto di dare "certezza" al diritto, certezza della effettiva applicazione delle regole di comportamento che la società si è data.

Terza caratteristica è quella della *relatività del diritto*. Essa sta a significare, da un lato, come le regole di diritto possano avere un contenuto mutevole a seconda della comunità sociale a cui si riferiscono, a seconda dei fini che essa si propone di raggiungere, dall'altro, come possa mutare l'ambito di estensione del diritto, a seconda delle esigenze e dei problemi nuovi e diversi che lo sviluppo di una società via via pone e a cui si ritiene debba darsi soluzione sul piano giuridico. In altre parole, non solo le regole stabilite in una certa materia possono mutare, ma può mutare anche ciò che è considerato giuridicamente rilevante, nel senso che quanto oggi è disciplinato dal diritto può, in un momento successivo, ritenersi non più bisognoso di disciplina giuridica e viceversa.

*Relatività*

*Effettività, certezza e relatività* confermano, dunque, la stretta connessione tra fenomeno giuridico e fenomeno sociale, sottolineando in primo luogo l'importanza che per l'esistenza effettiva di una regola di diritto ha la convinzione sociale della sua obbligatorietà; in secondo luogo, evidenziando la mutevolezza del contenuto e dell'estensione del diritto a seconda della storia del consorzio sociale cui esso si riferisce e della sua evoluzione.

### 3. Il contenuto delle norme giuridiche

Definire la regola o norma giuridica come regola di comportamento obbligatoria per tutti i componenti di una determinata società rappresenta un modo sintetico di esprimere le caratteristiche strutturali e funzionali della norma stessa.

Per imporre un determinato comportamento è necessario avere preliminarmente determinato:

- a) quale ordine di fatti si intende regolare;
- b) quali effetti si intendono riconnettere a tali fatti, una volta assunti ad oggetto di una norma giuridica.

La prima operazione consiste in una selezione, nell'ambito degli innumerevoli aspetti della vita umana, di quelli che vengono assunti nella sfera del diritto. Un'operazione molto delicata, che implica valutazioni

di natura politica circa l'opportunità o meno di disciplinare questo o quell'aspetto, soprattutto in vista delle conseguenze che ne conseguono. La seconda operazione, infatti, comporta la determinazione degli effetti obbligatori che a tale assunzione nella sfera del diritto si collegano, di effetti cioè che si impongono al di là e anche contro la volontà dei destinatari della norma giuridica che si è posta.

Traducendo in una terminologia più tecnica quanto ora detto, il meccanismo che presiede alla formazione di una norma giuridica si presenta nel modo seguente. Innanzitutto, esso implica una scelta degli eventi cui riconoscere determinati effetti giuridici. Tali fatti costituiscono la *fattispecie astratta* che la norma intende disciplinare: essa può consistere o in un'attività, espressione della volontà dell'uomo (sono i c.d. *atti giuridici*: ad es. un contratto) o in un fatto preso in considerazione di per sé, e non in quanto determinato da una espressa manifestazione di volontà (sono i c.d. *fatti giuridici*: un qualunque evento naturale, come ad es. la nascita o la morte).

In secondo luogo, esso comporta la scelta degli effetti giuridici che conseguono obbligatoriamente al verificarsi in concreto della fattispecie astrattamente prevista dalla norma: essi possono consistere nella attribuzione ai destinatari della norma dell'obbligo di svolgere (o di astenersi dallo svolgere) una determinata attività (si parlerà in questo caso di *posizioni soggettive di svantaggio*), ma anche il diritto ad esigere da altri un comportamento conforme a quello imposto dalla norma giuridica (si parlerà allora di *posizioni soggettive di vantaggio*).

Quanto alle posizioni soggettive di svantaggio, si parla di *doveri* (previsti per la soddisfazione di un interesse di carattere generale, come nel caso, ad es., del dovere di contribuire alle spese pubbliche); di *obblighi* (previsti per la soddisfazione di un interesse particolare di un altro soggetto, come nel caso, ad es., degli obblighi nascenti da un contratto); infine di *oneri* (previsti per la soddisfazione di un interesse proprio e non altrui, come, ad es., nel caso dell'onere della prova, nel corso di un processo).

Tra le posizioni soggettive di vantaggio, va menzionata innanzitutto quella che si qualifica come posizione di *diritto soggettivo*. Ne è titolare colui il cui interesse riceve una tutela diretta da parte della norma giuridica, mediante l'imposizione di un obbligo di rispetto di tale interesse ad altri soggetti. In quest'ambito, si distinguono i c.d. *diritti assoluti*, là dove l'interesse individuale è tutelato attraverso l'imposizione di obblighi nei confronti di una pluralità indistinta di soggetti (come ad es., nel caso del proprietario rispetto agli obblighi imposti ai terzi con riferimento al rispetto del diritto di proprietà) e non solo nei confronti di soggetti determinati (come, ad es., nel caso dell'interesse del creditore di fronte agli obblighi del debitore: si parlerà in queste ipotesi di *diritti relativi*).

Quando, invece, la tutela assicurata dalla norma giuridica è una tutela solo indiretta dell'interesse del singolo (dal momento che la norma è finalizzata alla tutela di esigenze collettive), questi sarà titolare di una posizione qualificata come *interesse legittimo* (si pensi ad una norma dettata per disciplinare lo svolgimento di un pubblico concorso: essa è dettata per tutelare un interesse generale – la scelta dei migliori attraverso una selezione imparziale dei candidati – ma, indirettamente, tutela anche l'interesse dei singoli partecipanti a vedere davvero rispettato il criterio dell'imparzialità nei loro confronti). E ancora, dall'interesse legittimo si distingue il c.d. *interesse semplice* o *interesse di fatto*, cui normalmente il diritto oggettivo non riconosce alcun particolare rilievo, ma che tuttavia rappresenta una situazione che potenzialmente è in grado di tradursi in un diritto soggettivo o interesse legittimo (si pensi, tanto per rimanere nel campo dei concorsi pubblici, all'interesse che tutti i cittadini hanno a che essi si svolgano nel pieno rispetto delle regole procedurali, previste dalla legge, sì che risultino vincitori i candidati più meritevoli).

#### 4. I soggetti giuridici

Diritti, interessi, doveri, obblighi, rappresentano dunque il contenuto precettivo della norma giuridica; è in essi che si traduce la regola di comportamento cui abbiamo fatto riferimento all'inizio.

Resta ora da chiarire chi siano i destinatari delle norme giuridiche, chi siano i soggetti giuridici, coloro cioè cui le norme intendono rivolgersi nell'attribuire diritti o nell'imporre obblighi.

Essi sono innanzitutto le persone fisiche: tale principio è oggi pacifico, ma non lo è stato sempre in epoche storiche passate, quando la qualificazione di soggetto giuridico era esclusa per determinate categorie soggettive (si pensi agli schiavi). Secondo quanto stabilito dall'art. 1 del nostro codice civile, ciascuna persona fisica è dotata della *capacità giuridica*, è cioè idonea, almeno in astratto, ad essere titolare di diritti e destinataria di obblighi, fin dal momento della nascita. Tuttavia, idoneità ad essere titolari di posizioni giuridiche soggettive non significa sempre idoneità a svolgere in concreto le attività che a tali posizioni si riconnettono. Perché tale ipotesi si realizzi, il soggetto deve possedere non solo la capacità giuridica ma, appunto, anche la *capacità di agire*.

*Capacità  
giuridica e  
capacità di agire*

Quest'ultima è variamente limitata dal diritto, con riferimento alle ipotesi in cui non si ritiene che il soggetto sia in grado di esprimere consapevolmente la propria volontà in vista del compimento di atti giuridici: è il caso del minore o dell'infermo di mente, dotati di una piena capacità giuridica, ma di una limitata capacità d'agire, cui si sopperisce attraverso l'intervento di soggetti terzi (i genitori, i tutori, i curatori).

*Le persone  
giuridiche*

Accanto alle persone fisiche, esistono poi le c.d. *persone giuridiche*, anch'esse soggetti giuridici nel senso che si è precisato. Per rispondere ad esigenze concrete nate dal contesto sociale, si è ritenuto opportuno annoverare tra i destinatari delle norme giuridiche non solo le singole persone fisiche, ma anche una pluralità di persone che danno vita ad un'organizzazione al fine di perseguire una finalità comune (si pensi alle associazioni e alle società commerciali), ovvero una pluralità di beni materiali gestiti da alcune persone fisiche, sempre in vista del raggiungimento di una specifica finalità comune (è il caso della fondazione). Nelle ipotesi considerate, sia l'associazione che la fondazione divengono soggetti giuridici autonomi e idonei, in quanto tali, secondo le regole poste dal diritto, ad essere titolari sia della capacità giuridica, sia della capacità di agire.

Tra le persone giuridiche, si distinguono quelle private (espressione di fenomeni di aggregazione sociale) da quelle pubbliche (si pensi a tutta la vasta gamma degli enti pubblici di cui parleremo più avanti, al Cap. X, parr. 2 e 6). Tra le persone giuridiche pubbliche, va annoverato anzitutto lo Stato, che è soggetto giuridico sia nei confronti degli altri Stati, sul piano internazionale, sia nei confronti dei cittadini, sul piano interno. Ciò consente di ricondurre ad unità, ad un unico centro di imputazione, tutte le attività statuali, che sono esercitate attraverso una serie di organi, di cui sono titolari persone fisiche; organi i quali agiscono, dunque, in nome e per conto dello Stato, in virtù di quello che è appunto chiamato *rapporto organico*. Un rapporto che va tenuto distinto da quello di rappresentanza, che si ha nell'ipotesi in cui una persona fisica sia obbligata a (rappresentanza legale) o decida di (rappresentanza volontaria) far gestire i propri affari da un altro soggetto. La differenza tra i due tipi di rapporto consiste nella immedesimazione che si realizza nel primo (rapporto organico) a differenza che nel secondo (rapporto di rappresentanza) tra il soggetto che agisce e il soggetto in nome e per conto del quale si agisce. L'organo dello Stato è, infatti, lo Stato stesso, gli atti giuridici che esso pone in essere sono atti direttamente imputabili allo Stato, la responsabilità conseguente a tali atti è responsabilità diretta dello Stato.

Persone fisiche e persone giuridiche non esauriscono il novero dei soggetti in grado di fungere da centri di imputazione di diritti e di obblighi. Tra i soggetti giuridici vanno infatti annoverati tutti quei fenomeni associativi (le c.d. associazioni di fatto) che, pur privi di un apposito riconoscimento pubblico, pur non essendo cioè dotati di personalità giuridica (si pensi a larga parte dei sindacati, dei partiti politici, delle associazioni culturali, degli organismi di volontariato e così via), sono tuttavia destinatari di alcune norme giuridiche.

## 5. Il concetto di ordinamento giuridico e la pluralità degli ordinamenti giuridici

Nel momento in cui le regole di diritto si presentano con i caratteri di complessità e di stabilità dettati dalla complessità e stabilità di un certo gruppo sociale e dei fini che ne rappresentano il tessuto connettivo, esse possono essere considerate come *sistema* o, come si dice, come *ordinamento giuridico*. Con questo termine, accanto al significato funzionale della regola di diritto (disciplina dei rapporti sociali) si vuole cogliere anche il significato strutturale che accompagna lo sviluppo del fenomeno giuridico. L'insieme delle regole giuridiche ha, infatti, bisogno di un apparato organizzativo, di soggetti istituzionali, che ne assicurino la *produzione* (sono gli organi che pongono le regole), l'*applicazione* e l'*osservanza* (sono gli organi chiamati ad assicurare l'esecuzione delle regole e il loro rispetto da parte di tutti i consociati).

Se è vero, secondo quanto si è affermato, che un ordinamento giuridico in tanto può esistere, in quanto esiste un gruppo sociale che si propone il conseguimento di fini comuni e che a tale scopo assume certe regole, potremo avere tanti ordinamenti giuridici (diversi per estensione della base associativa, per dimensioni strutturali, per vincoli formali imposti ai propri membri, ecc.) quanti sono i possibili fini che in concreto possono determinare un'aggregazione di più individui. Questo dato si esprime attraverso quel concetto di *pluralità degli ordinamenti giuridici* che, mentre riconosce, almeno in linea di principio e salvo quanto tra poco diremo, una potenziale illimitatezza del numero di ordinamenti che possono qualificarsi come giuridici, al tempo stesso non consente di operare tra questi nessuna distinzione in ragione della natura o dell'estensione dei fini che essi perseguono. La natura di ordinamento giuridico non dipende dunque dalla natura (ritenuta più o meno rispondente a valori morali o di giustizia) dei fini cui esso si ispira, bensì soltanto dal rapporto (come definito nelle pagine precedenti) tra l'ordinamento e il gruppo sociale che ad esso si richiama e che in esso si riconosce.

La natura dei fini non serve ad attribuire il carattere di giuridicità ad un dato ordinamento, ma vale invece a distinguere gli ordinamenti giuridici *particolari* da quelli *generali*.

I primi, gli *ordinamenti particolari*, sono quelli che si propongono il raggiungimento delle finalità più varie, ma comunque delimitate ad un certo settore, dirette cioè al soddisfacimento di specifici interessi, che possono essere di natura economica, culturale, sportiva, religiosa o di altro genere.

I secondi, gli *ordinamenti generali*, si propongono invece il soddisfacimento di una finalità (genericamente individuata nel "bene comune")

*La pluralità degli ordinamenti giuridici*

*Ordinamenti generali e ordinamenti particolari*

tendenzialmente onnicomprensiva di tutti i possibili interessi sociali. Tra questi ordinamenti generali (o *politici*, come anche vengono denominati) si distinguono poi quelli *originari*, che ripetono da sé medesimi il loro carattere di sovranità (è il caso dello *Stato* o della *Comunità internazionale*, intesa, questa, come ordinamento diretto ad assicurare la pacifica convivenza tra i soggetti – gli Stati – che la compongono), da quelli *derivati*, che viceversa ripetono i loro poteri da un altro ordinamento ad essi sovraordinato (è il caso, ad es., degli enti autonomi territoriali come il Comune, la Provincia, la Regione, ecc.).

L'esistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici crea tutta una serie di problemi nascenti dalle relazioni reciproche che tra tali ordinamenti vengono a stabilirsi.

Sul piano interno, il problema principale nasce dall'esigenza di assicurare una convivenza armonica e non conflittuale delle persone e dei diversi ordinamenti giuridici. Un problema che viene risolto riconoscendo all'ordinamento giuridico generale, quello statale, non solo il compito di regolare i rapporti tra i singoli membri della comunità, ma anche quelli tra i diversi ordinamenti giuridici che vivono e si sviluppano al suo interno; questi ultimi, in altre parole, sono riconosciuti e tutelati se non si pongono in contrasto con gli interessi generali perseguiti dall'ordinamento statale e con le regole dal medesimo poste in essere. Fermo questo principio, le relazioni tra ordinamento statale e altri ordinamenti particolari possono assumere forme diverse, nel senso che lo Stato può assumere un atteggiamento di maggiore o minore apertura nei confronti di altri ordinamenti (atteggiamento che viene spesso determinato nelle disposizioni costituzionali), con conseguenze che ovviamente si riflettono sul piano giuridico. L'adozione dell'uno o dell'altro atteggiamento dipende dalla volontà manifestata dall'ordinamento generale in ordine all'estensione dei fini che esso intende perseguire direttamente attraverso il proprio apparato autoritativo: è evidente che ad ogni estensione dell'area degli interventi statuali corrisponderà un restringimento dell'area delle finalità lasciate alla libera regolazione dei gruppi sociali. Si spiega così il perché storicamente le relazioni tra ordinamento statale e altri ordinamenti particolari siano diventate sempre più complesse e difficili mano a mano che la costruzione dello Stato moderno portava con sé una progressiva accentuazione degli interventi statali nei più diversi campi dell'attività umana e spiega altresì perché oggi, in parallelo all'emergere di un fenomeno di segno contrario (contenimento dell'intervento statale) torni d'attualità la valorizzazione degli ordinamenti particolari. Avremo modo di vedere più avanti quali siano le soluzioni che al problema di definire un soddisfacente equilibrio tra Stato e autonomia dei singoli e dei gruppi sono maturate nel nostro ordinamento.

Così come sul piano interno, anche su quello esterno si è manifesta-

ta l’analoga esigenza di assicurare la convivenza non conflittuale tra una pluralità di ordinamenti giuridici (in questo caso tutti generali, gli Stati). A questo scopo, mentre da un lato si sono sviluppate forme sempre più stabili ed efficaci di collaborazione internazionale di natura politica, economica e militare (si pensi alle varie organizzazioni internazionali, come l’ONU, o sovranazionali, come l’Unione Europea, di cui avremo modo di occuparci più avanti – cfr. Cap. IV, par. 8 e Cap. V), dall’altro si sono messi a punto, e via via perfezionati, strumenti volti a disciplinare sia le relazioni tra regole di ordinamenti statuali diversi in relazione ad uno stesso rapporto giuridico, come ad es. il matrimonio o una compravendita tra soggetti di diversa cittadinanza (è il settore del c.d. diritto internazionale privato), sia le relazioni tra le norme giuridiche che nascono sul piano internazionale, per il tramite di un trattato o di una consuetudine, e le regole giuridiche interne (si tratta degli strumenti di adattamento del diritto interno al diritto internazionale, per i quali si rinvia al Cap. VII, par. 7.2 e Cap. XVI, par. 12).

In sintesi, si può dire dunque che lo Stato è l’ordinamento giuridico che, attraverso una propria organizzazione (ossia l’insieme degli organi politici, amministrativi e giurisdizionali che compongono il c.d. *Stato-apparato*), assicura la pacifica convivenza e il perseguimento di finalità generali, condivise da una determinata collettività sociale (il c.d. *Stato-comunità*) sia sul piano interno (dettando e facendo rispettare regole di comportamento destinate ai singoli come ai gruppi), sia sul piano esterno (favorendo la formazione di regole coerenti con quelle finalità e impegnandosi ad assicurarne il rispetto, in accordo con gli altri ordinamenti generali che compongono la comunità internazionale).

*Stato-apparato e  
Stato-comunità*

## 6. Ordinamenti giuridici di “common law” e di “civil law”

Si è detto del significato della nozione di Stato, inteso come ordinamento giuridico. Puntando l’attenzione sulle caratteristiche che i vari ordinamenti giuridici statuali presentano con riferimento ad alcuni profili cruciali, quali il modo di intendere il diritto, il modo (o i modi) di produzione e di applicazione del medesimo, si possono evidenziare elementi comuni e differenze che consentono di operare alcune grandi classificazioni. Limitando il campo di osservazione all’esperienza europea, sino a qualche tempo fa si potevano individuare tre diversi modelli: ordinamenti di *common law*; ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *diritto socialista*. Il grado di eterogeneità che quest’ultimo modello presentava rispetto agli altri due (dovuto alla sua matrice teorica, che ruota intorno alla concezione marxista del diritto come “sovrastutturata”, e al suo sviluppo nel quadro di una forma di Stato che, come ve-

dremo, si è allontanata dai postulati fondamentali dello Stato di diritto), fa sì che esso presenti, in questa sede, un interesse ridotto, legandosi del resto ad un'esperienza ormai da considerarsi decisamente superata.

Ben altro interesse presentano invece gli altri due modelli (quello di *common law* e quello di *civil law*), non solo perché al secondo appartiene anche l'ordinamento italiano, ma perché essi hanno subito un processo di reciproco condizionamento che pare destinato ad un'ulteriore intensificazione.

Si tratta di due modelli che, in Europa, hanno avuto storicamente fortune diverse: mentre, infatti, l'ordinamento inglese si ascrive all'area della *common law*, tutti gli altri ordinamenti appartengono all'area della *civil law*. L'elemento differenziale di fondo tra i due modelli attiene ai modi di produzione delle norme giuridiche e ai soggetti che in questo processo sono coinvolti, con conseguenze non indifferenti sul piano degli equilibri complessivi che, all'interno del sistema costituzionale, si stabiliscono tra i poteri dello Stato.

Ordinamenti di  
"common law"

Caratteristica degli *ordinamenti di common law* (di quello inglese, ma anche di quello statunitense e di altri che ne hanno assunto i tratti fondamentali), è quella di basarsi su un tessuto di regole, molte delle quali non scritte, non contenute cioè in specifici atti normativi, bensì in decisioni giurisprudenziali, basate sull'affermazione di principi tratti per lo più dall'esperienza, dalle consuetudini, dalle prassi.

Neppure le regole costituzionali, in Inghilterra, sono contenute in un unico testo, in un'unica Carta, ma anch'esse si rifanno in parte ad atti normativi risalenti nel tempo (la Magna Carta del 1215; la *Petition of Rights* del 1628; il *Bill of Rights* del 1689; l'*Act of Settlement* del 1701 e, per venire a tempi più recenti, i *Parliaments Acts* del 1911 e del 1949), in parte, e molto più spesso, a regole di carattere consuetudinario (basti pensare alla vicenda della Brexit nel corso della quale si sono tenuti due referendum non disciplinati da alcun atto normativo).

In questo quadro, non v'è da stupirsi del particolare valore che è venuta assumendo la funzione esercitata dai giudici. In un sistema in cui essa non si limita all'applicazione della regola scritta, fissata in termini generali dalla legge, alla singola fattispecie oggetto del giudizio, ma è essa stessa ricerca razionale delle regole da applicare, la sentenza del giudice acquista un valore normativo, è dunque fonte di diritto.

Il principio dello  
"stare decisis"

Un valore che si esprime attraverso il *principio dello stare decisis* (o del valore obbligatorio del precedente giurisdizionale), in base al quale nessun giudice può discostarsi dai principi di diritto affermati in altra precedente pronuncia giudiziaria riguardante un caso simile a quello che egli si trova a giudicare.

È evidente che in ordinamenti di questo tipo la dialettica tra i poteri dello Stato risponde ad una logica del tutto peculiare: anziché essere centrata essenzialmente sul rapporto Governo-Parlamento, in cui trova

espressione il circuito rappresentativo, essa risulterà assai più articolata, dovendo necessariamente ricomprendere un terzo protagonista, il Giudice, anch'esso chiamato, nelle forme proprie del procedimento giurisdizionale, ad attribuire valore giuridico, vincolante per tutti, a certe regole di comportamento.

Al contrario, negli *ordinamenti di civil law*, fortemente legati alla tradizione romanistica, l'influenza del giuspositivismo ha favorito lo sviluppo di sistemi giuridici fondati su un tessuto di regole di diritto scritte, siano esse di livello costituzionale o di livello inferiore. La norma giuridica è tale, cioè, solo se contenuta in atti cui lo stesso ordinamento riconosce la capacità di produrre regole di questo tipo; atti che, a loro volta, sono espressione della volontà degli organi dello Stato cui l'ordinamento ha inteso affidare il potere normativo.

*Ordinamenti di “civil law”*

In questo diverso contesto, mentre le regole nascenti dalle consuetudini o dagli usi in tanto avranno valore, in quanto siano dalla legge espressamente richiamate (cfr. art. 8 delle disposizioni preliminari al Codice civile), il ruolo del giudice sarà solo quello di interpretare la regola giuridica scritta e di applicarla al caso concreto, mentre non gli è riconosciuto alcun compito “creativo” di diritto.

Il potere giudiziario è, dunque, escluso dal circuito decisionale che porta alla produzione di norme giuridiche, il quale risulta centrato esclusivamente sugli organi rappresentativi della volontà popolare. Esso è chiamato ad operare in condizioni di indipendenza dagli altri poteri dello Stato, in funzione di garanzia di un'imparziale applicazione della legge.

Col passare del tempo, le differenze tra i due sistemi, che abbiamo sinteticamente richiamato, sono venute lentamente attenuandosi in seguito ad un processo, per così dire, di osmosi che ha portato alcuni elementi dell'uno a trasferirsi nell'altro e viceversa.

*Progressiva attenuazione delle differenze tra i due modelli*

Così, mentre da un lato negli ordinamenti di common law è andato progressivamente aumentando il ricorso al diritto scritto (*Statute law*), dall'altro, per ciò che attiene agli ordinamenti di *civil law*, la funzione del giudice è andata arricchendosi di contenuti in parte analoghi a quelli del giudice dei paesi anglosassoni (si pensi alla diffusione dei sistemi di giustizia costituzionale e alla funzione “normativa” svolta dalle Corti ad essa preposte; si pensi ancora al valore, se non obbligatorio, certamente “persuasivo” che viene diffusamente riconosciuto al precedente giurisprudenziale, soprattutto quando esso sia rappresentato dalla decisione di un giudice appartenente ai più alti livelli della struttura giudiziaria).

Si tratta, tuttavia, di tendenze all'avvicinamento tra i due modelli che lasciano ancora sussistere ben marcate differenze, le quali spiegano perché le difficoltà che si incontrano, ad es., nella comparazione tra aspetti dell'ordinamento italiano e analoghi aspetti dell'ordinamento inglese,

siano assai maggiori di quelle che si incontrano nel comparare il nostro con uno qualunque degli altri ordinamenti dell'Europa continentale.

### 7. *Le fonti del diritto e i principi che ne regolano i rapporti (accenni e rinvio)*

Si è sinora parlato di regole di comportamento come nucleo essenziale del fenomeno giuridico. Tali regole (o norme) nascono, nell'ambito di un determinato consorzio sociale, attraverso due distinti meccanismi: o mediante l'attribuzione a certi organi del potere di creare, integrare, modificare il diritto (il diritto oggettivo, vigente in quel particolare momento storico) o mediante il riconoscimento di valore giuridico a regole che nascono da certi fatti o comportamenti umani.

*Le fonti normative*

Se ad operare è il primo dei due meccanismi indicati, avremo la produzione di norme contenute in atti, che prendono il nome di *fonti-atto* (la legge del Parlamento; il regolamento del Governo o di un ente locale e così via).

Se invece le norme derivano dall'operare del secondo meccanismo, esse saranno da ricondurre alle c.d. *fonti-fatto*, e cioè, come si è detto, a fatti o comportamenti umani da cui ugualmente si determinano regole dotate di forza obbligatoria (si pensi al fenomeno della consuetudine, ossia al ripetersi costante di determinati comportamenti, cui alla fine si finisce per attribuire un carattere obbligatorio; ma si pensi anche alla prassi amministrativa, là dove il concreto operare degli organi della pubblica amministrazione non si risolve in una mera applicazione di norme giuridiche dettate da altre fonti, bensì in una loro lenta e tacita modificazione).

Fonti-atto e fonti-fatto sono dunque entrambe dotate della capacità di incidere, modificandolo, sul sistema giuridico; ma tale capacità non è priva di limiti, non è cioè svincolata a sua volta da regole definite. Al contrario, ciascuna fonte risulta dotata di un grado di intensità (o forza normativa, intesa appunto come capacità di incidere sul sistema dato di regole giuridiche) che risulta diverso a seconda della disciplina dei rapporti che legano tra loro le diverse fonti normative.

*Il principio gerarchico*

Uno dei principi fondamentali in questa materia è quello *gerarchico*, che serve appunto ad ordinare le varie fonti normative lungo una immaginaria scala gerarchica a seconda della diversa forza normativa di cui ciascuna è dotata: sul gradino più alto le fonti dotate di maggior forza e poi, via via quelle con forza minore. Tale principio ha come conseguenza quella per cui una regola di diritto non può mai derogare alla regola di diritto posta da una fonte situata su un gradino superiore. Se ciò avviene, l'ordinamento giuridico predispone i rimedi opportuni, te-

si a garantire il rispetto del principio gerarchico e ad eliminare la regola che lo ha violato.

Un altro principio che regola i rapporti reciproci tra le diverse fonti normative dell'ordinamento è quello della *competenza*. Ricorrendo a tale principio, non si fa più riferimento alla forza o valore normativo delle diverse regole di diritto, bensì all'organo che è titolare del potere di emanare le regole stesse e all'oggetto che esse possono investire. Si pensi, a questo riguardo, al rapporto tra legge statale e legge regionale, tipico del nostro sistema costituzionale (così come di altri sistemi che prevedono forti autonomie locali). Come meglio si vedrà in seguito, legge statale e legge regionale si trovano sullo stesso gradino della scala gerarchica sulla quale sono ordinate le varie fonti normative del nostro ordinamento e i loro rapporti reciproci sono regolati dalla diversa sfera di competenza che la costituzione attribuisce alla prima e alla seconda. Così la legge regionale potrà investire certi settori materiali e non altri e, anche nei settori in cui può intervenire, essa dovrà comunque rispettare tutta una serie di limitazioni che, a volte, spetta alla legge statale predisporre (si pensi, ad es., al rapporto tra legge-cornice statale e legge regionale).

*Il principio di competenza*

*Gerarchia e competenza* sono, dunque, due principi generali che servono innanzitutto ad attribuire ad ogni fonte normativa una sua specifica forza giuridica nei confronti delle altre e, in secondo luogo, a stabilire, nell'ambito della scala gerarchica così individuata, gli ambiti di competenza riservata a quella o a quell'altra fonte.

Altre due questioni importanti, sempre in relazione alle fonti del diritto, sono quelle relative al *valore delle norme nel tempo e nello spazio*.

Sul primo punto, va detto che la regola fondamentale è quella per cui tra norme di pari grado gerarchico (ad es., tra due leggi del Parlamento che regolano lo stesso oggetto) prevale (cioè si deve applicare) quella entrata in vigore per ultima. Per sapere qual è la disciplina legislativa di una data materia sarà necessario individuare l'ultima (in ordine di tempo) legge approvata in quel settore, la quale può aver apportato modifiche espresse (ma anche tacite) alla normativa precedente. La regola è dunque che *la norma successiva prevale sempre sulla norma precedente, di pari grado gerarchico*.

Se, invece, le norme sono di grado gerarchico diverso (ad es. una legge e un regolamento) è il principio gerarchico che va applicato, non avendo alcun rilievo il fatto che una norma sia entrata in vigore in un momento successivo rispetto all'altra. Così, se successivamente ad una legge del Parlamento, interviene un regolamento del Governo, è chiaro che questo regolamento non potrà in alcun modo derogare alla legge precedente (tanto che se lo facesse sarebbe illegittimo), sì che a questa bisognerà sempre risalire per avere il quadro completo della disciplina normativa di quella materia (i temi finora accennati verranno trattati al Cap. II, par. 15 e, più analiticamente, al Cap. XVI).

Quanto al secondo punto (valore delle norme nello spazio), il principio generale che si applica è quello della *territorialità del diritto*. Esso sta a significare che le norme giuridiche hanno efficacia con riferimento ad una collettività di soggetti, individuati in relazione ad una determinata area geografica: così, di regola, la legge statale ha efficacia nei confronti dei cittadini e di coloro che operano all'interno del territorio nazionale, e lo stesso avviene per la legge regionale e i provvedimenti degli enti locali minori (Comuni e Province), con riferimento in questi casi al territorio regionale, comunale o provinciale. Esistono, tuttavia, delle eccezioni a questo principio, che interessano soprattutto i rapporti giuridici esistenti tra soggetti di diversa nazionalità. Si pensi soprattutto a tutti i rapporti disciplinati dalle regole del diritto internazionale privato, ma si pensi anche all'istituto della *extraterritorialità* (secondo il quale, sulle navi o gli aerei che si trovano nello spazio territoriale di uno Stato si applica il diritto dello Stato cui appartengono) o a quello della *immunità territoriale* (secondo il quale, alcune zone del territorio di uno Stato, come ad es. le sedi diplomatiche, sono sottratte al diritto di quest'ultimo).

*Fonti interne  
e fonti esterne*

Le fonti normative cui abbiamo sin qui fatto riferimento sono le *fonti interne*, quelle cioè che operano nell'ambito di un determinato sistema giuridico e ne assicurano la continuità attraverso particolari meccanismi di produzione di norme giuridiche. Accanto a queste, esistono poi le c.d. *fonti esterne*, appartenenti cioè a sistemi giuridici diversi da quello considerato e tuttavia dotate anch'esse della capacità di produrre effetti normativi nell'ambito di quest'ultimo (si pensi ai trattati internazionali o agli atti normativi dell'Unione Europea). Anche in questo caso, tuttavia, questa capacità è puntualmente disciplinata da ciascun sistema giuridico attraverso la predisposizione di apposite regole al riguardo (si pensi all'istituto del rinvio – formale o recettizio –, attraverso il quale si richiama sul piano del diritto interno quanto stabilito da una fonte straniera; alla regola della diretta applicabilità nell'ambito dell'ordinamento interno delle norme prodotte da una fonte esterna; alla regola della necessaria recezione, ad opera di una fonte interna, delle norme esterne, perché queste producano i loro effetti e così via) in vista di assicurare un funzionamento coerente del sistema delle fonti, complessivamente considerato (cfr. Cap. XVI, par. 12).

Quest'ultimo accenno permette di sottolineare, fin d'ora, come gli ordinamenti o sistemi giuridici non vivono e si sviluppano come monadi separate le une dalle altre. Il fenomeno che caratterizza l'epoca contemporanea, rappresentato da una sempre crescente interdipendenza dei problemi, sia di natura economica che di natura sociale, ha infatti prodotto come conseguenza un sempre più frequente ricorso per la soluzione di tali problemi a fonti esterne ai singoli ordinamenti statuali, al fine di rendere omogenea la disciplina interna di settori quantitativamente e qualitativamente sempre più rilevanti. Quando si affronterà più

in dettaglio il tema delle fonti normative, sarà necessario dunque dedicare una particolare attenzione a questo fenomeno ed ai problemi di non facile soluzione che pone, nell'ambito di ciascun ordinamento, la disciplina delle relazioni tra le fonti interne ed esterne: basti pensare alle difficoltà che ha posto e tutt'ora pone il rapporto tra il diritto dell'Unione europea, il diritto internazionale e il diritto interno (per la soluzione di questi problemi nell'ordinamento italiano si veda il Cap. VII, par. 7.2 e il Cap. XIII, par. 3.1).

## 8. *L'interpretazione del diritto come metodo e come fonte*

Oltre alle fonti-atto e alle fonti-fatto esiste un altro meccanismo importante diretto alla produzione di norme giuridiche. Esso è collegato all'attività interpretativa del giudice e dà origine al c.d. *diritto giudiziario*.

Come si è detto, l'attività giurisdizionale consiste nell'applicazione della norma giuridica (per sua natura concepita, in genere, in termini generali ed astratti) ad una specifica vicenda umana o, come si dice, ad una fattispecie concreta. Tuttavia, non sempre è agevole identificare quale sia la norma da applicare al caso concreto: tale ricerca è condotta dal giudice utilizzando una serie di criteri interpretativi. Si parla così di *interpretazione letterale* (quella condotta appunto sul dettato testuale della norma in questione, sulla base del significato lessicale delle parole che la compongono), di *interpretazione logica* (diretta ad individuare la coerenza interna della legge, facendo, se del caso, ricorso ai lavori preparatori della legge o del regolamento o di altra fonte normativa che deve essere applicata), di *interpretazione analogica* (diretta a ricercare la norma da applicare al caso concreto in disposizioni che disciplinano materie o fattispecie analoghe a quella che il giudice si trova ad affrontare), di *interpretazione sistematica* (diretta a ricercare la norma da applicare al caso concreto desumendola dai principi vigenti nel sistema giuridico complessivo).

L'interpretazione del diritto è, dunque, innanzitutto un metodo che consente il corretto esercizio dell'attività giurisdizionale. Ma quando essa, come nel caso del ricorso all'analogia, punta in definitiva a colmare quella che appare come una lacuna dell'ordinamento (l'assenza cioè di una espressa disposizione da cui trarre la norma da applicare al caso concreto) finisce per tradursi in una attività che assomiglia a quella creatrice di nuove norme giuridiche.

Di qui la possibilità di qualificare, entro certi limiti che verranno più oltre precisati, anche le pronunce (le sentenze) dei giudici come fonti del diritto. Tale possibilità si realizza, tuttavia, soltanto in presenza di determinate circostanze e cioè là dove le decisioni del giudice sono do-

tate di una forza obbligatoria capace di imporsi nei confronti di tutti, ossia di quella efficacia *erga omnes* che contraddistingue in generale le altre fonti normative. Tale circostanza si realizza, come si è già visto, negli ordinamenti giuridici di common law (ad es. in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America), dove vige il *principio dello stare decisis*, ossia dell'obbligo per il giudice di livello inferiore di adeguarsi alla pronuncia adottata da un giudice di livello superiore nel decidere un caso analogo; essa non trova invece riscontro nell'esperienza degli ordinamenti giuridici di *civil law* nei quali la sentenza del giudice produce i suoi effetti limitatamente alle fattispecie concrete sottoposte al suo giudizio ed è dunque priva (salva l'eccezione, come vedremo, rappresentata dalle sentenze della Corte costituzionale) di efficacia *erga omnes*.

Ma, a parte questa considerazione, ciò che va sin d'ora sottolineato (il tema dell'interpretazione è ripreso al Cap. XVI, par. 3), è il fenomeno per cui molto spesso (e soprattutto in periodi storici durante i quali il prodotto normativo esprime contenuti incerti, frutto di compromessi mal riusciti tra i diversi interessi in conflitto da disciplinare), l'attività interpretativa del giudice finisce per spingersi su un terreno in cui il confine tra interpretazione e creazione della norma diviene un confine incerto e non sempre facilmente identificabile.