



Società e diritti - rivista elettronica 2016 Anno I n. 2

# FORMA E STRUTTURA DEL DIRITTO



**2016 ANNO I NUMERO 1,2**

di Alessandro Catelani, pp. 98-114 articolo rivisto



## FORMA E STRUTTURA DEL DIRITTO

di Alessandro Catelani

### Abstract

The existence of the society implicates that a human wish, expression of the collectivity, rules the relationships among the men that make part of it: the right defines contrasts her juridical spheres of the partners through a delimitation of the whole reality. In how much it has normative nature, the right constitutes a formal datum, that can be contrasted to that substantial of the society, on which comes to engrave. The juridical form is the conceptual representation of the reality, it is the idea that represents the things on their mutual relationships. Juridical reality is more properly nevertheless reserved to that formal aspects that are expression of categorical juridical norms and not hypothetical, and therefore in degree to create a structure. As human work, the right is not identified with the moral norms, even if its finalities, of guarantee of the existence of a social body, they are ethically valid.

### Riassunto

L'esistenza di una società implica che una volontà umana, espressione della collettività, regoli i rapporti fra gli uomini che ne fanno parte: il diritto definisce le contrapposte sfere giuridiche dei consociati attraverso una delimitazione di tutta la realtà. In quanto ha natura normativa, il diritto costituisce un dato formale, che si può contrapporre a quello sostanziale della società, sulla quale viene ad incidere. La forma giuridica è la rappresentazione concettuale della realtà, è l'idea che rappresenta l'atteggiarsi, il modo di essere delle persone e delle cose nei loro reciproci rapporti. La realtà più propriamente giuridica è tuttavia riservata a quegli aspetti formali che sono espressione di norme giuridiche contenenti imperativi categorici e non ipotetici, e pertanto idonei a creare una struttura. Il quanto opera umana, il diritto non si identifica con le norme morali, anche se le sue finalità, di garanzia dell'esistenza di un corpo sociale, sono eticamente valide.

Alessandro Catelani, studioso di diritto pubblico e filosofia del diritto ha insegnato nelle Università di Perugia, Sassari e Siena.

## **1. Il diritto come complesso di norme giuridiche che promanano dagli organi esponenziali di una società organizzata**

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 una 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 tutti coloro che ad essa appartengono. Il fenomeno giuridico è un prodotto della vita associata, nel senso che la società esprime necessariamente un complesso di norme giuridiche che regolano l'agire dei consociati nei loro rapporti intersoggettivi, e dalla cui esistenza il corpo sociale non può prescindere. Il diritto è una manifestazione di volontà perché contiene un imperativo, e quindi un enunciato linguistico, che ha questo particolare contenuto. La norma è una proposizione logica, ma non una qualunque proposizione logica, bensì è quel particolare tipo di proposizione logica che si traduce in una manifestazione di volontà. La norma non è un'entità statica, ma dinamica, è l'elemento strutturante di qualunque società, che per essere tale deve venire organizzata. Il diritto positivo è, in contrapposizione all'essere, un dover essere imposto da un'autorità umana, la quale agisce in quanto esponenziale di una certa collettività.

## **2. Il temperamento delle contrapposte sfere giuridiche dei consociati**

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 società organizzate, non possono non fondare le proprie norme sul temperamento dei rapporti fra le contrapposte sfere giuridiche, spettanti ai soggetti che le compongono. La regolazione di tali reciproci rapporti è appunto il diritto. La presenza di una pluralità di soggetti richiede che l'individualità di ciascuno si temperi con quella dell'altro, così che sia assicurata la civile convivenza di tutti. Ogni società stabile e organizzata non può non basarsi sul temperamento delle reciproche sfere giuridiche, spettanti ai soggetti che ne fanno parte, perché ogni Stato ha lo scopo di consentire lo svolgersi di un'ordinata vita associata, e come tale non può prescindere dal soddisfacimento di questa finalità. Questo è il primo e fondamentale principio al quale si attiene il diritto, e questa è l'essenza del diritto come fatto di relazione. La normazione positiva non può non garantire l'ordinato svolgersi della vita associata, perché la ragion d'essere di ogni norma giuridica non può che essere rivolta, se pure attraverso i contenuti più disparati, ad assicurare l'esistenza di un corpo sociale. 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 necessariamente avere 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 civile presuppone una sua, se pure maggiore o minore a seconda delle circostanze, aderenza al fine di contemperare adeguatamente le reciproche sfere dei soggetti che la compongono. 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 una situazione sostanziale sottostante alla posizione giuridica di vantaggio che l'ordinamento crea a favore di certi soggetti, pubblici o privati. Ogni norma giuridica, nel contemperare le contrapposte sfere giuridiche, oppure creandone di nuove, costituisce una posizione di vantaggio a favore di certi soggetti, o anche di certe autorità, pubbliche o private. Ed a tale situazione 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 distinti interessi. L'interesse è una situazione sostanziale che consente ad un soggetto il godimento di certe utilità che un bene, il quale può essere di varia natura, produce. L'interesse non è soltanto materiale, ma può essere anche culturale, spirituale, o di altra natura. Sempre ogni azione umana è mossa da un interesse, cioè da uno scopo, che è costituito dal soddisfacimento di un bisogno; e cioè dal raggiungimento di certe utilità, quale si realizza attraverso il godimento di un bene. Gli interessi tutelati possono essere individuali o collettivi. Alla base della vita associata c'è l'esigenza di tutela dell'interesse di ciascun consociato, sia come singolo, sia come facente parte di una 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.

### **3. L'intersoggettività delle norme e la pluralità dei rapporti giuridici**

L'intersoggettività della norma va intesa sia in riferimento ai rapporti tra l'organo da cui promana e la collettività alla quale si dirige, sia in riferimento all'oggetto suo proprio, il quale necessariamente costituisce una relazione intersoggettiva. L'oggetto proprio della norma è necessariamente costituito da un rapporto intersoggettivo. Tutto ciò attiene all'essenza del diritto come fatto normativo, perché solo le norme dotate di quei caratteri entrano a far parte del diritto positivo.

Il diritto definisce la posizione di ciascun soggetto nell'ambito dell'ordinamento giuridico. E questa posizione a sua volta consta di una pluralità di rapporti giuridici, nei quali quella posizione può essere astrattamente scomposta, e che ne costituiscono altrettanti distinti settori. I rapporti a loro volta contengono molteplici situazioni giuridiche soggettive. L'ordinamento è la struttura della società, quale risulta dal complesso dei rapporti giuridici che definiscono la posizione del singolo al suo interno, in tutti i suoi molteplici aspetti. L'ordinamento non è concepibile a prescindere da un complesso di norme che effettuino questo condizionamento.

L'ordinamento giuridico è la struttura della società, è il sistema complessivo dei rapporti giuridici, nei quali si scompone la posizione di ciascun individuo nei confronti degli altri consociati. Gli elementi costitutivi della società sono i soggetti, le persone fisiche - o quelle giuridiche - che la compongono. E la struttura della società attiene alla determinazione dei rapporti fra gli elementi attivi del corpo sociale, condizionandone il comportamento. Il rapporto giuridico intersoggettivo è la cellula fondamentale nella quale si suddivide la struttura di un ordinamento giuridico. Esso si ottiene scindendo astrattamente, nelle sue componenti, l'ordinamento stesso, ed è l'elemento base di questo più complesso organismo costituito dal corpo sociale. Tutto il diritto si scompone in una pluralità di rapporti intersoggettivi, perché è fondamentalmente un fatto di relazione, di rapporti dei soggetti con gli altri consociati. Alla base di una società organizzata, che possiamo anche qualificare come ordinamento, vi è una pluralità indeterminata di rapporti giuridici, i quali non sono che parti di un tutto. Il rapporto giuridico si ottiene scindendo, nella sua astrattezza, un settore dell'ordinamento giuridico. Ogni società può dunque essere scomposta in altrettanti rapporti intersoggettivi. E l'essenza del diritto è nella regolamentazione di tali rapporti da parte delle norme giuridiche, dei precetti di comportamento, e quindi di un complesso di prescrizioni che riguardano i corrispondenti aspetti della vita associata. Il diritto è attività normativa che si traduce nella regolamentazione della pluralità dei rapporti intersoggettivi, nei quali si scompone la società organizzata. L'ordinamento si scompone in rapporti giuridici, quali specifici settori di una più vasta realtà, la quale è rappresentata dall'intero corpo sociale.

#### **4. La categoricità delle norme giuridiche**

La norma giuridica è un imperativo categorico, perché non è condizionato dalle scelte del destinatario. Tale imperativo è un comando che esige obbedienza, ed è categorico perché incondizionato, dovendo essere seguito a prescindere dagli obiettivi che il singolo, nella sua soggettività, mira a raggiungere. La vincolatezza nei confronti del destinatario va identificata

con il contenuto della norma, e quindi con la sua giuridicità. Il dover essere, per assumere consistenza giuridica, non può essere che categorico, operando indipendentemente dagli scopi che il singolo si prefigge di raggiungere con l'ottemperarvi. Il diritto è un fatto oggettivo e strutturale, perché produce i suoi effetti indipendentemente dagli scopi che il singolo si prefigge di raggiungere, rispettando la norma. Solo la norma imperativa, nella sua categoricità, esprime un dover essere idoneo a strutturare un corpo sociale.

Tale categoricità è un dato oggettivamente inerente alla volontà collettiva che promana dagli organi esponenti della società - anche se essa può derogarvi per sua libera scelta -, nonché per le norme che hanno una fonte diversa, ma che la volontà collettiva considera tali. La categoricità della norma giuridica è strettamente consequenziale alla indispensabilità del diritto positivo, e condizionata integralmente della presenza del fenomeno giuridico - per cui mancando quella necessariamente non sussiste -, perché è proprio tale indispensabilità che richiede di non rimettere all'arbitrio dei singoli la struttura dei rapporti intersoggettivi. Se il destinatario della norma ad essa potesse derogare - al di fuori, delle ipotesi consentite dalla legge -, il fenomeno giuridico verrebbe meno alla funzione sua propria, che è quella di garantire la struttura di un certo corpo sociale, e la stessa esistenza dell'ordinamento come società organizzata.

Alla norma giuridica di natura categorica si contrappone la norma non giuridica o pre-giuridica di natura ipotetica. La norma ipotetica è quella vincolante per il destinatario soltanto in quanto esso espressamente vi aderisca. E l'adesione, se vi è, è dettata dalla volontà di raggiungere quegli scopi che la norma ipotetica prefigge al singolo attraverso le sue prescrizioni. La distinzione fondamentale, che è alla base della determinazione della giuridicità, tra imperativo ipotetico e categorico, deve essere fondata sul fatto che nell'imperativo ipotetico si comanda alcunché allo scopo di condizionare l'agire del singolo in vista del raggiungimento di un certo scopo; mentre in quello categorico si impone un certo obbligo in maniera incondizionata. Se l'essenza dell'ipoteticità della norma è nell'essere vincolante per il destinatario soltanto se ed in quanto vi aderisca, è chiaro che la norma giuridica necessariamente non sarà mai ipotetica. La struttura del corpo sociale non può essere rimessa a scelte assolutamente libere dei consociati, senza creare il caos, e pertanto una situazione antiggiuridica per eccellenza, che rappresenterebbe la negazione del diritto.

La norma giuridica costituisce un imperativo categorico, al quale il destinatario è obbligato ad ottemperare. Nella norma ipotetica tale obbligo non sussiste in questi termini, ma è condizionato dall'intento di raggiungere certi scopi, che possono essere pubblici o privati a seconda delle circostanze. Il soggetto è libero di seguire o meno quelle norme, ma le deve seguire se vuole raggiungere certi scopi, che possono essere della più varia natura. Il precetto che gli impone un certo comportamento, per il raggiungimento dello scopo corrispondente, è

l'imperativo ipotetico. Il singolo è libero anche di non seguirlo, ma dalla mancata ottemperanza deriva, correlativamente, anche il mancato raggiungimento dello scopo corrispondente. Nel caso dell'imperativo giuridico si prescinde invece completamente, nell'imposizione coattiva della norma, dalle valutazioni soggettive dei destinatari, che rilevano invece nell'altra situazione, nella quale si ha in sostanza l'imposizione di un onere, e quindi un obbligo che in tanto sussiste, in quanto si intendano raggiungere certi obiettivi.

### **5. L'impossibilità di identificare le norme giuridiche con il corpo sociale.**

Il diritto effettivamente vigente viene spesso considerato, anziché sotto il profilo della sua positività, in riferimento alla concreta osservanza dei suoi precetti, e quindi in relazione alla oggettiva esistenza di un certo corpo sociale. Il diritto si identificherebbe, puramente e semplicemente, con l'esistenza di una società organizzata, con il dato sociale quale si riscontra all'interno di un ordinamento giuridico.

L'identificazione del fenomeno giuridico con il dato sociale è di per sé impossibile. In quanto impone un certo comportamento ai consociati, e si traduce in un dover essere, il diritto si contrappone alla società, e non può essere identificato con tutto quello che accade, in riferimento al comportamento dei consociati, in rerum natura. La società costituisce soltanto la sostanza, la materia grezza - se così si può dire - di un fatto normativo. Il diritto non è la società organizzata, ma l'organizzazione della società, è un aspetto della società, ed esattamente il profilo normativo della stessa. Il dato sociale allo stato puro, a prescindere dalla norma giuridica, quale manifestazione della volontà umana e collettiva, è la negazione di qualunque giuridicità. E' vero invece che la società costituisce il contenuto della norma, e ne è il presupposto. Poiché il diritto è il mondo non dell'essere, ma del dover essere, la realtà sociale in sé considerata non è il diritto, ma la sua negazione, in quanto costituisce la materia grezza che deve essere plasmata dalla norma. L'essenza della norma è l'essenza del diritto, senza il quale non può esistere una società. Affermare che il diritto è la realtà sociale significa affermare che il diritto non esiste o, il che è lo stesso, che esiste una società senza il diritto; il che è impossibile configurare. Il dato di fatto e il diritto positivo sono due realtà nettamente distinte e contrapposte, per cui sono due i concetti da tenere presenti: quello di complesso normativo e quello di realtà sociale. Lo studio della società non è quello del diritto, bensì di una realtà sociologica, che interessa il sociologo e non il giurista. Si tratta, per il diritto e la società, di due entità differenziate.

Qualora si neghi che il diritto sia un fatto normativo, ed abbia carattere imperativo, si deve anche ritenere che l'esistenza del complesso normativo proprio dell'ordinamento non abbia senso, e non serva assolutamente a niente, dato che ci si deve limitare ad applicare quelle che sono le opinioni ed i convincimenti emergenti in seno al gruppo sociale, senza che la norma

abbia la benché minima capacità di modificarli, non essendo essa diritto, ma essendo invece diritto il fatto sociale nella sua materialità, nella sua sostanza non normativa. Per cui, se si sostituisce al momento del dover essere normativo quello della semplice constatazione di un dato di fatto, il diritto scompare, in quanto si nega la sua natura normativa e imperativa.

Se si negasse l'imperatività del diritto, allora ciascuno potrebbe fare quello che vuole, dalle azioni più nobili a quelle più ignobili, e tutte sarebbero indifferentemente legittime per la società. Ed a questo punto mancherebbero i fondamenti stessi dell'esistenza di una collettività organizzata, la quale non può prescindere dall'esistenza del diritto. Se si nega la giuridicità della norma come entità distinta dalle forze che agiscono nell'ambito della società, si viene ad affermare che una società può esistere anche senza il diritto, che il diritto non esiste in quanto tale, in quanto idoneo a porre i fondamenti di un ordinato vivere civile.

## **6. La natura formale del diritto**

Il diritto, che nella sua intima essenza ha natura normativa, costituisce un dato formale, che in quanto tale si può contrapporre a quello sostanziale della società, sulla quale esso viene ad incidere. L'essenza della giuridicità è nella norma, nella fattispecie astratta in grado di condizionare la realtà, riportandola a schemi giuridici, costringendola entro una veste formale, che l'organizza in termini di struttura. Il pensiero, l'idea, quando si atteggi in termini di norma categorica, ha come suo contenuto la realtà della vita associata. E il diritto è un'entità astratta, in quanto rappresentazione ideale di una certa struttura, che ha come suo contenuto il corpo sociale. La distinzione tra sostanza e forma è quella tra pensiero e idea, e realtà concreta. La norma come entità astratta è la forma delle cose, quale si atteggi in termini di struttura. La corrispondente realtà sottostante è il corpo sociale.

La forma giuridica è la rappresentazione concettuale della realtà, è l'idea che rappresenta l'atteggiarsi, il modo di essere delle persone e delle cose nei loro reciproci rapporti. Ogni realtà materiale può essere rappresentata attraverso concetti, attraverso idee, attraverso una manifestazione del pensiero. Questa realtà ideale, quale è rappresentata dal pensiero umano, costituisce un'astrazione corrispondente ad una sottostante situazione concreta. Quando questa realtà ideale definisce i rapporti esterni ai comportamenti umani, allora si ha la forma. La forma, in senso giuridico, è l'aspetto sensibile della società considerata in ciò che attiene ai reciproci rapporti dei soggetti e degli oggetti che la compongono; quindi non ciascuna entità socialmente rilevante, considerata sotto qualunque aspetto sensibile essa possa essere percepita, bensì solo quel particolare aspetto sensibile che attiene ai rapporti con gli altri elementi costitutivi del corpo sociale. Tutti questi aspetti attengono alle relazioni intersoggettive nelle quali si sostanzia il diritto. La forma, nel mondo giuridico, attiene ad un aspetto esteriore che presuppone un certo contenuto, con il quale però non si identifica. La realtà sostanziale delle cose, dei fenomeni sociali, costituisce, per così dire, la materia grezza

dell'inquadramento giuridico che si compie attraverso le norme, e che riveste caratteri formali. La realtà concreta e tangibile del fenomeno sociale, in tutte le sue implicazioni, viene strutturata dalla regolamentazione intersoggettiva dei rapporti giuridici che si attua attraverso le norme.

La norma dà la rappresentazione ideale di un certo fenomeno, che però viene rappresentato generalizzando, attraverso caratteristiche costanti, i suoi aspetti. La forma rispecchia l'aspetto esteriore della realtà compiuto attraverso quella schematizzazione che è richiesta per effettuare la disciplina dei rapporti intersoggettivi. Quindi essa non è il riflesso di tutti gli aspetti esteriori del reale, ma solo di quelli che hanno questa rilevanza. Essa coglie soltanto certe caratteristiche costanti di un fenomeno associativo che viene astrattamente rappresentato. La forma rispecchia sempre una schematizzazione della realtà; e come tale necessariamente ha valore deformante di un suo contenuto più specifico e, in quanto tale, diverso. Proprio perché l'idea è un'astrazione, è praticamente impossibile che essa riproduca con assoluta esattezza la situazione concreta alla quale si riferisce. L'idea implica sempre un'astrazione, una generalizzazione della realtà materiale, che deve essere adattata alla materia, nella sua concretezza. E quanto più nitida è l'immagine del reale che viene definita attraverso la forma, tanto meglio, in quanto più accurata, risulta essere la regolamentazione, compiuta dal diritto, delle contrapposte sfere dei consociati.

La forma, come rappresentazione del reale, si traduce anche, necessariamente, in una proposizione logica, la quale consta di prescrizioni di comportamento. Il mondo delle idee è quello della logica. La forma giuridica delle cose si connette a quel particolare tipo di idee che è rappresentato dalle manifestazioni di volontà aventi carattere normativo o precettivo. Il diritto, attraverso la logica, esprime un'idea, e il mondo del diritto, che è quello della norma, è il mondo delle idee. Proprio perché il mondo delle norme riflette rappresentazioni astratte, che devono essere applicate al caso concreto, la norma esprime, in termini imperativi, un'idea attraverso la logica. Il diritto è logica ed è razionalità. La forma copre qualunque aspetto della vita associata, per sua intrinseca natura. E la logica ne definisce il concreto atteggiarsi. La logica è ciò che esprime quella particolare idea o concetto che è il precetto imperativo, o norma di comportamento, alla quale occorre richiamarsi per definire la consistenza della forma. Questa disciplina qualunque aspetto della vita associata, e solo si tratta di interpretarla attraverso la logica. La logica è l'idea, e l'idea è la forma.

La logica, della quale consta la norma, viene ad esprimere un'entità formale, la quale a sua volta è un dato intersoggettivo. Il diritto, in quanto entità normativa, deve essere studiato secondo i criteri della logica. Il diritto è razionalità.

## **7. Il carattere strutturale dell'ordinamento giuridico**

Strettamente connesso alla natura formale del diritto è il suo carattere strutturale. Tale aspetto caratterizza il fenomeno giuridico, in quanto derivante dalla categoricità delle norme giuridiche. La forma è la generica espressione di qualunque entità normativa con la quale viene ad identificarsi; mentre la realtà più propriamente giuridica deve essere riservata a quei particolari aspetti formali che sono espressione di norme giuridiche contenenti imperativi categorici e non ipotetici, e pertanto idonei a creare una struttura. Nel caso del diritto si tratta di un particolare tipo di forma, di quello che corrisponde unicamente a precetti di comportamento che si traducano in norme giuridiche, le quali incidano sui rapporti tra i consociati, modellandoli in termini di struttura, con carattere di rigidità. Si tratta quindi di una forma particolare, quella giuridica, che è costituita da una struttura.

Il diritto è la struttura della società, e si identifica pertanto con la categoricità della norma. Non è soltanto un fatto normativo, perché qualunque fenomeno sociale può tradursi in un fatto normativo, ma è un fatto normativo qualificato dalla categoricità del precetto. È questo l'elemento determinante della giuridicità. La forma, per corrispondere ad un fenomeno giuridico, deve atteggiarsi in termini di struttura, identificandosi con un imperativo categorico e non ipotetico. Il diritto vero e proprio è per sua natura una forma rigida, e cioè una struttura, una forma dotata di rigidità. Non ogni relazione intersoggettiva ha carattere giuridico, ma solo quella dotata di rigidità.

## **8. L'esteriorità del fenomeno giuridico**

Quanto statuito dalla norma e la sua natura precettiva rileva nella sua oggettività, nel suo contenuto, mentre resta del tutto irrilevante quello che avviene nella sfera psichica del singolo soggetto destinatario, e quindi nella sua coscienza. Il diritto è una realtà esteriore, e come tale va considerato. Il diritto non è un fatto interiore, ma un fatto di relazione, un modo di essere nei rapporti tra soggetti, che attiene alla sfera dei singoli; per cui non ha significato ciò che accade nella coscienza degli individui, quando la norma imponga loro alcunché.

Il fatto che il destinatario, nella sua interiorità, aderisca o meno al precetto, non cambia in alcun modo la struttura giuridica e la funzione imperativa propria dell'atto normativo, in quanto incidente sulla struttura della società e condizionante del comportamento degli uomini. La norma non cessa di essere giuridica se è seguita per ragioni morali, o per ragioni utilitaristiche, o per qualunque altro motivo, appunto perché questi sono riflessi estranei alla sua oggettiva portata. La libertà della decisione umana è nel senso che l'aderire o meno al precetto rispecchia sempre una scelta della persona, alla quale la legge che impone il comando non si può sostituire. Ma la determinazione dei riflessi esclusivamente interiori della norma giuridica è estranea alla norma stessa. Per la norma giuridica, così come per qualunque altro atto da cui derivino effetti giuridici, bisogna distinguere quelli che sono i suoi aspetti che la

definiscono strutturalmente, da quelli che sono ad essa estranei. E l'elemento che la definisce strutturalmente è la causa, la quale si identifica con gli effetti giuridici che la norma provoca nei rapporti intersoggettivi, nella struttura della società; mentre i motivi che determinano il destinatario ad ottemperarvi sono del tutto irrilevanti nella sua configurazione giuridica, sulla sua struttura.

Affermare che è vero comando solo quello che è in grado di modificare la volontà altrui significherebbe accoglierne una nozione errata e restrittiva. L'incidenza sulla volontà è estranea all'imperativo in sé considerato, che va valutato nella sua oggettività, nella sua obiettiva portata, indipendentemente da come l'intende il destinatario. Il diritto e il precetto giuridico, come realtà oggettiva e strutturale, sono indifferenti alle ragioni che determinano il singolo ad ottemperare alle sue prescrizioni. Nel caso di ottemperanza ad un precetto, il fenomeno psicologico sottostante è del tutto irrilevante, perché il convincimento del singolo non produce alcuna modificazione strutturale e giuridica di natura intersoggettiva.

Il diritto non penetra all'interno delle coscienze, ed è solo una realtà esterna, non perché imponga necessariamente un calcolo utilitaristico anziché una valutazione morale, così come assai spesso si ritiene, ma perché è unicamente un fatto di relazione che ha lo scopo di garantire, in ogni società, la coesistenza tra gli uomini; il che richiede una stabile struttura, senza della quale una società non può esistere. L'utilità del diritto è nel garantire l'esistenza della società, attraverso uno stabile ed adeguato assetto dei rapporti intersoggettivi, senza che a tale funzione, almeno in via immediata e diretta, altra si accompagni. L'imperativo giuridico, proprio del diritto positivo, necessariamente investe soltanto il comportamento esteriore dei consociati; per cui tutto quello che è interno all'individuo, quando il suo comportamento sia conforme al precetto e non produca modifiche nei rapporti con i terzi, non rileva minimamente all'esterno, nei rapporti intersoggettivi.

L'essenza del fenomeno giuridico è incentrata nella sua natura formale e strutturale, e pertanto nel contemperamento fra contrapposte sfere giuridiche, quale si verifica nella sua obiettività. L'esteriorità del diritto è strettamente interdipendente e connessa rispetto alla sua natura formale: proprio perché il diritto è un fatto di relazione, che si identifica con il contemperamento delle contrapposte sfere giuridiche, non ha carattere giuridico tutto ciò che attiene esclusivamente alla sfera soggettiva dei singoli.

### **9. L'irrilevanza delle opinioni di ciascuno**

Sono del tutto irrilevanti i motivi che determinano il singolo ad ottemperare alla norma giuridica. Lo Stato moderno ha ormai riconosciuto l'irrilevanza delle opinioni di ciascuno, proprio perché queste non sono idonee ad incidere sui rapporti intersoggettivi. L'esteriorità della norma, lungi dall'essere un limite, è una conquista dello Stato moderno. Quando non la

si considerava tale, in epoche storiche ormai superate, si commettevano con ciò stesso gli abusi più gravi, consentendo un'ingerenza nelle coscienze chiaramente lesiva dei diritti inviolabili dell'uomo, della sua personalità. Ammettere l'ingerenza del diritto nella sfera personale di ciascuno è abnorme e patologico, proprio di una concezione inadeguata e antiquata della giuridicità, che non riesce a separare il diritto dalla morale e dalla religione. La laicità dello Stato è una conquista dei tempi moderni; ed è proprio un'esigenza morale quella che la deve determinare. Una norma che pretendesse di ingerirsi nella sfera soggettiva del singolo, condizionandone la coscienza, sarebbe sommamente immorale, perché verrebbe meno alla funzione che istituzionalmente le è propria. Non si può costringere l'uomo a pensare alcunché o a credere nell'una o nell'altra fede religiosa o politica, dato che tutto ciò riguarda esclusivamente la sua individualità, e non ha rilevanza nei rapporti intersoggettivi. Anche tutto ciò che costituisce oggetto di culto presso le varie religioni, o che è affermato dalle moderne ideologie, non può essergli imposto o vietato, perché appare fundamentalmente irrilevante rispetto a quell'ordinato svolgersi della civile convivenza, che è compito del diritto assicurare.

#### **10. Norme giuridiche e norme morali.**

La norma morale, a differenza di quella giuridica, vincola il singolo nella sua interiorità, nella sua coscienza. Le norme giuridiche non sono norme morali, e la distinzione tra le une e le altre è della massima evidenza. Le norme giuridiche non possono essere identificate, nemmeno in parte, con le norme morali, perché esse promanano dagli organi esponenziali di una società organizzata, mentre le norme morali presuppongono l'esistenza della Divinità, senza della quale non possono esistere. Le norme morali che disciplinano l'agire dei singoli rispecchiano una realtà trascendente, e non immanente, perché necessariamente promanano da un'entità portatrice di valori assoluti. La norma morale non è pertanto diritto positivo, appunto perché in essa l'intersoggettività sussiste soltanto nei confronti di una realtà trascendente e non umana. Al contrario del diritto, la morale è un fatto interiore, perché pone l'uomo direttamente in rapporto con Dio. Manca pertanto quel rapporto intersoggettivo con altre autorità umane dalle quali la norma provenga, che invece è connaturata all'esistenza del diritto positivo. La diversità rispetto alla morale è nella diversa fonte dell'imperativo, che in un caso promana da un'autorità umana, e nell'altro da un'autorità trascendente. L'imperativo costituito dalla norma giuridica deve essere seguito non perché provenga da un'autorità trascendente a cui tutto debba essere subordinato, ma soltanto come comando umano, che però, all'interno della società, si presenti incontrastato. Questa è la necessità giuridica insita nella norma. Il comando umano riflette una realtà non trascendente, ma una volontà collettiva, anche se questo non significa che il destinatario possa fare quello che vuole e non seguirla o meno, a seconda di quanto gli conviene, sulla base di una scelta puramente utilitaristica.

## 11. Validità morale delle norme giuridiche

L'affermazione secondo cui morale e diritto non coincidono è universalmente accettata e di comune dominio. Ma essa viene spesso intesa nel senso che il diritto, proprio in quanto non coincide con la morale, necessariamente sia un fatto immorale, o almeno presenti la moralità a un livello inferiore al dovuto. Tutto ciò è gravemente errato, perché non riesce a comprendere quello che è il vero significato della norma giuridica, la quale è una realtà esteriore e non coincidente con quella morale, ma non perché sia ad essa contraria, neppure in parte, ma unicamente perché la struttura della norma giuridica è oggettivamente diversa da quella morale, corrispondendo ad una distinta finalità, quale è quella di temperare la sfera esterna dei soggetti giuridici. Questa è la sua differenza, e non la sua scarsa o nulla validità sul piano morale. Si potrà dire che la norma giuridica non può sostituirsi a quella morale; ma anche ciò deriva dalla sua struttura, e non da una sua pretesa immoralità. Non si deve intendere la mancata coincidenza del contenuto delle norme giuridiche e di quelle morali come determinato da un'immoralità, totale o parziale, della norma giuridica. Non è che la norma morale sia la perfezione, e quella giuridica sia almeno parzialmente immorale perché non riproduce il contenuto di quella morale, essendo esteriore e contingente. E' che la norma giuridica, proprio per essere conforme alla morale, deve tenere conto dei caratteri suoi propri, fra i quali in primo luogo la sua natura esclusivamente esteriore. La norma giuridica è un precetto intersoggettivo, che in quanto tale deve conservare quei caratteri. Una contrapposizione tra norme giuridiche e norme morali non si pone in termini così netti, per cui si debba considerare la norma morale come valore etico, e quella giuridica e positiva come la sua negazione, come assai spesso si ritiene o si dà per presupposto. Il significato della norma morale non deve portare a svalutare la norma giuridica perché questa, se pure con essa non si identifica, adempie ad una funzione insostituibile per la società, della quale condiziona la stessa esistenza. A tale compito la norma morale istituzionalmente non è preordinata; così che la norma giuridica colma una lacuna - se così si può dire impropriamente - della norma morale: se una società non può fare a meno di un complesso di precetti morali, non può fare a meno neppure dei precetti di diritto positivo, che sono indispensabili alla sua esistenza. I rapporti intersoggettivi ed esterni sono, nei loro aspetti umani, sottratti alla regolamentazione della sfera della coscienza individuale, completando, sul piano contingente delle relazioni intersoggettive, i precetti morali. La morale non può risolvere tutti i problemi della società, alla cui soluzione non è istituzionalmente preordinata. La volontà umana e collettiva è insostituibile, e non si presta ad essere scambiata con norme morali, o comunque con altre norme non giuridiche. Solo la volontà umana e collettiva ha questa attitudine. La ragion d'essere delle norme positive ha dunque una sua validità sul piano etico. Ogni società si costituisce in vista di un fine, ed in tanto esiste come realtà organizzata e giuridica, sul piano strutturale, in quanto vi sia una finalità, una causa che

ne costituisca la ragion d'essere. Ebbene, necessariamente, tale fine è costituito dall'esigenza di garantire una civile convivenza tra i consociati. La disciplina dei rapporti intersoggettivi è dunque conforme ad un'unica causa in tutte le norme di un ordinamento. E tale causa, che è quella di garantire un ordinato vivere civile, a sua volta ricomprende in sé un'infinita gamma di scopi, i quali ne costituiscono altrettante specificazioni. Il diritto positivo e la morale hanno ciascuno una propria causa, una distinta ragion d'essere. Questo però non significa che il diritto, perché non si identifica con la morale, debba essere ad essa contrario, e che ogni norma giuridica sia per ciò stesso immorale; significa soltanto che le norme dell'una e dell'altra categoria hanno ciascuna una propria configurazione, una diversa struttura, restando ogni norma umana e contingente, promanante dalla collettività, di per sé sempre consona ai precetti morali, a meno che in concreto devii - come può accadere, essendo opera umana -, dai fini che dovrebbero essergli propri.

### **12. Carattere accessorio ed eventuale della sanzione**

Spesso si parte dal presupposto che la legge, la norma giuridica, sia un atto di imposizione basato sulla violenza, e che la sua coincidenza con le norme etiche sia puramente casuale. Secondo un'impostazione che ha avuto tanto successo, sarebbe pertanto caratterizzante della norma giuridica, rispetto a quella morale, la minaccia della sanzione. Ma tale concezione falsa completamente la portata della norma giuridica, la quale è un dato formale, e non un volgare atto di violenza basato sulla coattività; per cui è del tutto arbitrario ricondurre l'ottemperanza al precetto giuridico ad un'estorsione compiuta dagli organi pubblici. Un conto è pagare il riscatto ad una banda di estorsori, un altro è ottemperare alla legge dello Stato. Chi pone l'accento sulla indispensabilità della sanzione, come elemento qualificante e caratterizzante della norma giuridica, pone ostentatamente le due circostanze sullo stesso piano, travisando la portata del fatto normativo, così come disconoscendone la validità sul piano etico. Il seguire il diritto positivo ha un suo significato anche da un punto di vista morale, essendo lo scopo di garantire un ordinato vivere civile valido di per sé, da un punto di vista etico; onde l'equiparazione tra le due situazioni appare del tutto arbitraria. La norma giuridica, in quanto dato esteriore e formale, non impone necessariamente un calcolo utilitaristico, e cioè questo calcolo non gli è connaturato; per cui di consueto sono motivi morali quelli che determinano il singolo ad agire in conformità ad essa. Ed è un pregiudizio ritenere che necessariamente l'ottemperanza al precetto positivo debba essere determinato da un calcolo utilitaristico traducesi nello scopo, da parte del consociato, di evitare la sanzione. Normalmente il comando viene seguito solo perché è stato emesso. E solo per le norme provviste di sanzione può verificarsi questa, che peraltro è unicamente un'eventualità. Considerare la norma giuridica isolatamente dalla morale significa considerarla non nella sua intrinseca essenza, come si pretende di fare, ma come norma che necessariamente è venuta meno ai propri compiti, ossia come entità che devia dai propri fini. L'arbitrio del legislatore può provocare

solo temporanee deviazioni da quella che è la sua fondamentale funzione. A meno che il precetto non sia - come può accadere, essendo la norma espressione di una volontà umana e non divina - apertamente contraria alla morale, morale e diritto sono due realtà talmente compenstrate che solo a fatica possono essere scisse. Il diritto adempie ad una funzione sociale, di garanzia dell'esistenza, sotto l'aspetto strutturale, della società, la quale è eticamente valida. Si ritiene dunque comunemente che il diritto in quanto tale sia seguito sempre e unicamente per ragioni utilitaristiche e pratiche, quali sono quelle di evitare la sanzione; e che per ragioni morali lo sia soltanto quando il precetto giuridico coincida con quello morale. Ma questa concezione risulta fortemente riduttiva e distorta, in quanto tutte le norme positive, anche quelle che corrispondono ad una necessità contingente - ed anzi il corrispondere ad esigenze contingenti di un ordinato vivere civile, là dove la norma morale non può statuire, è connaturato all'esistenza stessa del fenomeno giuridico, di cui costituisce la insostituibile ragion d'essere - possono e debbono essere seguite per ragioni morali, proprio in quanto hanno piena validità sul piano morale. La norma, come comando umano, può proporre soltanto mezzi umani e limitati al suo sostegno, per sospingere i consociati privi di moralità ad ottemperarvi. Questo però non esclude che le norme traggano la propria forza vincolante assai più dalle eticità delle loro prescrizioni, che da questi umani mezzi coercitivi.

### Riferimenti bibliografici

- Agrusti S., Incompletezza gòdeliana dei sistemi giuridici, in *Annali Univ. di Bari* 2013, 1.
- Alexander L. Kress K., *Una critica dei principi del diritto*, Napoli, 2014.
- Aléxy R., *Concetto e validità del diritto*, Napoli, 1977.
- , *Certezza del diritto e correttezza*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2014, 957.
- Alpa G., *La natura del diritto-Per una teoria non positivista*, Napoli, 2015.
- , *I principi generali-Una lettura giusnaturalistica*, in *Giust. civ.* 2014, 957.
- Alves P. M.S., *Giudizi e norme: atti tetici ed atti nomotetici*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2015, 25.
- Barberis M., *Santi Romano, il neoinstituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in *Materiali storia cultura giur.* 2005, 523.
- Barcellona M., *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006.
- Bellini P., *Ubi societas ibi societas-Considerazioni sul fortunato adagio "ubi societas ibi jus"*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2011, 155.

- Benedetti G., Ancora in tema di diritto e morale, in Riv. int. di fil. del dir. 2012, 129.
- Bobbio N., Teoria della norma giuridica, Torino, 1958.
- , Il positivismo giuridico, Torino, 1996.
- , Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Roma-Bari, 2011.
- Bongiovanni G., Costituzionalismo e teoria del diritto, Roma-Bari, 2012.
- Borrello M., Diritto e forza, Torino, 2006.
- Capograssi G., Analisi dell'esperienza comune, Milano, 1975.
- Carcattera G., La logica della ricerca giuridica, in Riv. int. di fil. del dir. 2015, 577.
- Casu A., Etica e diritto, in Rass. parl. 2016, 139.
- Catelani A., Diritto e senso della vita, in Riflessioni sul senso della vita (a cura di A. Catelani, M. Bianca. S. Zacchini ), Roma, 2010.
- , Il diritto come struttura e come forma, Soveria Mannelli, 2013
- , Lo Stato di diritto nel mondo moderno-Saggi, Saarbrücken, 2013.
- , Problemi giuridici della società contemporanea, Roma, 2016.
- Cattaneo M. A., Diritto e forza, Padova, 2005.
- Cerrone F. Repetto G. (a cura di), Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica e etica, Milano, 2012.
- Chiassoni P., Dei difetti dell'evoluzionismo giuridico in Riv. int. di fil. del dir. 2015, 335.
- Croce B., Filosofia della pratica, Bari, 1963.
- Cruz L. M., La dinamicità del sistema giuridico: l'attività dell'interprete tra la norma e il caso, in Riv. int. di fil. del dir. 2016, 283.
- D'Agostino F., Lezioni di filosofia del diritto, Torino, 2006.
- De Fiores C., Interpretazione della legge e interpretazione costituzionale, in Dir. e soc. 2015, 13.
- De Marco R., Soggetto e ordinamento giuridico, in Riv. int. di fil. del dir. 2016, 535.
- Falzea A., Introduzione alle scienze giuridiche-Il concetto di diritto, Milano, 2008.
- Faralli G. (a cura di ), Il realismo giuridico dimenticato, in Riv. int. di fil. del dir. 2014, 257.

Galantini M. L. Palmaro, *Relativismo giuridico. La crisi del diritto positivo nello Stato moderno*, Milano, 2010.

Giordano A., *Dal nichilismo normativo all'ellissi giuridica-Una proposta di percorso tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2012, 601.

Grossi P., *Crisi del diritto oggi?* in *Dir. e soc.* 2011,.

—, *La vita nel diritto*, Napoli, 2012.

—, *Nobiltà del diritto*, Vol. II, *Profili dei giuristi*, Milano, 2014.

Guastini R., *La sintassi del diritto*, Torino, 2014.

Hart H. L. A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965.

Incampo A., *Filosofia del dovere giuridico*, Bari, 2012.

Irti N., *Nichilismo giuridico*, Roma-bari, 2005.

—, *Il salvagente della forma*, Bari, 2007.

—, *Il dialogo sul nichilismo giuridico*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2006.

—, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.

Italia V., *La malattia delle leggi*, Milano, 2014.

Kelsen H., *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985.

—, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1973.

—, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1978.

Olivecrona K., *Il diritto come fatto*, Milano, 1996.

Martinelli C., *Lo Stato e le fonti del diritto: spunti di riflessione sul pensiero di Santi Romano*, in *Dir. amm.* 2015, 149.

Modugno F., *L'interpretazione giuridica*, Vol. I, *L'oggetto*, Padova, 2015.

Patterson D., *Diritto e verità*, Milano, 2010.

Perelman G., *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979.

Possenti V., *Nichilismo giuridico-Ultima parola ?*, Soveria Mannelli, 2012.

Rodotà S., *La vita e le regole-Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

Romano S., *L'ordinamento giuridico*, Milano, 1962.

Ross A., Diritto e giustizia, Torino, 1985.

Schmitt C., Le categorie del politico, Bologna, 1972.

Tracuzzi G., Diritto come coesistenza, Bari, 2012.

Zaccaria G., La comprensione del diritto, Roma-Bari, 2012.

Zagrebelsky G., Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune, Torino, 2009