

## 1. *La dinamica nel fenomeno giuridico. La giuridicità delle norme.*

L'indagine sulla dinamica giuridica è condotta nel quadro di analisi più generale della fenomenologia giuridica. Essa è essenzialmente condizionata dalle premesse epistemologiche poste in ordine alla natura della norma giuridica.

Indagare il fenomeno giuridico presuppone una ricerca e una scelta. Non sfugge all'osservatore più attento che il suo costituente fondamentale, la norma giuridica, è insuscettibile di univoca rappresentazione con riguardo alla sua forma logica, alla sua natura, struttura, dinamica effettuale, e risente del contesto di relazioni sociali in cui si propaga la sua effettività.

La dimensione relazionale che la contraddistingue (norma giuridica come *species* del più vasto *genus* delle regole

---

(\*)I riferimenti e le citazioni saranno limitati a una minima parte della vasta schiera di autori e di opere consultabili sui temi d'indagine, prescelti dall'autore per occasioni di lettura, rimandi di altre ricerche o suggestioni suscitate. Non è ambizione di chi scrive, atteso anche il taglio e le finalità del presente lavoro, fornire accurate e complete indicazioni bibliografiche, bensì indicare testi classici e suscitare nel lettore un interesse alla ricerca e all'approfondimento delle materie trattate. Si omette di citare il saggio pubblicato da chi scrive in *Jus* 2007, che contiene riflessioni su alcuni dei temi qui trattati.

sociali) (1), posta in ineludibile rapporto con lo scopo che attraverso la sua emanazione si intende perseguire, lascia affiorare la necessità di individuare preliminarmente (donde la “ricerca”) il quadro di riferimento entro cui la singola norma esprime la propria dinamica, quadro che si compone sempre di un complesso di norme (mai di una singola), e assurge a *sotto*-sistema di un più ampio sistema normativo che ricomprende tutte le norme e costituisce l’ordinamento giuridico generale.

Nella indicata prospettiva, altro è, allora, l’interrogarsi sulla *natura* della norma giuridica, intesa alla stregua di dato di una certa realtà fenomenica, elemento costituente dell’ordinamento giuridico da porre in diretto confronto con le regole appartenenti ad altri sistemi: regole sociali, morali, religiose, del costume dell’etichetta etc. Altro è il *classificare* le norme: vale a dire, all’interno del medesimo ordine (*i.e.* sistema generale), ripartirle in classi sulla base di criteri discretivi univoci, ricavabili dai requisiti e dalle prerogative costanti di esse (funzione, scopi, destinatari etc.).

---

(1) Questo rapporto di genere a specie trova in realtà numerose declinazioni: ampliando l’elemento generico sino alla sua massima estensione, sarà possibile identificare una categoria generalissima al cui interno far confluire tutti i tipi di norme (sociali, morali, giuridiche, etiche, religiose, di costume, d’etichetta). Il *genus* così ricavato è denominato “norma umana” da N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, 3<sup>a</sup> ed., rist., Padova, 1990, p. 5. Le ragioni per cui, ad avviso di chi scrive, le norme giuridiche costituiscono un sottoinsieme della categoria delle regole sociali saranno illustrate *infra*, par. 2. Nel presente studio, per comodità espositiva e con l’intento di agevolare la comprensione del lettore, il vocabolo “norma” sarà spesso stipulativamente utilizzato con esclusivo riguardo alle norme giuridiche, mentre per tutte le altre si discorrerà soltanto di “regola” o “precetto”.

Con riguardo al primo processo (indagine sulla *natura*), l'analisi è orientata a investigare l'essenza stessa della norma, vale a dire la sua *giuridicità*. Superfluo è rilevare che pochi temi, come quello in discorso, hanno suscitato l'interesse di filosofi, teorici generali, giuristi, dando luogo a una straordinaria varietà e articolazione di teorie e soluzioni.

In linea con le finalità del presente scritto, sia tuttavia sufficiente notare: (i) che il predicato della *giuridicità* è da collocarsi al di fuori della norma, come connotato *esteriore* che non incide sulla sua struttura; (ii) che, pertanto, la *giuridicità* è riferita alla *fonte* della norma, piuttosto che alla norma stessa: *fonte* intesa come fatto (o atto o processo di produzione), ma, indirettamente, anche come autorità nomogenetica.

Date queste premesse, risultano per ciò non condivisibili quelle opinioni – assai diffuse e accreditate in dottrina – le quali, pur con sfumature e accenti diversi, sogliono ricavare la *giuridicità* delle norme dalla particolare *garanzia* da cui esse sarebbero assistite, e cioè dalla supposta certezza di realizzazione della conseguenza prevista per la loro violazione: in una parola dalla eseguibilità di una sanzione. Conclusione, questa, che, pur nella varietà di ricostruzioni, trova costante sbocco in concezioni le quali, in definitiva, faticano ad affrancarsi totalmente dall'idea della imperatività del diritto (diritto come “comando”), anche quando il punto di osservazione prescelto è assunto come esclusivamente “formale” (2).

---

(2) Significativa, al riguardo, la teoria delle prescrizioni giuridiche formulata da N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. Torino, s.d. ma 1993, di cui si v.no, in particolare, i capitoli III, IV e V.

L'equazione *garanzia* (di realizzazione coattiva)=*giuridicità* appare tuttavia da respingere. Messo in disparte il sin troppo agevole (ma non insignificante) rilievo tratto dalla esistenza di norme prive di sanzione (si pensi alle norme costituzionali, o sulla produzione giuridica o determinative di situazioni, *status* etc.), che, in quell'ottica, dovrebbero essere classificate come non giuridiche (3), il punto critico si concentra sul fatto che queste concezioni paiono fondarsi su di una inversione logica: non è infatti il dato della *giuridicità* a potersi ricavare dal connotato di asserita certezza della realizzazione coattiva, bensì, all'opposto, la *giuridicità* costituisce una condizione affinché la *garanzia* possa essere attuata, vale a dire affinché gli atti compiuti per tale attuazione (4) non costituiscano a loro volta violazioni di altre norme.

Nel quadro così delineato, l'idea che la *garanzia* di attuazione esprima il senso della *giuridicità* non può non lasciare insoddisfatto lo studioso e non orientarlo a ricercare altrove quel predicato significativo che contraddistingue indistintamente tutte le norme giuridiche: posto che il connotato della *giuridicità* è carattere esteriore, esso dovrà allora essere individuato in un indice di *riconoscibilità* sociale (5) e anzi, più precisamente, in un indice

---

(3) Minimizza questa circostanza, ritenendola irrilevante, N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 136. Per un riferimento, in tema, alla dottrina di Hans Kelsen, v. *infra*, par. 4.

(4) Un esempio assai significativo: privazione della libertà personale (arresto, reclusione) o uccisione (pena capitale) del reo. Significativi alcuni passaggi di A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Rechts* (Weimaar, 1878), trad. it. a cura di A. Levi, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1951, pp. 16 s.

(5) Per questa teoria, si v., ad esempio, E.R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg, 1894, I, p. 40, secondo il quale le

di *considerazione* (“*opinio*”) sociale di un dato sistema di regole. A differenza degli altri sistemi (di regole meramente sociali o morali o di costume etc.), quello che racchiude le norme giuridiche (ordinamento giuridico) è reputato come tale (vale a dire come giuridico) dalla maggioranza dei membri di una data comunità sociale (6). E – si badi bene – quella *considerazione* è diretta, e assume ad oggetto, non tanto le singole norme o un dato ordinamento, quanto piuttosto la *fonte* (7) da cui le norme pro-manano, *riconosciuta* nella comunità sociale come idonea a formulare precetti avvertiti come giuridici dai suoi destinatari (8). In ciò distinguendosi dalla *considerazione* sociale che è alla base della consuetudine, rispetto alla quale l’*opinio* della generalità è “*iuris*”, cioè concerne la

---

norme giuridiche si distinguono dalle altre «*dadurch dass sie als Norm und Regel der äusseren Zusammenlebens anerkannt werden innerhalb eines bestimmten Kreises von Menschen*» (per il fatto che esse sono riconosciute come norme e regole della vita collettiva esteriore all’interno di una determinata comunità di uomini). In linea di condivisione, N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 7.

(6) È innegabile che si tratti di un «*indice empirico*», che soccorre in assenza di un criterio formale: N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*

(7) N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 8. “Fonte” intesa come organo o autorità sovrana prima ancora che come procedimento di nomogenesi, attesa la differenza, cui di qui a poco si farà cenno, tra *giuridicità* e *validità* delle norme.

(8) È indifferente, al riguardo, che quella *considerazione* sociale, avente per oggetto la *fonte* di produzione normativa, sia frutto di un libero convincimento dei destinatari, che si traduce anche in libere scelte, come avviene negli ordinamenti democratici, ovvero sia subita senza reagire dai destinatari, come avviene nei regimi autoritari.

norma in sé, non già la sua fonte di produzione, la cui giuridicità è perciò presupposta.

Esemplificando quanto ora osservato, ipotizziamo che un gruppo di novecentoquarantacinque cittadini italiani si riunisca al Palazzo dei congressi dell'EUR in Roma e, all'esito di un dibattito previamente regolamentato, deliberi, sempre in forme da essi stessi previamente stabilite, la formulazione di un decalogo avente a oggetto regole di comportamento sull'utilizzo delle armi da fuoco per la difesa personale in Italia, dichiarando, ad esempio, che, per gli scopi e alle condizioni indicati in quel decalogo, le armi possono essere detenute e utilizzate da privati cittadini. L'omicidio successivamente compiuto da taluno, utilizzando un'arma conformemente alle previsioni del decalogo, costituirebbe un illecito penale per la legge italiana; mentre, se le stesse regole di condotta previste dal decalogo fossero riversate in una legge approvata dal Parlamento italiano (vale a dire dalle due assemblee legislative riunite nella Camera dei deputati e nel Senato della Repubblica e con le forme procedimentali contemplate dalla nostra Costituzione), quell'omicidio avrebbe conseguenze del tutto diverse (o non avrebbe conseguenze).

La differenza sembra, nel caso proposto, risiedere allora proprio nella *considerazione* sociale della *fonte* normativa, intesa però, più specificamente, come autorità legiferante, non già come procedimento formativo. Il decalogo formulato dai cittadini riuniti nel Palazzo dei congressi (9), che, come atto, storicamente esiste, contempla

---

(9) Anche i luoghi istituzionali esprimono un significato determinante sotto il profilo della *riconoscibilità* sociale: se quei cittadini

regole inesistenti dal punto di vista giuridico, nulle come norme e quindi *a*-giuridiche, dato che l'assemblea che le ha emanate non è socialmente *considerata* idonea (dunque non è legittimata) a emanarle. Quelle regole sarebbero altresì, pur solo in ipotesi, prive di *validità*, giacché il processo nomogenetico seguito da quell'assemblea non è stato conforme alle norme costituzionali italiane sulla produzione giuridica. Ma ciò resta comunque irrilevante: quando manca la giuridicità, non si pone mai un problema di *validità* (10), perché la *validità* deve essere vagliata relativamente a ciò che è riconosciuto come giuridico (11). La legge approvata dal Parlamento italiano contiene norme dotate di giuridicità e, se il procedimento seguito per la sua approvazione è stato conforme alle norme sulla produzione giuridica, contiene norme *valide*. Emerge, al riguardo, la non perfetta coincidenza tra *giuridicità* e *va-*

---

si riunissero con la forza nelle aule del Palazzo di Montecitorio e del Palazzo Madama, il loro atto non sarebbe considerato soltanto una violazione di domicilio, ma un colpo di stato, e, come tale, produrrebbe determinate conseguenze sul piano giuridico.

(10) «*La validità esprime l'esistenza specifica della norma*»: N. IRTI, *Rilevanza giuridica* (in *Jus*, 1967, pp. 55 ss., e come voce, in *Noviss. Dig. it*, XV, Torino, s.d. ma 1968, pp. 1094 ss.); ora in ID., *Norme e fatti, Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, s.d. ma 1984, p. 50 (da cui i luoghi anche delle successive citazioni).

(11) La *validità* deve essere infatti sempre giudicata con riguardo a un dato che ne costituisca il riferimento. Risulterebbe del tutto indifferente che i cittadini riuniti in assemblea si adeguassero alle norme sulla produzione giuridica previste dall'ordinamento costituzionale italiano. Se essi hanno preconstituito regole formative, la *validità* andrà valutata con riferimento a quelle regole e quindi a un ordinamento diverso: l'ordinamento di quel corpo sociale.

lità, il cui rapporto non è biunivoco. Valga allora la seguente articolazione. La norma potrà essere: (i) giuridica e, al tempo stesso, valida, ma anche (ii) giuridica e *invalida*. Non invece: (iii) valida e *a-giuridica*, né (iv) *invalida* e *a-giuridica*.

Circa la prima relazione (giuridicità/validità), va osservato che l'invalidità non priva mai la norma della sua giuridicità. Si coglie, sotto questo profilo, l'importanza dell'indice di *considerazione* sociale della fonte: una norma *invalida*, perché, in ipotesi, emanata dal Parlamento con un procedimento non conforme alla disciplina costituzionale (12), mantiene comunque il carattere della giuridicità. Essa sarà suscettibile di abrogazione e, fino a quando la Corte costituzionale non la annullerà dichiarandola costituzionalmente illegittima, svolgerà pienamente i suoi effetti, che saranno addirittura irreversibili relativamente ai rapporti così detti "esauriti" (cioè ai diritti acquisiti). Mentre le regole formulate dai privati cittadini riuniti in assemblea, saranno insuscettibili di un vaglio di legittimità costituzionale.

Circa la seconda relazione (validità/*a-giuridicità*), è palese che l'assenza di giuridicità precluda ogni giudizio sulla validità, la quale, nel campo del non giuridico, resta sempre irrilevante, o rileva rispetto a ordinamenti diversi di natura non giuridica.

Se, dunque, la *considerazione* sociale funge da indice di giuridicità di un ordinamento, va parimenti rilevato che es-

---

(12) Si pensi a una legge approvata senza il numero legale dei parlamentari in aula o a una disposizione contenuta in un decreto legislativo che non trovi alcun riscontro nella (legge-)delega conferita dal Parlamento al Governo.



sa non è mai fissa e immutabile. La “rivoluzione”, anche pacifica, ne determinerà il cambiamento. Fu quanto, ad esempio, accadde in Italia nel 1946, con l’insediamento dell’Assemblea costituente: gli organi del sistema legislativo fascista persero la legittimazione a produrre norme giuridiche (13).

---

(13) Fu, quello, un processo di ardua complessità, che certo non si può sintetizzare in poche parole e fuori dal contesto storiografico in cui deve essere considerato. È, però, assai interessante notare che negli ordinamenti moderni la tendenza è sempre quella di affidare tutto alla legge, e quindi a *legalizzare* anche la “rivoluzione”, proprio per dare garanzia di certezza e stabilità agli atti che si assumono. Si tratta spesso, quindi, non già di iniziative spontanee ed estemporanee affidate soltanto a guerre o moti di piazza, ma di atti che trovano sostegno nella legge. Nel nostro caso, vale la pena notare che, già all’indomani della liberazione di Roma dall’occupazione tedesca ad opera degli alleati, a guerra in corso e con l’Italia occupata ancora per metà, Umberto II, in qualità di luogotenente del Regno, emanò il decreto legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151 in cui si prefigurava che, «*dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà, a suffragio universale diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato*» (art. 1). Dopo la fine della guerra e la liberazione di tutto il territorio nazionale, quel decreto fu modificato e integrato da altro provvedimento, il decreto legislativo luogotenenziale n. 98 del 16 marzo 1946, con il quale il popolo era “*chiamato*” al voto per la scelta della forma di Stato, contemporaneamente alle elezioni per l’Assemblea costituente (art. 1). Questi provvedimenti, se da un lato evidenziano il dato della volontà di legificazione degli atti costitutivi di una nuova nazione, dall’altro accentuano, al tempo stesso, il significato e la necessità di un *riconoscimento* sociale dell’ordinamento giuridico, senza il quale essi non avrebbero un’effettiva vigenza e la convivenza della comunità nazionale sarebbe destinata al caos.

## 2. La norma giuridica privatistica: il criterio dell'interesse individuale; la intersoggettività.

L'itinerario sin ora percorso, orientato alla "ricerca" degli elementi che compongono il quadro entro cui svolgere l'analisi del fenomeno giuridico con gli occhiali del privatista, ha dunque prodotto un primo risultato: la norma giuridica, al pari del sistema (ordinamento giuridico) di cui è elemento costituente, reca peculiarità idonee a distinguerla dalle altre "regole" (e relativi "sistemi di regole") che, per carenza della prerogativa qui reputata essenziale (la *considerazione* sociale), definiremo riassuntivamente "non giuridiche" o "a-giuridiche". Con quelle, la norma condivide, sul piano teleologico, un comune denominatore (elemento generico) rappresentato, giustappunto, dal fatto di essere anch'essa, nella sua accezione più semplice e immediatamente percepibile, una "regola", che "guida" (14) e orienta decisioni, scelte, atteggiamenti, condotte dei suoi destinatari, delineando l'idea della «*vita [umana] che si svolge in un mondo di norme*» (15). Donde

---

(14) Certamente non insignificante è, al riguardo, l'etimologia del lemma "regola", che deriva dal latino *regère* "guidare dritto", assimilabile a *dirigère* "dirigere", "volgere", "indirizzare", "conformare", "regolare", da cui la forma verbale *directus*, etimo, per quanto concerne la sfera del giuridico, di "diritto" (in senso oggettivo).

(15) N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 3. Va comunque sottolineato che la graduazione di *genus* è, nel caso, sempre circoscritta alla proiezione della regola sull'esperienza umana, come modello dell'agire degli esseri umani, *uti singuli* o aggregati in corpi sociali. L'indicato *genus* arriva così a ricomprendere, oltre le già ricordate regole morali, sociali, religiose, di costume, d'etichetta, anche, ad

il susseguirsi di una serie di nessi di genere a specie tra loro concatenati e interdipendenti, che procedono a gradi dalla più lata genericità alla più stretta specificità (16).

Stante la finalità del presente studio, si è inteso prescindere dall'offrire una definizione di norma giuridica (17), apparendo, questo, un esercizio sterile di risultati determinanti nella prospettiva dell'analisi qui condotta, che indaga la dinamica giuridica. L'interesse dello studioso si orienta invece a individuare, nel più ampio *genus* norma giuridica, la *species* su cui concentrare l'attenzione, al fine di accertare se la prescelta specificità trovi una ragion d'essere e si sostenga, sul piano dogmatico, con propria autonomia semantica.

L'indicata *species* (del *genus* norma giuridica) è rappresentata dalla *norma privatistica* (18).

Già si è avuto modo di rilevare che l'ordinamento giu-

---

esempio, le regole di grammatica, le regole dei giuochi, le ricette gastronomiche etc.: donde il sintagma "norma umana". Non sarebbe però da escludere un'accezione ancor più generale, del "regolare" (e, dunque, della "regola") senza alcun predicato, che contempra l'orientare l'azione degli animali non umani, soprattutto quando riuniti in branchi. Si v. anche F. MODUGNO, voce *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 388.

(16) Norma umana, norma sociale, norma giuridica, norma privatistica, norma (*recte*: diritto) civile, norma (diritto) successoria etc.: le categorie possono articolarsi in sottocategorie sulla base della individuazione di predicati sempre più specificanti.

(17) Ma si può vedere, ad esempio, F. MODUGNO, voce *Norma (teoria gen.)*, cit., p. 328.

(18) Denominazione qui mutuata da N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 5, che discorre appunto di «norma giuridica privatistica».

ridico può essere considerato, pur nella estrema variabilità di queste classificazioni, come un sottoinsieme del sistema (ordinamento) delle regole sociali. Le regole sociali sono identificabili alla stregua di un elemento specifico: attesa la dimensione relazionale dell'esistenza umana, la elaborazione di modelli comportamentali cui i membri di una collettività adeguano spontaneamente le loro condotte e che tendono a riprodursi e a consolidarsi nel tempo, è un fatto fisiologico all'interno di qualsiasi corpo sociale. La regola sociale è dunque modello di condotta per gli individui, sempre riferito a situazioni, atteggiamenti, azioni, omissioni la cui assunzione ha motivo di essere nella misura in cui questi siano tenuti e compiuti dai membri di una data comunità, riflettendosi su (e influenzando) la esistenza di altri individui.

Recano tale carattere le regole di amicizia, di vicinato, di costume di etichetta, di cavalierato etc., e, non di meno, le norme giuridiche, certamente dotate dell'indicato elemento specifico. Ne risultano invece carenti, ad esempio, i precetti morali, quelli etici, quelli religiosi, che attengono al rapporto dell'individuo con se stesso (19) ovvero con la divinità.

In questa prospettiva, potremo dunque affermare: (*i*) che un ordine sociale può sorgere solo dove si formi un aggregato umano (20), il quale non si sostanzî esclusivamente in

---

(19) È infatti da ritenersi, ad avviso di chi scrive, che le regole della così detta "morale sociale", sintagma che rivela una irriducibile contraddizione e non già un semplice ossimoro, siano in realtà regole sociali.

(20) Il naufrago che si ritrova in solitudine sull'isola deserta (allegoria del Robinson Crusoe), recando con sé un bagaglio di regole d'esperienza e il retaggio di una precedente vita sociale, adegua le

una mera coesistenza fisica di individui in un certo luogo, ma comporti, fra questi, dei contatti o un minimo di cooperazione; (ii) che l'instaurarsi di sistemi di regole sociali è un fatto molto probabile, ma non necessitato: esso discende, per un verso, dalla circostanza che il dominio della natura e il soddisfacimento di molti bisogni individuali si ottengono solo attraverso la cooperazione con altri individui; per un altro verso dal fatto che alla illimitatezza dei bisogni di ciascun individuo corrisponde la limitatezza dei beni atti a soddisfarli, con inevitabile insorgere di conflitti d'interesse; per un altro ancora dalla esigenza, avvertita dalla comunità, di reagire contro le condotte antisociali del singolo (prevaricazione, violenza, etc.); (iii) che la categoria delle regole sociali comprende anche le norme giuridiche, ma non vi è relazione di inferenza necessaria tra l'esistenza di corpi sociali e l'instaurarsi di ordinamenti giuridici.

Proprio quest'ultimo aspetto sembra dare conferma della falsità del principio notoriamente sintetizzato nel bro-

---

proprie condotte a modelli che non attengono allo sviluppo di relazioni interindividuali, ma esprimono doverosità riguardanti solo il suo rapporto con se stesso: egli si comporta in un certo modo (copre le parti intime, rispetta la natura e gli animali, pronuncia invocazioni e preghiere etc.) per soddisfare bisogni interiori ovvero per coltivare il suo rapporto con la divinità, e dunque in osservanza di regole morali o religiose, non già sociali. Diverso è il caso dell'uomo che nasce al di fuori di una comunità umana, in condizioni di totale assenza di civiltà (allegoria del Tarzan delle scimmie): questi difficilmente riuscirà ad affrancarsi dallo stato di brutalità animalesca in cui conduce la sua esistenza e dunque non sarà in grado di adeguare le proprie condotte a modelli che non siano quelli orientati soltanto dall'istinto. In generale, sulla "socialità" della norma giuridica, v. F. MODUGNO, voce *Norma (teoria gen.)*, cit., pp. 330 ss.

cardo *ubi societas ibi ius*, ove l'*ius* sia inteso come diritto oggettivo (sistema di norme giuridiche). Da un lato, infatti, l'instaurarsi di ordini giuridici si registra in uno stadio non primitivo dell'evoluzione sociale, essendo invece il diritto assente a livello primordiale, ad esempio, nelle così dette società senza stato (21). Dall'altro, è ben nota l'esistenza di corpi sociali, quali, ad esempio, le associazioni di stampo mafioso, che, pur operando nel contesto di ordinamenti ad elevato grado di complessità e organizzazione, si assoggettano a ordini normativi non giuridici, e anzi si pongono in deliberato contrasto con quello *ricosciuto* dalla maggioranza dei consociati, e dunque, come tale, giuridico (22).

Pertanto, è bensì il diritto a postulare l'esistenza di un corpo sociale, dando fondamento al principio espresso dal brocardo *ubi ius ibi societas*, non già, invece, la *societas* a postulare il diritto, che resta pur sempre una "conquista" dell'uomo, legata alla sua evoluzione socio-culturale e alla sua capacità di aggregarsi in "organizzazioni" sempre più complesse (23).

---

(21) P. STEIN, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, 1984, trad. it. A cura di A. de Vita, M.D. Panfanti e V. Varano, in *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1987, pp. 3 ss.

(22) In antitesi con quanto appena affermato si orientano le così dette teorie istituzionali del diritto, le quali, supponendo che vi è diritto quando vi è corpo sociale, ordine e, soprattutto, organizzazione, reputano ordinamenti giuridici anche le associazioni a delinquere, che sono perciò "istituzioni", atte a creare diritto: capostipite di questo orientamento, in Italia, fu S(ANTI) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., Firenze, 1946, rist. 1951, pp. 44, 122 ss.

(23) Questa idea di "organizzazione" è posta alla base – come detto – delle teorie istituzionali, sulle quali, per una efficace sintesi, si

Quella sociale è dunque una dimensione costante e imprescindibile del diritto, che, tuttavia, si lascia declinare in accezioni, e ha prerogative, diverse, idonee a conformare elementi specifici atti a differenziare tipi di norme da altri tipi di norme, aggregabili in distinti sottosistemi.

Sia utile, al riguardo, un'esemplificazione. Leggiamo l'enunciato contenuto nell'art. 2043 c.c.: «*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*»; confrontiamolo con l'enunciato contenuto nell'art. 575 c.p.: «*Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*». Due articoli di due leggi diverse (codice civile e codice penale) che contengono ciascuno una norma giuridica. Posto il carattere di giuridicità (elemento generico) attribuibile a entrambe, sul quale non occorre più soffermarsi, siamo in grado di cernere le due norme alla luce di singolari elementi specifici che possano ricondurle a due sottosistemi tra loro distinti? La risposta positiva al quesito consentirà di individuare la categoria delle norme privatistiche (cui riferire quella contenuta nell'art. 2043 c.c.) per distinguerla dalle altre categorie di norme (*non* privatistiche), e in particolare – sia detto per simmetria di *species* – dalla categoria delle norme pubblicistiche (cui va riferita quella contenuta nell'art. 575 c.p.).

Cagionare la morte di un uomo è un fatto riconducibile alla previsione normativa di entrambe le richiamate disposizioni. Per distinguere le due *species* non sembra tuttavia di alcuna utilità la ricerca di un criterio formale. Ancora

---

leggano le pagine di N. IRTI, *Il mondo e lo sguardo giuridificante*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 196 ss.

una volta occorrerà affidarsi a indici empirici: (i) l'*interesse* preminente che la norma prende in considerazione nel prevedere le conseguenze da essa annesse a un fatto; (ii) la *intersoggettività* essenziale della norma privatistica, che si esprime, in primo luogo, nella funzione soggettivamente determinativa del fatto descritto dal suo enunciato.

Il criterio dell'*interesse* valorizza – come detto – un dato non formale esterno alla norma e che non ne influenza la struttura. L'*interesse* è indice di una valutazione condotta *prima* della emanazione della norma, nella fase che qui si è definita *nomogenetica*. È *interesse* della comunità che colui il quale cagiona la morte di un membro venga isolato, se non addirittura eliminato, dal corpo sociale. L'*interesse* tutelato dalla norma recata dall'art. 575 c.p., prima di essere *interesse* individuale, del singolo a non perdere la vita, è *interesse* generale di tutta la *societas*: la norma, col prevedere le conseguenze dell'omicidio di un membro della comunità, di questa garantisce la continuità, che dipende, in primo luogo, dall'esistenza in vita di tutti i suoi componenti (24).

---

(24) Un esempio ancor più significativo per evidenziare la *generalità* degli interessi contemplati dalle norme non privatistiche, rispetto alla *individualità* dell'*interesse* del singolo di cui esse trascendono la sfera, è rappresentato dalle disposizioni di legge che, nella seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso, hanno introdotto in Italia l'obbligo per i conducenti di autovetture e motocicli di indossare le cinture di sicurezza e il casco. Qui, infatti, l'*interesse* assunto alla considerazione normativa è non già quello singolare di ciascuno a preservare la propria incolumità fisica, *interesse* che, come tale, sarebbe caratterizzato da assoluta individualità (e, quindi, disponibilità); bensì quello generale a che il compimento di azioni ormai non più occasionali (data la capillare diffusione dei mezzi privati di trasporto a moto-



L'interesse tutelato dall'art. 2043 è invece propriamente ed essenzialmente individuale: il rimedio al pregiudizio subito dal singolo, la cui sfera personale e patrimoniale deve essere ristorata nella stessa consistenza che aveva prima che fosse compiuto l'illecito, si rivolge tutto a suo esclusivo vantaggio, mentre l'interesse *sociale* a che il ristoro sia garantito, pur indubbiamente sussistendo, è solo un interesse indiretto, che non ha influenzato la valutazione di chi ha posto la norma (25).

C'è, invero, un carattere di *socialità* che è comune a entrambe le ipotesi normative ora illustrate. Ma questo carattere viene a confondersi con l'elemento generico (ad esse comune) della giuridicità, nel senso che i fatti contemplati in quelle ipotesi sono reputati da chi legifera come meritevoli di considerazione, in quanto, sul piano attuativo, occorre, da un lato (illecito civile), che la pretesa "compensativa" (*recte*: risarcitoria) sia assistita da una garanzia di attuazione esterna e organizzata (26), dall'altro, che la reazione all'illecito (penale) sia avocata a un livello sovraor-

---

re), quale la guida di veicoli sulle strade pubbliche, non determini costi sociali troppo elevati, non solo con riguardo alla già rilevata esigenza di mantenere la comunità nella sua consistenza numerica, ma anche, sotto altro profilo, di contenere la spesa pubblica sostenuta per le cure mediche e la previdenza sociale. Resta invece nella disponibilità dell'individuo il potere di togliersi volontariamente la vita (infatti, nel nostro ordinamento il tentato suicidio non costituisce reato).

(25) Nella indicata prospettiva, meritevole di riflessione sarebbe la classe, di moderna elaborazione, dei c.d. "danni punitivi". Ma, attese le finalità della presente indagine, ne sia sufficiente il richiamo.

(26) Mutuiamo qui, per altra finalità, i caratteri che denotano la "sanzione" giuridica secondo la tesi di N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 128 s.

dinato; sottraendo, in entrambi i casi, l'iniziativa ai singoli individui le cui sfere personali sono state in concreto interessate dall'evento, e scongiurando la reazione a catena che sarebbe suscitata dal primo atto e la permanente lotta di un uomo contro un altro uomo.

Invocando l'art. 2043, l'individuo (soggetto danneggiato) agisce per tutelare un interesse direttamente ed esclusivamente riconducibile alla sua sfera privata. Invocando l'art. 575 c.p., il popolo (rappresentato dall'esponente di un'autorità costituita) agisce, invece, per la tutela di un interesse generale.

Il secondo indice identificativo della norma giuridica privatistica è rappresentato dalla *intersoggettività*, che è assunta – come già detto – a suo carattere *essenziale*. Come si osserverà tra breve, la norma giuridica tipizza fatti e tipizza conseguenze che assumono la consistenza di effetti giuridici. Ebbene, tali conseguenze si riflettono sempre su condotte individuali (atteggiamenti, azioni, *in*azioni dell'uomo) identificabili esclusivamente nella relazione tra un individuo e un altro individuo (i quali assumono la qualifica di “soggetti”) (27). Al di fuori del costante e insopprimibile riferimento a una (o più di una) relazione intersoggettiva, la norma privatistica non è pensabile. Se un uomo procura una lesione a un cane, infierendo su di esso per rabbia, fastidio o altro, il riflesso della sua condotta, sotto il profilo giuridico, non si proietterà

---

(27) Con riguardo all'ordinamento giuridico in generale, v. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., infra, nt. 39, pp. 42 ss., in particolare p. 44: «l'ordinamento giuridico, essendo un ordinamento sociale, regola in modo positivo il comportamento di un uomo solo nella misura in cui esso si riferisce ad un altro uomo, direttamente o indirettamente».

sulla relazione tra lui e il cane, bensì su quella tra lui e il proprietario dell'animale (ai sensi dell'art. 2043 c.c.).

Il rilevato carattere di *intersoggettività* costituisce un predicato di tutte le norme privatistiche e, in particolare, di quelle la cui portata "precettiva" (28) non si esaurisce nell'enunciato linguistico di una data disposizione, necessitando invece di previsioni contenute in distinte disposizioni normative che descrivono una o più circostanze del fatto e profili della conseguenza (effetto), completando, con grado di complessità più o meno elevato, l'intero schema tipizzante.

Valga allora l'esemplificazione. Art. 1182, comma 4, c.c.: «*Negli altri casi l'obbligazione deve essere adempiuta al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza*» (enfasi aggiunta). Questa disposizione prevede, in via residuale (29), una modalità di adempimento dell'obbligazione concernente il luogo di attuazione in concreto della condotta dovuta.

Il che si traduce in ciò: l'effetto estintivo del fatto-adempimento seguirà solo se la prestazione è eseguita nel luogo "domicilio del debitore". La conformità del fatto al *tipo* normativo (riferito qui a una circostanza dell'effetto), che è condizione per il regolare compiersi dell'efficacia e quindi per la "effettività" della previsione normativa, sarà tale solo se risulta soddisfatta la circostanza data del do-

---

(28) Sul senso della "precettività", nell'ottica della dinamica giuridica *infra*, par. 6.

(29) Vale a dire: se la convenzione tra le parti non ha stabilito un luogo di adempimento e se l'obbligazione non ha per oggetto una cosa determinata da consegnare, o una somma di denaro da pagare (commi 1, 2 e 3).

micilio del debitore (in sostanza: se il domicilio è “esatto”). In difetto, e dunque in assenza di cooperazione da parte del creditore, la mancata esecuzione non costituirà inadempimento.

È indubbio che tale previsione normativa rifletta una relazione intersoggettiva, corrente fra debitore e creditore, circostanziata secondo le modalità indicate dalla norma. Chiediamoci, allora: se, in un caso, il debitore fosse un interdetto che ha assunto validamente l’obbligazione (30) ed è, per tanto, tenuto ad adempiere? L’obbligazione – sempre salvo diverso accordo delle parti – sarà eseguita presso il domicilio dell’interdetto, che l’art. 45, comma 3, c.c. fissa nel domicilio del tutore. Quest’ultima disposizione non ha dunque una portata “precettiva” autonoma, ma completa quella di cui all’art. 1182, comma 3, con una circostanza fattuale. Un legislatore potrebbe in ipotesi prevedere, con singola statuizione, che *«negli altri casi, quando il debitore è un interdetto, l’obbligazione deve essere adempiuta al suo domicilio che è quello del tutore»*. Ma simile previsione dovrebbe poi essere riprodotta per tutti i casi possibili, oltre quello ordinario del debitore persona fisica senza attributi: cioè quando il debitore è un coniuge, un minore, un imprenditore, una fondazione, un’associazione, una società di persone, una società di capitali, un consorzio etc.; dando luogo a una indefinita serie di previsioni e dunque con una tecnica legislativa non conforme ai principî di “economia normativa” osservati dai moderni legislatori. L’art. 45, comma 3, completa la previsione del-

---

(30) Ipotesi: un pittore si obbliga a eseguire un ritratto e, successivamente, viene sottoposto a interdizione giudiziale.