Le presenti pagine riproducono i primi quattro capitoli (pagine 3 – 45) del manuale di Vincenzo Roppo, " Istituzioni di diritto privato", Monduzzi Editore, Bologna 2001.

CAPITOLO 1

IL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Il diritto nell'esperienza umana -2. La funzione del diritto: interessi e conflitti - 3. Diritto e fattori sociali: storicità e relatività del diritto - 4. Le norme del diritto: regole, sanzioni, apparati - 5. Diritto oggettivo e diritto soggettivo; l'ordinamento giuridico - 6. Generalità e astrattezza delle norme giuridiche: la «fattispecie» - 7. Norme speciali, eccezionali, singolari - 8. 11 diritto e lo Stato - 9. L'effettività del diritto: autorità e consenso- 10. Diritto e giustizia; diritto positivo e diritto naturale - 11. Diritto e fatto - 12. Le norme non giuridiche.

1. Il diritto nell'esperienza umana

Il diritto è una realtà molto importante per l'organizzazione e il funzionamento della società, e anche per la vita individuale dei singoli uomini. L'esistenza quotidiana di tutti noi si intreccia continuamente con il diritto, che condiziona le più diverse *operazioni e situazioni di cui ogni giorno siamo protagonisti.*

Il signor Rossi si sveglia al mattino, a casa sua.

È casa «sua» perché l'ha presa in locazione oppure l'ha comprata oppure l'ha ereditata: tutte queste situazioni sono determinate dal diritto, per cui dipende dal diritto se il signor Rossi può dire che quella è casa «sua». Appena alzato fa la doccia, sente il giornale radio o un po' di musica, telefona a un amico, fa colazione: ebbene, anche in queste piccole operazioni il diritto ha un ruolo, perché la distribuzione del gas, dell'acqua e dell'energia elettrica, l'utilizzazione del servizio radiofonico e del telefono sono regolate dal diritto, il quale stabilisce come devono essere organizzate le aziende che forniscono tali servizi, e come vanno impostati i rapporti fra esse e gli utenti. Così come è il diritto che si occupa di stabilire (a garanzia della salute dei consumatori) quali caratteristiche devono avere, e come devono essere prodotti e confezionati, il latte, il caffè, i biscotti o gli altri cibi che si prendono a colazione.

Tutto questo, magari, il signor Rossi lo fa insieme con sua moglie e i suoi figli.

E il diritto entra perfino qui, nel cuore dei rapporti di famiglia: che quella donna sia sua moglie, che quei bambini siano i suoi figli, e quali conseguenze ne derivino, dipende anche dal diritto.

Poi il signor Rossi esce per andare al lavoro, e sia che ci vada a piedi sia che usi un mezzo di trasporto, è il diritto - con le regole del «codice della strada» — a determinare i suoi comportamenti: non passare con il rosso, attraversare sulle strisce pedonali, tenere la destra, ecc.: ed è ancora il diritto a fare sì che, nel caso di infrazione, il vigile gli dia la «multa».

Arrivato sul posto di lavoro, il signor Rossi entra in un mondo che, anche se uno non se ne accorge o non ci pensa, è anch'esso tutto riempito dal diritto: perché è il diritto, in definitiva, a stabilire che egli è dipendente di quella certa impresa o di quella certa amministrazione, e che perciò deve fare questo o quest'altro lavoro, e alla fine del mese riceverà questo o quest'altro stipendio, e ad agosto avrà quattro settimane di ferie, e così via.

E quando il capoufficio o un collega lo chiamano per cognome, si deve sapere che è sempre per via del diritto se lui si chiama Rossi, e non in un altro modo.

Gli esempi di questo genere potrebbero moltiplicarsi all'infinito.

E se dalle esperienze quotidiane degli individui ci spostiamo alla considerazione dei *grandi eventi che interessano l'intera collettività nazionale e internazionale,* anche qui troviamo il diritto. Il diritto, per es., determina tutti i meccanismi di organizzazione e funzionamento dei supremi poteri dello Stato, cioè del sistema politico: la formazione della rappresentanza popolare attraverso le elezioni, le funzioni del Parlamento e i rapporti fra Parlamento e Governo, i poteri del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio, dei Ministri, ecc. (così come quelli del Sindaco e del Consiglio comunale) — su tutto questo interviene

il diritto. Il quale penetra anche nelle relazioni — economiche, politiche, militari - fra i diversi Stati, sia nel loro svolgimento pacifico, sia nei loro eventuali sviluppi non pacifici: perché anche della guerra si occupa il diritto! (ad es. stabilendo come vanno trattati i prigionieri).

La parola con cui si indica ciò che riguarda il diritto è l'aggettivo *«giuridico»:* ad es. «regola giuridica» significa regola del diritto; «conseguenza giuridica» vuoI dire conseguenza stabilita dal diritto; «scienza giuridica» è la scienza che studia il diritto, ecc. Il termine deriva da «ius», che in latino significa appunto diritto.

2. La funzione del diritto: interessi e conflitti

Domandiamoci ora perché il diritto interviene in modo così diffuso nella vita degli uomini e della società. Ciò equivale a domandare: a cosa serve il diritto? Qual è la funzione del diritto?

Possiamo definire il diritto come un *mezzo di regolazione sociale che ha la funzione di sistemare gli interessi individuali e collettivi presenti nella società evitando o risolvendo i conflitti fra i portatori dei diversi interessi.*

Dunque la funzione del diritto si lega strettamente al concetto di **interesse,** che è *la tensione dell' uomo verso un bene che serve a soddisfare un bisogno umano.* Facciamo un esempio molto semplice. 11 signor Rossi ha, fra i tanti suoi bisogni, quello di un luogo dove abitare; tale bisogno può essere soddisfatto da una certa casa; perciò egli ha un interesse verso quella casa, e cioè tende ad avere la possibilità di usarla come propria abitazione. Il diritto prende in considerazione tale interesse, dandogli una sistemazione.

Questa può essere favorevole a Rossi, e consistere ad es. nello stabilire che Rossi ha la possibilità di abitare in quella casa perché ne ha la proprietà ovvero l'usufrutto, oppure perché l'ha presa in locazione o in comodato (cioè in prestito gratuito) dal proprietario o l'ha avuta in assegnazione dall'Istituto autonomo case popolari o da altro ente di edilizia pubblica.

O viceversa la sistemazione può essere sfavorevole a Rossi, perché il diritto potrebbe stabilire che egli non ha nessuna possibilità di abitarci, e che questa possibilità spetta a un altro.

E ovvio che a ciascuna di queste diverse ipotesi corrisponde una diversa sistemazione dell'interesse che Rossi ha verso quella casa: e stabilire in quale ipotesi si ricade, dipende appunto dal diritto.

L'esempio appena fatto riguarda un *interesse materiale;* ma il diritto si occupa anche di *interessi non materiali.*

Oltre che a una casa dove abitare, il signor Rossi ha interesse al rispetto del proprio onore: il diritto prende in considerazione anche questo interesse, cercando di fare in modo che nessuno diffonda notizie o apprezzamenti offensivi per Rossi, e dandogli modo di reagire se questo accade.

Oltre che di *interessi individuali* (come quelli appena visti) il diritto si occupa anche di *interessi collettivi.* L'interesse alla difesa nazionale o alla costruzione di un'opera pubblica (una strada, una scuola, un ospedale) o alla integrità dell'ambiente naturale non tocca singoli individui, ma la collettività tutta intera.

Anche per sistemare questo tipo di interessi interviene in vario modo il diritto: ad es. stabilendo l'obbligo del servizio militare e organizzando l'esercito, facendo in modo che si possa espropriare il terreno privato che serve per realizzare l'opera pubblica, imponendo alle industrie limiti e divieti per evitare l'inquinamento dell'aria e delle acque.

L'esperienza insegna che molto spesso *l'interesse di uno può risultare incompatibile con l'interesse di un altro:* in questo caso nasce, o può nascere, un conflitto fra i portatori degli interessi in contrasto.

Funzione del diritto è prevenire o (se sono già nati) risolvere tali conflitti.

Un esempio. il signor Rossi ha preso in locazione una casa dal signor Bianchi, e ci abita. il suo interesse è continuare ad abitarci, ma a un certo punto Bianchi è interessato a riottenere la possibilità di utilizzare la casa per sé, e quindi a mandare via Rossi.

Gli interessi dei due sono incompatibili: soddisfare quello di Rossi significa sacrificare quello di Bianchi, e viceversa. Il diritto risolve questo conflitto stabilendo se, in quella data situazione, prevale l'uno oppure l'altro interesse: se Rossi può restare ancora nella casa o invece, la deve lasciare libera per Bianchi.

Tale *funzione di risoluzione dei conflitti* è molto importante, perché evita che i cittadini si facciano giustizia da sé, e così assicura la pace sociale.

Se non ci fosse il diritto a stabilire, per es., che Rossi deve lasciare libera la casa di Bianchi, e a fare sì che ciò effettivamente si verifichi, di fronte a Rossi che rifiuta di sgombrare, Bianchi cercherebbe di recuperare casa sua con l'uso della forza; e Rossi, a sua volta, resisterebbe con la forza. È perciò chiaro che, senza diritto, la società umana sarebbe intollerabilmente disordinata, violenta, invivibile.

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

Conflitti possono nascere, naturalmente, anche in relazione a interessi non materiali, e a interessi collettivi: Rossi ha interesse a non essere offeso con l'epiteto di «ladro», ma il giornalista

Verdi ha interesse a scrivere per il suo giornale un articolo nel quale racconta i furti di Rossi.

Gli abitanti di una città hanno interesse che una fabbrica inquinante, che li soffoca di fumi, chiuda; invece il proprietario della fabbrica ha interesse a tenerla aperta, perché gli dà profitti, e pure gli operai che ci lavorano sono interessati alla prosecuzione dell'attività, perché in caso contrario temono il licenziamento. Quale degli interessi in contrasto deve prevalere, dipende anche dal diritto.

3. Diritto e fattori sociali: storicità e relatività del diritto

Quanto si è detto fin qui spiega i rapporti molto stretti che legano il diritto ad altri elementi fondamentali dell'organizzazione e del funzionamento della società: in particolare, all'economia, alla politica e alla cultura.

L'**economia** è il sistema con il quale si producono e si distribuiscono i beni, che servono a soddisfare i bisogni e quindi sono oggetto degli interessi: quei medesimi interessi la cui sistemazione è — come abbiamo visto — compito del diritto.

Fra diritto ed economia ci sono perciò interferenze e influenze reciproche. Infatti *l'economia influenza il diritto,* nel senso che *ai diversi tipi di sistema economico corrispondono diversi tipi di sistema giuridico***,** adeguati al particolare modo di produrre e distribuire la ricchezza, che di volta in volta prevale: così, a un'economia fondata sull'agricoltura corrispondeva un diritto che dedicava la massima attenzione e offriva la massima protezione alla proprietà terriera; con lo sviluppo dell'economia industriale e dei servizi, il sistema giuridico si modifica per arricchirsi di regole adatte alla nuova realtà produttiva (si pensi alla moderna disciplina dell'impresa, dei contratti, dei brevetti per invenzione, della concorrenza, ecc.). Ma, reciprocamente, può dirsi che *il diritto influenza l'economia:* un diritto vecchio e arretrato può impacciare lo sviluppo dell'economia, e cambiare le regole giuridiche spesso è una condizione per rendere più efficiente il sistema economico a cui quelle regole si applicano; del resto è frequente sentire i sostenitori di una nuova legge giustificarla con il fatto che essa serve a realizzare certi risultati economici (ri-lanciare la produzione in aree o settori depressi, combattere la disoccupazione, incoraggiare i risparmiatori a investire in borsa, ecc.).

Altrettanto evidenti sono i rapporti fra il diritto e la politica. «Politica» è l'insieme delle azioni che riguardano l'individuazione dei fini e la realizzazione degli interessi propri della società, in quanto distinti dai fini e dagli interessi dei singoli individui che la compongono. Il diritto sistema interessi umani, e quindi, nelle varie situazioni, favorisce certi interessi e ne sacrifica certi altri: e di solito si tratta di interessi che non si limitano a toccare singoli individui, ma riguardano *interi ceti sociali.* Il diritto, per es., può regolare il rapporto di locazione o di lavoro in un modo o in un altro, non perché vuole favorire l'inquilino Rossi piuttosto che il locatore Bianchi, o l'imprenditore Verdi piuttosto che il suo dipendente Neri, ma perché vuole favorire la categoria sociale degli inquilini rispetto a quella dei proprietari di case, o la categoria sociale dei datori di lavoro rispetto a quella dei lavoratori: e la scelta di sostenere l'interesse di una categoria sociale, contro quello di una diversa e contrapposta categoria sociale, è una scelta politica. Dunque si può dire che, in definitiva, *ogni norma giuridica incorpora una decisione politica.* E infatti uno dei luoghi principali in cui oggi si produce il diritto — il Parlamento, competente a fare le leggi — coincide con la massima espressione della rappresentanza politica, e del confronto fra i diversi schieramenti politici.

Per converso *la politica è influenzata dal diritto:* gli aspetti fondamentali della competizione politica (si pensi alle regole elettorali) sono disciplinati da norme giuridiche.

Il diritto, poi, ha stretti legami con la cultura, intesa (nel senso in cui la intende quella scienza che si chiama antropologia sociale o culturale) come l'insieme dei modelli di pensiero e comportamento, dominanti in una certa società.

Ora, *la cultura influenza il diritto:* in una società informata al valore della superiorità maschile, una norma giuridica stabiliva (in Italia, fino al *1975)* che il è il capo della famiglia; ma l'affermarsi, nella società, del diverso valore della parità fra i sessi ha indotto a cambiare il diritto, cancellando quella norma e sostituendola con un'altra che dà ai coniugi uguali diritti e doveri.

Viceversa, *il diritto può influenzare la cultura:* la norma appena citata contribuisce a determinare o rafforzare, nella realtà dei rapporti familiari, pensieri e comportamenti ispirati al valore dell'uguaglianza.

Tutto questo spiega la *storicità e relatività del diritto. li* diritto è fortemente influenzato dall'economia, dalla politica e dalla cultura.

Come questi fattori, nel fluire della storia, si evolvono e mutano, così si evolvono e mutano i sistemi giuridici, che si presentano perciò diversi nel tempo e nello spazio: il diritto - delle società feudali è diverso da quello delle moderne società industriali; il diritto delle società democratiche è diverso da quello delle società totalitarie; il diritto delle società fortemente religiose è diverso da quello delle società più laiche e secolarizzate.

4. Le norme del diritto: regole, sanzioni, apparati

Dopo avere visto la **funzione** del diritto, cioè *a cosa serve,* cerchiamo ora di capire la sua **struttura,** cioè *come è fatto,* e attraverso quali

meccanismi opera.

Conviene partire dalla considerazione che, per realizzare le sue funzioni di sistemazione degli interessi e di prevenzione/risoluzione dei conflitti, ***il diritto deve influire sui comportamenti umani:*** deve orientarli nel senso corrispondente alle gerarchie di interessi (alle scelte politiche) che il diritto stesso fa proprie. Lo strumento di cui il diritto si serve a questo fine è la norma giuridica La norma giuridica è perciò l'elemento che sta alla base dell'intero fenomeno giuridico, l'elemento che più di ogni altro aiuto a capire come è fatto e come funziona il diritto.

La nozione di norma giuridica implica la *combinazione di tre concetti:* quello di ***regola,*** quello di *sanzione,* quello di *apparato.* La norma giuridica consiste prima di tutto in una regola, che generalmente è una ***regola*** *di condotta indirizzata agli uomini per orientarne il comportamento nel senso desiderato:* non uccidere, paga i debiti, - dai la precedenza a chi viene da destra, ecc. Se la regola è osservata, vuol dire che il diritto ha raggiunto immediatamente il suo scopo, che è appunto quello di orientare i comportamenti umani nel senso desiderato. Ma può invece accadere che la regola non sia osservata: per questi casi c'è la necessità di una sanzione. La **sanzione** è la *conseguenza che la norma giuridica fa derivare dalla violazione della regola:* se, ad es., è violata la regola «non uccidere», scatta la sanzione della reclusione in carcere per un lungo periodo; se è violata una regola di circolazione stradale, la sanzione può essere il pagamento di una somma di denaro (la «multa») o, nei casi più gravi, il ritiro della patente di guida; se è violata la regola sul pagamento dei debiti, la sanzione consiste in una operazione per cui dal patrimonio del debitore si preleva la somma dovuta, che viene data al creditore.

Per capire il ruolo della sanzione, bisogna considerare che la *violazione di una regola* significa *lesione di un interesse* che il diritto, con quella regola, vuole invece proteggere e realizzare: negli esempi di prima, l'interesse all'integrità della vita umana, l'interesse alla sicurezza della circolazione stradale, l'interesse del creditore a ricevere ciò che il debitore gli deve. E il ruolo della sanzione si spiega proprio in relazione all'interesse leso.

In alcuni casi la sanzione serve a ***ripristinare l'interesse leso, cancellando l'effetto indesiderato*** *prodotto dalla violazione della regola:* abbiamo visto che, se il debitore non paga il debito, il creditore può comunque — attraverso la sanzione — soddisfare il suo interesse a ricevere quanto gli spetta. Qui la sanzione ha un **ruolo riparatorio.**

Ma in altri casi la sanzione non ha questo potere: incarcerare l'uccisore non restituisce la vita all'ucciso. In casi come questo, la sanzione non serve a ripristinare l'interesse violato, ma solo a *punire il violatore, privandolo di un suo bene* (ad es. la libertà): qui la sanzione ha un **ruolo punitivo.**

Peraltro, anche quando la sanzione ha un ruolo punitivo, essa mantiene pur sempre un collegamento con l'interesse colpito.

Tutti sanno che, se uccidono, molto probabilmente andranno in carcere: questa idea, e cioè la paura della sanzione, può contribuire a *distogliere molti dalla tentazione di violare la regola* «non uccidere» (che forse gli uomini violerebbero più facilmente, se sapessero di non incorrere in nessuna punizione).

La sanzione ha perciò un ruolo preventivo: evita un certo numero di uccisioni, salva un certo numero di vite e, in questo senso, contribuisce anch'essa a realizzare quell'interesse **all'integrità della vita umana che giustifica la regola «non** uccidere».

Possiamo perciò dire che, mentre la spontanea osservanza della regola realizza direttamente l'interesse protetto dal diritto, nel caso di violazione della regola il diritto realizza tale interesse in modo indiretto, tramite la sanzione.

L'intervento della sanzione apre, però, un ulteriore problema: *chi applica concretamente la sanzione? in che modo? con quali mezzi?* L'esperienza ci dice che a ciò, di regola, provvedono appositi apparati: in concreto, *pubblici funzionari quali hanno appunto il compito di assicurare l'osservanza del diritto applicando, nel caso, le relative sanzioni; secondo procedure e con l'uso di mezzi stabiliti dal diritto stesso.* In presenza di un omicidio, i poliziotti indagano, i giudici processano l'imputato e, in caso di condanna, gli agenti di custodia ne assicurano la detenzione entro le strutture materiali predisposte a questo scopo (carcere). Se una regola di circolazione viene violata, il vigile urbano o la polizia stradale fa la «multa» al responsabile. Se il debitore non paga il debito, entrano in gioco giudici, ufficiali giudiziari, cancellieri che svolgono operazioni dirette a fare sì che il creditore riceva quanto gli spetta, a spese del debitore.

Senza questo complesso di apparati (cioè di professionisti, di mezzi, di attività) la sanzione non potrebbe operare; e sappiamo che senza sanzione la regola rischierebbe di essere vana. Ecco perché abbiamo identificato il diritto in una combinazione di regole, sanzioni e apparati.

Una precisazione. Non in tutte le norme è immediatamente riconoscibile una sanzione, così come lo è nella norma sull'omicidio: è il caso per es. delle norme (e sono tante) che non hanno lo scopo di vietare o imporre un comportamento, bensì quello di attribuire una possibilità o un vantaggio a qualcuno (si pensi alle norme che danno al proprietario il potere di usare la sua cosa, o riconoscono incentivi economici alle imprese

che facciano determinati investimenti).

Ma anche qui, a veder bene, emerge indirettamente l'idea e il ruolo della sanzione: se il proprietario ha quel potere, vuoI dire che tutti quanti devono evitare di ostacolarlo o disturbarlo ingiustamente nell'uso della sua cosa, e se qualcuno lo fa, incorre in una sanzione; se l'impresa che ha fatto l'investimento non riceve l'incentivo, si metterà in moto qualche sanzione a carico dell'ente, dell'ufficio o della persona che doveva provvedere a erogarlo. Il concetto di *sanzione* va perciò inteso *in senso lato:* come qualunque meccanismo giuridico che punta a garantire l'effettiva attuazione delle regole del diritto.

5. Diritto oggettivo e diritto soggettivo; l'ordinamento giuridico

Il «diritto» di cui abbiamo parlato fin qui --- e che abbiamo individuato in *un insieme di norme, a loro volta risultanti dalla combinazione di regole, sanzioni e apparati* — è il diritto in senso oggettivo (o diritto oggettivo).

Ma la parola «diritto» può avere anche un altro significato, se s'intende in senso soggettivo: come vedremo meglio più avanti**, diritto soggettivo** significa *potere di azione o pretesa che uno ha verso qualcun altro.* Il diritto di proprietà è un diritto soggettivo, perché è il potere del proprietario di usare liberamente le sue cose; così pure il diritto di credito, che è la pretesa del creditore di ottenere il pagamento dal debitore.

Se dico: «il diritto italiano non ammette la pena di morte», sto parlando del diritto oggettivo. Se invece dico: «ognuno ha diritto di esprimere liberamente il suo pensiero», mi riferisco al diritto soggettivo.

Il diritto oggettivo non è una realtà semplice, consistente in pochi elementi. E' invece una *realtà complessa, fatta di tanti elementi collegati fra loro:*
le regole, le sanzioni, gli apparati. Ciascuno di questi elementi, a sua volta, presenta una complessità interna: un apparato di applicazione del diritto (ad es. un tribunale) è costituito di uomini, mezzi e procedure di azione che sono a loro volta regolate dal diritto.

Spesso l'attuazione di una norma richiede interventi a livelli diversi e coordinati fra loro, che chiamano in causa altre norme: ad es. la norma sull'omicidio funziona solo se all'assassino viene applicata la sanzione; ma questo si realizza solo se il poliziotto cattura l'assassino, anziché lasciarlo fuggire per negligenza o complicità, e ciò è garantito da un'altra norma che prevede sanzioni a carico dei poliziotti incapaci o corrotti. Il diritto è dunque un meccanismo complicato, fatto di moltissimi pezzi, ciascuno dei quali si collega organicamente agli altri.

Proprio per rendere l'idea di questa organizzazione complessa, si usa — come sinonimo di diritto (oggettivo) — l'espressione «sistema giuridico», oppure l'altra «ordinamento giuridico».

Secondo la definizione più comune, **l'ordinamento giuridico** è *l'insieme delle norme giuridiche che organizzano la vita di una determinata società.* Il termine «ordinamento» per un verso richiama questo dato di complessità e organizzazione; per altro verso rinvia alla funzione fondamentale del diritto: «ordinare» una società, renderla «ordinata» significa infatti risolvere e prevenire i conflitti di interessi esistenti al suo interno.

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

6. Generalità e astrattezza delle norme giuridiche: la «fattispecie»

Si usa dire che le norme giuridiche presentano le caratteristiche della generalità e dell'astrattezza. La **generalità** significa che le norme giuridiche, di solito, s'indirizzano a una *moltitudine indeterminata di destinatari.*

Con astrattezza s'intende che risultano applicabili a un *numero indeterminato di situazioni concrete:* situazioni che — nella loro concretezza — non sono prefigurabili in modo preciso nel momento in cui viene posta la norma. La situazione concreta viene in evidenza nel momento in cui la norma deve essere interpretata e applicata: interpretazione e applicazione sono, appunto, le operazioni con cui si accerta che una situazione particolare e concreta rientra nella previsione generale e astratta formulata dalla norma (**4**.1).

Si consideri, ad es., la norma «non uccidere» a fronte dell'omicidio commesso dal signor Verdi. La norma non è stata fatta per vietare proprio a Verdi di uccidere, né sapendo che Verdi avrebbe ucciso (magari, quando è stata fatta la norma, Verdi non era neanche venuto al mondo), bensì sapendo che chiunque potrebbe uccidere, e per vietare a chiunque di uccidere. Quando si verifica che Verdi ha ucciso, e perciò lo si processa e lo si condanna, ecco che la norma s'individualizza in relazione a quel concreto omicidio, dando luogo a un'applicazione particolare della previsione generale e astratta che vieta qualsiasi omicidio, da chiunque compiuto.

Per indicare questo meccanismo, il linguaggio giuridico usa una parola: **fattispecie** , che letteralmente significa (dal latino) «immagine del fatto». Di solito la norma contiene la descrizione di un fatto, definito in base ad alcuni elementi che

lo caratterizzano, in modo tale che quella descrizione può adattarsi a una moltitudine di eventi storici, i quali presentino tutti quegli elementi caratteristici.

Tale descrizione è *la fattispecie astratta:* ad es., nella norma sull'omicidio, «chiunque cagiona la morte di un uomo».

Se un certo giorno, in un certo luogo, Verdi uccide Rossi, questo singolo omicidio è un evento che corrisponde alla descrizione fatta in generale dalla norma sull'omicidio: è, come si dice, una *fattispecie concreta* che può essere inquadrata (o «sussunta») nella fattispecie astratta della norma. Con la conseguenza che a Verdi viene concretamente applicata la sanzione astrattamente prevista a carico di chiunque uccide. *L'operazione logica con cui si verifica che una fattispecie concreta corrisponde a una fattispecie astratta* si chiama anche **qualificazione della fattispecie** (concreta).

Può accadere che per individuare il trattamento giuridico di una determinata fattispecie concreta, non basti applicare ad essa una singola norma, ma occorra fare riferimento a due o più norme, coordinandole fra loro. Ad es., per decidere che Bianchi, che ha fatto un contratto per errore, può ottenere l'annullamento, bisogna applicare: la norma per cui i contratti possono essere annullati, se fatti in base a un errore essenziale e riconoscibile (art. 1428); la norma che dice quando un errore è essenziale (art. 1429); la norma che dice quando un errore e riconoscibile (art. 1431). Si usa allora l'espressione *combinato disposto:* la soluzione giuridica deriva dal combinato disposto delle tre norme.

Il carattere generale e astratto delle norme giuridiche si collega alla funzione del diritto, che è quella di organizzare la società e gli interessi presenti nella società, orientando i comportamenti di coloro che la compongono: cosa che non sarebbe possibile, se le norme non s'indirizzassero appunto alla generalità dei consociati, e non abbracciassero la generalità delle situazioni sociali che s'intendono regolare. Inoltre, esso costituisce un'elementare garanzia di uguale trattamento (non discriminazione) dei destinatari delle norme.

7. Norme speciali, eccezionali, singolari

Non sempre, però, le norme sono generali nel senso pieno e assoluto che abbiamo appena visto. Ci sono *norme che non s'indirizzano a tutti in distintamente, ma solo a determinate categorie di persone, più o meno ampie:* esse possono definirsi **norme speciali .** Ad es., le norme sul trattamento delle lavoratrici madri non riguardano l'intera popolazione, ma solo le persone di sesso femminile, dipendenti da un datore di lavoro, che siano in stato di gravidanza o abbiano avuto un bambino. Peraltro, all'interno dello «speciale» (cioè più ristretto) ambito di applicazione, anche queste norme presentano i caratteri della generalità e dell'astrattezza: nel senso che non sono state fatte per questa o quella particolare e concreta donna in maternità, ma per tutte indistintamente le donne che si trovino nelle condizioni astrattamente previste dalle norme stesse.

Alquanto diverso è il concetto di norma eccezionale, che si fonda sullo schema regola-eccezione. Le norme eccezionali sono quelle che *riservano a una certa sottocategoria di situazioni un trattamento opposto a quello previsto da un'altra norma più generale,* che si applica a una più ampia categoria di situazioni, la quale comprende anche quella sottocategoria. In altre parole: se la norma eccezionale non esistesse, anche quella sottocategoria di situazioni, cui essa si riferisce, ricadrebbe nel trattamento della norma generale.

La norma generale, applicabile alla categoria «contribuenti», stabilisce che ogni anno, entro una certa data, debbano pagarsi le imposte sui redditi dell'anno precedente.

Ma se a Genova si è verificata una disastrosa alluvione, è possibile che si produca una norma eccezionale che consente alla sottocategoria dei «contribuenti genovesi», per quell'anno, di differire il pagamento di sei mesi. In mancanza di tale norma eccezionale, anche ai contribuenti genovesi (in quanto contribuenti) si applicherebbe la norma generale sul termine di pagamento delle imposte.

Non sempre è facile individuare le norme eccezionali, e distinguerle da quelle che abbiamo chiamato speciali. Il criterio non può essere di tipo puramente logico: se si adottasse un tale criterio, si potrebbe dire che anche le norme sulle lavoratrici madri sono eccezionali, rispetto a quelle che si applicano ai lavoratori in genere (se non ci fossero le prime, anche alle donne si applicherebbero le seconde); per contro, anche la norma eccezionale appena esemplificata ha un certo grado di generalità e astrattezza, perché si applica a tutti indistintamente i contribuenti genovesi. Il criterio deve essere di tipo politico: sono eccezionali le norme che in nessun senso esprimono un principio o un valore che si vuole affermare stabilmente, bensì rispondono a *esigenze straordinarie, occasionali, transitorie* (come il rinvio delle imposte, una volta tanto, per i contribuenti genovesi colpiti dall'alluvione); non lo sono quelle che, pur rivolgendosi a una cerchia definita di destinatari, *esprimono in modo duraturo un qualche valore o principio o regola* (è il caso dell'agevolazione alle lavoratrici madri). La distinzione è molto importante, come vedremo, in relazione al problema dell'analogia (4.5).

Ancora diverso è il concetto di norme singolari. Queste non sono per nulla generali e astratte, perché in realtà *hanno di mira una situazione particolare e concreta, e solo quella vogliono regolare.* Per es., una norma fatta nel 1982 (a proposito delle associazioni segrete) ha disposto lo scioglimento di una particolare associazione segreta, concretamente individuata: la c. d. «loggia P2»; un'altra norma prevede come deve

essere formato il consiglio di amministrazione di quella singola, particolare società per azioni che è la Rai. Si parla anche, al riguardo, di norma-provvedimento, o di norma-fotografia.

8. Il diritto e lo Stato

Il meccanismo del diritto, come lo abbiamo descritto poco fa (regola/sanzione/apparati), presuppone l'esistenza di un'autorità. Quel meccanismo apre, infatti, degli interrogativi: chi ha il potere di decidere che la vita umana sia un interesse così prezioso, e che pertanto tutti i membri della collettività debbano obbedire alla regola «non uccidere»? Chi ha il potere di stabilire che chi viola tale regola subisca la sanzione della perdita della libertà per un lungo periodo di tempo? Chi ha il potere, e i mezzi, per applicare concretamente la sanzione al violatore, accertando la sua colpevolezza e provvedendo alla carcerazione? A queste domande non si potrebbe rispondere, se non accettassimo il presupposto che esiste un'autorità alla quale sono riconosciuti tutti questi poteri: cioè, in sintesi, il *potere di creare e applicare il diritto.*

Oggi è abbastanza naturale individuare questa autorità nello Stato: per quel che ci riguarda, nello Stato italiano. infatti lo Stato italiano che, attraverso i suoi organi competenti, ha formato il codice penale dove si trova espressa la regola «non uccidere» con la sanzione del carcere di lunga durata per chi uccide; e sono funzionari dello Stato italiano i giudici che processano ed eventualmente condannano l'uccisore, nonché gli agenti di custodia che ne curano la reclusione. E infatti oggi il diritto è essenzialmente diritto dello Stato. Bisogna però sapere che *la statualità del diritto è un dato relativo, e non assoluto.*

La statualità del diritto è, innanzitutto, un dato *relativo in senso storico.* Se oggi è vero che il diritto è fondamentalmente diritto dello Stato, questo non era vero in altre epoche. La storia insegna che si ha «Stato» in senso proprio solo quando la massima parte del supremo potere politico - la «sovranità» - si concentra in un'unica entità organizzativa (che può assumere la forma del monarca assoluto o quella della repubblica democratica o altro ancora): e questo è fenomeno dell'epoca moderna, che si consolida in Europa fra il XVII e il XVIII secolo. Prima, e in particolar modo nel medioevo, la sovranità era frammentata e distribuita fra diverse entità organizzative - l'impero, la Chiesa, le città libere, le corporazioni d'arti e mestieri - non coordinate fra loro in un quadro unitario entro cui fosse possibile individuare un potere politico supremo, al quale tutti gli altri facessero riferimento e fossero subordinati. In questa situazione, non c'era uno «Stato» come noi oggi siamo abituati a concepirlo, e perciò non c'era un vero e proprio «diritto dello Stato».

Ciascuno dei poteri politici coesistenti formava e applicava il suo diritto, così che si avevano — l'uno accanto all'altro — un diritto dell'impero, un diritto della Chiesa, un diritto delle città, un diritto delle corporazioni, ecc. Solo con il superamento di questa frammentazione della sovranità, e la conseguente *concentrazione del potere politico,* che hanno dato luogo allo *Stato moderno — unico detentore della sovranità* — anche il diritto conosce un processo di unificazione: solo lo Stato, tendenzialmente, può creare e applicare il diritto; e tutto il diritto è, tendenzialmente, diritto dello Stato.

Questa è la situazione odierna: ma è una situazione cui abbiamo applicato l'avverbio «tendenzialmente». Infatti anche oggi (seppure in misura molto minore rispetto all'epoca premoderna) *esistono, accanto allo Stato, altre autorità capaci di produrre e applicare un proprio diritto:* per cui accanto al diritto dello Stato, che senza dubbio è quello prevalente, ci sono *diritti non statali.* E il fenomeno che si usa definire pluralità degli **ordinamenti giuridici.**

Ne costituiscono esempi il *diritto della Chiesa* e il *diritto della comunità internazionale.* La Chiesa è un'autorità che impone a quanti vi sono soggetti (i fedeli) regole e sanzioni, previste ad es. nel codice di diritto canonico, le quali vengono attuate ad opera di appositi apparati (ad es. i tribunali ecclesiastici): e una medesima persona può essere sottoposta — in quanto cittadino, soggetto alla sovranità dello Stato — al diritto statale; e contemporaneamente — in quanto fedele, soggetto all'autorità ecclesiastica — al diritto della Chiesa.

Anche la comunità internazionale, attraverso l'autorità delle organizzazioni che si è data (in primo luogo l'Organizzazione delle nazioni unite), forma e applica un proprio diritto, fatto anch'esso di regole, sanzioni e apparati (si pensi ai «caschi azzurri» dell'Onu), e non identificabile con il diritto di nessuno Stato: anzi, sono proprio i singoli Stati che risultano soggetti a quel diritto, e tenuti a osservare le sue regole se non vogliono subire le relative sanzioni.

9. L'effettività del diritto: autorità e consenso

L'effettività del diritto è la *misura in cui le norme giuridiche vengono osservate e applicate.* Consideriamo la norma formata dalla regola che vieta di uccidere, e dalla sanzione consistente nel carcere per gli uccisori.

Il suo grado di effettività dipende da due dati: *quanto spesso la regola viene violata,* e cioè quanti omicidi si commettono; e, con riferimento alle violazioni della regola, *in quanti casi ai violatori viene applicata la sanzione* prevista, cioè quanti — fra gli assassini — vengono scoperti, condannati e assicurati al carcere.

Quanto maggiore è il numero degli omicidi commessi, e — fra questi — il numero degli omicidi che rimangono impuniti, tanto minore è il grado di effettività della norma «non uccidere»; pochi omicidi commessi, e, fra quei pochi, molti

assassini scoperti, condannati e imprigionati, significano invece un alto grado di effettività della norma.

È chiaro allora che sul grado di effettività delle norme giuridiche incidono due fattori.

Uno è la *capacità degli apparati di scoprire le violazioni delle norme, e colpirle con le relative sanzioni:* e questo dipende, a sua volta, da elementi quali la consistenza numerica degli apparati, i mezzi materiali a loro disposizione, la loro capacità, la loro motivazione al lavoro ecc.

Fra l'altro, una maggiore efficienza degli apparati moltiplica quella che abbiamo visto essere l'efficacia preventiva della sanzione: se il cittadino sa che gli apparati sono in grado di scoprire e reprimere la maggior parte delle violazioni, questa consapevolezza è un forte disincentivo a violare le norme (mentre, in caso contrario, egli può essere più facilmente indotto a una violazione che ha forti probabilità di rimanere non sanzionata).

Non meno importante è l'altro fattore, che consiste nel *grado di consenso sociale verso la norma giuridica.* Se tutti o quasi tutti i cittadini sono convinti che la norma è giusta e opportuna, perché risponde a valori generalmente condivisi e sistema in modo equilibrato i vari interessi in gioco, è naturale che siano propensi a osservarla: per adesione spontanea, prima ancora che per timore della sanzione.

Se invece la norma (a torto o a ragione) non riscuote il consenso dei destinatari, è più facile che molti fra questi s'inducano a violarla nonostante il timore della sanzione.

D'altra parte, quando una norma subisce molte violazioni perché riceve scarso consenso sociale, è sempre più difficile per gli apparati sanzionarle tutte o quasi tutte.

La maggior parte delle violazioni finisce per restare senza sanzione: e questo, in una specie di circolo vizioso, diminuisce o annulla la funzione preventiva della sanzione stessa, incoraggiando ulteriori violazioni e così abbassando ancora il grado di effettività della norma.

I diversi fattori prima indicati spiegano, nel loro vario combinarsi, i fenomeni di illegalità di massa (cioè di diffuse violazioni della norma, solo in piccola parte colpite dalle sanzioni previste) che caratterizzano la realtà sociale. Si pensi, fra i tanti possibili esempi, al fenomeno dell'infedeltà fiscale; oppure allo scarso rispetto dell'obbligo di indossare le cinture di sicurezza quando si va in auto.

10. Diritto e giustizia; diritto positivo e diritto naturale

Da tutto quanto abbiamo detto, risulta chiaro che *il diritto non coincide con la giustizia:* e i possibili scatti fra diritto e giustizia fanno sì che possa esserci un *diritto ingiusto.*

E' ingiusto il diritto le cui regole contrastano con quelli che vengono sentiti come valori e principi di giustizia: ad es., possono considerarsi ingiuste le regole giuridiche che realizzano una discriminazione razziale, riservando ai neri un trattamento peggiore di quello che vale per i bianchi.

Naturalmente *l'idea di ciò che è giusto e di ciò che è ingiusto può variare moltissimo* a seconda delle epoche storiche, delle situazioni sociali, delle convinzioni personali: ciò che sembra giusto a uno, può non esserlo per un altro.

Perciò sarebbe utopico pensare a un diritto che sia considerato assolutamente giusto dalla totalità dei destinatari della sue norme: quello a cui realisticamente si può — e si deve — tendere è *un diritto che risulti giusto per il massimo numero possibile di persone.*

Alla luce di questo obiettivo, è più probabile che si avvicini all'ideale della giustizia un diritto deciso secondo procedure che permettono al maggior numero di cittadini di partecipare alla decisione, piuttosto che un diritto formato per decisione di uno solo o di pochi. Ecco perché si può ragionevolmente pensare che il *diritto delle società democratiche* sia più giusto del diritto delle società non democratiche.

L'ingiustizia del diritto può dipendere, oltre che dal contenuto intrinseco delle norme, anche dalla loro *concreta applicazione.* Ad es., se una norma in sé giusta viene violata da due persone, e solo a una delle due viene applicata la sanzione mentre l'altra riesce a sfuggirvi, ciò dà luogo a un'ingiustizia.

Contro il diritto ingiusto, possono esserci *diversi tipi di reazione.*

La più elementare consiste nel *non osservarlo:* per questo, un diritto considerato generalmente come ingiusto tende a essere un diritto con basso grado di effettività. Una reazione più evoluta consiste nel cercare di *cambiare il diritto,* sostituendo le norme ingiuste con norme più giuste: anche questa operazione è regolata dal diritto (che prevede, ad es., la possibilità di cambiare una legge vecchia e introdurre una legge nuova, e fissa le relative modalità).

Cambiare il diritto, per dargli maggiori contenuti di giustizia, è un tipico obiettivo della *politica.* E infatti le discussioni e i contrasti politici riguardano molto spesso il tipo di diritto che deve esistere in una data società.

Il rapporto fra diritto e giustizia rimanda a un'altra coppia di concetti: diritto positivo e diritto naturale.

Il diritto positivo si chiama così perché è quello *«posto» (o imposto) dall'autorità competente a produrre diritto, secondo le procedure che regolano la produzione del diritto:* ad es., le leggi dello Stato italiano (ma anche le leggi regionali, i regolamenti emanati da un Comune o da un Ministro) sono diritto positivo.

Si parla invece di diritto naturale (sulla base di teorie elaborate soprattutto da filosofi e pensatori politici dei secoli XVII e XVIII, dette teorie del *giusnaturalismo)* per indicare *regole* e *principi che dovrebbero vincolare la condotta degli*

uomini con la stessa forza che è propria delle norme giuridiche, benché essi non siano formalmente «posti» da nessuna autorità politica: sono regole e principi necessariamente insiti nella *natura umana,* e riconoscibili con il corretto uso della *ragione* (infatti si parla anche di «diritto di ragione»), che la stessa autorità politica sarebbe tenuta a rispettare. La contrapposizione fra diritto positivo e diritto naturale ha un valore non solo teorico, ma anche politico. Politicamente, essa presenta però una certa *ambiguità,* e — come la storia insegna — può prestarsi a fini opposti. Un dittatore può giustificare la propria tirannia, e l'arbitraria cancellazione delle regole e delle garanzie democratiche, scritte nelle norme del diritto positivo, affermando che la sua azione si ispira a superiori principi del diritto naturale (come l'interesse del popolo, o il bene della collettività): e allora richiamarsi al rispetto del diritto positivo significa difendere la libertà e la democrazia. Ma è possibile che uno Stato diventi totalitario, pur nel rispetto formale delle regole e delle procedure del diritto positivo: e allora libertà e democrazia possono difendersi invocando, contro la «perversione» del diritto positivo, principi di diritto naturale. In questo paragrafo si è parlato di *«giustizia»* in senso etico-filosofico. Ricordiamo che, nel linguaggio giuridico, la parola può essere usata anche in un senso tutto diverso — *in senso organizzativo* —, per indicare l'applicazione del diritto ai casi concreti, realizzata da determinati operatori e strutture (giudici, uffici giudiziari) mediante determinate attività (i processi). È il senso in cui si dice, ad es., che in Italia la giustizia è molto lenta.

11. Diritto e fatto

E' importante percepire la distinzione fra il mondo del diritto, delle norme giuridiche, e il mondo della realtà di fatto.

La distinzione è prima di tutto *concettuale,* e si può cogliere considerando i diversi significati possibili della parola «legge». In un certo senso (che capiremo meglio più avanti: 2.5) «legge» può considerarsi sinonimo di diritto oggettivo, di norma giuridica.

Essa esprime allora un *dover essere:* e infatti la norma giuridica indica ciò che deve accadere, non ciò che accade nella realtà; la norma giuridica non descrive, bensì *prescrive.* Ma la parola «legge» si può usare anche in un altro senso, ad es. quando si parla di una legge fisica come quella per cui alla temperatura di O gradi l'acqua passa dallo stato liquido allo stato solido. Questo non ha nulla a che fare con la norma giuridica e il diritto: perché qui siamo nel mondo *dell'essere,* di ciò che si verifica nella realtà, e non nel mondo del dover essere; qui non abbiamo una prescrizione, bensì una *descrizione* di fenomeni che accadono. Del resto, la stessa ambiguità è presente anche in parole come «norma» e «regola» (che finora abbiamo usato in senso prescrittivo, ma che possono avere anche un significato descrittivo, se ad es. si dice che di regola l'acqua ghiaccia a O gradi, o che l'ebollizione dell'acqua a 100 gradi è la norma).

Nel distinguere tra formule prescrittive e formule descrittive, non bisogna lasciarsi fuorviare dalle tecniche linguistiche utilizzate. Così, spesso le norme contengono *definizioni,* che si presentano come descrizioni della realtà, o usano altre espressioni di genere apparentemente descrittivo. Ad es.: «Il contratto è l'accordo... per costituire, regolare o estinguere... un rapporto - giuridico patrimoniale» (art. 1321). Ma questo è solo un uso convenzionale del linguaggio, che risponde a esigenze di brevità e semplicità. Il senso reale della norma è prescrittivo: essa vuole dire che chiunque faccia un accordo di quel tipo, *deve* osservare tutti gli obblighi che la legge fa discendere dai contratti; che di fronte a un accordo di quel tipo, il giudice *deve* applicare tutte le conseguenze che la legge ricollega ai contratti.

Le conseguenze della distinzione si colgono anche *sul piano pratico,* empirico. Può accadere che il diritto sia contraddetto dal fatto; che la descrizione di ciò che effettivamente accade non corrisponda alla prescrizione della norma giuridica. La norma prescrive di non uccidere, dice che nessuno deve uccidere, ma nella realtà si verificano omicidi; la norma prescrive che chi uccide deve essere processato e condannato e punito, ma di fatto accade che molti uccisori restino sconosciuti e impuniti. Questo *scarto fra diritto e fatto* rinvia, in definitiva, al problema dell'effettività del diritto, di cui ci siamo occupati poco fa. E si manifesta in tanti modi, che prenderemo in esame.

Dire che diritto e fatto vanno distinti concettualmente e praticamente, non significa per nulla che chi si occupa di diritto può permettersi di restare indifferente al fatto.

Il diritto opera attraverso lo strumento della norma giuridica, che ha una funzione prescrittiva e si basa sul «dover essere». Ma in definitiva il diritto serve a sistemare interessi, a orientare i comportamenti umani, a fare sì che la società si organizzi e funzioni in un certo modo piuttosto che in un altro; quindi *lo scopo ultimo del diritto è incidere sulla realtà, provocare conseguenze nel mondo dei fatti.* Se lo scarto con la realtà di fatto è troppo grande (ovvero: se il suo grado di effettività è troppo basso), vuol dire che il diritto funziona male, e non realizza il suo scopo.

Per questo esiste, e deve esistere, una *circolarità fra diritto e fatto: il* fatto influenza il diritto, perché è per rispondere alle esigenze della realtà che si crea un certo diritto; a sua volta il diritto influenza il fatto perché — se è efficace — modifica e orienta la realtà nel senso desiderato; se questo di fatto non accade, ne nasce la spinta a creare un diritto nuovo e più efficace, e così via. C'è poi un altro dato, che impone di collegare il diritto al fatto: ed è che *spesso il diritto nasce dal fatto.* Normalmente il diritto si evolve nella

continuità: il diritto cambia e si afferma un nuovo diritto, nel rispetto del diritto esistente, che prevede la possibilità e le modalità del proprio cambiamento.

Ma può evolvere anche sulla base di rotture, quando *un nuovo diritto nasce in contraddizione con il diritto esistente,* violando in modo aperto le sue regole: e questa rottura è determinata dalla forza dei fatti.

Il diritto italiano è, oggi, il diritto di una repubblica democratica, molto diverso dal diritto dello Stato fascista.

Il passaggio dall'uno all'altro si è verificato sulla base difatti storici (la sconfitta militare del 1943, la destituzione di Mussolini, l'armistizio con gli Alleati, la resistenza contro i tedeschi, l'attività dei partiti antifascisti) che hanno rappresentato la rottura e l'atto di morte del vecchio ordinamento giuridico e, insieme, l'atto di nascita e la base di esistenza del nuovo ordinamento giuridico. Il quale, perciò, può dirsi generato proprio da quei fatti storici.

12. Le norme non giuridiche

Fin qui si è parlato delle norme del diritto, cioè delle norme giuridiche. Ma esistono norme anche al di fuori del diritto: sono le norme non giuridiche. Hanno in comune con le norme giuridiche il meccanismo regola/sanzione: anch'esse cercano di orientare la condotta degli uomini verso fini o valori desiderati, e anch'esse prevedono che alla violazione della regola consegua una sanzione. La differenza riguarda essenzialmente il *tipo di sanzione,* che — diversamente dalle sanzioni giuridiche — qui non tocca la sfera materiale (beni economici, libertà, possibilità d'azione) del violatore; e riguarda soprattutto la *mancanza, nelle norme non giuridiche, di apparati professionali* con il compito specifico di garantire l'osservanza della regola e l'applicazione della sanzione in caso di non osservanza.

Così è delle norme religiose, delle norme morali, delle norme di galateo, ecc., che pure consistono in regole suscettibili di essere violate (con comportamenti che di volta in volta si definiscono: peccato, male, cattiva educazione), ma riducono le proprie sanzioni, rispettivamente, alla pena ultraterrena, al rimorso della coscienza, alla disapprovazione sociale.

Il *rapporto fra norme giuridiche e non giuridiche* può essere vario. Un comportamento umano può costituire violazione solo di una norma giuridica (ad es. quella per cui i contratti di vendita di immobili devono farsi per iscritto), e in tal caso la sanzione è esclusivamente giuridica (il contratto non è valido, e il prezzo eventualmente incassato va restituito); oppure solo di una norma non giuridica (come quella che impone di amare gli altri come sé stessi), e allora la sanzione è esclusivamente non giuridica (morale, religiosa). Ma può accadere che il medesimo comportamento risulti vietato sia da una norma giuridica sia da una norma non giuridica, cioè sia un illecito e, al tempo stesso, un peccato o un male morale (si pensi alla norma che vieta di uccidere): in questo caso il violatore incorre sia nella sanzione giuridica sia in quella non giuridica.

Ci possono essere, infine, *situazioni in cui una norma giuridica entra in conflitto con una norma non giuridica:* e rispettare l'una significa violare l'altra. Per es., chi intende in modo particolarmente rigoroso la norma morale o religiosa che vieta qualsiasi forma di violenza verso il prossimo, e intende rispettarla, può essere indotto a rifiutare di prendere le armi contro il nemico, con ciò violando le norme giuridiche che obbligano i cittadini a partecipare alla difesa nazionale.

CAPITOLO 2

LE FONTI DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. I1 concetto di fonti del diritto - 2. Il sistema delle fonti: principio di gerarchia, principio cronologico, principio di competenza - 3. Le fonti del diritto italiano - 4. La costituzione; le leggi costituzionali e di revisione costituzionale - ***5.*** Le fonti primarie: legge e atti con forza di legge - 6. I codici - 7. Le altre fonti primarie: fonti interne - 8. Le fonti europee - 9. Fonti secondarie: i regolamenti, e la riserva di legge - 10. La consuetudine -11. L'equità - 12. Struttura e modo di citazione delle fonti scritte.

1. Il concetto di fonti del diritto

Sappiamo che il diritto (oggettivo) è formato da tante diverse norme giuridiche. Ad es., nel diritto italiano c'è una norma secondo cui i contratti di locazione di appartamenti per uso abitativo devono avere una durata non inferiore a quattro anni. Ma domandiamoci: in base a quali elementi noi possiamo affermare con sicurezza che questa è davvero una norma giuridica del diritto italiano, che vincola effettivamente, se necessario con il meccanismo della sanzione applicata dagli appositi apparati, tutti i padroni di casa e gli inquilini soggetti al diritto italiano?

Per rispondere a questa domanda, è decisivo il concetto di fonte del diritto. Fonte del diritto è **qualunque atto o fatto che, in un dato ordinamento giuridico, è capace di creare norme giuridiche.**

Torniamo alla domanda sulla regola circa la durata della locazione: possiamo dire che essa è davvero una norma giuridica, se risulta che è stata creata da un'adeguata fonte del diritto. Ora, la regola di cui stiamo parlando è contenuta in una legge (n. 392/1978, detta legge sull'equo canone) regolarmente approvata dal Parlamento italiano. E questo basta a darci la risposta che cerchiamo: perché nell'ordinamento giuridico italiano qualunque legge, regolarmente approvata dal Parlamento, è una fonte del diritto. Proviamo a immaginare qualche altra regola: ad es. quella per cui mangiando pesce non si deve bere un corposo vino rosso. Questa è una regola di buon gusto o di buona educazione alimentare, ma non è una norma giuridica, proprio perché non è contenuta in nessuna legge né deriva da nessun'altra fonte del diritto prevista nell'ordinamento italiano. La funzione delle fonti del diritto è di fondamentale importanza. Creando nuove norme giuridiche, esse *permettono al diritto di rinnovarsi,* e, attraverso questo rinnovamento, di adeguarsi nel modo migliore alle condizioni e alle esigenze della vita sociale, che cambiano continuamente: cosa indispensabile affinché il diritto possa svolgere bene il suo compito di regolatore degli interessi umani. D'altro canto, *questo rinnovamento deve avvenire in modo ordinato e controllabile:* non è pensabile che le norme giuridiche possano venire create da chiunque e in qualunque modo. Le fonti del diritto rispondono proprio a questa esigenza: *definire chi è abilitato a creare norme giuridiche, e in che modo deve procedere per crearle.* Il che è anche una *garanzia per i cittadini,* che alle norme giuridiche sono tenuti a obbedire. Quando si parla di fonti del diritto nel senso in cui ne abbiamo parlato finora, si fa riferimento alle **fonti di produzione del diritto:** cioè agli *atti o fatti capaci di creare, o appunto produrre, le norme giuridiche.* Da esse si distinguono le fonti di cognizione del diritto, che sono invece *i testi o i documenti da cui si ricava la conoscenza delle norme giuridiche* (create dalle fonti di produzione). Ad es., una legge — intesa come atto del Parlamento che, seguendo una certa procedura, approva un certo testo normativo — è fonte di produzione; chi è interessato a conoscere le norme da essa create, le cercherà leggendo il relativo testo pubblicato nella Gazzetta ufficiale (3.2): e questa è fonte di cognizione.

2. Il sistema delle fonti: principio di gerarchia, principio cronologico, principio di competenza

Nel nostro ordinamento vale il principio della

pluralità delle fonti: ciò significa che *non esiste un solo tipo di fonte del diritto, ma ne esistono tanti tipi diversi;* le norme giuridiche possono essere create da tante autorità diverse, seguendo tante diverse modalità. Questo dipende anche dalla grandissima *varietà delle norme giuridiche,* che possono differenziarsi profondamente fra loro per le esigenze che devono soddisfare, per le situazioni in cui devono operare, ecc. Ad es., sono norme giuridiche sia quella che stabilisce che l'Italia è una repubblica, non una monarchia; sia quella che stabilisce, a certe condizioni, la possibilità di sciogliere i matrimoni con il divorzio; sia quella che stabilisce quale aspetto devono avere i tetti e le facciate delle costruzioni nella città di Ferrara. Ma è evidente che sono norme molto diverse fra loro, e quindi è giusto che siano create da fonti diverse: fonte della norma menzionata da ultimo è il regolamento edilizio del Comune di Ferrara, approvato da quel Consiglio comunale; la norma sul divorzio discende da una fonte più alta e più generale, come è una legge approvata dal Parlamento; infine, la norma sulla forma repubblicana del nostro Stato deriva dalla fonte più solenne e più importante fra tutte quelle previste .dal nostro ordinamento, che è la costituzione.

L'esistenza di fonti diverse pone il problema del loro *coordinamento, per evitare le c.d. antinomie,* e cioè per evitare che le norme create dalle varie fonti siano contraddittorie l'una con l'altra. Vi provvedono alcuni principi: il più importante è il *principio di gerarchia;* ad esso si affiancano il *principio cronologico* e il *principio di competenza.* Il **principio di gerarchia delle fonti** significa che *non tutte le fonti hanno lo stesso valore e la stessa forza:* ce ne sono alcune che valgono e contano di più, altre che valgono e contano di meno. Le prime stanno, idealmente, su un gradino più alto delle seconde, rispetto a cui si dicono perciò fonti superiori, mentre le seconde sono fonti inferiori rispetto alle prime. Questa disposizione gerarchica delle fonti si riflette sulle norme da esse create: nel senso che *una fonte inferiore non può creare norme in contrasto con la norma creata da una fonte superiore.* Se una norma viene creata violando il principio di gerarchia delle fonti (ad es. si fa una legge che contrasta con la costituzione, fonte ad essa superiore, o si fa un regolamento che contrasta con una legge, cui il primo è subordinato), tale norma è *illegittima,* e va cancellata dall'ordinamento giuridico.

Il principio cronologico serve a risolvere le antinomie *fra norme di pari grado gerarchico:* se due di tali norme sono in contrasto, *prevale quella creata successivamente nel tempo,* che cancella dall'ordinamento la norma anteriore (è la c.d. abrogazione, di cui parleremo più avanti: 3.4).
Anche il principio di competenza, infine, regola i rapporti *tra fonti di pari grado,* e stabilisce che determinate fonti possono *creare norme solo in certe materie ma non in altre materie, che sono riservate ad altre fonti.* Ad es., nelle materie di competenza delle Regioni (agricoltura, turismo, urbanistica ecc.) le norme possono essere create solo dalle leggi regionali, e non dalle leggi statali, che devono limitarsi a fissare — per quelle materie — i principi fondamentali.

Una norma creata in violazione del criterio della competenza **è illegittima, e va cancellata.** Può accadere che due norme dicano cose contrastanti fra loro, senza che però si crei un reale conflitto, perché le norme hanno *ambiti di applicazione diversi.* E possibile, ad es., che la norma prodotta da una legge urbanistica della Regione Lombardia preveda un indice di edificabilità diverso da quello previsto dalla norma di una legge urbanistica dalla Regione Puglia: ma ciò non crea nessun conflitto e nessun problema di coordinamento, perché la prima norma vale solo per la Lombardia, la seconda solo per la Puglia. Questo aspetto rinvia alla questione dell'efficacia delle norme nello spazio, su cui torneremo (35).

3. Le fonti del diritto italiano

Un elenco delle fonti del diritto italiano si trova nell'art. 1 delle «disposizioni sulla legge in generale» (c.d. «preleggi») premesse al codice civile (6.4). Lì vengono indicati: le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi. E' però un elenco sorpassato: esso risale al 1942 (data del codice civile), cioè a una fase in cui l'ordinamento giuridico era profondamente diverso dall'attuale. Basta pensare che vi si menzionano fonti oggi fuori gioco (le norme corporative, morte con il regime fascista), e non vi compare una fonte fondamentale come la costituzione (che è del 1948).

Oggi le principali fonti del diritto italiano si possono elencare così, in ordine gerarchico decrescente:

- la *costituzione;*
- le *leggi costituzionali* e le *leggi di revisione costituzionale;*
- le *leggi ordinarie* e gli *altri atti con forza di legge,* che sono il decreto legislativo e il decreto legge;
- le *altre fonti primarie,* come le leggi regionali e i regolamenti dell'Unione europea;
- i *regolamenti;*
- la *consuetudine.*

4. La costituzione; le leggi costituzionali e di revisione costituzionale

La costituzione è la fonte che occupa il gradino più alto nella gerarchia delle fonti, *la fonte superiore a tutte le altre.*

Essa contiene i *principi fondamentali relativi all'organizzazione dello Stato, ai rapporti fra lo Stato e i cittadini, ai più importanti aspetti della vita sociale.* La costituzione italiana — scritta fra il 1946 e il 1947, e approvata dall'Assemblea costituente il 22 dicembre 1947 — è entrata in vigore il 10 gennaio 1948.

Essendo la costituzione la fonte di grado più elevato, ne consegue che *tutte le altre fonti sono inferiori* ad essa, e pertanto *non possono creare norme in contrasto con quelle della costituzione* (salvo quanto si dirà fra un attimo per le leggi costituzionali e di revisione costituzionale). In particolare, le leggi ordinarie, i regolamenti ecc. non possono modificare la costituzione, né contenere norme che non siano perfettamente conformi ai principi costituzionali.

Quest'ultimo aspetto si esprime dicendo che la nostra costituzione è una **costituzione rigida:** rigida appunto perché non può essere piegata — cioè modificata — dalle leggi ordinarie, fatte dal Parlamento secondo il normale procedimento di formazione delle leggi. Essa si differenzia perciò dallo *statuto albertino* del 1848 (la costituzione del regno d'Italia) che era una *costituzione flessibile,* perché poteva essere modificata anche dalle leggi ordinarie.

La costituzione italiana può essere modificata solo da apposite e particolari leggi, caratterizzate da un *procedimento di formazione diverso — più difficile, più lungo e più complicato — rispetto a quello che vale per le leggi ordinarie.* Tali leggi sono:

- le **leggi di revisione costituzionale,** che *cancellano o modificano norme della costituzione;*
- le **leggi costituzionali**, che *integrano la costituzione,* disciplinando in modo più completo *materie costituzionali,* cioè materie contemplate dalla costituzione e aventi un rilievo essenziale nell'ambito di questa, la quale però non le disciplina in dettaglio. E il caso, ad es., delle leggi cost. n. 1/1948, n. 1/1953 e n. 2/1967, che regolano l'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, di cui la costituzione traccia solo le linee generali.

A loro volta, le leggi costituzionali e di revisione costituzionale non possono essere modificate da leggi ordinarie o da altre norme di rango inferiore.

5. Le fonti primarie: legge e atti con forza di legge

Nella gerarchia delle fonti, il *gradino sottostante alla costituzione e alle leggi costituzionali e di revisione costituzionale, è* occupato dalle c.d. **fonti primarie.** La principale di esse è la legge ordinaria.

La **legge ordinaria** *è fatta dal Parlamento* (art. 70 cost.), e c'è una ragione: la legge serve generalmente a creare quelle norme che regolano i più importanti e delicati fra gli interessi presenti nella società; perciò è opportuno che in un sistema democratico come il nostro le norme siano decise dall'organo che, essendo eletto da tutto il popolo, rappresenta nel modo più diretto e più pieno la volontà popolare.

La legge è, fra le varie fonti del diritto, la più tipica e importante: è, in un certo senso, il prototipo di fonte del diritto. Questo spiega perché la parola «legge» è normalmente usata come sinonimo di «diritto» (oggettivo); e l'aggettivo «legale» è equivalente a «giuridico». Accanto a essa, ci sono altre *fonti equiparate* alla legge, nel senso che producono norme le quali hanno *lo stesso grado gerarchico* delle norme di legge. Si chiamano perciò atti **con forza di legge**, e sono: il decreto legge e il decreto legislativo.

Il **decreto legge** (art. 77 cost.) può essere *emanato dal Governo in casi straordinari di necessità ed urgenza.* Esso contiene norme utili ad affrontare situazioni in cui non si possono aspettare i tempi, abbastanza lunghi, che occorrono per fare una legge; perciò tali norme sono introdotte dal Governo, che di solito ha tempi di decisione più veloci del Parlamento. Però *il Parlamento interviene subito dopo,* perché spetta ad esso approvare il decreto — o, come più esattamente si dice, *convertirlo in legge — entro 60 giorni:* in mancanza di tale conversione, il decreto decade, cioè le sue norme vengono cancellate.

Il decreto legislativo (art. 76 cost.) viene anch'esso emanato dal Governo, però questa volta sulla base di una legge precedentemente fatta dal Parlamento, che si chiama *legge di delegazione* (o legge delega): essa contiene *i principi e i criteri direttivi* ai quali le norme del decreto legislativo dovranno uniformarsi, e il *termine* entro cui il decreto legislativo dovrà essere emanato. Se le norme del decreto legislativo non rispettano i principi della legge delega (c.d. *eccesso di delega)* esse sono illegittime. Il decreto legislativo è una fonte utilizzata soprattutto per produrre le norme contenute in *testi normativi molto lunghi e complessi:* per fare solo un esempio, il nuovo codice di procedura penale, entrato in vigore nel 1989, ha la forma del decreto legislativo elaborato dal Governo in base a una legge delega del Parlamento.

6. I codici

Una particolare forma che può assumere la fonte legislativa è appunto quella del **codice**.

Il codice *è l'organico complesso normativo che raccoglie, in modo sistematico e tendenzialmente completo, le norme relative a un ampio settore dell'ordinamento giuridico.* In Italia abbiamo cinque codici:

- il *codice civile* (1942), formato da 2969 articoli, che si occupa del diritto privato;
- il *codice di procedura civile* (1942), formato da 831 articoli, che regola il processo civile;
- il *codice della navigazione* (1942) formato da 1331 articoli, che disciplina il trasporto marittimo e aereo;
- *il codice penale* (1930), formato da 734 articoli, che individua i reati e le pene;
- il *codice di procedura penale* (1989: quello precedente era del 1930), formato da 746 articoli, che regola il processo penale.

Dal punto di vista della gerarchia delle fonti, i codici stanno *sullo stesso piano delle altre fonti primarie:* tanto è vero che le loro norme vengono abitualmente modificate con leggi ordinarie o con decreti legge o con decreti legislativi. (Lo stesso vale per i cd**. testi unici,** che sono *raccolte organiche e ordinate di norme relative a una stessa materia, ma sparse in fonti legislative diverse,* accumulatesi disordinatamente nel tempo). Ma sotto il profilo politico-culturale i codici hanno un valore tutto particolare, che si coglie soprattutto collocandosi in prospettiva storica.

I codici moderni nascono nell'Europa di fine settecento/primi ottocento, quella che si usa chiamare *l'età delle codificazioni:* prototipo di essi è il codice civile francese (code Napoléon) del 1804. Prima — nell'«antico regime» — la sovranità (cioè il supremo potere politico) era frammentata e distribuita fra tanti centri di potere concorrenti: vi corrispondeva il c.d. *particolarismo giuridico,* per cui ai diversi gruppi sociali rilevanti corrispondevano altrettanti autonomi ordinamenti giuridici.

Lo Stato moderno si afferma nel momento in cui riesce a concentrare in sé tutta la sovranità, e quindi a cancellare il particolarismo giuridico riconducendolo *all'unità del diritto:* il diritto è tutto dello Stato, e solo dello Stato; tutti i cittadini dello Stato sono soggetti a un unico diritto uguale per tutti, appunto il diritto dello Stato.

E i codici — che esprimono al massimo grado l'idea di un *unico diritto uguale per tutti,* rivolto alla generalità dei cittadini e delle situazioni da regolare — rappresentano il simbolo e lo strumento di questa grande operazione politico-culturale, prima ancora che giuridica.

Questo originario valore dei codici non resta inalterato nel tempo. Soprattutto a partire dall'inizio del novecento esso subisce i colpi dell'evoluzione storica e delle trasformazioni politiche, economiche, sociali e culturali che l'accompagnano. L'idea di un diritto generale e indifferenziato per tutti i cittadini entra in crisi di fronte all'articolarsi della società in gruppi, ciascuno dei quali afferma i propri interessi e reclama un diritto capace di soddisfarli.

Di qui una «crisi dei codici», sulla quale torneremo più diffusamente (6.7).

7. Le altre fonti primarie: fonti interne

Le leggi (e gli atti ad esse equiparati) si qualificano come fonti primarie, a indicare che sono *soggette solo alla costituzione e alle leggi costituzionali e di revisione costituzionale.* Questa caratteristica è posseduta anche da altre fonti, diverse dalle leggi, che perciò sono anch'esse fonti primarie.

Ne consegue che esse non sono subordinate alla legge. Peraltro, non si può neppure dire che esse siano equiparate alla legge (tanto è vero che non possono modificare una legge, così come invece una legge successiva può modificare una legge anteriore). Si deve dire piuttosto che le *leggi* e queste *altre fonti primarie,* di cui stiamo parlando, operano in *ambiti separati e tendenzialmente non comunicanti fra loro.* I loro ruoli, cioè, sono distinti in base al principio della *competenza per materia:* le altre fonti primarie, diverse dalla legge, regolano determinate materie (e solo quelle determinate materie) in cui le leggi ordinarie non possono intervenire, o possono intervenire solo a particolari condizioni.

Alcune, fra queste altre fonti primarie, sono fonti interne, nel senso che vengono prodotte da organi dello Stato italiano. Sono:

- **le leggi regionali,** fatte dalle *singole Regioni* (ciascuna per il proprio territorio) e competenti a creare norme nelle materie (urbanistica, agricoltura, ecc.) che l'art. 117 cost. assegna alla competenza legislativa delle Regioni;
- **le leggi provinciali,** cioè fatte dalle *Province di Trento e di Bolzano,* che hanno competenze analoghe a quelle delle Regioni.

Una legge ordinaria, dunque, non può produrre norme in materie riservate alle leggi regionali; se lo fa, invadendo la loro competenza, quelle norme sono illegittime.

Allo stesso modo, sono illegittime le norme prodotte da leggi regionali in materie che escono dalla loro competenza.

Altre fonti primarie non sono prodotte da autorità nazionali, ma da organi dell'Unione europea (Ue), già Comunità economica europea (Cee).

8. Le fonti europee

Le principali fonti del diritto europeo sono due: i regolamenti e le direttive (tradizionalmente si parla di fonti «comunitarie», perché l'attuale Unione europea si chiamava, fino all'inizio degli anni '90, Comunità economica europea).

I regolamenti sono la fonte che presenta le maggiori affinità con quella che nel diritto interno è la fonte legislativa: essi creano *norme direttamente vincolanti per tutti i soggetti — pubblici e privati — degli Stati membri* dunque vincolano non solo gli Stati, ma anche i cittadini, le organizzazioni e le imprese all'interno degli Stati membri. (Abbiano usato qui per la prima volta il termine «soggetto»: fra non molto — 16.1

—spiegheremo il suo preciso significato; per adesso, provvisoriamente, consideriamolo sinonimo di «persona»).

Questo meccanismo costituisce una notevole *limitazione della sovranità* dello Stato italiano: esso deve subire che i suoi cittadini siano vincolati da norme, e i suoi giudici applichino norme, le quali derivano da un'autorità diversa dallo Stato stesso. Ma tutto ciò è perfettamente giustificato alla luce dell'art. 11 cost., secondo cui l'Italia «consente... alle limitazioni di sovranità necessarie a un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni». Se una legge italiana disciplina una data materia (rientrante nelle competenze dell'Ue) in modo diverso e incompatibile rispetto alle norme di un regolamento europeo, *il regolamento europeo prevale sulla fonte interna* in base al principio costituzionale appena richiamato; quella legge italiana sarebbe costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 11 cost. Le direttive, a differenza dei regolamenti, non hanno di per sé efficacia generale, cioè *non vincolano immediatamente cittadini, organizzazioni e imprese degli Stati membri ma si dirigono solo agli Stati,* e obbligano solo questi: li obbligano, come usa dirsi, a *recepire* le norme della direttiva, cioè a trasformarle in norme del proprio diritto interno attraverso fonti interne che creino tali norme, dando ad esse contenuti conformi a quelli delle direttive. Solo dopo tale «recezione», e grazie ad essa, le norme della direttiva operano verso tutti i soggetti degli Stati membri: il cui obbligo di osservanza deriva perciò non direttamente dalla direttiva, ma dalle norme interne che la recepiscono. Fin dall'inizio della Comunità, l'Italia è stata tradizionalmente, fra tutti i paesi membri, il meno diligente nel dare attuazione alle direttive europee, accumulando inadempimenti e ritardi che l'hanno esposta più e più volte alle condanne delle autorità europee. La situazione è migliorata a partire dalla fine degli anni '80, grazie alle previsioni della legge n. 86/1989, che ha reso più snello e regolare il processo di attuazione delle direttive. In base a essa, lo strumento fondamentale per tale attuazione è costituito dalla c.d. *legge comunitaria.* Si tratta di una legge (fatta dal Parlamento italiano, non da organi dell'Ue!) che viene emanata anno per anno, e il cui scopo è proprio quello di recepire nel diritto italiano un certo numero di direttive emanate dall'Ue nell'anno o negli anni precedenti.

Può in ogni caso accadere che l'Italia (come qualsiasi altro Stato membro) lasci scadere il termine fissato nella direttiva senza recepirla, e persista in tale inadempimento. In tal caso si ritiene che, se la direttiva contiene previsioni sufficientemente precise e circostanziate, tali previsioni possano avere applicazione immediata e diretta all'interno dello Stato inadempiente, anche senza atto interno di recezione (in tal caso, si usa dire che la direttiva è *self-executing).*

9. Fonti secondarie: i regolamenti, e la riserva di legge

Nella gerarchia delle fonti, sotto la costituzione (e le leggi costituzionali e di revisione costituzionale) stanno le fonti primarie, che abbiamo appena esaminato. Nel gradino ancora inferiore, *sotto le fonti primarie,* stanno le fonti secondarie:
esse *non possono contrastare con la legge, con gli atti a questa equiparati e con le altre fonti primarie.*

Le tipiche fonti secondarie sono i regolamenti, che servono a disciplinare determinate materie (in genere materie con un alto grado di tecnicità) mediante *norme più analitiche e di dettaglio* rispetto a quelle — più generali e di più ampio respiro — che normalmente sono contenute nelle leggi.

I più importanti sono quelli emanati dal Governo *(regolamenti governativi).* Ma oltre che dal Governo, i regolamenti possono essere emanati da autorità diverse *(regolamenti non governativi).* Queste possono essere organi dello Stato, come ad es. un Ministro (regolamenti ministeriali); oppure enti pubblici diversi dallo Stato, sia territoriali quali Comuni e Province (si pensi ai regolamenti comunali in tema di edilizia, di igiene, ecc.), sia non territoriali come ad es. la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob). Ad es., la complessa regolamentazione delle attività finanziarie ha come fonte una legge ordinaria (la legge n. 1/1991), ma anche — e per la parte maggiore — una serie di regolamenti emanati dalla Consob (77.9).

È però importante notare che i regolamenti non sono abilitati a disciplinare qualsiasi materia. Infatti certe materie, indicate dalla costituzione, sono coperte da una riserva di legge: ciò significa appunto che *quelle materie non possono essere disciplinate da regolamenti,* ma solo da fonti gerarchicamente superiori, quindi da leggi o atti equiparati. Esistono due tipi di riserva di legge:

- si ha **riserva assoluta** quando la materia deve essere *completamente regolata da norme di legge,* e non può venire disciplinata da norme di regolamento neppure per aspetti particolari o di dettaglio;
- si ha **riserva relativa** quando si richiede, per quella certa materia, che *la legge fissi i principi fondamentali* della sua disciplina, mentre gli aspetti più particolari o di dettaglio possono essere disciplinati da un regolamento: il quale però — per il principio di gerarchia — dovrà rispettare i principi fondamentali fissati dalla legge (fonte superiore ad esso).

I regolamenti sono il principale strumento con cui si attua la c.d. *delegificazione.* Si tratta della

tendenza a ridurre lo spazio occupato dalle leggi ordinarie, che molti considerano oggi eccessivo (troppe leggi, e troppo lunghe e minuziose), e ad aumentare quello delle fonti secondarie. Essa corrisponde all'idea che le leggi ordinarie dovrebbero essere poche e brevi, e limitarsi a dettare i principi generali, gli indirizzi di fondo secondo cui va regolata una certa materia: mentre le norme necessarie per tradurre in pratica quei principi e indirizzi generali dovrebbero essere create, con fonti secondarie, dalle autorità competenti per il particolare settore da regolare (come appunto la Consob per le attività finanziarie). È chiaro, peraltro, che ciò è possibile solo per le materie non coperte da una riserva di legge assoluta.

10. La consuetudine

Le fonti del diritto che abbiamo esaminato fin qui sono fonti scritte: esse si formano attraverso la redazione di documenti scritti. Una delle caratteristiche fondamentali del *diritto moderno,* che lo distingue dai diritti dell'antichità, è data proprio dal suo essere quasi esclusivamente un diritto scritto, cioè composto da fonti scritte: tale caratteristica soddisfa la fondamentale esigenza di *rendere le norme giuridiche il più possibile certe e conoscibili* con facilità e sicurezza. Un'altra ragione si lega all'avvento dello Stato moderno: la fonte scritta è quella che esprime meglio la volontà e l'autorità politica dello Stato.

Esistono però anche fonti non scritte, fra cui la principale è la consuetudine, o uso.

La consuetudine è una fonte di *norme che vengono prodotte dallo stesso corpo sociale,* mediante l'osservanza costante di comportamenti che non sono tenuti con l'intenzione di creare norme giuridiche, ma piuttosto con l'atteggiamento di chi si uniforma a norme già esistenti. La consuetudine si fonda infatti su due elementi:

- un **elemento oggettivo**, dato dalla *ripetizione costante e uniforme di un dato comportamento ad opera della gran parte dei consociati;*
- un **elemento soggettivo**, dato dalla *convinzione dei consociati di essere giuridicamente obbligati a tenere quel comportamento,* in quanto imposto da una norma giuridica (perciò non è consuetudine, intesa come fonte del diritto, l'uso di lasciare la mancia al ristorante, perché si sa di non essere giuridicamente obbligati a farlo). Per le ragioni dette sopra (esigenze di chiarezza e certezza, ruolo politico dello Stato), la consuetudine rappresenta oggi, a differenza che in passato, una *fonte del diritto molto marginale.* Essa infatti *è subordinata a tutte le fonti scritte.* Più precisamente:
- non sono ammesse consuetudini *contrarie* a leggi o a regolamenti (consuetudine contra legem);
- le consuetudini che integrano (senza contraddirli) leggi o regolamenti esistenti in una determinata materia, sono ammesse, solo se siano *richiamate* da tali fonti scritte (consuetudine **secundum legem);**
- le consuetudini *non richiamate* da leggi o regolamenti, sono ammesse solo se riguardano *materie non disciplinate* da tali fonti scritte **(consuetudine praeter legem).**

Una posizione particolare hanno gli *usi in materia di navigazione:* sono subordinati alle fonti scritte che regolano specificamente la materia; ma prevalgono sulle norme comuni del diritto privato (art. 1 cod.nav.).

Nel campo del diritto privato le consuetudini vengono per lo più raccolte a cura delle *Camere di commercio,* che compilano e pubblicano le cd. *raccolte degli usi.* Non per questo esse si trasformano in fonti scritte: le raccolte degli usi sono una *fonte di cognizione;* la fonte di produzione è data dai due elementi visti poco sopra, che non implicano la scrittura.

11. L'equità

L'equità è un argomento di cui ci si può occupare (sia pure in negativo) parlando di fonti del diritto.

L'equità si usa definire come *giustizia del caso singolo,* e si concepisce *in contrapposizione allo «stretto diritto».* Possono esserci casi, in cui applicare una norma giuridica a una particolare situazione concreta determinerebbe un'ingiustizia: non perché la norma sia ingiusta di per sé, in via generale, ma a causa delle specificità che quel caso presenta. Non è ingiusta la norma per cui il debitore che non paga il debito può subire il pignoramento e la vendita forzata dei suoi beni, nell'interesse del creditore.

Ma se un anziano debitore non paga solo perché tutto il denaro di cui disponeva si è dissolto, non certo per sua colpa, nel crack della banca dove lo teneva depositato, e se il creditore agisce per far vendere la sua casa, lasciando lui e la moglie — vecchia e malata — senza un soldo e senza un tetto, potremo pensare che l'applicazione di quella norma porta a un risultato iniquo.

Il problema è: questa iniquità (che è l'opposto di «equità») può essere evitata? Se l'equità fosse fonte del diritto, la risposta sarebbe sì: il giudice rileverebbe che per trattare quel caso concreto in modo equo, e non iniquo, è necessario non sottoporlo a quella norma, e rifiuterebbe di applicarla. Ma nel nostro sistema il giudice non può fare questo: anche se a malincuore, e consapevole che si sta determinando un risultato duro e non «giusto», il giudice deve applicare la norma dello «stretto diritto». Perché *nel nostro sistema, in generale, l'equità non è fonte del diritto.*

E tuttavia l'equità ha un **ruolo** nel sistema

giuridico: ma *diverso da quello di fonte del diritto.* Tale ruolo è stabilito da varie norme che richiamano l'equità:

- qualche volta come *criterio per determinare il contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci* fra persone che hanno fatto un contratto, o fra debitore e creditore, o fra danneggiante e danneggiato (ad es.: artt. 1226, 1371, 1374, 1384, 2047, c. 2); e qui il criterio dell'equità significa contemperare in modo equilibrato gli interessi in gioco, tenendo conto delle circostanze del caso concreto;
- altre volte come *tecnica per risolvere una lite* (ad es. l'art. 113 cod. proc. civ. stabilisce che certe liti di scarsa importanza siano decise dal giudice secondo equità; e l'art. 114 cod. proc. civ. prevede che i litiganti, a certe condizioni, possono chiedere al giudice di decidere la loro controversia secondo equità, anziché secondo lo stretto diritto). Ma in queste ipotesi, come nelle precedenti, il giudice usa l'equità solo perché una norma del diritto gli dice di farlo. Il ricorso all'equità avviene in base al diritto, e non in antagonismo al diritto.

12. Struttura e modo di citazione delle fonti scritte

La costituzione, le leggi, i regolamenti e, in genere, tutte le fonti scritte sono composte di **articoli,** contrassegnati da numeri progressivi. Ogni articolo è formato da una o più frasi, più o meno lunghe.

Accade spesso che, alla fine di una certa frase dell'articolo, si faccia punto e si vada a capo, per ricominciare poi con un'altra frase o serie di frasi, finita la quale si va di nuovo a capo, e cosi via. In questo modo l'articolo risulta diviso in commi o capoversi.

Spesso (ma non sempre) il testo dell'articolo è preceduto da una formula, che ne indica sinteticamente il contenuto: si chiama *rubrica.* I testi normativi più lunghi e complessi, fatti di molti articoli, sovente hanno una suddivisione interna che ne facilita l'esame: ad es. il codice civile è diviso in sei «libri»; ciascun libro è diviso in *titoli,* ciascun titolo in *capi,* ciascun capo in *sezioni,* che contengono gruppi più o meno numerosi di articoli. E tutte queste partizioni e sottopartizioni del testo hanno la propria denominazione. Per menzionare una norma contenuta in qualche fonte scritta, si indica la fonte stessa (di solito mediante una data, che coincide con quella in cui si è completato il suo procedimento di formazione, e un numero che la individua nella sequenza delle fonti formate in quell'anno), preceduta dal numero dell'articolo ed eventualmente del comma. Così, per citare la norma che stabilisce in che misura l'inquilino deve sostenere le spese del servizio di portineria, si dice: art. 9, comma 1 della legge 27 luglio 1978, n. 392 (o, più brevemente, della legge n. 392/1978).

CAPITOLO 3

L'EFFICACIA DELLE NORME GIURIDICHE

SOMMARIO: 1. L'efficacia delle norme giuridiche -2. L'entrata in vigore delle norme - 3. La non retroattività delle norme - 4. La perdita di efficacia delle norme - 5. L'efficacia delle norme nello spazio, e il conflitto di leggi.

1. L'efficacia delle norme giuridiche

Dire che una norma è efficace significa che essa *vincola i suoi destinatari;* che questi, se non la osservano, *sono esposti alle sanzioni* da essa previste.

L'efficacia delle norme non è illimitata. Le norme sono efficaci solo *a determinate condizioni,* ed *entro determinati limiti.* I1 problema di definire l'ambito di efficacia delle norme si pone da due punti di vista:

- il punto di vista del **tempo**, che consiste nel chiarire *quando una norma comincia ad essere efficace, e quando cessa di esserlo* (ad es. la norma che puniva come reato l'adulterio, efficace fino al 1968, ha cessato di esserlo da quell'anno);
- il punto di vista dello **spazio**, che consiste nel chiarire *dove una norma manifesta la sua efficacia, e dove invece essa non è efficace* (ad es. la norma del codice penale italiano che punisce l'omicidio non può applicarsi a un omicidio commesso in Giappone).

Ci occuperemo dell'efficacia delle norme prima rispetto al tempo (3.1-3.4) e poi rispetto allo spazio (3.5).

2. L'entrata in vigore delle norme

Il *momento d'inizio dell'efficacia di una norma* è quello della sua entrata in vigore.

Perché una norma entri in vigore (e quindi sia efficace), non sempre è sufficiente che si sia realizzato l'atto o il fatto che ne costituisce la fonte. Ai fini dell'entrata in vigore della norma, occorre di regola, oltre *all'esistenza della fonte* che la produce, qualche altro elemento: in mancanza del quale, la norma non è efficace.

Ad es., sappiamo che la legge è una fonte che produce norme: ma perché tali norme siano efficaci, non basta che il Parlamento abbia approvato la legge; occorre che la legge sia pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Repubblica. La necessità della pubblicazione della fonte, come requisito per l'entrata in vigore delle norme da essa prodotte, si spiega facilmente: visto che i destinatari delle norme sono obbligati a osservarle, è giusto che essi abbiano modo di conoscerle; non sarebbe giusto applicare a qualcuno sanzioni per l'inosservanza di una norma che egli non aveva la possibilità di conoscere. La pubblicazione è appunto il *mezzo per consentire la conoscenza delle norme* via via prodotte dalle varie fonti del diritto.

Le principali fonti che, ai fini dell'entrata in vigore, devono essere pubblicate nella Gazzetta ufficiale sono: le leggi costituzionali; le leggi ordinarie; gli atti con forza di legge (decreti legge e decreti legislativi); tutti i regolamenti governativi e alcuni regolamenti non governativi. Altre fonti devono essere pubblicate in altre sedi: ad es., le leggi regionali vengono pubblicate nel *Bollettino ufficiale della Regione* (ciascuna Regione ha il suo); le fonti europee nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee;* i regolamenti comunali nell'albo *pretorio del Comune.*

In qualche caso, neppure la pubblicazione basta da sola per l'entrata in vigore della norma, ma *occorre che dopo la pubblicazione sia trascorso un certo periodo di tempo,* che con parola latina si chiama vacatio. Ad es., la legge normalmente entra in vigore il *quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione* (è però possibile che la legge stessa si dia una vacatio diversa, più lunga o più breve, o addirittura escluda qualsiasi vacatio: art. 73, c. 3 cost.). Durante il periodo di vacatio la legge esiste, è pubblicata, ma non è ancora efficace.

Anche il requisito della vacatio ha lo scopo di *agevolare l'effettiva possibilità di conoscenza delle norme,* da parte di coloro che sono vincolati dai suoi comandi e dalle sue sanzioni.

Però, una volta che la norma è entrata in vigore, essa è *efficace indipendentemente dal fatto che i suoi destinatari, in concreto, la conoscano o meno.* Se uno tiene un comportamento vietato da una norma, senza sapere che esiste tale norma e quindi senza immaginare di violare alcun comando giuridico, nei suoi confronti si applica ugualmente la sanzione: vale il principio che «l'ignoranza **della legge non scusa** ». Questo principio conosce una certa attenuazione nel campo del diritto penale. Qui vale la regola (introdotta con una decisione della Corte costituzionale: sentenza n. 364/1988) per cui se uno viola una norma penale che non conosce, non può essere considerato responsabile e assoggettato alla sanzione se tale sua ignoranza è «inevitabile»: si pensi al caso di una norma formulata in termini

tanto astrusi e oscuri da essere praticamente incomprensibile, per cui non si riesce a capire qual è il comportamento che essa vieta.

3. La non retroattività delle norme

Nel nostro sistema vale il principio che le norme giuridiche non sono retroattive: «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo» (art. 11, c. i prel.).

Ciò significa che, in linea di principio, *la norma si applica solo ai fatti e ai rapporti che vengono a esistenza dopo la sua entrata in vigore.* Ai fatti e ai rapporti preesistenti quella norma non si applica: essi sono regolati dalle norme in vigore al momento in cui sono venuti a esistenza, anche se nel frattempo quelle norme hanno perso efficacia. Ad es.: se una norma, entrata in vigore il 15 marzo 1990, vieta di fare un determinato contratto, un contratto di quel tipo fatto il 20 marzo è certamente invalido; invece lo stesso contratto fatto il 10 marzo dovrebbe restare valido anche dopo l'entrata in vigore della norma che lo vieta.

Peraltro, potrebbe risultare inopportuno che quel contratto, che la legge ha mostrato di considerare negativamente, conservi ad oltranza la sua validità. Inoltre, spesso non è facile capire dove — in base al principio di non retroattività — finisca l'efficacia della norma vecchia, e dove cominci l'efficacia della norma nuova: ad es., la legge n. 39/1975 ha abbassato la maggiore età da 21 a 18 anni; se in precedenza qualcuno aveva preso l'impegno legale di mantenere agli studi un ragazzo nato nel 1960 «fino al compimento della maggiore età», l'obbligo di mantenerlo agli studi durerà altri tre anni (perché nel 1978 lui sarà maggiorenne), o altri sei (perché quando l'impegno fu preso, il suo termine ideale era il 1981)?

Per lo più questi problemi sono risolti direttamente dalla norma nuova: che ad es. nel primo caso potrebbe stabilire che i contratti fatti prima conservano validità, ma solo per i sei mesi successivi alla sua entrata in vigore; e nel secondo caso dispone esplicitamente, per eliminare l'incertezza, che vale la seconda soluzione (art. 24 legge n. 39/ 1975). Le norme che affrontano e risolvono tali questioni si chiamano norme transitorie : nel senso che servono a regolare il passaggio — il transito — dal diritto vecchio al diritto nuovo, con il che esauriscono la loro funzione.

La **ragione** del principio di irretroattività delle norme è *analoga a quella che ispira i requisiti della pubblicazione e della vacatio:* se le norme fossero retroattive, si avrebbe l'ingiusto risultato di assoggettare a sanzione comportamenti tenuti con la coscienza di non violare nessuna norma, perché allora la norma in questione addirittura non esisteva.

Peraltro l'esigenza di evitare ciò può, in certi casi, non essere particolarmente forte, ed essere superata dall'esigenza che la nuova norma si applichi anche a fatti del passato.

Inoltre, quella preoccupazione non ha ragione di esistere quando la norma non vieta o impone comportamenti sotto pena di sanzione, ma attribuisce possibilità o vantaggi. In tali casi *la legge può essere retroattiva:* ma a questo fine *occorre che essa dichiari espressamente e chiaramente la propria retroattività.*

Questa possibilità è comunque *esclusa per le norme penali,* che in base alla costituzione (art. 25, c. 2) non possono mai essere retroattive.

4. La perdita di efficacia delle norme

Sappiamo che il diritto è un fenomeno dinamico, in continuo movimento e mutamento: come nuove norme nascono via via, aggiungendo la loro efficacia a quella delle norme già esistenti, così accade che vecchie norme muoiano, e cioè perdano la loro efficacia. Ciò può accadere, fondamentalmente, per tre cause: decorso del termine, annullamento e abrogazione.

Il decorso del termine si ha quando *la legge medesima stabilisce che essa si applicherà solo per un determinato periodo,* cioè fino a un certo momento, al di là del quale perderà efficacia. L'ipotesi è frequente, ad es., con le leggi tributarie, dove spesso si prevede che determinati benefici o oneri fiscali trovino applicazione solo fino al 31 dicembre di questo o di quell'anno.

L'annullamento opera nei confronti delle *norme illegittime.*

Una norma è illegittima quando, in *violazione del principio di gerarchia delle fonti,* contrasta con una norma di grado superiore; oppure quando, in *violazione del principio di competenza,* invade il campo delle materie riservate a un'altra fonte (2.2).

Per eliminare dall'ordinamento tali norme esistono speciali meccanismi: ci sono autorità pubbliche che hanno proprio il compito di accertare l'illegittimità di questa o quella categoria di norme, e per conseguenza di annullarle, privandole della loro efficacia.

L'annullamento delle norme prodotte da leggi o altre fonti primarie spetta alla *Corte costituzionale;* l'annullamento delle norme prodotte da fonti inferiori (ad es. regolamenti) spetta ai *giudici amministrativi* (14.2).

La causa più importante è l'abrogazione , che normalmente opera in base al *principio cronologico* (2.2), e si ha quando *una norma nuova toglie efficacia a una norma preesistente* (di grado pari o inferiore). Ciò può accadere in tre modi, cui corrispondono tre tipi di abrogazione:

- *abrogazione espressa:* la norma nuova dichiara

espressamente che quella certa norma anteriore è abrogata;

- *abrogazione tacita:* la norma nuova è incompatibile con la norma anteriore (ad es., la norma che vieta una certa attività abroga, anche senza dirlo, la norma che prevede agevolazioni creditizie per chi la svolge);
- *abrogazione implicita:* la nuova norma (o il nuovo complesso di norme) regola organicamente l'intera materia già regolata dalla legge anteriore. C'è un altro modo per abrogare le norme (più precisamente le norme di legge), che non richiede l'intervento di una nuova norma: il *referendum abrogativo.* Sulla base di un'apposita procedura, i cittadini elettori sono chiamati a votare «sì» o «no» sulla proposta di abrogare una o più norme di legge, ben individuate: se la maggioranza vota «sì», quelle norme sono abrogate (art. 75 cost.; legge n. 352/1970). È chiara la *differenza fra abrogazione e annullamento.* L'annullamento risponde a una *necessità giuridica:* la norma illegittima deve essere annullata, anche se la si considera giusta e desiderabile. L'abrogazione risponde a una *opportunità politica:* si abroga una norma perché la si ritiene inadeguata, anche se è perfettamente legittima.

L'abrogazione di una norma non può derivare dalla desuetudine , che sarebbe un po' come una consuetudine alla rovescia: e cioè la costante e generalizzata inosservanza di una norma esistente, basata sulla convinzione che non ci sia (più) l'obbligo giuridico di osservarla. Anche se continuamente violata da molti o da tutti, la norma resta in vigore. La soluzione contraria equivarrebbe a dire che la consuetudine può contrastare con la legge: ma abbiamo visto che *la consuetudine contra legem non è ammessa* (2.10).

5. L'efficacia delle norme nello spazio, e il conflitto dileggi

Il problema dell'efficacia delle norme nello spazio si risolve, fondamentalmente, in base al principio di territorialità delle fonti del diritto.

Esso significa che *l'efficacia delle norme giuridiche è limitata al territorio sul quale si esercita la competenza dell'autorità da cui proviene la fonte che produce le norme stesse:* ad es., le leggi e i regolamenti governativi hanno efficacia su tutto il territorio nazionale (ma non oltre, non nel territorio di uno Stato estero); le leggi regionali sul territorio della Regione, e i regolamenti comunali sul territorio del Comune (ma non su quello di un'altra Regione e, rispettivamente, di un altro Comune). In certe occasioni, però, *norme giuridiche italiane stabiliscono che determinati rapporti o situazioni non siano regolati da norme del diritto italiano, bensì da norme di un altro Stato:* ciò accade quando in tali rapporti o situazioni sono presenti *elementi di collegamento con quello Stato straniero.* Ad es., se qualcuno danneggia la proprietà di un italiano situata in Germania, la responsabilità del danneggiante è regolata non dalla legge italiana, bensì da quella tedesca; e il giudice italiano chiamato a decidere la lite, la deciderà in base alle norme del diritto tedesco.

Se uno spagnolo dona a un italiano un appartamento a Parigi, questa donazione è regolata non dalla legge italiana, né da quella francese, bensì da quella spagnola; e così via. In casi del genere, sono presenti insieme elementi che rinviano alle fonti del *diritto italiano* ed elementi di collegamento con le fonti di un *diritto straniero:* ecco perché si parla di conflitto di leggi.

Le norme che servono a risolvere questo conflitto, indicando se deve applicarsi la fonte italiana o quella straniera, si chiamano norme sul conflitto dileggi, o norme del diritto internazionale privato. Esse — sia chiaro — sono *norme del diritto interno italiano,* prodotte da fonti dello Stato italiano. In origine erano contenute nelle disposizioni preliminari al codice civile (le c.d. preleggi: artt. 17-3 1 prel.); ma queste sono state abrogate, e sostituite da un più ampio e organico complesso di norme di diritto internazionale privato, con la *legge n. 218/1995.*

Per particolari materie, tuttavia, le ordinarie norme di diritto internazionale privato sono completate e integrate da altre norme, situate altrove: ad es. in *convenzioni internazionali,* come la convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (ratificata dall'Italia con legge n. 975/1984).

L'applicazione delle norme di diritto internazionale privato può fare sì che il giudice italiano debba decidere la controversia portata al suo giudizio non in base alle norme italiane, ma secondo le norme di un altro ordinamento. Questo possibile risultato incontra però un *limite:* le norme straniere non possono mai avere applicazione in Italia quando risultano contrarie al c.d. **ordine pubblico internazionale (**art. 16 legge n. 218/1995), e cioè a quei *principi così essenziali per la nostra civiltà, da far considerare intollerabile qualsiasi loro violazione,* anche se realizzata nel modo indiretto che si sta considerando.

Così, se anche la norma di diritto internazionale privato portasse a concludere che i rapporti fra due coniugi di diversa cittadinanza sono disciplinati dalla legge dell'Arabia saudita, questa non potrebbe comunque essere applicata dal giudice italiano nella parte in cui ammette la poligamia.

CAPITOLO 4

L'INTERPRETAZIONE

DELLE NORME GIURIDICHE

SOMMARIO: 1. L'interpretazione delle norme: funzione e importanza 2. I criteri dell'interpretazione - 3. Limiti e libertà dell'interpretazione - 4. Le clausole generali - 5. Le lacune del diritto, la completezza dell'ordinamento e l'analogia - 6. L'argomentazione giuridica - 7. Gli interpreti delle norme - 8. La giurisprudenza - 9. La certezza del diritto.

1. L'interpretazione delle norme: funzione e importanza

Le norme sono composte di parole, coordinate fra loro secondo le regole della grammatica e della sintassi. Interpretare le norme vuol dire *identificare il giusto significato delle parole che le compongono, e dei collegamenti grammaticali e sintattici esistenti fra esse.*

L'attività dell'interpretazione (che con parola d'origine greca si definisce anche *«ermeneutica»)* è molto importante: perché solo se si individua l'esatto significato delle norme è possibile capire quali sono i comportamenti vietati e quelli permessi, quali sono le sanzioni o comunque le conseguenze che si collegano al tenere o al non tenere quel certo comportamento, ecc.

In breve: l'interpretazione delle norme è il presupposto indispensabile *perché i destinatari di esse possano osservarle.*

Inoltre, l'interpretazione è necessaria *perché gli apparati (in particolare i giudici) possano farle rispettare, applicandole ai casi concreti.*

Sappiamo infatti che, ove si verifichi ad es. un omicidio, il problema è quello di applicare la norma generale e astratta del codice penale («Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno») al concreto omicidio, commesso da quel determinato omicida in quelle particolari circostanze. E per l'applicazione della norma al caso concreto occorre chiarire il significato, cioè appunto interpretarla.

Qualche volta interpretare le norme è semplicissimo, e non pone alcun problema: ciò accade quando le parole che le formano hanno un solo significato possibile. Peraltro, accade molto spesso che le parole delle norme (o le loro connessioni sintattiche) siano *ambigue,* cioè si prestino a esprimere *significati diversi e contrastanti fra loro:* in tali casi l'interpretazione può essere un'operazione difficile. Questo ci dice che sarebbe semplicistico ridurre l'applicazione della noma a un *sillogismo,* dove la norma è la premessa maggiore, il fatto da trattare giuridicamente è la premessa minore, e la decisione legale del caso (ad es., la sentenza del giudice che dà ragione all'uno e torto all'altro dei litiganti) è la conclusione. Il problema è che la premessa minore (il fatto) spesso presenta sfumature e complessità che rendono difficile inquadrarlo — «qualificarlo»— giuridicamente; o, viceversa, che la premessa maggiore (la norma) spesso è formulata in modo tale da rendere non immediatamente chiaro se si riferisce a quel fatto. Per esemplificare come una formula normativa possa avere significati diversi, consideriamo ad es. la parola «famiglia». Essa compare nella costituzione (art. 30, c. *3)* dove si dice che i figli naturali (cioè i figli di genitori non sposati fra loro) sono tutelati compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima: qui la giusta interpretazione è quella che limita il concetto di «famiglia» al nucleo composto dai genitori e dai figli (con esclusione di altri parenti più lontani).

Troviamo la stessa parola nel codice civile, all'art. 230-bis, che regola il lavoro prestato «nella famiglia»: in quest'altra norma, «famiglia» ha un significato diverso e più ampio, perché comprende non solo genitori e figli, ma anche i parenti entro il terzo grado (fratelli, nonni, zii, nipoti) e gli affini entro il secondo (suoceri, nuore, generi, cognati).

Nel primo caso si ha un' interpretazione restrittiva, che dà alle norme un *significato più*

limitato rispetto ad altri possibili; nel secondo caso si ha interpretazione estensiva , che individua un *significato più ampio rispetto ad altri possibili.* Un altro esempio. Il codice penale punisce «Chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti osceni»: due fidanzati che si baciano in macchina violano la norma? Dipende da come la si interpreta, e in particolare dal senso che si dà alle espressioni «luogo aperto o esposto al pubblico» e «atti osceni»: se si dà un'interpretazione estensiva, facendo rientrare anche il bacio fra gli atti osceni e l'auto fra i luoghi aperti o esposti al pubblico, i due vanno condannati; se invece si dà un'interpretazione restrittiva di quelle formule (per cui ad es. gli atti osceni riguardano solo le manifestazioni sessuali più spinte) i due vanno assolti.

Questo ci fa comprendere che al termine «norma» possono corrispondere due concetti diversi:

- il concetto di norma come testo, e cioè come *l'insieme delle formule linguistiche* con cui la fonte di produzione ha espresso la norma da essa creata, e con cui la fonte di cognizione la offre alla conoscenza generale; e
- il concetto di norma come disposizione o come precetto, che implica la definizione del preciso *significato da attribuire al testo* (significato che a sua volta definisce le *regola effettivamente imposta* ai destinatari della norma). Ne deriva che a un medesimo testo normativo possono corrispondere disposizioni o precetti normativi diversi.

2. I criteri dell'interpretazione

L'interpretazione delle norme è un'attività regolata dal diritto: chi interpreta, non può impiegare a suo arbitrio i criteri che gli sembrano soggettivamente i migliori; deve seguire i criteri fissati dalle *norme giuridiche che regolano l'interpretazione.*

Tali regole si trovano fondamentalmente nell'art. 12 prel., per cui l'interprete deve attribuire alle norme il senso indicato «dal *significato proprio delle parole secondo la connessione di esse,* e dalla *intenzione del legislatore».* Ne emergono i due fondamentali criteri dell'interpretazione: criterio letterale e criterio logico.

Per il criterio letterale (o grammaticale), le norme vanno interpretate secondo il *comune significato che le parole e le frasi di esse hanno nella lingua italiana.* Per essere autosufficiente, questo criterio presuppone però che tale significato sia univoco, e che quindi in realtà non si ponga un vero problema interpretativo. Più che un criterio d'interpretazione, esso esprime un *limite dell'interpretazione:* ci dice che l'interprete non può dare alla norma un significato contrastante con il testo di essa.

Un vero problema interpretativo si pone quando il testo normativo è ambiguo, e sopporta più significati. Allora il criterio letterale non basta, e si deve ricorrere al criterio logico.

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

Inteso *in senso soggettivo,* esso si riferisce alle opinioni e agli intenti concretamente manifestati da coloro che hanno formulato la norma (ad es., i membri del Parlamento che hanno approvato una legge): si può parlare, al riguardo, di criterio psicologico, per la cui applicazione è molto importante l'esame dei *lavori preparatori* (ad es. le discussioni svolte in Parlamento, o le modifiche via via subite dal testo durante l'approvazione della legge).

Peraltro, questa concezione antropomorfica del legislatore è poco realistica: il legislatore non è una persona: è un insieme complesso e sovente confuso di tante persone, gruppi, attività e procedure, a cui è difficilissimo riferire una «intenzione» univoca (tanto più quando la norma è stata fatta molto indietro nel tempo).

È più realistico concepire l'intenzione del legislatore *in senso oggettivo:* e cioè come *lo scopo (il tipo di sistemazione degli interessi) che obiettivamente la norma mira a realizzare* (come si usa anche dire, la sua *ratio),* a prescindere da ciò che soggettivamente pensavano o volevano i suoi autori materiali: si parla allora di **criterio teleologico** (dal greco «telos» = scopo).

L'interpretazione può essere aiutata anche dal **criterio sistematico**,che consiste nel tenere conto delle altre norme giuridiche dell'ordinamento o del settore di ordinamento in cui la norma da interpretare s'inserisce (ad es., nell'interpretare una norma sui rapporti fra marito e moglie, si dovrà preferire il significato più coerente con le altre norme relative alla materia coniugale); nonché dal criterio storico, per cui l'interprete confronta e collega la norma da interpretare con quelle che l'hanno preceduta nel regolare la stessa materia.

3. Limiti e libertà dell'interpretazione

I criteri di cui sopra vincolano gli interpreti, che non sono liberi di interpretare le norme secondo criteri diversi da quelli legalmente previsti (ad es. secondo il loro senso di giustizia sociale, o secondo un principio di opportunità politica). Infatti *l'interpretazione serve a chiarire e rendere applicabili le norme esistenti, non a cambiarle o crearne di nuove.* Cambiare le norme o creare norme nuove non è compito degli interpreti (in particolare dei giudici), che nel nostro ordinamento giuridico non sono fonti del

diritto. Il principio è espresso dall'art. 101, c. 2 cost., che dice: «I giudici sono soggetti... alla legge».

Ciò non significa che interpretare le norme sia un'operazione meccanica, con risultati rigidamente prestabiliti. L'interprete ha sempre dei *margini, più o meno ampi, di libertà, discrezionalità, autonomia;* ed entro questi margini può scegliere fra interpretazioni diverse. Tale scelta può essere influenzata dalla sensibilità sociale e culturale dell'interprete: ecco perché la stessa norma può essere interpretata in modi diversi da interpreti diversi. E può essere influenzata dai costumi, dalle convinzioni, dai valori prevalenti nella società, e dal modo in cui questi cambiano: ecco perché accade sovente che la stessa norma riceva interpretazioni diverse in tempi diversi (per indicare questo fenomeno, si parla di *interpretazione evolutiva).*

4. Le clausole generali

Il grado di autonomia dell'interprete dipende dalla formulazione delle norme: è minore quando le norme sono formulate in modo analitico e dettagliato; è maggiore quando si basano su *concetti ampi ed elastici* (come ad es. «atti osceni» o «buon costume» o «correttezza»), che si definiscono anche clausole generali.

Concetti del genere non hanno un significato buono una volta per tutte, perché *ricevono il loro senso dal clima sociale e culturale dell'ambiente in cui devono essere applicate:* questo esalta il ruolo dell'interprete, che per individuare il precetto è chiamato a fare da mediatore fra il testo normativo e la realtà sociale cui il testo implicitamente rinvia.

E siccome tale realtà è soggetta a mutare, cambiano anche, di tempo in tempo, i significati che l'interpretazione attribuisce alla norma: un bacio poteva forse essere considerato «atto osceno» 50 anni fa, ben difficilmente lo sarebbe oggi.

Proprio per questa capacità di evoluzione e aggiornamento continuo dei loro significati (dei precetti che il loro testo può esprimere), le norme generali ed elastiche hanno una *maggiore attitudine a durare nel tempo,* mentre le norme analitiche e di dettaglio — in cui il testo lascia margini strettissimi nella individuazione del precetto — sono più soggette a invecchiare rapidamente.

5. Le lacune del diritto, la completezza dell'ordinamento e l'analogia

Può accadere che, pur interpretando le norme con l'ausilio di tutti i criteri appena ricordati, si debba constatare che nessuna norma presente nell'ordinamento prevede e regola la situazione (la fattispecie) di cui si sta cercando la disciplina giuridica. Si può allora dire che nel diritto c'è una **lacuna.**

Il fenomeno delle lacune del diritto non deve sorprendere: di fronte a una realtà economico-sociale sempre più complessa e in continuo mutamento, è impossibile pretendere che tutti i suoi aspetti siano coperti da un'apposita norma che preveda e regoli in modo specifico ciascuno di essi.

In questo senso, si deve riconoscere che la *completezza dell'ordinamento giuridico* è un ideale non realizzabile.

Eppure tutti gli aspetti della realtà devono essere regolati dal diritto. Di fronte a qualunque situazione o rapporto, si deve sapere quali sono i diritti e gli obblighi delle persone coinvolte; di fronte a qualsiasi lite, si deve essere in grado di dire chi, dal punto di vista giuridico, ha ragione e chi ha torto. E l'ordinamento giuridico deve contenere uno strumento che permetta di arrivare comunque a questo risultato, anche in mancanza di una norma direttamente applicabile al caso concreto.

In questo senso, l'ordinamento è, e non può non essere, completo: proprio perché dà sempre la *possibilità di individuare il trattamento giuridico di qualsiasi situazione o rapporto, anche quando manca una norma che lo regoli in modo specifico.*

Lo strumento che serve a questo scopo è l'analogia. L'analogia consiste *nell'applicare al caso in esame, non direttamente previsto da nessuna norma, una norma che, pur non regolando propriamente quel caso, regoli un caso simile o una materia analoga.* Una norma prevede che, morto il coniuge, l'altro coniuge abbia il diritto di continuare ad abitare nell'appartamento di cui il defunto era inquilino, subentrando a lui nel contratto di locazione. Nessuna norma dice cosa accade se, anziché trattarsi di marito e moglie, si tratta di un uomo e una donna che convivono stabilmente senza essere sposati: ma a quest'ultima situazione può applicarsi per analogia la norma richiamata prima, riconoscendo anche al convivente il diritto di subentrare nella locazione al posto dell'altro con-vivente defunto. Questa soluzione non si sarebbe potuta raggiungere con la semplice interpretazione estensiva della norma, perché né sul piano letterale né sul piano logico il concetto di «coniugi» può allargare il proprio significato fino a comprendere quello di «conviventi non sposati».

L'art. 14 prel. indica due categorie di norme che non possono applicarsi per analogia, cioè al di là dei casi e delle materie da esse specificamente previsti. Il divieto di analogia vale:

- per le *norme penali,* il cui campo di applicazione, per la gravità delle sanzioni previste, deve essere delimitato in modo assolutamente preciso e rigoroso, a garanzia dei cittadini;
- per le *norme eccezionali,* che derogano a una qualche regola generale in nome di situazioni ed

esigenze particolari e contingenti: al di fuori delle quali, è giusto che si ricada nella regola generale (**1**.7). Perciò la norma che eccezionalmente rinvia il pagamento delle imposte per i contribuenti genovesi colpiti dall'alluvione, non può applicarsi in via analogica ai contribuenti veneziani colpiti dal fenomeno dell'«acqua alta», e per i quali non esiste alcuna norma.

Peraltro, anche delle norme eccezionali è possibile l'interpretazione estensiva (che non si identifica con l'analogia): se la norma parla di «contribuenti genovesi», può essere dubbio se intenda i contribuenti del solo comune di Genova oppure i contribuenti dell'intera provincia di Genova, e nulla vieta di adottare questa seconda e più estensiva interpretazione, se ci sono buoni argomenti per sostenerla. Quando una norma prevede una determinata disciplina per alcuni casi o situazioni, che la norma stessa elenca, c'è un altro modo per esprimere l'idea che essa non può applicarsi per analogia: consiste nel dire che l'elenco di casi o situazioni, in essa contenuto, è un *elenco tassativo.*

Infine, possono esserci casi (per quanto rari) in cui — di fronte a un fatto da trattare giuridicamente non si riesce a trovare neppure una norma la quale preveda casi simili o materie analoghe. In tale ipotesi, essendo impossibile il ricorso al meccanismo dell'analogia, il caso va regolato applicando i **principi generali dell'ordinamento giuridico** (art. 12, c. 2 prel.): questi non s'identificano con questa o quella norma determinata, ma corrispondono ai criteri e alle regole fondamentali che (pur non essendo scritti in una precisa norma) stanno a base della nostra organizzazione giuridica, sociale e politica. Essi si ricavano per lo più da complessi di norme che si ispirano a qualche obiettivo comune, pur senza enunciarlo esplicitamente: ad es. dalle norme sui rapporti contrattuali fra inquilini e locatori, fra consumatori e imprese, fra lavoratori e datori di lavoro, può ricavarsi il principio della tutela del contraente più debole (**42**.13). In modo più diretto possono ricavarsi dalla costituzione: che (in questo stesso campo) afferma ad es. il principio di solidarietà fra gli uomini (art. 2) e il principio per cui si devono superare le disuguaglianze di fatto esistenti fra i cittadini (art. 3, c. 2).

6. L'argomentazione giuridica

L'argomentazione giuridica è *il complesso delle operazioni logiche (e delle formule verbali che le esprimono) con cui di fronte a un problema di applicazione di norme giuridiche, si sostiene una soluzione e se ne combattono altre:* con cui si sostiene, ad es., che una certa norma va interpretata in un senso, e non in un altro; che una certa norma si applica o non si applica per analogia a un certo fatto; ecc. Lo scopo pratico dell'argomentazione giuridica è la persuasione: persuadere qualcun altro che la soluzione giuridica sostenuta è quella corretta in base alle norme. Gran parte dell'attività di coloro che svolgono professioni collegate con il diritto (i c.d. operatori giuridici) si risolve in argomentazione giuridica: è argomentazione giuridica quella con cui l'avvocato cerca di persuadere il giudice che il suo cliente ha ragione, così da fargli vincere la causa; con cui il giudice, nella sentenza che decide una lite, si sforza di dimostrare che è giusto dare ragione al litigante Rossi e torto al litigante Bianchi; con cui un ufficio amministrativo giustifica perché si comporta in un modo piuttosto che in un altro, in un campo regolato da determinate norme giuridiche; con cui un giurista cerca di convincere la comunità scientifica che le sue teorie relative a qualche istituto giuridico sono migliori di quelle dei suoi colleghi.

L'argomentazione giuridica si basa sulle tecniche dell'interpretazione e dell'analogia. Ma può servirsi anche di alcuni meccanismi logici, che si chiamano appunto «argomenti». Ad es.:

- *l'argomento «a contrariis»,* per cui se una norma prevede una certa conseguenza giuridica per il caso a, se ne ricava che essa non vuole quella conseguenza per i casi b, c, d... z (in genere per tutti i casi diversi da a);
- *l'argomento «a fortiori»,* per cui se una norma prevede una certa conseguenza giuridica per il caso a, in quanto questo presenta una caratteristica che corrisponde allo scopo della norma, e se il caso b presenta la stessa caratteristica, in modo ancora più marcato, *a più forte ragione* la norma dovrà applicarsi al caso b;
- *l'argomento «ad absurdum»,* per cui — date due possibili soluzioni giuridiche — si sostiene una in quanto l'altra porterebbe a risultati assurdi o irragionevoli.

Peraltro, questi «argomenti» non hanno quasi mai un valore decisivo: più che a determinare la soluzione, essi servono a rivestire l'argomentazione con cui la si presenta.

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

Molto spesso, peraltro, l'analisi economica del diritto si presenta, più che come tecnica di argomentazione giuridica, come tecnica di argomentazione politica intorno alle norme.

Anche se qualche volta non è facile, i due tipi di argomentazione vanno ben distinti: l'argomentazione giuridica serve a *persuadere che*

una determinata soluzione è la più conforme alle norme esistenti (essa si svolge, come si dice, *«de iure condito»,* e cioè «sul diritto già fatto»); invece **l'argomentazione politica** serve a *persuadere che una determinata soluzione è la più opportuna e desiderabile, anche se non corrisponde alle norme esistenti,* ma ne richiederebbe il cambiamento (essa si svolge *«de iure condendo»,* e cioè riguarda il «diritto da fare»).

7. Gli interpreti delle norme

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

L'**interpretazione autentica** è quella *fatta da un'altra norma (norma interpretativa) che nella gerarchia delle fonti ha un grado pari o superiore a quello della norma interpretata.*

La norma interpretativa (contrariamente alla regola della non retroattività: **3**.3) ha *efficacia retroattiva:* ciò significa che la norma interpretata si considera avere avuto, fin dalla sua origine, il significato indicato dalla norma interpretativa.

L'interpretazione giudiziale è *quella fatta dai giudici:* è forse la più importante, perché è principalmente ai giudici che spetta distribuire il torto e la ragione in base alle norme, cosa che non si può fare senza chiarire il significato di queste. C'è un termine per designare le interpretazioni che i giudici danno delle norme, gli argomenti con cui le sostengono, le decisioni che prendono in base a esse: *giurisprudenza,* e sulla giurisprudenza dovremo soffermarci più a lungo (**4**.8).

L'**interpretazione amministrativa** è *quella fatta dagli organi della pubblica amministrazione* competenti a occuparsi delle materie a cui si riferiscono le norme: può essere non formale, e tradursi nei comportamenti e nelle prassi seguiti dall'organo amministrativo; oppure formalizzarsi in documenti quali «circolari» o «istruzioni».

L'interpretazione dottrinale è quella *fatta dagli studiosi del diritto,* nell'ambito della loro attività scientifica (infatti il termine «dottrina» indica le opinioni e i ragionamenti scientifici dei giuristi).

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

8. La giurisprudenza

Soffermiamoci brevemente su quest'ultimo aspetto. In alcuni sistemi giuridici — come quelli inglese e statunitense, che si chiamano sistemi di **common law** — vale il *principio del precedente vincolante:* le decisioni, e quindi le interpretazioni delle norme, date dai giudici di grado superiore vincolano i giudici di grado inferiore, che sono tenuti ad osservarle anche nelle loro decisioni. In questi sistemi si può dire che le decisioni giudiziarie — la giurisprudenza — sono vere e proprie fonti del diritto. E infatti in quei sistemi si parla di *«judge made law»* (diritto fatto dai giudici).

Invece in Italia, come pure negli altri ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica romana e germanica (detti anche «continentali» o di *civil law,* in contrapposizione al common law), le decisioni giudiziarie non sono fonti del diritto, e perciò non vale il principio del precedente vincolante. Quindi un pretore è libero d'interpretare la norma in modo diverso da come la interpretano i giudici di grado superiore (tribunali, corti d'appello) e la stessa Corte di cassazione, che è il giudice di grado più alto.

Ciò non toglie che gli orientamenti dei giudici circa l'interpretazione da dare a questa o a quella norma (in una parola, la giurisprudenza) abbiano una grandissima influenza nel determinare i significati della norma in questione. Se il testo di una norma può avere in teoria due diversi significati — x e y —, ma la grandissima parte della giurisprudenza l'interpreta nel senso x, ciò vuoi dire che — nella vita reale dell'ordinamento giuridico — quella norma significa x e non y. Naturalmente è possibile che, col tempo, la giurisprudenza cambi idea, e che nel suo ambito finisca un bel giorno per prevalere l'interpretazione y: a quel punto, nella realtà concreta del diritto, la norma significherà y e non x (i cambiamenti di indirizzo interpretativo da parte della giurisprudenza si usano chiamare con la parola francese che significa «svolta»: *révirement).* Solo in questo limitato senso, si può dire che la giurisprudenza, anche da noi, finisce sostanzialmente per essere una fonte del diritto: nel senso, cioè, che *può — nei limiti segnati dai criteri dell'interpretazione — creare norme, intese come disposizioni o precetti normativi, mentre non può creare nuovi testi normativi.*

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

giuridiche, se non tiene conto del modo in cui la giurisprudenza le interpreta: *la conoscenza del diritto è impossibile (o almeno gravemente difettosa) se non si conosce la giurisprudenza.*

Per conoscere la giurisprudenza esistono appositi strumenti, che sono gli indispensabili attrezzi di lavoro di chiunque faccia un mestiere giuridico:

- le *riviste di giurisprudenza,* dove le principali decisioni dei giudici vengono pubblicate per esteso e commentate, e spesso accompagnate dalla indicazione dei «precedenti» (cioè di altre decisioni anteriori, che si sono occupate dell'interpretazione della stessa norma);
- i *repertori di giurisprudenza,* che vengono pubblicati ogni anno, e contengono — argomento per argomento — l'indicazione sintetica delle decisioni giudiziali che sono intervenute, nell'anno, sui vari argomenti; tale indicazione sintetica si chiama *massima,* e consiste nell'esprimere — in qualche riga — il succo della decisione, e quindi il giusto significato da attribuire alla norma applicata in quel caso.

Tendono sempre più a diffondersi mezzi di ricerca delle massime giurisprudenziali *su base informatica* anziché su base cartacea: con un computer, dotato di apposito programma, si possono avere velocemente sullo schermo le massime che interessano.

9. La certezza del diritto

La certezza è un valore della vita, soprattutto della vita sociale. Ed è un valore importante anche nel campo del diritto.

Certezza del diritto significa *possibilità di prevedere razionalmente quali conseguenze deriveranno, in base al diritto, da un comportamento proprio o altrui o più in generale da un determinato fatto.*

È chiaro perché la certezza del diritto sia socialmente utile: essa permette a chiunque di sapere con precisione quali sono i suoi diritti e i suoi obblighi, cosa può fare e cosa non può fare, cosa gli accadrà se farà questo invece di quest'altro, come sarà risolto quel certo conflitto che lo oppone a un'altra persona; dunque permette a chiunque di compiere in modo consapevole le proprie scelte, di organizzare in modo sensato le proprie attività, specie nei rapporti con gli altri. Se non ci fosse certezza del diritto, tutto questo non sarebbe possibile, e la vita individuale e sociale ne soffrirebbe molto.

Il tema della certezza si collega strettamente con quello dell'interpretazione. Dato il ruolo di questa, è infatti chiaro che *certezza del diritto equivale a certezza del modo in cui il diritto viene interpretato.*

E così, è in nome della certezza del diritto che l'interpretazione non è affidata al capriccio o al buon senso dell'interprete, ma deve obbedire a criteri fissati dalle norme; e che vale il principio per cui il giudice è soggetto alla legge, e non può creare norme nuove, in contrasto con le norme esistenti.

Ma, già a monte del momento dell'interpretazione, il valore della certezza sta alla base di altri principi, che abbiamo visto: come quello della *non retroattività delle norme,* o quello per cui *l'equità non è fonte del diritto,* o quello per cui le norme sono tendenzialmente *generali e astratte.* Ed è chiaro che sul grado di attuazione del valore della certezza possono incidere altri elementi: in primo luogo il modo in cui è formulato il testo delle norme (più o meno chiaro, più o meno ordinato).

Può incidere, inoltre, il livello della loro effettività: se, in un sistema giuridico, gli apparati sono così inefficienti che solo in un caso su due riescono a far ottenere al creditore quello che il debitore ingiustamente rifiuta di dargli, le persone, anche se sono sicure di avere un credito in base al diritto, non avranno certezza di poterlo effettivamente realizzare.

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