

Parte Prima

INTRODUZIONE

capitolo 1

L'ORDINAMENTO GIURIDICO

1. Le parole del diritto. – 2. Prescrizioni, regole, norme. – 3. L'idea di «fonti del diritto». – 4. L'ordinamento giuridico. – 5. Le fonti del diritto italiano. 5.1. Il quadro tradizionale. – 5.2. (segue) L'orizzonte europeo. – 6. L'applicabilità delle norme. L'entrata in vigore. – 7. L'abrogazione delle norme. Il principio di irretroattività. – 8. I rapporti tra fonti diverse. Parità, prevalenza, competenza. – 9. L'illegittimità delle norme. – 10. L'evoluzione delle fonti (cenni). – 11. Dottrina e giurisprudenza. – 12. La ricerca del diritto vigente.

1. Le parole del diritto.

A. Diritto, regola, norma

La parola «**diritto**» deriva dal latino medievale *directus*.

La radice che troviamo al centro della parola (di-*rec-tus*), è la stessa di altre parole latine come *rex* (re), *regere* (governare) e *regula* (regola). È l'antica radice indoeuropea *reg*, che si ritrova nello spagnolo *derecho*, nel francese *droit*, nel tedesco *Recht* e nell'inglese *right*. Essa sottolinea il legame tra l'idea di «*diritto*», la funzione di *governare* o *indirizzare* i comportamenti umani, di «*regere*» un gruppo sociale, e le «*regole*» di cui il diritto consiste.

Il latino *regula* indicava originariamente un semplice strumento usato dai muratori per verificare che una parte della costruzione fosse perfettamente allineata, cioè dritta. La *regula* consentiva di distinguere ciò che è lineare, dritto, *diritto*, da ciò che è contorto, irregolare, non in linea con la *regula*.

La combinazione di significati propria di *regola* si ritrova nella parola *norma*, che i giuristi italiani e tedeschi preferiscono a *regola*. *Norma* significa regola di comportamento ma anche norma-lità, regola-rità.

La storia delle parole ci mostra dunque la relazione tra l'idea di dirittura, linearità, regolarità e quella di diritto. In italiano il sostantivo diritto e l'aggettivo diritto (dritto) hanno lo stesso suono; lo stesso accade in tedesco con *Recht* (diritto) e *recht* (dritto),

in francese con *droit*, e in inglese con *right* (giustizia); la parola indica anche il lato destro, come in italiano nel modo antiquato di dire «mano dritta»: la mano «dominante».

B. Diritto, giure, giustizia

Nel latino classico invece, il termine per «diritto» era *ius*. Secondo la sua radice, che era la stessa del verbo *iurare*, *Ius* indicava all'origine un pronunciamento sacro, con cui si interpretava il volere degli Dei e dunque la giustizia (*iustitia*). Ritroviamo la radice di *ius* in *giudizio*, *giudice*, *giudicare*; in *giure* (parola antiquata che significa il diritto) e nei suoi derivati *giuris-dizione*, *giuris-prudenza*, *giure-consulto*, e insieme, appunto, in *gius-to* e *gius-tizia*. Termini consimili si ritrovano in francese (*jurisprudence*, *justice*) e in spagnolo (*jurisprudencia*, *justicia*) e nelle espressioni di origine latina come la tedesca *jurisprudenz* o l'inglese *jurisprudence* (che però in inglese significa teoria del diritto) *justice*, ecc.

Quest'altra storia sottolinea il legame, tanto forte quanto problematico, tra l'idea di *diritto*, come *regola*, quella della *pronuncia* (oggi le decisioni dei giudici) e lo scopo di *giustizia*.

Lo scopo ultimo del diritto è di perseguire, in una certa comunità organizzata, un ideale di giustizia. In negativo, il diritto serve a impedire che ognuno si faccia «giustizia» da sé: serve quindi ad evitare la violenza e la vendetta (*ne cives ad arma ruant*); per far ciò, il diritto deve riuscire a convogliare il bisogno individuale di giustizia verso un criterio che non sia oggettivo, ma condiviso socialmente. Gli antichi (Cicerone) dicevano che i fini del diritto sono, in positivo, indurre i consociati a comportarsi correttamente e lealmente gli uni con gli altri (*honeste vivere*) senza danneggiare il prossimo (*alterum non laedere*) riconoscendo a ciascuno ciò che gli spetta (*suum cuique tribuere*). Oggi si usa guardare soprattutto alla composizione di interessi e di valori confliggenti che la regola di diritto sempre tende a realizzare.

Il legame genetico tra *ius* e *iustum* significa che la regola di diritto deve essere percepita come giusta, o almeno come accettabile ricerca di giustizia, dai suoi destinatari. Una regola iniqua, che stride con il sentimento di giustizia diffuso, o anche solo invecchiata, apre sempre un problema di riforma: la lotta per la giustizia diventa sempre «lotta per il diritto» (Jehring).

Il legame *ius-iustitia* è anche il legame tra diritto e giudizio. È coesistente alla natura del diritto l'esistenza di un soggetto imparziale, *super partes*, che abbia il compito e l'autorità di decidere chi abbia ragione e chi torto, di pronunciare il diritto (*ius - dicere*, *giuris-dizione*: v. avanti, spec. cap. 47).

C. Diritto, Legge, leggi

In molti contesti, al posto di «diritto» si usa «legge» o il plurale «leggi»: anzi nel linguaggio corrente questi termini sono spesso preferiti. Ad esempio, piuttosto che «il diritto italiano» si userà dire «la legge italiana»; piuttosto che «il diritto penale» si userà «le leggi penali»; piuttosto che «studio diritto» si dirà «studio legge», piuttosto che dire «il diritto è uguale per tutti» si proclamerà che «la legge è uguale per tutti» – e così via.

In quest'uso «legge» equivale a «diritto» e l'uno come l'altro termine si possono sostituire con «le leggi».

«Legge» viene da *lex*, parola latina di origini discusse, che richiamava forse l'idea di un patto vincolante, una convenzione solenne tra individui, o tra gruppi, o tra il re (più tardi il magistrato) e il popolo, con la caratteristica di essere scritta o promulgata (le tavole della legge): dunque, un complesso di *regole stabilite in un testo*. Di qui tre connotazioni che sentiamo anche oggi.

La «Legge» (pensata con la maiuscola come termine astratto) equivale all'insieme, all'universo delle regole. Nell'uso comune, se nulla è specificato, «la Legge» equivale a «il diritto» e indica l'universo delle regole che hanno il carattere della legalità o giuridicità (leg-, giur-): cosa ciò significhi resta, naturalmente, da vedere (nel prossimo paragrafo). Ma il termine può essere destinato ad indicare uno *specifico* universo di regole, anche non giuridico, ad esempio se diciamo: «la Legge morale».

La parola «legge» è poi frequentemente usata per indicare un *testo legislativo*, prodotto secondo certe procedure (in Italia, il voto delle due Camere e la promulgazione da parte del Presidente della Repubblica): in questo senso diciamo ad esempio «la legge sul divorzio» o «la legge n. 894 del 1970» o ancora «una raccolta di leggi».

Infine, nel termine legge si incrociano i significati di regola o norma come *prescrizione* di comportamento, o anche come descrizione di una regolarità fattuale (esempio le «leggi» della fisica): dunque legge come *regola* e come *norma* in senso *prescrittivo* o in senso *descrittivo*.

Il triplice significato di *legge* (= *diritto*, *testo legislativo* o *regola*) si ritrova nel francese *loi* e nello spagnolo *ley*; in inglese invece *Law* significa primariamente diritto, e poi regola legale; un testo legislativo si dice *Act* o *Statute*.

D. Il diritto e i diritti

Il *diritto* è un universo di regole.

Quando una regola impone a qualcuno un dovere (ad esempio: rispetta la vita privata altrui) perciò stesso riconosce o attribuisce ad altri un potere o una libertà (ad esempio: potrai vietare a tutti di curiosare in casa tua). Noi diciamo allora che la regola riconosce o attribuisce un *diritto*: e la parola *diritto* assume un diverso significato, che risulta facilmente da una frase come questa: «il *diritto* italiano garantisce il *diritto* di proprietà».

Per distinguere i due significati, si può già introdurre una precisazione: diritto in senso *oggettivo* (o «*diritto oggettivo*») indica un insieme di regole legali; diritto in senso *soggettivo* (o «*diritto soggettivo*») indica una possibilità, una libertà, una posizione di vantaggio garantita da una regola legale.

2. Prescrizioni, regole, norme.

Nelle nostre prime osservazioni è ritornata ad ogni passo la parola «*regola*»: il diritto come insieme di «*regole*» che hanno valore legale, le leggi come «*regole di*

diritto», e simili. Un'idea rimanda all'altra, e per raggiungere una certa chiarezza occorre rompere il cerchio:

- a) cos'è dunque una «regola», e
- b) quando una regola è «legale», o «di diritto»?

A. Cos'è una regola?

Una regola è una proposizione la cui funzione è quella di prescrivere un comportamento: cioè di qualificarlo come *obbligatorio* (che *deve* essere tenuto), *vietato* (che *non deve* essere tenuto) o anche semplicemente come *lecito* (che *può* essere tenuto).

La regola dunque non descrive, ma prescrive: è parte del linguaggio, usato non per narrare o riferire, ma per indirizzare comportamenti

Possiamo distinguere diversi tipi di *regola* o *prescrizione*:

Tipi di
prescrizione

- a) **individuale**: riguarda il comportamento di un individuo o di più individui determinati (es.: Mario, chiudi quella porta);
- b) **concreta**: la prescrizione vale in una o più situazioni concretamente determinate (es. Mario, se esci per ultimo, chiudi la porta);
- c) **generale**: riguarda il comportamento di chiunque si trovi in una determinata situazione (es. «l'ultimo che esce chiuda la porta!»);
- d) **astratta**: la prescrizione vale in ogni situazione che sia eguale a quella prevista [es. «ogni volta che la lezione è finita (situazione-tipo) l'ultimo che esce chiuda la porta].

Nel mondo del diritto esistono tutti i tipi di prescrizione.

Individuale e *concreta*, ad esempio, è la prescrizione contenuta in una *sentenza*, con cui il giudice condanna il Tizio debitore a pagare *tot* milioni a Caio suo creditore.

L'*ordinanza* del sindaco, che impone a tutti i frontisti di una via pubblica di spalare la neve dal marciapiede, contiene una prescrizione *generale* ma *concreta*: rivolta a chiunque abiti lungo le strade comunali, ma limitata ad una concreta situazione, l'eccezionale nevicata.

La regola di
diritto

Ma quando parliamo di «**regola di diritto**» non intendiamo di solito riferirci a questo tipo di prescrizioni legali, ma solo a quelle regole, di un gradino superiore, che prescrivono in modo *generale* ed *astratto* ciò che si può o si deve fare in ogni *situazione che corrisponda alle situazioni-tipo* previste dalle regole stesse. Ne è facile esempio, anche sul piano linguistico, la regola contenuta nell'art. 927. «Chi trova una *cosa mobile deve restituirla al proprietario*».

Hanno carattere generale ed astratto, *salvo eccezioni*, le regole contenute nei *codici*, nelle *leggi* o nei *decreti*, nei *regolamenti*.

Regola e
norma

Sinonimo di «**regola**» è «**norma**».

I due termini hanno qualcosa in comune, che merita di essere sottolineato. Entrambi richiamano concetti, che esprimono il ripetersi costante di fatti o comportamenti: «*regola*» ci rimanda a ciò che è «regolare», «*norma*» a ciò che è «normale»;

e la funzione della *norma* in senso *prescrittivo* è proprio quella di indirizzare i comportamenti umani in modo che un certo modello di comportamento – per esempio, rispettare la proprietà o la personalità altrui – divenga «normale».

Una prescrizione di comportamento (c.d. *norma-precetto*) può essere resa efficace dal collegamento con una regola «strumentale» (c.d. *norma-sanzione*), che prevede *conseguenze negative* per chi viola la prescrizione: il concetto di **sanzione** indica appunto queste conseguenze, che sono diverse tra loro: in campo giuridico si distinguono sanzioni *civili*, come il risarcimento del danno provocato ad altri, sanzioni *penali*, come la detenzione; sanzioni *amministrative*, come l'ammenda.

La sanzione

B. Cos'è una regola di diritto?

L'universo delle regole è vasto come l'esperienza umana. Nei più piccoli gesti e nelle più grandi decisioni, ci adattiamo o ci ribelliamo a regole: regole morali, regole del costume sociale, regole della deontologia professionale, regole della competizione economica, regole di cortesia.

Chi cresce in una società come la nostra acquista una certa capacità di distinguere la diversa «natura» di queste regole. Ognuno di noi sa benissimo, ad esempio, che «legalmente» è *obbligatorio* per l'artigiano o per il professionista rilasciare una ricevuta fiscale o una fattura; ma pretenderla qualche volta ci imbarazza, perché ci pare contrario a una *regola di cortesia*. Allo stesso modo, distinguiamo nettamente quel tipo di regole che obbliga i militari a un preciso modo di vestire, da quell'altro tipo di regole, che vieta per esempio a professori e studenti di trovarsi a lezione in canottiera.

Regole legali e non legali

L'intuito e l'esperienza ci dicono che il primo tipo di regole ha carattere «legale», il secondo è di diverso ordine.

In altri casi, però, può esserci qualche incertezza: la parità tra marito e moglie è un principio morale, cui si può aderire o non aderire, o è una regola «legale»? I «diritti umani» sono garantiti dalla «legge» dello Stato, o solo da principi «umanitari», o magari da una «legge» non statuale, come una Convenzione internazionale? E i contratti collettivi stipulati dai Sindacati, sono «leggi» o sono «patti» che si reggono solo sulla «parola data»? e così via.

La risposta a queste domande richiede di tracciare un confine tra quel che è «diritto» – «legge», regola «legale» – e quello che diritto non è: di avere stabilito, quindi, un *criterio di riconoscimento* della regola legale, che la distingua da tutte le altre regole.

Naturalmente, la questione si presenta in modo diverso a seconda che la si affronti da un punto di vista «esterno» allo stesso linguaggio giuridico – per esempio da un punto di vista antropologico, o sociologico – o invece da un punto di vista «interno», come a noi spetta di fare.

Un antropologo, che si ponga il problema di stabilire cosa sia «diritto» in una società primitiva, può ritenere che «la vera, fondamentale condizione *sine qua non*

Diritto e Giudice

per l'esistenza del diritto in qualunque società» sia «l'uso legittimo della coercizione fisica da parte di un agente autorizzato»: la regola legale sarebbe quella, la cui violazione viene contrastata con l'uso della forza da parte di un individuo o di un gruppo che ha «il privilegio socialmente riconosciuto di agire in tal modo» (Hoebel).

La cosa può sembrare convincente se si pensa al diritto dello Stato o anche al diritto internazionale; ma esistono sistemi giuridici sofisticati che non prevedono l'uso della forza materiale, ma di *sanzioni* diverse (come ad esempio il diritto della Chiesa nell'età moderna). Una sanzione, d'altra parte viene inflitta anche per la violazione di regole che non riconosciamo come «legali»: il «disonore», ad esempio, colpisce la trasgressione di regole del costume.

Più suggestiva e convincente sembra una definizione cara ai giuristi inglesi: «associamo *the law* [il diritto] con le corti, i giudici, i magistrati» (Atiyah): un sistema giuridico è un sistema di regole la cui applicazione è *affidata all'autorità di un «giudice»*. È questo il connotato comune a qualsiasi apparato di norme che organizza un gruppo sociale: le regole che governano la vita dello Stato, di una Chiesa, di un'associazione, di un'organizzazione internazionale, e perfino le regole – dicono i giuristi – della *societas delictuosa*, della società di delinquenti, come la mafia e la camorra: veri sistemi giuridici, anche se illeciti dal punto di vista del diritto dello Stato (oltre che della morale).

La selezione
delle norme
applicabili

Dal punto di vista «interno», il modo più diretto ed efficace di capire il problema è calarsi nei panni di un giudice, o delle persone che a lui ricorrono o devono da lui essere giudicate. Il giudice è chiamato a dire chi ha ragione e chi ha torto ed è investito del potere di decidere: ma in base a *quali* regole?

In un'organizzazione primitiva o elementare, il potere di giudicare può essere attribuito senza un criterio che imponga al giudice di attingere le regole di decisione solo ad una certa «*fonte*»: nella ricerca di una «giusta» soluzione, egli si orienterà secondo la tradizione, i costumi consolidati, l'opinione dei saggi, o l'ispirazione di un dio.

Ma via via che la società si fa più complessa, tende a formarsi un confine, un criterio di selezione tra le regole che si possono applicare nel giudizio e quelle che non hanno tale «qualità»: il giudice non può riempire il suo secchio a qualsiasi «*fonte*».

Anzitutto, la stessa *tradizione giudiziale* – il modo in cui si è già più volte deciso – tenderà a prevalere. Un valore particolare potranno assumere le *opinioni* di chi ha esperienza del problema-giudizio. A volte, le regole ricavabili da queste «fonti» potranno essere riunite in *raccolte ufficiali*, che acquisteranno autorità di testi normativi. Infine, altre regole potranno essere *espressamente dettate* da un'autorità cui si riconosce questo potere.

In un sistema maturo, la libertà del giudice di scegliere la «*fonte*» cui attingere le regole del giudizio è sempre limitata. La regola «legale» ha assunto ormai dei connotati che la distinguono dalle regole morali e del costume. Il sistema giuridico si caratterizza proprio perché le sue regole sono formate attraverso una gamma più o meno vasta di *modi di produzione*.

La **regola di diritto** è solo quella che si forma in uno dei *modi di produzione* previsti dallo stesso sistema.

3. L'idea di «fonti del diritto».

Disponiamo così di una prima e generale definizione del concetto di **fonte del diritto**: qualsiasi *atto o fatto idoneo a produrre norme giuridiche* in un sistema dato.

Ad una osservazione generale, i diversi ordinamenti giuridici delle società contemporanee e del passato mostrano una grande varietà di fonti.

Una distinzione tradizionale divide le *fonti scritte* dalle *fonti non scritte*.

Nelle prime, la regola è formulata in un testo scritto (come l'Editto del Pretore, il Libro sacro, l'atto legislativo) nelle seconde invece deve essere ricavata da elementi diversi (l'osservazione degli usi, lo studio di decisioni precedenti).

Fonti scritte e non scritte

In realtà, questa distinzione non è del tutto propria, perché, ad esempio, la fonte giurisprudenziale (il precedente) consiste pure in un testo scritto, che può essere analizzato secondo le regole della semantica e dell'ermeneutica (interpretazione); mentre ben diverso è il problema di ricavare la regola di diritto – poniamo – dall'osservazione della prassi mercantile.

Nei sistemi contemporanei, è possibile con larghissima approssimazione segnalare la prevalenza di due tipi di «fonte»: il **precedente giudiziario** e l'**atto legislativo** in senso ampio.

Tipi di fonte

Il *precedente giudiziario* consiste nella decisione già avvenuta di un caso, analogo a quello che si tratta di decidere: dalla decisione, o da una serie di decisioni conformi (la c.d. «giurisprudenza»), si ricava una «regola» cioè un criterio di soluzione che può valere per ogni caso simile.

L'*atto legislativo*, in senso ampio, è quel procedimento, più o meno complicato, con cui un'autorità che ha il potere di legiferare (di fare leggi) produce un testo che contiene regole di diritto.

Nei sistemi che sono nati principalmente dalla fonte giurisprudenziale, come quello inglese e poi quello nordamericano, ha acquistato sempre più importanza, nell'ultimo secolo, la fonte legislativa. Per converso, nei sistemi che si affidano alle fonti legislative (come quelli dell'Europa continentale), la giurisprudenza, in teoria esclusa dalle fonti di diritto (v. avanti, cap. 2) ha di fatto una notevole importanza per determinare, attraverso l'interpretazione (v. avanti, par. 8) l'evoluzione del diritto.

In un sistema giuridico evoluto, dunque, le regole di diritto sono quelle prodotte da determinate «fonti». Ma chi stabilisce *quali* fonti sono idonee alla produzione normativa?

Una prima risposta è la seguente: in ogni sistema esistono regole, che prevedono come si possano produrre le regole di quel sistema.

Le norme di produzione

In molti casi, si tratta di espresse previsioni normative: ad esempio, nel nostro sistema, l'art. 1 delle Disposizioni preliminari al Codice civile elenca le fonti del diritto italiano, mettendo al primo posto le leggi; l'art. 70 della Costituzione stabilisce poi che la funzione legislativa spetti alle Camere, e le norme seguenti ne dettano la disciplina.

Anche là dove una regola espressa non esista, tuttavia, essa si può ricavare dall'evoluzione di tutto il sistema: così, noi possiamo elencare le fonti dell'antico diritto romano anche se in quel diritto non esisteva una espressa disciplina della produzione di norme giuridiche.

Le regole che disciplinano i modi di produzione delle norme di un sistema giuridico si chiamano **norme di produzione**. Anche queste regole, però, sono prodotte: l'art. 70 della nostra Costituzione fa parte di un testo costituzionale approvato dall'Assemblea costituente. Se ogni norma giuridica si dovesse «legittimare» sulla base di una regola superiore che ne prevede la produzione, si risalirebbe all'indietro all'infinito. In realtà, il punto fermo, la «sorgente» di tutto il sistema è sempre e soltanto un *fatto storico*: un sistema giuridico si regge, in ultima analisi, sul fatto di essersi affermato, con quei determinati connotati, in un dato gruppo sociale.

4. L'ordinamento giuridico.

L'idea di ordinamento giuridico

Su questa pietra angolare si costruisce, attraverso il sistema delle fonti, un **ordinamento giuridico**: cioè appunto un *universo di regole di diritto*, che formano un insieme unitario e ordinato perché sono *prodotte in conformità ad un apparato di fonti* «legittimato» da un unico fatto costitutivo, che ha dato vita all'*organizzazione di un gruppo sociale*.

Il sistema delle fonti funziona come un *apparato di selezione*: «entrano» a far parte dell'ordinamento solo quelle regole che si possono ricondurre ai modi di produzione previsti. Perciò, da un punto di vista «interno» all'ordinamento (a ciascun ordinamento) è «diritto» solo ciò che l'ordinamento stesso definisce come diritto, attraverso l'indicazione delle fonti.

Pluralità degli ordinamenti giuridici

Per l'ordinamento dello Stato, «diritto» è solo il diritto dello Stato. Il diritto di un altro Stato, o il diritto della Chiesa, sono – in linea di principio – soltanto *fatti* dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato italiano. È chiaro però che dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato francese, e della Chiesa cattolica, «diritto» è solo il complesso di regole prodotte all'interno di quegli ordinamenti, e puro fatto è il diritto dello Stato italiano. Un osservatore, che guarda a tutti questi ordinamenti, e che è interessato a capirli, deve quindi adattarsi alla *relatività* del concetto di diritto e alla *pluralità* degli ordinamenti giuridici.

Il diritto internazionale

Il diritto internazionale, che regola i rapporti tra gli Stati, ha pure proprie fonti – in particolare le *consuetudini* internazionali e i *trattati* – e proprie norme, che ciascuno Stato, in quanto membro della comunità internazionale, è tenuto ad osservare. La condotta dello Stato che viola le norme internazionali è illecita nell'ambito dell'ordinamento internazionale.

Ma se ci spostiamo dal punto di vista dell'ordinamento interno di ciascuno Stato, la valutazione può essere del tutto differente: ciò che è illecito secondo una norma internazionale può essere lecito secondo una norma interna.

Le stesse norme stabilite da una Convenzione internazionale sottoscritta, ad esempio, dall'Italia divengono efficaci nell'ordinamento interno italiano, di regola, solo attraverso la «ratifica» della Convenzione, cioè attraverso una procedura di approvazione da parte delle Camere.

Tuttavia, nel nostro ordinamento il diritto internazionale ha, per così dire, un canale permanente di rilevanza: l'art. 10 della Costituzione dispone infatti che l'ordinamento giuridico italiano «si conforma» alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, e cioè in pratica alle consuetudini e ai principi del diritto internazionale; si tratta di una norma «di rinvio» che rende le norme generali del diritto internazionale efficaci anche nell'ordinamento interno.

Il sistema delle fonti può selezionare in modo più o meno rigido le regole che entrano a far parte dell'ordinamento.

La «chiusura»
dell'
ordinamento

Può stabilire, ad esempio, che valgano come norme giuridiche solo quelle che sono espressamente formulate tramite *atti legislativi*; può invece disporre che il giudice abbia facoltà – sempre, o solo in certi casi – di decidere secondo criteri ricavati da *fonti extralegislative*: come i principi del diritto naturale, l'opinione dei giuristi, o l'equità (cioè un criterio di giustizia concreta: in tal caso, tutti questi «materiali» entrano a far parte delle regole dell'ordinamento).

In linea generale, gli ordinamenti che tendono a separare più nettamente il potere legislativo – cioè il potere di dettare le norme che valgono nell'ordinamento – dal potere giudiziario – cioè dal potere di decidere le liti e applicare le sanzioni – si caratterizzano per un sistema di fonti «chiuso», nel quale non è dato al giudice di «produrre» una regola di decisione.

La separazione è più sfumata in quei sistemi in cui la *giurisprudenza* è fonte di diritto: là dove, cioè, una parte almeno delle regole di diritto si crea attraverso il «*precedente*» *giudiziale*. Anche questi sistemi, tuttavia, possono essere «chiusi», nel senso che non è dato al *singolo* giudice di decidere secondo un criterio di giustizia ricavato da «fonti» estranee all'ordinamento giuridico, ma sempre e solo secondo «*regulae iuris*» ricavate all'interno dell'ordinamento medesimo.

Un modello di sistema assolutamente chiuso è però irrealizzabile. La regola di diritto, comunque prodotta, si formula in una proposizione prescrittiva, cioè in un messaggio linguistico; e qualsiasi messaggio può essere *interpretato* in modi diversi, tutti compatibili con la formulazione letterale della regola (v. sotto, par. 8).

Le aperture

In questa operazione hanno influenza idee, giudizi, valori che il giudice porta con sé dalla sua esperienza, e che raccoglie dalla realtà sociale.

12. La ricerca del diritto vigente.

a) le norme di legge

In un sistema in cui prevale la legge scritta, trovare le norme che riguardano i casi di cui ci si occupa sembra a prima vista cosa facile: per regola generale, infatti, tutti gli atti normativi devono, prima di entrare in vigore, essere **pubblicati**, cioè resi *pubblici* ed accessibili alla conoscenza del pubblico; la fonte di produzione (l'atto normativo) diviene così fonte di cognizione (il documento normativo). In pratica, però, le cose possono non essere così semplici.

La ricerca della norma è relativamente agevole quando la materia è disciplinata con il sistema della **codificazione** (v. avanti, cap. 3); in questo caso, infatti, un'unica «legge», un unico atto normativo, ne regola i vari aspetti in maniera *organica*, *sistematica* e sin dove possibile *completa*. I codici

Più precisamente, un **codice** si forma attraverso una legge-delega, che affida al Governo l'emanazione di un nuovo codice, sia in una materia non ancora codificata (e in tal caso, il codice ha la funzione di un «Testo unico», che ordina e rinnova tutte le leggi esistenti in una determinata materia) sia materie già codificate, quando ad un codice esistente si sostituisce un codice nuovo. L'emanazione del Codice avviene per decreto legislativo.

In Italia abbiamo oggi cinque fondamentali *codici*: il **codice civile**, il **codice di procedura civile**, il **codice penale** e il **codice di procedura penale**, il **codice della navigazione**.

Il **Codice civile** è il fondamentale corpo normativo del **diritto privato**, e riguarda, in generale, i rapporti personali e patrimoniali tra privati. Esso è stato emanato con il regio decreto 16 marzo 1942, n. 262, intitolato appunto *Approvazione del testo del codice civile*; è stato però nel corso del tempo parecchie volte modificato in singoli punti: bisogna perciò avere l'avvertenza (che vale anche per gli altri Codici) di consultarlo in una edizione aggiornata. Consta di ben 2969 articoli, distribuiti in sei **Libri** (*Delle persone e della famiglia, Delle successioni, Della proprietà, Delle obbligazioni, Del lavoro, Della tutela dei diritti*). Il testo è preceduto dai 31 articoli delle *Disposizioni sulla legge in generale* (c.d. «**Disposizioni preliminari**» o «**Preleggi**») che riguardano le *fonti del diritto, l'applicazione e interpretazione della legge*, e il c.d. *diritto internazionale privato*.

Il **Codice di procedura civile**, emanato con il regio decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 (*Approvazione del Codice di procedura civile*) è stato ampiamente riformato con la legge 26 novembre 1990, n. 353 (*Provvedimenti urgenti per il processo civile*). Il codice contiene le regole sull'instaurazione e sullo svolgimento dei **processi civili** (cioè dei processi rivolti alla definizione dei rapporti tra privati). È formato da 831 articoli; il suo contenuto è distribuito in quattro Libri: *Disposizioni generali, Del processo di cognizione, Del processo di esecuzione, Dei procedimenti speciali*.

Il **Codice penale** (approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398) individua i comportamenti per i quali le pene devono essere applicate, cioè i **reati**, e contiene

le regole sull'applicazione delle pene. Consta di 734 articoli distribuiti in tre libri (*Dei reati in generale, Dei delitti in particolare, Delle contravvenzioni in particolare*).

Il **Codice di procedura penale** contiene le regole sull'avvio e lo svolgimento dei **processi penali** (rivolti all'accertamento dei reati e all'applicazione delle pene). Il codice in vigore dal 1930 è stato di recente profondamente riformato. Il nuovo testo, approvato con d.p.r. 22.9.1988, n. 447, è entrato in vigore a un anno dalla pubblicazione, il 24.10.1989. È formato da 746 articoli, divisi in undici Libri.

Le leggi speciali

Benché i Codici siano atti normativi molto importanti, un giurista che limitasse ad essi la sua conoscenza avrebbe una visione molto limitata e del tutto insufficiente del diritto italiano. Non solo, infatti, *le stesse materie dei codici* vedono la temporanea presenza di altre leggi ed altri atti normativi. Ma, *al di fuori delle materie dei codici* numerosissime *altre leggi* disciplinano gli oggetti più vari, anche di grandissima importanza per la vita civile e pubblica.

Queste leggi – come tutti i più importanti atti normativi – sono individuate *data*, dal *numero* e dal *titolo* (ad esempio, legge 23 dicembre 1978, n. 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*).

Le raccolte di leggi

Le leggi dello Stato vengono pubblicate nella **Gazzetta Ufficiale** della Repubblica; le leggi regionali nei Bollettini Ufficiali Regionali (BUR); direttive e regolamenti comunitari nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea (GUCE). Tuttavia più comunemente (e più comodamente) le leggi si consultano attraverso apposite *raccolte* redatte da privati editori disponibili anche su supporto informatico.

b) le sentenze

Nel lavoro del giurista è essenziale conoscere le norme; ma è molto importante evidentemente, anche conoscere i *modi* con i quali le norme sono state nel passato *intese e applicate dai giudici* nelle loro decisioni. Così come occorre sapere dove trovare le leggi, occorre anche sapere come si trovano le **sentenze**.

Si osservi che mentre le leggi e gli atti normativi hanno sempre una qualche forma di pubblicazione ufficiale, le sentenze solo eccezionalmente sono soggette a *pubblicazione* legale: come accade, ad esempio, per sentenze della Corte costituzionale, che sono pubblicate nella stessa Gazzetta Ufficiale. Come regola generale, invece, le sentenze vengono soltanto **depositate** negli *uffici di cancelleria* del giudice.

Riviste di giurisprudenza

Esistono però numerose *Riviste* – sia generali, sia di settore, sia anche locali – specializzate nella pubblicazione di sentenze; esse vengono chiamate riviste di *giurisprudenza*. Tra le più importanti riviste di giurisprudenza di carattere generale (cioè non specializzate né per materia) ricordiamo *La giurisprudenza italiana*, edita dalla Utet, e *Il foro italiano*, della omonima Società editrice, *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, edita dalla Cedam, la *Giustizia civile*, di Giuffrè, la *Giurisprudenza di merito* e la *Giurisprudenza Commerciale*, ancora di Giuffrè.

Una sentenza si individua essenzialmente attraverso il **giudice** che l'ha pronunciata (Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte d'appello di Napoli, Tribunale di Milano, Pretore di Cuneo e simili), la **data**, il **numero** e i nomi delle **parti** litiganti.

Al momento della pubblicazione, si usa redigere e premettere al testo della sentenza vera e propria una breve sintesi della materia e del contenuto della decisione – chiamata **rubrica** – e una breve enunciazione del principio di diritto di cui si è fatta applicazione nella fattispecie – che si dice la **massima** della decisione. La *massima*, in particolare, viene enunciata allontanandosi il meno possibile dalle parole della sentenza.

Sia l'una che l'altra, comunque, non fanno parte della sentenza vera e propria, ma sono opera dei redattori della rivista. Solo per le sentenze della Cassazione vengono formulate, ad opera di un apposito ufficio, detto del Massimario, *Massime* «ufficiali», che non hanno, peraltro, un valore vincolante; esse sono raccolte in apposite pubblicazioni (i **Massimari**) e sono inserite in un *sistema informatico* (c.d. **Italgjure**). Attraverso le banche dati gestite su supporto informatico si possono oggi reperire anche i testi integrali delle sentenze. Oltre alla banca dati Italgjure della Cassazione, ve ne sono molte altre gestite da editori privati.

c) la dottrina

Nel lavoro del giurista – o di chiunque debba professionalmente applicare norme giuridiche – alcuni argomenti debbono essere studiati più a fondo, e meglio approfonditi: esaminando, ad esempio, le *ragioni* di una certa disciplina, la sua *evoluzione* storica, i *conflitti di interessi* che ad essa sottostanno, le *difficoltà interpretative*, le *soluzioni* possibili e quelle preferibili, anche a paragone di quelle normalmente accolte dai giudici, le *eventuali esigenze di «riforma»*, cioè di un nuovo intervento legislativo che muti la disciplina vigente.

Tutto ciò costituisce il campo della «ricerca» nel diritto. Agli studi di diritto ci si riferisce usualmente con il termine «**dottrina**», in cui ancora echeggia l'antico ruolo dei «dottori», maestri del pensiero giuridico, di cui si cercava l'*opinione*.

Gli studi giuridici sono spesso pubblicati in **Riviste** giuridiche, ciascuna delle quali ha un campo di intervento più o meno ampio. Citiamo, tra le più generali e diffuse (oltre alle già ricordate riviste di giurisprudenza), la *Rivista di diritto civile*, la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, la *Rivista di diritto commerciale*; al di là del diritto privato, la *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, la *Rivista di diritto processuale*, nonché, legata all'attualità giuridica, *Le nuove leggi civili commentate*. L'adeguamento del diritto ai principi costituzionali può essere seguito attraverso *Giurisprudenza costituzionale*, che da un lato pubblica tutte le sentenze della Corte costituzionale, dall'altro ospita commenti, saggi e in genere studi di diritto costituzionale.

Le riviste di dottrina

Gli studi giuridici si possono dividere in diversi *generi letterari*. Si dicono **monografie** i volumi dedicati all'approfondimento sistematico ed esauriente di uno specifico tema o argomento. Anche gli articoli pubblicati in Riviste possono essere di *tipo monografico*, quando si propongono lo stesso scopo.

I generi degli studi giuridici

Ci sono poi le **rassegne**, che sono scritti con i quali si offre ai lettori una panoramica generale della legislazione in una certa materia (*rassegne di legislazione*), o delle sentenze che si sono avute (*rassegne di giurisprudenza*) o degli studi compiuti (*rassegne di dottrina*).

L'APPLICAZIONE DELLE NORME GIURIDICHE

1. La struttura della norma giuridica. – 2. Il testo normativo. Norma e disposizione. – 3. L'interpretazione delle disposizioni normative. – 4. L'idea di «sistema» e l'interpretazione. – 5. (segue) L'analogia. I principi generali.

1. La struttura della norma giuridica.

Carattere normale della regola di diritto – si è detto – è *l'astrattezza*: la prescrizione è destinata a valere in una *serie indefinita* di situazioni.

Lo *schema logico* della norma giuridica – non la sua formulazione testuale, che varia da caso a caso – è costante: si tratta di una *regola di comportamento condizionata*, la quale prevede che, *se* si verificano certi fatti, *allora* si dovrà o si potrà comportarsi in un certo modo; ad esempio: «*se* qualcuno causa danno ingiustamente ad altri... *allora* deve risarcire il danno causato».

Lo schema:
se... allora...

Per indicare *la situazione*, a cui una norma giuridica collega certe conseguenze, si usa il termine **fattispecie**.

La fattispecie

Si parla di *fattispecie astratta* per indicare la situazione-tipo descritta dalla norma.

Per contrasto, viene chiamata *fattispecie concreta* la situazione *pratica* in cui la regola si applica: quella situazione concreta, cioè, in cui riconosciamo i connotati indicati dalla norma. Per esempio, la fattispecie astratta dell'«attività pericolosa», descritta nell'art. 2050, si potrà riconoscere, in concreto, nell'attività del signor Tale, che nel suo magazzino di articoli per campeggio tiene un serbatoio di gas per la ricarica delle bombole usate dai campeggiatori.

Per ogni fattispecie (*se* ...) la norma giuridica prevede certe regole di comportamento (*allora* ...): stabilisce, cioè, quel che certe persone devono o possono fare, e *qualifica* come *lecito*, *obbligatorio*, *vietato* un certo *comportamento*.

Le
conseguenze
giuridiche

Questo collegamento tra la **fattispecie** e la **qualificazione del comportamento** (*se* succede questo e questo, *allora* si deve o si può fare questo e quest'altro) viene descritto dicendo che un determinato fatto ha certi **effetti** o **conseguenze** giuridiche.

Queste «conseguenze» altro non sono che il *contenuto prescrittivo* della norma: gli obblighi, i divieti, le altre qualificazioni di comportamento collegate alla fattispecie; e il linguaggio giuridico ne parla come se si trattasse di descrivere veri e propri «eventi»

di un ideale universo giuridico: la «nascita», il «trasferimento», la «modificazione», l'«estinzione» di diritti e di obblighi.

Fattispecie complessa

Spesso la fattispecie che produce un certo effetto giuridico è composta di elementi di fatto tra loro distinti, la cui «somma» è necessaria per completare lo schema normativo. Si parla in tal caso di **fattispecie complessa**.

Ad esempio, gli artt. 927-929 prevedono un caso di acquisto della proprietà base a una fattispecie (detta «invenzione» dal latino *invenire* = trovare) così formata: a) Tizio trova una cosa smarrita; b) la consegna, come suo dovere, al Sindaco del luogo in cui l'ha trovata; c) il Sindaco dà pubblica notizia del ritrovamento; d) trascorre un anno di tempo senza che il proprietario si presenti a riprendere la cosa. Solo l'insieme di questi elementi forma la fattispecie complessa.

Fattispecie a formazione progressiva

Nella gran parte dei casi, una fattispecie complessa si forma non istantaneamente ma lungo un certo decorso di tempo: prima si realizza un elemento della fattispecie, poi l'altro che la completa. Si parla allora di **fattispecie a formazione progressiva**.

Così, un modo di acquisto della proprietà, previsto all'art. 922, è il contratto (poniamo, una compravendita). Ma può succedere che il venditore e il compratore pattuiscano di subordinare gli effetti del contratto, e quindi anche il passaggio della proprietà, a una condizione; ad esempio, la vendita di un terreno può essere subordinata alla condizione: «se sarà approvato il progetto di costruzione già presentato». In tal caso, la fattispecie che determina il trasferimento della proprietà è *complessa a formazione progressiva*.

La sussunzione

Un aspetto importante del lavoro del giudice è appunto quella di riconoscere, nel caso concreto, i connotati della fattispecie astratta, cioè, come pure si dice, di riportare i fatti, sui quali è chiamato a giudicare, «sotto» la fattispecie prevista da una certa norma (c.d. «**sussunzione**»).

Questo schema, in sé semplice, non va inteso in modo meccanico, come se si trattasse di confrontare due immagini e di verificare che combaciano.

L'applicazione di una norma generale ed astratta a un fatto concreto è un'operazione sempre complessa che richiede di *interpretare* (attribuire significato) non solo le parole della legge, ma i fatti concreti che sono accaduti e a cui la norma va applicata.

2. Il testo normativo. Norma e disposizione.

La norma come proposizione prescrittiva

La diversa origine delle norme giuridiche (la legge, l'uso, o in certi ordinamenti il precedente giudiziario) non toglie un carattere comune: qualsiasi norma, per essere applicata, deve alla fine essere *formulata* come una *regola di comportamento*, cioè come un *messaggio linguistico di contenuto prescrittivo* (*proposizione prescrittiva*).

Rapporti tra disposizione e norma

Nel caso di norme non scritte (come gli usi), è del tutto evidente che questa formulazione dovrà essere fatta da chi deve applicare la norma, o da uno studioso che,

osservando e conoscendo – poniamo – la consuetudine, ne *ricava* una regola in forma, appunto, di proposizione prescrittiva.

Nel caso di norme scritte, invece, possiamo avere l'impressione che la *norma* non sia altro che il *testo normativo* o, come si dice, la *disposizione*: insomma, la formulazione linguistica dell'atto legislativo, che leggiamo, ad esempio, in un articolo di codice. Ma non è così.

La **disposizione normativa**, cioè il testo scritto, non è che un complesso di parole a cui si deve *attribuire un significato*. Il significato di un testo legislativo non è qualche cosa di evidente, indiscutibile e immutabile: dipende dal significato che le parole usate hanno nel linguaggio comune, dall'uso particolare che ne fa il legislatore, dai cambiamenti nella realtà di fatto in cui la regola si deve applicare.

Ad esempio, se una *disposizione* legislativa vieta a un proprietario di «fabbricare» a una distanza inferiore a tre metri dalle finestre del vicino, bisogna stabilire cosa significhi «fabbricare»: tirar su un muro, o anche gonfiare un pallone per coprire un campo da tennis? La disposizione, che poteva avere un certo significato quando non esistevano né strutture prefabbricate, né capannoni gonfiabili, può assumere un diverso significato oggi. Ecco che, ferma la *disposizione*, è mutata la *norma*.

L'operazione, con cui si attribuisce un significato alla disposizione normativa, si chiama **interpretazione** (v. avanti, par. 8).

La *norma giuridica* è il significato (risultato dell'interpretazione) della *disposizione normativa*.

In secondo luogo, se pensiamo alla norma come a una *regola di comportamento* non dobbiamo aspettarci di trovare, nei testi legislativi, la formulazione espressa, completa, ben distinta della regola di condotta da applicare nel caso che ci interessa. A volte, una regola di comportamento deve essere ricavata mettendo insieme disposizioni diverse. Per esempio, l'art. 2043 stabilisce la regola per cui chi causa ad altri un danno ingiusto, deve risarcirlo: ma per completare la regola in modo che essa dica *quanto* il danneggiante deve pagare, devo leggere la disposizione dell'art. 2056, che a sua volta rimanda agli artt. 1223, 1226 e 1227.

Esistono poi numerosissime disposizioni che non enunciano affatto regole di comportamento, ma si limitano a definire i presupposti per l'applicazione di molte regole di comportamento. Ad esempio, quando l'art. 1470 dice che cos'è una compravendita, non fa che descrivere il *presupposto*, esistendo il quale si applicheranno molte regole, che impongono un certo comportamento al venditore e al compratore: come meglio si capirà dopo avere osservato, nel paragrafo seguente, la struttura della norma giuridica.

Il legislatore ordina e raggruppa le disposizioni normative in modo da rendere consultabile (e sempre più spesso, purtroppo, in modo da rendere difficilmente consultabile) il testo legislativo.

Articoli e commi

L'unità-base di ripartizione del testo nella legislazione italiana è l'**articolo**, distinto da un numero progressivo.

All'interno degli articoli, la divisione più comune è quella in capoversi non numerati, detti **commi**: il testo, insomma «va a capo», e ciò serve a identificare rapidamente

la disposizione indicando ad esempio: art. 2054, comma 1°. Spesso ci si riferisce secondo comma semplicemente con l'indicazione «cpv.» (capoverso).

Nelle leggi più recenti, si seguono regole di formulazione tecnica (v. l. 27.5.1986, n. 123) che prevedono di dividere il testo degli articoli con una ragione interna, o con lettere corsive: si veda ad esempio la complicata ripartizione dell'art. 4 della l. 1.12.1970, n. 898 (sul divorzio), come modificato nel 1987.

Quando il testo legislativo è ampio, il legislatore può ripartire il testo raccogliendo gli articoli in gruppi e sottogruppi: il codice civile, ad esempio, è diviso in sei libri «Libri»; ciascun Libro è diviso in *Titoli*, ciascun Titolo in *Capi*, questi in *Sezioni*, infine le sezioni in *articoli*. Questa «geografia» non deve essere trascurata, sia perché aiuta a ritrovare gli articoli che interessano, sia perché – in un testo concepito esattamente come il Codice – ha una sua logica che qualche volta aiuta a capire i rapporti tra disposizioni diverse.

Sia gli articoli, sia le più grandi ripartizioni possono essere distinti da un testo che enuncia l'argomento trattato o riassume il contenuto della disposizione. Il testo degli articoli, che si chiama **rubrica**, non è parte della disposizione normativa, e perciò non vincola chi deve applicare la regola; può tuttavia essere utile per capire come la disposizione è stata concepita dal legislatore.

3. L'interpretazione delle disposizioni normative.

La *ricerca del significato* delle disposizioni normative è quella operazione, che chiamiamo «**interpretazione della legge**».

È bene precisare subito come va intesa l'espressione «ricerca del significato». È molto difficile imbattersi in una disposizione normativa il cui testo non sia compatibile con *più significati*. Perciò, «ricerca» del significato non va intesa nel senso che esiste un solo, unico, necessario significato del testo, che l'interprete deve scoprire: l'interpretazione della legge non è *scoperta* di una verità precedente, assoluta e incontestabile, ma *attribuzione* di significato.

- a) nell'ambito di ciò che è *compatibile* con il testo interpretato,
- b) secondo *criteri non arbitrari*, e assoggettabili a un *controllo di razionalità*.

Ma quali sono questi *criteri* dell'interpretazione? Qui, occorre distinguere due piani del discorso.

a) Il problema dell'interpretazione della legge è antico come il diritto. Nella storia del pensiero giuridico si sono affermati dei criteri ermeneutici (di interpretazione) che sono poi diventati oggetto di studio non solo tra i giuristi e i teorici del diritto ma da parte dei cultori di altre discipline (filosofia del diritto, filosofia del linguaggio, semantica, ermeneutica). Esiste quindi una *teoria dell'interpretazione* che può suggerire al giurista una gamma di *metodi interpretativi*.

b) Nell'ordinamento italiano, come in altri ordinamenti «codificati» esiste una disposizione legislativa (l'art. 12 delle Disposizioni preliminari al Codice civile) diretta a disciplinare la stessa attività di interpretazione delle leggi. Esistono quindi

dei *criteri normativi* per l'interpretazione che, nell'intenzione del legislatore, devono essere seguiti nell'interpretare qualsiasi regola dell'ordinamento.

Il testo legislativo è un messaggio linguistico, espresso in parole riunite in proposizioni. Si tratterà quindi anzitutto di considerare le parole usate nel testo. Una parola può avere una gamma più o meno ristretta di significati (diciamo, per semplicità, quelli che ci può indicare un buon dizionario). In questa gamma, si dovrà stabilire il significato delle parole *in relazione al contesto*.

Parola e
contesto;
interpretazione
«letterale»

Questa semplice indicazione è fatta propria dall'art. 12 Disp. prel., il quale dispone al primo comma che: «*Nell'applicare la legge non si può attribuire ad essa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse (...)»*.

A questi primi criteri si riferisce l'espressione «**interpretazione letterale**».

Si può osservare che il legislatore sembra pensare che ogni parola abbia un «significato proprio» (uno e uno solo); abbiamo invece sottolineato che ogni parola ha una gamma di significati, e solo il contesto (l'intero messaggio) può «concentrare» il significato: ad esempio, la parola «liquido» *non* può avere, se compare in un contesto in cui si parla di «debiti liquidi», lo stesso significato che ha se si parla di «contenitori per alimenti liquidi».

Il testo legislativo si caratterizza però come messaggio *prescrittivo*: le parole usate hanno lo scopo di prescrivere un determinato comportamento in una determinata situazione. Chi riceve questo tipo di messaggio deve chiedersi quale *risultato pratico* la prescrizione sia diretta a raggiungere, e deve quindi attribuire al testo un significato che sia *coerente con lo scopo* cui la regola è diretta. Si parla a riguardo di *ratio* (ragione pratica, scopo, logica) della norma: l'interpretazione che ne tiene conto è detta «**interpretazione logica**».

La *ratio* della
norma: inter-
pretazione
logica

Per fare un esempio molto semplice, la regola «È vietato sporgersi» scritta in un grande avviso sulla terrazza più alta di una torre panoramica ha una *ratio* diversa da quella che ha la stessa regola scritta sotto il finestrino di un treno. Nel primo caso, il risultato da ottenere è che il visitatore non abbia a perdere l'equilibrio e cadere al di là della ringhiera, nel secondo caso si vuole anche evitare che una parte del corpo esposta fuori dal finestrino possa essere colpita da un palo, o da un treno che viene nell'altra direzione. Quindi nel secondo caso, e non nel primo, «sporgersi» indicherà anche il gesto di sporgere un braccio.

Il criterio dell'interpretazione logica è fatto proprio anche dall'art. 12 Disp. prel. quando alla fine del primo comma impone all'interprete di rispettare «*l'intenzione del legislatore*».

Ratio della
norma e
intenzione de
legislatore

Nel linguaggio comune, «intenzione» è la volontà di una persona diretta a un fine. La regola sembra dunque obbligare l'interprete a tener conto di ciò, che «il legislatore» storicamente si proponeva nel dettare la disposizione. Il legislatore, però, non è una persona, della quale si possa ricostruire una «intenzione», ma un organo dello Stato. Di una «intenzione del legislatore» non si può parlare in senso

psicologico, né soggettivo, ma al più in senso *storico-politico*, per riferirsi agli scopi perseguiti con l'emanazione della norma, quali risultano, ad esempio, dai lavori preparatori e dalla *Relazione* alla legge. Tuttavia, l'interprete non può ritenersi vincolato a cercare un significato conforme alla «volontà politica» di cui la norma è, storicamente, un prodotto. La legge, una volta approvata, «si stacca» dall'organo che l'ha prodotta: non viene più in rilievo come una «decisione» legata a ragioni e fini di chi l'ha voluta, ma come un testo legislativo inserito nell'insieme dell'ordinamento giuridico.

La *ratio* della norma è perciò un vincolo per l'interprete solo se intesa in senso *funzionale* o *teleologico*: cioè come lo scopo, il *risultato razionale* che la norma può oggettivamente perseguire nel momento in cui viene applicata.

Interpretazione
estensiva e
restrittiva

La considerazione della *ratio* della norma, e gli altri criteri di cui parleremo, possono far sì che l'interprete attribuisca alle parole usate dal legislatore un significato più ampio, o più ristretto, rispetto a quello che deriverebbe dalla sola analisi linguistica della singola disposizione normativa.

Si usa perciò sottolineare due diversi *risultati* dell'interpretazione: si parla di **interpretazione estensiva** quando la regola, che è risultato dell'interpretazione, ha un campo di applicazione più esteso rispetto al significato letterale della disposizione; di **interpretazione restrittiva** nel caso opposto.

Interpretazione
giudiziale

Qualche osservazione merita poi la *provenienza* dell'interpretazione.

L'**interpretazione giudiziale**, cioè fatta dal *giudice* nel caso che deve decidere in realtà la formulazione di una regola concreta, che il giudice stesso applica per risolvere la controversia.

Questa interpretazione, nel nostro sistema, non è vincolante per altri soggetti né per altri giudici che decidano casi simili: solo il giudice, a cui la Cassazione rinvia la causa per la decisione di merito, è vincolato ad applicare il principio di diritto formulato dalla Suprema Corte (v. avanti, cap. 47).

Tuttavia, l'interpretazione giudiziale ha un'influenza di fatto, soprattutto quando si forma un *orientamento* costante (interpretazioni eguali ripetutamente affermate dai giudici). In particolare, la formazione di orientamenti giurisprudenziali è influenzata dalle decisioni della Corte di Cassazione (la cui funzione è proprio quella di assicurare una certa uniformità nell'applicazione del diritto) e in modo speciale dalle decisioni emesse «a Sezioni unite», per superare contrasti di giurisprudenza.

In realtà, come si è detto, l'evoluzione del diritto, la creazione di nuovi istituti, in definitiva la *formulazione* di regole non espressamente dettate dal legislatore è opera della giurisprudenza: l'espressione (usata anche dalla Corte costituzionale) «*diritto vivente*» può essere retorica ma rende l'idea che il diritto «reale» è quello *applicato* (lo *ius quo utimur*), non quello immaginato come un grande apparato di testi scritti.

Interpretazione
dottrinale

Una qualche influenza ha anche l'**interpretazione dottrinale**, cioè quelle *proposte* di interpretazione che vengono avanzate dagli studiosi del diritto. In altri sistemi

l'autorità del giurista è considerata una fonte da cui il giudice può attingere per la decisione. Non è così da noi; ma anche in questo caso, una buona proposta di interpretazione ha una certa probabilità di essere accolta, e di contribuire a formare orientamenti che determinano l'evoluzione del diritto «reale».

Del tutto diverso il rango della c.d. **interpretazione autentica**, cioè fatta dallo stesso legislatore con una o più nuove disposizioni normative che *prescrivono* come si debbano interpretare disposizioni vigenti che siano risultate di difficile interpretazione, o che comunque abbiano condotto a risultati che il legislatore vuole evitare.

Interpretazione autentica

Naturalmente, anche le disposizioni che prescrivono l'interpretazione autentica debbono essere interpretate: l'antico sogno dei legislatori, di scrollarsi di dosso gli interpreti, è destinato al fallimento.

4. L'idea di «sistema» e l'interpretazione.

Le disposizioni normative che il giurista deve interpretare non sono testi isolati, ma fanno parte di un insieme unitario, che chiamiamo «ordinamento giuridico». Se l'ordinamento giuridico nascesse «a tavolino», l'interprete avrebbe una formidabile guida per orientare il suo lavoro: potrebbe partire dalla premessa, che il linguaggio usato in tutte le disposizioni sia eguale a se stesso – cioè, grosso modo, che termini eguali siano impiegati, in contesti simili, con significati eguali – e che l'intero complesso di regole sia diretto a ottenere dei risultati coerenti.

Un ordinamento giuridico come il nostro, però, non si è formato istantaneamente, seguendo un disegno organico. Si è sviluppato invece nel tempo, e accumula ormai uno sull'altro diversi «strati geologici» di disposizioni normative.

La visione che un giurista ha dell'ordinamento non è tuttavia quella di una massa di regole isolate l'una dall'altra. Il giurista – e nella nostra tradizione, anche il legislatore – tende piuttosto a individuare dei *sistemi di norme* – come delle costellazioni – ciascuno dei quali si presenta come un *complesso coordinato in modo da perseguire un unico fine*: è questa la definizione tradizionale di **istituto giuridico**.

L'istituto giuridico

Nei grandi codici, la logica degli «istituti» risulta anche dalla ripartizione materiale fatta *dal legislatore*: il Codice civile italiano riunisce in distinti «titoli» le disposizioni che regolano, ad esempio, il matrimonio, il testamento, la proprietà, il contratto, l'illecito civile, e in singoli «capi» la condizione, la nullità del contratto, l'annullabilità, la prescrizione dei diritti ecc.

Ma anche in ordinamenti che non hanno codici, i *giuristi* riuniscono le regole, ricavate ad esempio dalla fonte giurisprudenziale, in unità funzionali simili a quelle ora elencate.

L'istituto giuridico è dunque la *risposta unitaria* che l'ordinamento dà a un problema di organizzazione della vita sociale. Ogni regola che abbia riguardo a quell'ordine di problemi deve essere dunque letta e interpretata – sia dal punto

L'istituto e l'interpretazione

«minore di età», senza precisazioni, intendendo: «minore di diciotto anni»; età inferiori dovranno essere espressamente indicate.

Il criterio funziona senz'altro all'interno di un istituto, o di un complesso di istituti, o all'interno di un testo legislativo unitario come è il codice. È dubbio che oggi si possa sempre farlo funzionare nell'interpretare la legislazione speciale: c'è chi sottolinea che a volte questa segue criteri di linguaggio e di «politica» così particolari, che si deve parlare di «**microsistemi**» che non comunicherebbero con l'esterno.

5. (segue) L'analogia. I principi generali.

L'interpretazione sistematica non compare tra i criteri prescritti nell'art. 12 disp. prel. Ma all'idea di «sistema» si ispira il secondo comma dell'articolo, che stabilisce come si debbano colmare le **lacune** dell'apparato normativo. Il problema nasce quando il giudice, chiamato a decidere un caso, non trova una disposizione normativa che sia applicabile alla situazione di fatto a lui presentata. Si suppone, naturalmente, che neppure un'interpretazione estensiva di disposizioni esistenti possa risolvere il problema. Esiste un «vuoto» nel tessuto delle disposizioni normative: una «*lacuna*». Come colmarla?

Il nostro sistema è retto dal principio per cui il giudice non può «creare» una regola di diritto, che riempia il vuoto legislativo. D'altra parte, vale anche il principio – che era espresso nel codice Napoleone – per cui il giudice non può negare giustizia, rifiutando di risolvere il caso.

L'antinomia tra i due principi non lascia che una strada: stabilire una specie di postulato, secondo cui *qualsiasi caso può essere risolto sulla base delle regole dell'ordinamento giuridico*. Lo si potrebbe chiamare il *postulato della completezza dell'ordinamento*, che è necessario per mantenere la *chiusura del sistema*, cioè per escludere che l'apparato normativo possa essere *integrato* da regole attinte a fonti estranee all'ordinamento medesimo.

Il postulato
della
completezza

Il postulato non è espressamente formulato, ma è la premessa logica del secondo comma dell'art. 12 disp. prel. Infatti, di fronte al caso non previsto da alcuna disposizione normativa – neppure estensivamente interpretata – il codice dispone che il giudice segua, in successione, i due criteri seguenti.

a) Anzitutto, si cercherà di risolvere il caso utilizzando «disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe»; si tratta della c.d. **analogia** (*analogia legis*), che corrisponde a un criterio logico fondamentale: soluzioni simili per problemi simili.

L'analogia

La «somiglianza» tra caso e caso va riconosciuta alla luce della *ratio* della regola che si vuole utilizzare: il caso non previsto cioè, deve porre un *problema* analogo a quello, che un'altra norma ha inteso risolvere in un caso simile.

L'analogia non porta ad *applicare* al caso non previsto la regola che disciplina il caso simile (come avviene nell'interpretazione estensiva); ma, avendo «riguardo» (come dice l'art. 12 disp. prel.) alla disposizione che vale per la situazione analoga, il giudice in sostanza *stabilirà* una regola *concreta* adatta alla questione che deve risolvere.

Ad esempio, il codice civile disciplina espressamente un certo numero di contratti, che proprio per questo si chiamano «nominati» o «tipici». Ma il mercato inventa continuamente nuovi schemi di accordi economici. In certi casi, si tratta di «varianti» dei tipi già previsti: ci sarà allora materia di interpretazione estensiva delle regole che riguardano questo o quel contratto. In altri casi, si è di fronte a schemi veramente nuovi. Come decidere le liti che nascono tra le parti? Ecco un esempio di ricorso all'analogia: il giudice, dopo aver capito la funzione economica del contratto e dunque il tipo di problemi che si tratta di risolvere, avrà «riguardo» alle regole che disciplinano un contratto, o più contratti, che hanno funzione analoga e presentano problemi simili.

Questo carattere «creativo» dell'analogia spiega i limiti imposti al suo impiego: non possono essere applicate per analogia le *leggi penali* (*nullum crimen sine lege*) e le leggi *eccezionali*, cioè che stabiliscono una eccezione a regole più generali (art. 14 disp. prel.).

I principi generali dell'ordinamento

b) Il ricorso all'analogia rende elastico il sistema normativo, ma non può garantire la tenuta del postulato di completezza e del principio di chiusura. Occorre un criterio, che permetta di chiudere qualsiasi lacuna. Il legislatore lo individua nei **principi generali dell'ordinamento giuridico** (c.d. *analogia iuris*).

L'idea di «principi generali dell'ordinamento» è strettamente legata all'idea di «sistema» normativo. Sappiamo infatti che ogni singola norma risponde a una *ratio*, è cioè diretta a conseguire un certo risultato razionale. Se immaginiamo un sistema di regole coordinate, interamente razionale, dobbiamo pensare che, nel suo insieme, sia diretto a raggiungere degli scopi fondamentali, che si specificano poi in obiettivi particolari.

La parte finale dell'art. 12 disp. prel. ci *prescrive* di considerare in questo modo l'ordinamento italiano; di ricavare quindi, dallo studio di tutte le regole espresse, delle grandi *linee di tendenza*, e formulare queste linee come regole di contenuto molto ampio: i *principi*.

In molti casi, il legislatore ci aiuta, dettando espressamente i suoi principi; in particolare nella Costituzione possiamo trovare enunciazioni, come quelle che riguardano la tutela dei diritti fondamentali e della personalità (art. 2), la libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41, comma 1°) e i suoi limiti (art. 41, comma 2°), il principio di legalità dell'espropriazione (art. 42, ult. comma), ecc. Ma molti principi sono impliciti nel sistema, ricavabili cioè soltanto come una *sintesi prescrittiva* di norme e istituti: così, nel diritto privato vale il principio dell'*affidamento* per cui va protetta la *fiducia giustificata dalle circostanze*.

Le clausole generali

Il ricorso ai principi serve a risolvere *casi non previsti*; supplisce, cioè, alla mancanza di una disposizione direttamente applicabile al caso. Non va quindi confuso

con l'applicazione di regole a contenuto molto ampio, che vengono chiamate «**clausole generali**», come ad esempio quella che prescrive alle parti di un qualsiasi contratto di comportarsi «*secondo buona fede*» (art. 1375) cioè da persone oneste e leali (v. avanti, cap. 16). Questo tipo di regole è dettato dal legislatore proprio per consentire al giudice di «concretizzare» il criterio di comportamento genericamente prescritto: di tradurre cioè la regola astratta in una più determinata regola concreta, adatta al caso che deve giudicare. Anche qui l'intervento del giudice è in qualche modo «creativo»: ma rimane nell'ambito dell'interpretazione di un'espressa disposizione normativa.