

Il libro esamina il fenomeno giuridico in tutti i suoi aspetti e nella sua più intima essenza. Le teorie più recenti e famose vengono valutate e criticate.

Alessandro Catelani si è laureato con 110 e lode con il prof. Giovanni Miele. Ha insegnato nelle Università di Perugia, Sassari e Siena. È studioso di diritto pubblico, costituzionale e amministrativo, e di filosofia del diritto. Ha vinto il concorso a ordinario nel 1986. Fa parte dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, e dell'ISLE. È autore di circa duecento pubblicazioni, fra le quali numerose monografie uscite in volume. Fra queste, per il Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello: *Il pubblico impiego*, Vol. XXI, che ha avuto tre edizioni, l'ultima delle quali è del 2003; *L'ordinamento regionale*, Vol. XXXVIII, 2006; *La sanità pubblica*, Vol. XL, 2010; ed anche *I beni e le attività culturali*, con Salvatore Cattaneo, Vol. XXXIII, 2002. Tutti questi volumi sono stati presentati alla Camera da illustri studiosi. Fra le sue opere giuridiche più recenti: *Il diritto come struttura e come forma*, Soveria Mannelli, 2013; *Lo Stato di diritto nel mondo moderno*, Saarbrücken, 2013; *Problemi giuridici della società contemporanea*, Roma, 2017; *Principio di legalità e Stato di diritto*, Roma, 2020; *Le circolari amministrative*, Milano, 2021; *La Giustizia e il diritto*, Bari, 2021; *Il diritto e lo Stato*, Generis Publishing, Chisinau, 2022. Ha organizzato vari Convegni, fra i quali, *La Costituzione materiale-Percorsi culturali e attualità di un'idea*, pubblicato nei Quaderni della Rassegna Parlamentare, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Milano, 2005.

ISBN 979-12-5965-357-4



9 791259 653574

€ 32,00



ALESSANDRO CATELANI

IL CONCETTO DI DIRITTO

Alessandro Catelani Il concetto di diritto

CACUCCI  EDITORE
BARI

ALESSANDRO CATELANI

IL CONCETTO DI DIRITTO

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2024 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214999
<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

Prefazione	21
-------------------	----

I

IL DIRITTO QUALE REALTÀ NORMATIVA

1. La società e le norme giuridiche	23
2. Il diritto quale fenomeno associativo	24
3. Il diritto quale contemperamento di contrapposti interessi	25
4. I rapporti giuridici	26

II

LA GENESI DELLA NORMA GIURIDICA

1. La manifestazione di volontà normativa	29
2. La provenienza da una società organizzata	30
3. L'assetto strutturale dell'ordinamento	31
4. La rappresentatività dell'organo esponenziale	32

III

LE PREROGATIVE DELLE NORME GIURIDICHE

1. La natura collettiva del comando	33
2. La volontà de-psicologizzata	34
3. L'imperativismo	34
4. Il vincolo generalizzato nei confronti dei consociati	35
5. La generalità e l'astrattezza	36
6. L'origine della teoria sulla generalità e l'astrattezza delle norme giuridiche	38

IV

L'ESTERIORITÀ DEL DIRITTO E LA SUA NATURA FORMALE

1. L'esteriorità del diritto	39
2. La forma giuridica	40
3. La forma come schematizzazione della realtà	41
4. La forma come logica	42
5. Il diritto come realtà ideale	42
6. La materia come realtà sociale non giuridica	43

V

LA CATEGORICITÀ DELLE NORME GIURIDICHE

1. La norma giuridica come imperativo categorico	45
2. La categoricità come provenienza da un ordinamento giuridico	46
3. La forma giuridica come elemento vivificante della società	46

VI

IL DIRITTO COME STRUTTURA

1. La natura strutturale del diritto	49
2. La schematizzazione normativa della società	50
3. L'ordinamento giuridico	51
4. I limiti connaturati ai diritti soggettivi	52
5. I rapporti giuridici quali settori dell'ordinamento giuridico	53
6. La variabilità della tipologia delle situazioni giuridiche soggettive	54

VII

LA COMPLETEZZA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

1. La presenza del diritto in ogni relazione intersoggettiva	55
2. Il problema delle lacune	56
3. L'eventuale intervento legislativo per colmare le lacune	57

VIII

LA RAZIONALITÀ DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

1. La coerenza e la sistematicità dell'ordinamento giuridico	59
2. Il rapporto fra le norme come espressione di logica	60
3. Il diritto come logica	60
4. L'aderenza della norma al dato sociale	61
5. La natura formale del diritto e la sua aderenza alle esigenze della società	62
6. Il nichilismo giuridico	63

IX

LA MANCATA OSSERVANZA DELLA NORMA

1. La norma esiste anche se non è osservata	65
2. La materiale coazione dei consociati	66
3. Il diritto considerato come atto di forza	67
4. Accidentalità della sanzione	68
5. Il principio di effettività	68
6. L'abrogazione conseguente ad un cambiamento di regime	68

X

LE NORME NON GIURIDICHE

1. Le norme morali	71
2. Le norme morali e lo Stato teocratico	72
3. L'universo normativo non giuridico	73
4. Le norme individuali non giuridiche	75

XI

LE NORME IPOTETICHE DELLA VITA DI OGNI GIORNO

1. Le norme ipotetiche dell'ordinamento giuridico	77
2. Rapporti giuridici e rapporti non giuridici	78
3. Le norme pregiuridiche e la vita di ogni giorno	79
4. Le norme pregiuridiche quale realtà sostanziale	80

- | | |
|---|----|
| 5. La tendenza a confondere il dato pregiuridico con quello giuridico | 81 |
| 6. La vita associata e la struttura giuridica della società | 82 |

XII

L'AUTONOMIA

- | | |
|--|----|
| 1. Il riconoscimento, da parte della collettività, della volontà individuale | 83 |
| 2. L'autonomia come potestà normativa | 84 |
| 3. Gli atti negoziali come diritto positivo | 85 |
| 4. Carattere pregiuridico degli atti non espressione di autonomia | 86 |
| 5. Gli atti autonomi come fonti di diritto | 87 |
| 6. Il riconoscimento dell'atto autonomo da parte dell'ordinamento superiore | 88 |

XIII

LA TIPOLOGIA DEGLI ATTI AUTONOMI

- | | |
|---|----|
| 1. Autonomia pubblica e autonomia privata | 89 |
| 2. Diversa natura formale degli atti autonomi | 90 |
| 3. L'autonomia normativa degli ordinamenti minori | 91 |
| 4. Poteri autonomi e poteri sovrani | 92 |
| 5. Il diverso riconoscimento della giuridicità degli ordinamenti minori | 92 |

XIV

I RAPPORTI TRA DISTINTI ORDINAMENTI GIURIDICI

- | | |
|---|-----|
| 1. Ordinamenti originari e sovrani e ordinamenti minori e derivati | 95 |
| 2. Validità e sovranità | 96 |
| 3. La pluralità degli ordinamenti giuridici | 97 |
| 4. La giuridicità degli ordinamenti minori come fatto di relazione fra le norme | 98 |
| 5. La presunta statalità del diritto | 99 |
| 6. Il cambiamento di un regime giuridico | 100 |
| 7. La rilevanza indiretta dell'inosservanza di singole norme | 101 |
| 8. Le norme giuridiche di interesse storico | 102 |

XV

PROFILI NORMATIVI DELLA SOCIETÀ

1. La dottrina "pura" di Kelsen	103
2. La Grundnorm	103
3. Le varie fasi della produzione normativa	104
4. I vari significati della norma fondamentale	105
5. La Grundnorm e l'ordinamento giuridico	106
6. L'ordinamento giuridico come dato di fatto	107
7. I principi generali dell'ordinamento	108

XVI

IL FONDAMENTO DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

1. La produzione delle norme giuridiche secondo Kelsen	111
2. I caratteri giuridici della gerarchia delle fonti normative	112
3. La formazione pregiudiziale della società	113
4. La pluralità degli elementi pregiudiziali che contribuiscono a formare la società	114

XVII

PARTE DISPOSITIVA DEL PRECETTO E SANZIONE

1. La sanzione come norma primaria secondo Kelsen	117
2. La norma sarebbe un atto di forza	118
3. Il diritto valido secondo Kelsen	118
4. L'imperativismo della norma non è un atto di forza	119
5. La sanzione come precetto distinto dalla parte dispositiva della norma	120
6. Norme sprovviste di sanzione	120

XVIII

I COLLEGAMENTI DEL DIRITTO CON IL DATO SOCIALE

1. I due momenti di collegamento del diritto con il dato sociale	123
--	-----

2. La rilevanza del dato pregiuridico nella configurazione della norma giuridica	124
3. L'assetto istituzionale dell'ordinamento come specchio della società rappresentata	124
4. La simbiosi tra materia e forma	125

XIX

L'IDENTIFICAZIONE DEL DIRITTO CON IL DATO SOCIALE

1. La teoria istituzionale di Santi Romano	127
2. Il diritto come complesso di forze pregiuridiche	128
3. Il diritto come rapporto di forza	129
4. L'integrale equiparazione di tutte le norme, giuridiche e pregiuridiche	130

XX

UBI SOCIETAS IBI JUS

1. Il diritto non è la società, ma l'organizzazione della società	133
2. La contrapposizione tra norma e società	134
3. La priorità del dato normativo su quello sociale	135
4. La negazione del principio di legalità	135
5. Il disconoscimento dei rapporti del diritto con la Giustizia	137
6. Il consenso sociale	138
7. La pluralità materiale e normativa degli ordinamenti giuridici	139

XXI

SANTI ROMANO E IL DIRITTO NATURALE

1. Aspetti giusnaturalistici della teoria istituzionale	141
2. Il fascino di un nuovo assoluto	143
3. Differenze dal diritto naturale	144
4. L'identificazione con il diritto naturale	145

XXII

LA LEGGE COME OPPRESSIONE

1. La concezione della norma giuridica secondo Paolo Grossi	147
2. Le differenze dalla teoria istituzionale	149
3. Lo Stato borghese monoclasse	150
4. La critica al principio di legalità	151
5. La critica allo Stato di diritto e alla tradizionale gerarchia delle fonti	152
6. La codificazione secondo Grossi	152
7. I testi cartacei	153

XXIII

L'INDISPENSABILE PRESENZA DELLA NORMA GIURIDICA

1. Uno Stato senza leggi	155
2. I vantaggi della codificazione	156
3. La necessaria presenza del pluralismo giuridico nella vita associata	156

XXIV

IL REALISMO GIURIDICO

1. Le correnti culturali del realismo giuridico	159
2. Le norme "valide" come norme effettivamente osservate	160
3. Le norme "valide" come norme pregiuridiche	161
4. Il convincimento interno dei consociati	161
5. Irrilevanza dell'atteggiamento psicologico dei consociati	163

XXV

IL DIRITTO COME CONVINZIONE DEGLI ORGANI GIUDICANTI

1. Il diritto "valido" secondo Alf Ross	165
2. Il diritto "valido" ritenuto tale dagli organi giudicanti	166
3. Il diritto "valido" che condiziona in concreto il comportamento dei consociati	167
4. Il diritto "valido" e il consenso sociale	167
5. Al diritto è estranea la componente pregiuridica soggettiva	168
6. La rilevanza indiretta della componente pregiuridica	169

XXVI

LA VALORIZZAZIONE DEL DATO SOCIALE NEL REALISMO
GIURIDICO

- | | |
|--|-----|
| 1. H.L.A. Hart e la “norma di riconoscimento” | 171 |
| 2. Hart e il dato pregiuridico | 172 |
| 3. Il pensiero di A. Catania e A. Baldassarre sul fenomeno giuridico | 173 |

XXVII

LA GIUSTIZIA E IL DIRITTO POSITIVO

- | | |
|---|-----|
| 1. La Giustizia quale valore assoluto | 175 |
| 2. Le infinite manifestazioni della Giustizia | 176 |
| 3. La validità etica del fenomeno giuridico | 177 |
| 4. La Giustizia come fondamento dell’ordinamento giuridico | 178 |
| 5. Le riaffermazioni, nella storia, della validità morale del diritto | 179 |

XXVIII

LA VALIDITÀ MORALE DELLE NORME GIURIDICHE

- | | |
|---|-----|
| 1. La validità etica delle norme giuridiche | 181 |
| 2. Le ragioni morali dell’osservanza delle norme giuridiche | 182 |
| 3. Il significato della mancata identificazione del diritto con la morale | 183 |
| 4. Le diverse finalità delle norme giuridiche e delle norme morali | 184 |
| 5. Diversità di contenuto delle norme giuridiche e delle norme morali | 184 |
| 6. La presunta natura utilitaristica del diritto | 185 |
| 7. L’asserita indispensabilità della sanzione | 186 |

XXIX

LA GIUSTIZIA E LA LEGALITÀ

- | | |
|---|-----|
| 1. La Giustizia quale fondamento della legalità | 187 |
| 2. Il principio di legalità nel Vangelo e nella cultura laica | 188 |
| 3. L’indispensabilità del diritto positivo per l’esistenza della vita associata | 188 |
| 4. La supremazia del potere legislativo e il principio della divisione dei poteri | 189 |

XXX

LA COSTITUZIONE E LA GIUSTIZIA

1. La Costituzione come espressione di poteri sovrani 191
2. La garanzia costituzionale dei valori morali della società 192
3. Norme costituzionali e principi etici 193
4. La coincidenza tra etica e diritto al vertice dell'ordinamento giuridico 194
5. L'eliminazione del dualismo tra la Giustizia e il diritto 195

XXXI

DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

1. La legalità e il diritto privato 197
2. La legalità e il diritto pubblico 198
3. Enti pubblici e soggetti privati 199
4. I poteri del legislatore nei confronti degli enti pubblici 200

XXXII

LE NORME GIURIDICHE CONTRARIE ALLA MORALE

1. Assenza di giuridicità delle norme criminali 203
2. L'inserimento delle organizzazioni criminali in altre superiori sopraordinate 204
3. Profili materiali e non giuridici delle organizzazioni criminali 205
4. I comandi criminali come forza brutta 206
5. Le norme immorali degli ordinamenti sovrani 207
6. *Remota justitia, regna quid sunt nisi magna latrocinia?* 208
7. La formula di Radbruch 208
8. Le norme eticamente valide dello Stato assoluto 210

XXXIII

I DIRITTI INVIOLABILI DELL'UOMO

1. I diritti inviolabili come diritti soggettivi 213
2. La tutela delle manifestazioni della personalità umana 214

3. I valori morali costituzionalizzati che tutelano i diritti umani	215
4. Aspetti giuridici e aspetti morali dei diritti inviolabili	216
5. La riserva di legge	217
6. Il limite al riconoscimento dei diritti inviolabili	218
7. La tutela differenziata dei diritti umani	219

XXXIV

DIRITTI DI LIBERTÀ E PROBLEMI MORALI

1. I diritti di libertà	221
2. La libertà come diritto di scelta	222
3. La libertà di coscienza	222
4. Vicende storiche della libertà di coscienza	224
5. La laicità dello Stato	225
6. Legalità e moralità	225
7. Rilevanza esterna del problema morale	226

XXXV

LA COSTITUZIONE MATERIALE

1. Il pensiero di Costantino Mortati sulla Costituzione	229
2. Evoluzione storica del concetto di Costituzione materiale	230
3. L'assetto istituzionale dell'ordinamento deve essere conforme alla Costituzione scritta	231
4. La Costituzione materiale come fatto normativo	232
5. La Costituzione materiale come interpretazione costituzionale	234

XXXVI

LA FASE ATTUATIVA DELLA NORMA GIURIDICA

1. La funzione giurisdizionale	237
2. Il sillogismo giudiziale	238
3. La sentenza come norma giuridica	240
4. L'obbligo dell'autorità giudicante di decidere ogni controversia	241
5. L'interpretazione come creazione normativa	242
6. L'attuazione della norma come costruzione dell'ordinamento giuridico	242

XXXVII

IL RAPPORTO DELLA SENTENZA CON IL DATO SOCIALE

1. Il diritto e la dinamica della società	245
2. Schematizzazione normativa e complessità della vita sociale	246
3. Critica al formalismo interpretativo	247
4. Il diritto vivente	248

XXXVIII

FATTISPECIE ASTRATTA E FATTISPECIE CONCRETA

1. Interpretazione della fattispecie concreta	251
2. Individuazione delle norme corrispondenti alla fattispecie concreta	252
3. Il concorso di più norme nella fattispecie astratta	253
4. Il dato pregiuridico e il giudizio di valore	254
5. Le regole interpretative	256
6. I principi giuridici	257

XXXIX

L'ASSORBIMENTO DEL DATO PREGIURIDICO

1. L'incidenza del dato pregiuridico sull'interpretazione della norma	259
2. La logica	260
3. L'immagine normativa	261
4. La norma assorbe il dato pregiuridico	262
5. Dato sociale fonte di diritto	264

XL

L'INTERPRETAZIONE GIURIDICA E LA GIUSTIZIA

1. La Giustizia come sintesi di norme pregiuridiche	265
2. La Giustizia completa la norma giuridica	266
3. L'interpretazione e il rispetto della legalità	266
4. La Giustizia come valore etico garante della legalità di ogni ordinamento giuridico	267

XLI

LA SOGGETTIVITÀ DELL'OPERAZIONE ERMENEUTICA

1. La libertà pregiuridica dell'interprete	271
2. La possibilità di decisioni differenziate	272
3. L'apporto del singolo all'operazione ermeneutica	273
4. La caratterizzazione sociologica della giurisprudenza	274
5. La flessibilità della norma giuridica e i suoi limiti	275
6. L'interpretazione giuridica come fatto di costume	276
7. L'applicazione della norma morale allo stato puro	277

XLII

L'OBIETTIVITÀ E LA SOGGETTIVITÀ INTERPRETATIVA

1. Il Consiglio superiore della Magistratura	281
2. Il significato limitato dell'indipendenza dei magistrati	282
3. L'obiettività come soggettività interpretativa	283
4. La subordinazione all'indirizzo del Consiglio superiore della Magistratura	285
5. Inconvenienti del Consiglio superiore della Magistratura quale centro di potere	285
6. Il Consiglio superiore della Magistratura e le correnti politiche	286
7. La differente dipendenza da un governo democratico e da un governo assoluto	287
8. La Giustizia amministrata in nome del popolo	288
9. La responsabilità disciplinare e civile dei magistrati	288
10. Inadeguatezza del Consiglio superiore della Magistratura a garantire l'indipendenza dal potere politico	289

XLIII

L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA E L'EQUILIBRIO DEI POTERI

1. L'indipendenza della Magistratura e l'attendibilità delle sue decisioni	291
2. Gli inconvenienti dell'attuale sistema giudiziario	292

-
3. L'ingerenza del potere giudiziario nei confronti degli altri poteri dello Stato 283
 4. L'alterazione del principio dell'equilibrio dei poteri 284

XLIV

I GIUDIZI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

1. Le particolari competenze della Corte Costituzionale 297
2. Il giudizio sui valori morali garantiti dalla Costituzione 298
3. Il giudizio politico sugli atti legislativi 298
4. Il condizionamento, da parte della Corte, dell'indirizzo politico dello Stato 301

Bibliografia

303

PREFAZIONE

Il diritto è sempre stato identificato con la Giustizia, tanto che i due termini vengono spesso usati indifferentemente. Ma il diritto richiama le norme giuridiche che vengono emesse all'interno di una collettività, mentre la Giustizia fa riferimento a valori assoluti, i quali con i primi non sempre coincidono. Fin dall'antichità, il grande problema dell'individuazione del fenomeno giuridico è stato quello dei rapporti con la Giustizia quale valore assoluto, con il diritto naturale. In epoca moderna, la tecnica giuridica si è perfezionata in maniera decisiva attraverso la codificazione, e si è manifestata la tendenza a considerare la norma giuridica indipendentemente da ogni problema morale.

Successivamente al trionfo della codificazione e del normativismo, fin dall'Ottocento sono sorte correnti culturali incentrate sulla valorizzazione del dato sociale, con il quale il diritto tenderebbe ad identificarsi.

La considerazione della norma giuridica, quale entità estranea alle esigenze della società, è apparsa priva di ogni giustificazione, e espressione di puro arbitrio, e si è cercato di collegarla, non già al diritto naturale, considerato espressione di una metafisica non più attuale, ma alla società, al dato sociale. Questa tendenza ha avuto svariate formulazioni e applicazioni, diversificate fra di loro. In linea di massima, secondo questa impostazione, una norma sarebbe valida solo se posta in conformità alle regole e ai principi della società, e soprattutto se concretamente applicata.

Nella cultura giuridica italiana questa tendenza ha trovato espressione nella teoria istituzionale di Santi Romano, che ha identificato il diritto con il dato sociale: la norma giuridica non sarebbe che espressione della volontà della società, alla quale spetterebbe il primato nei confronti del dato normativo.

Santi Romano si è spinto fino ad identificare il fenomeno giuridico con il comportamento sociale, qualunque questo fosse, anche se espressione di norme criminali.

Questa identificazione del diritto con la forza venne particolarmente apprezzata dai contemporanei, molti dei quali hanno considerato l'Autore uno

dei massimi teorici del passato regime. E quanto è accaduto in quel periodo non è stato che l'inizio di un successo ancora più grande e ben più duraturo: il richiamo al dato sociale ha avuto un immenso successo in un periodo storico che ha considerato la socialità quale nuovo assoluto.

L'identificazione del diritto con il dato sociale domina tutta la cultura giuridica contemporanea del nostro Paese da più di un secolo; e è stata seguita come un dogma, la cui attendibilità è sempre stata data per presupposto.

Santi Romano viene universalmente considerato l'artefice della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici; così che ogni critica che gli venga formulata viene interpretata come negazione di tale pluralità, e come riduzione del diritto a quello statale, che nemmeno riuscirebbe a spiegare l'esistenza del diritto comunitario e internazionale. Non si esce da questa impostazione, perché ogni teoria contraria non viene presa in considerazione, e non è conosciuta. Chi non accetta l'opinione dominante viene ignorato e disprezzato: non viene reputato degno di essere preso in considerazione, non esiste proprio. E se si vuole fare ad esso riferimento, si fa ricorso alle più plateali e insultanti mistificazioni.

Il dibattito scientifico non deve tollerare queste volgarità.

Lo stesso metodo adottato è privo di ogni serietà scientifica: ignorare e disprezzare le verità scomode, per contrastarle, è un rimedio efficace, ma che non può andare avanti all'infinito.

Un esame veramente approfondito e completo di un problema esige che vengano esaminate le opinioni più rilevanti e significative, che al riguardo siano state formulate. L'esame deve essere condotto con assoluta obiettività, consentendo anche critiche che vadano al di là dei luoghi comuni. Ogni studioso deve avere libertà di pensiero e di critica. Ritenerne diversamente significherebbe considerare valido il principio di autorità, un *ipse dixit* di sapore medievale.

Alessandro Catelani

I

IL DIRITTO QUALE REALTÀ NORMATIVA

SOMMARIO: 1. La società e le norme giuridiche. 2. Il diritto quale fenomeno associativo. 3. Il diritto quale contemperamento di contrapposti interessi. 4. I rapporti giuridici.

1. L'esistenza di una società implica che una volontà umana, espressione della collettività, regoli i rapporti tra gli uomini che ne fanno parte: una società non può esistere se i consociati, attraverso la volontà collettiva, non regolino i rapporti intersoggettivi che tra di essi intercorrono. Il diritto è indispensabile in quanto vi devono essere dei comandi, i quali promanano dagli organi esponenziali della collettività, e che regolino l'agire dei consociati nei loro reciproci rapporti. Una società in cui non vi sia alcuna regola di comportamento, e ognuno faccia quello che vuole, non è una società. Una società, se esiste, è necessariamente ordinata, organizzata da precetti che hanno una tale fonte, e i cui destinatari sono coloro che ad essa appartengono. Una società non può esservi se non esiste un potere che la ordini; e tale potere, se non è quello normativo della legge, si identifica con la violenza e la sopraffazione. Il fenomeno giuridico è dunque un prodotto della vita associata, nel senso che la società esprime necessariamente un complesso di norme giuridiche, dalla cui esistenza il corpo sociale non può prescindere.

Una società nella quale non esistano leggi, le quali siano espressione della volontà collettiva per regolare l'attività dei consociati nei loro reciproci rapporti, non è un ordinamento perché non esiste il diritto; e non è nemmeno una società, perché una società non può esistere a prescindere dal diritto, che deve ritenersi ad essa connaturato. Una società priva del diritto, e che non sia strutturata, appunto, come corpo sociale, non è nemmeno astrattamente ipotizzabile perché, come si afferma tradizionalmente, ogni società è un ordinamento.

Ogni società, solo per il fatto che esiste, per quanto rudimentale e primitiva, presenta un complesso di norme che regolano il comportamento dei con-

sociati, e a queste si attribuisce la qualifica di diritto positivo. Ma di tale fenomeno, quale sia la natura e l'effettiva portata, è sempre stato controverso.

2. La vastità dei problemi che l'interprete deve affrontare, per definire i caratteri del fenomeno giuridico, consente tuttavia di muovere da una constatazione, da un dato di fatto, sul quale, in quanto tale, si è sempre stati concordi; e cioè che qualunque collettività organizzata si rivolge, attraverso i propri organi esponenziali, ai consociati, imponendo loro una serie di comandi, che ne condizionano l'attività nei loro reciproci rapporti.

Il diritto è fenomeno associativo che attiene a quella particolare dimensione della personalità umana la quale riguarda i rapporti del singolo con i suoi simili. L'uomo da solo non è concepibile, in quanto è sempre e necessariamente inserito in una collettività, in una certa società. L'esistenza di una vita associata, di forme associative che accompagnano l'esistenza dell'individuo, è una dimensione necessaria dell'esistenza di ogni persona. Da ciò l'esigenza di regolamentare questi rapporti, in modo che la sua personalità, così come quella delle persone con cui viene a contatto, sia salvaguardata. Si richiede la garanzia di interessi superindividuali che solo possono essere propri di una collettività alla quale il soggetto appartiene; perchè solo la collettività può garantire il corretto manifestarsi della personalità di ciascuno, la sfera individuale del singolo nei suoi molteplici contenuti.

La funzione del diritto è quella di definire le contrapposte sfere giuridiche dei singoli consociati, attraverso una delimitazione di tutta la realtà. Anche gli Stati meno civili, se sono entità organizzate, in quanto società organizzate, non possono non fondare le proprie norme sul temperamento dei rapporti fra le contrapposte sfere giuridiche, spettanti ai singoli soggetti che li compongono. La regolamentazione di tali reciproci rapporti è appunto il diritto. La presenza di una pluralità di soggetti richiede che l'individualità di ciascuno si contemperì con quella dell'altro, così che sia assicurata la civile convivenza di tutti¹.

¹ Attraverso la determinazione dell'attività consentita si definiscono i limiti della sfera giuridica di ciascuno, la cui consistenza è data dai confini entro i quali l'attività si può esercitare: "...ciò che è in questione è soltanto la forma di relazione dei due arbitri, in quanto questi sono considerati assolutamente come liberi, e occorre cercare unicamente se l'azione di uno dei due possa accordarsi con la libertà dell'altro secondo una legge universale. Il diritto è dunque l'insieme di condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio dell'altro secondo una legge universale delle libertà." (I. KANT, *La metafisica di costumi*, parte I, paragrafo B). Nessun diritto si può esercitare, e può essere configurato, a prescindere da certi limiti, perché nessun diritto si può concepire se il singolo non è inserito stabilmente in una collettività: il diritto a tene-

Proprio in quanto il singolo non può vivere isolato, ma deve essere inserito in una collettività, mentre l'esistenza del singolo estraniato dalla società non è neppure astrattamente concepibile, ciascuna norma deve avere necessariamente lo scopo di contemperare le esigenze di ciascuno con quelle degli altri consociati. Al di là di un giudizio di valore che si può dare delle singole norme, occorre sottolineare che ogni società presuppone una sua, se pure maggiore o minore a seconda delle circostanze, aderenza al fine di contemperare adeguatamente le reciproche sfere giuridiche dei soggetti che la compongono.

Con la vita delle persone il diritto non ha un approccio, un impatto episodico e occasionale, ma costituisce un momento di incontro che la coinvolge nella sua interezza. Il comportamento delle persone sempre è condizionato dal fenomeno giuridico. Il diritto è un aspetto necessario, una dimensione indispensabile dell'esistenza di ciascuno, perché non può esservi alcuna persona senza che sussista anche un complesso di norme che ne regolino l'agire, per consentire a essa di convivere con i suoi simili. Il diritto si traduce nel contemperamento di singole e contrapposte individualità, di distinte sfere giuridiche, che si rende necessario per assicurare l'esistenza stessa della vita associata, di quella vita associata della quale nessuno può fare a meno. Tutto ciò che è giuridico si traduce necessariamente in un fatto di relazione.

3. Attraverso le norme giuridiche si definiscono le contrapposte sfere di interessi, perché il diritto è per sua natura determinazione e delimitazione di contrapposti interessi. Il contemperamento delle contrapposte sfere giuridiche nei rapporti intersoggettivi avviene attraverso la salvaguardia di una situazione di interesse, che fa capo ai soggetti dell'ordinamento fra i quali il rapporto, stabilito dal diritto, intercorre. L'interesse è la situazione sostanziale sottostante alla posizione di vantaggio che l'ordinamento crea a favore di certi soggetti, pubblici o privati. Ogni norma giuridica, per contemperare le contrapposte sfere giuridiche, oppure creandone di nuove, costituisce una posizione di vantaggio a favore di certi soggetti, o comunque di certe autorità, pubbliche o private. E a tali situazioni di vantaggio è sottostante un certo interesse, una determinata situazione sostanziale, che deve essere soddisfatta. La norma, quando viene emanata contemperando le contrapposte sfere giuridiche, sempre tutela una situazione sottostante, che si può considerare come interesse; così che lo stesso fenomeno giuridico si configura come contemperamento di contrapposti interessi.

re un certo comportamento è un diritto condizionato dalle esigenze della società, nella quale il soggetto è inserito.

L'interesse è la situazione sostanziale che consente a un soggetto il godimento di certe utilità che un bene, che può essere della più varia natura, produce. L'interesse non è soltanto materiale, ma può essere anche spirituale, culturale, o di altra natura. Sempre ogni azione umana è mossa da un interesse, cioè da uno scopo, che è costituito dal raggiungimento di certe utilità, quale si realizza attraverso il godimento di un bene che può essere della più varia natura.

Gli interessi tutelati possono essere individuali o collettivi. Alla base della vita associata vi è l'esigenza di tutela degli interessi di ciascun consociato, sia come singolo, sia in quanto facente parte della collettività nel suo complesso. Accanto agli interessi dei consociati considerati nella loro individualità, deve dunque essere tutelato anche l'interesse collettivo. Interessi pubblici e privati coesistono, ed è compito della norma contemperarli.

La tutela dell'interesse collettivo, pur se contrapposta a quella dei singoli consociati, è indispensabile per ciascuno di essi. Le esigenze collettive sono quelle che giovano non solo al singolo, bensì a tutta la collettività, considerata nel suo complesso, e di cui i singoli soggetti fanno parte. L'uomo non può procurarsi da sé tutte le utilità delle quali ha bisogno, ma deve partecipare a una collettività, per godere anche delle utilità collettive, di quei vantaggi che la società gli procura. La presenza di un corpo sociale con i suoi specifici interessi collettivi, contrapponibili a quelli individuali, ha una sua ragion d'essere nei benefici che procura la vita associata rispetto a quella individuale.

4. Il diritto comprende la realtà nella sua interezza, nella sua globalità; ma può astrattamente essere scomposto, sezionato, in rapporti giuridici dei quali formano il contenuto non solo i diritti soggettivi, ma anche altre categorie di situazioni giuridiche attive e passive². È attraverso questi molteplici elementi, rappresentati da soggetti, da oggetti e dal loro contenuto, che viene compiuta la schematizzazione di tutta la realtà da parte dell'ordinamento: l'ordinamento si scompone in rapporti giuridici, quali specifici settori di una più ampia realtà, la quale è rappresentata dall'intero corpo sociale.

Ogni norma giuridica definisce una relazione intersoggettiva, effettuando un contemperamento delle contrapposte sfere di interesse delle quali ciascuno è titolare; ed è attraverso tale contemperamento tra i vari soggetti, fra i quali la

² Il rapporto giuridico comprende una realtà estremamente diversificata di situazioni giuridiche attive e passive, quali sono stata definite dal diritto positivo nel corso del tempo, e che la giurisprudenza e la dottrina hanno progressivamente individuato. Così, solo per citarne qualcuna a titolo di esempio, oltre ai diritti soggettivi, vi sono gli interessi legittimi e gli interessi semplici, i poteri giuridici e le facoltà, gli obblighi e i doveri giuridici (cfr. *infra*, Cap. VI, n.6).

collettività si scompone, che viene garantita la sfera giuridica dei componenti del corpo sociale.

Il diritto è un fatto di relazione: il complesso normativo garantisce i diritti dei singoli che, quali posizioni di vantaggio su certi beni della più varia natura, hanno una loro tutela da parte della norma giuridica, e che in tanto esistono, in quanto sia rispettata la norma dalla quale traggono origine.

Il diritto si traduce nella connessione sistematica dei soggetti che fanno parte di un certo corpo sociale. Poiché ogni soggetto, solo perché è inserito in una determinata collettività, si pone nei confronti degli altri consociati in una pluralità indeterminata di rapporti intersoggettivi, tutti gli elementi costitutivi di una società si pongono fra di loro in reciproci rapporti, che vengono definiti dalla norma giuridica.