



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2017 ANNO II N.4.

La natura formale del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici



2017 ANNO II NUMERO 4

di Alessandro Catelani pp. 131-148 articolo rivisto



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA ANNO 2017, II, N.4

LA NATURA FORMALE DEL DIRITTO E LA PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI

di Alessandro Catelani

Abstract

A legal system needs that every society is organized by a complex of rules that emanates from its governing bodies. That rules must be categorical, as they don't allow - unless anticipated cases -, to infringe them. Thereby thus gives rise to a structure that defines the way of being of the people and of the things in their mutual relationships, as an external and formal reality defined by the rules, that counterpose it self to the substance of the social relationships. The social datum cannot prevail on the rule without violating the principle of legality and every rule of civilness; as well as, even before, without letting the same existence of the legal system impossible to exist. As every society is endowed with a its own normative complex, the legal systems are numerous.

Key words: Rule, Form, Society;

Riassunto

Perchè esista un ordinamento giuridico occorre che ogni società sia organizzata da un complesso di norme, che emanino dai suoi organi esponenziali. Tali norme devono essere categoriche, in quanto non consentano - salvo i casi espressamente previsti -, di discostarsi da esse. Si crea in tal modo una struttura che definisce il modo di essere delle persone e delle cose nei loro reciproci rapporti, quale realtà esteriore e formale definita dalle norme, che si contrappone alla sostanza dei rapporti sociali. Il dato sociale non può prevalere sulla norma senza violare il principio di legalità e ogni regola di civile convivenza; nonché, prima ancora, senza rendere impossibile l'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico. In quanto ogni società è dotata di un proprio complesso normativo, gli ordinamenti giuridici sono molteplici.

Parole chiave: Norma Forma Società.

Università degli studi di Siena.

1. Indispensabilità degli ordinamenti giuridici.

Una società nella quale non vi sia alcuna regola di comportamento, e ognuno faccia quello che vuole, non è una società. Il diritto è indispensabile in quanto vi devono essere dei comandi i quali promanano dagli organi esponenti della collettività, e che regolino l'agire dei consociati nei loro reciproci rapporti. Una società, se esiste, è necessariamente ordinata 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 che regolano l'agire dei consociati nei loro reciproci rapporti, e dalla cui esistenza il corpo sociale non può prescindere.

Il diritto è ordinamento. È società organizzata, struttura del corpo sociale, e si identifica con il momento del dover essere dei consociati nei loro reciproci rapporti. E tale dover essere, in quanto trae la sua fonte dalla volontà umana, e non da entità divine e metafisiche, è sempre e soltanto e necessariamente la norma giuridica, un complesso di norme giuridiche, al di fuori delle quali il diritto positivo non può esservi. Il diritto positivo è realtà immanente, e non trascendente rispetto al corpo sociale, ed è come tale un fatto umano e non soprannaturale. Il diritto positivo non è che un complesso di norme che sono espressione di una volontà umana e collettiva.

2. Il fenomeno giuridico come dato formale

La determinazione della volontà normativa determina il modo di essere dei soggetti e delle cose nei loro reciproci rapporti, quale viene definito a prescindere dal loro intrinseco contenuto. La forma è il modo di atteggiarsi degli elementi costitutivi di un corpo sociale nei loro reciproci rapporti, quale viene definito dalla proposizione normativa.

Il diritto è forma in quanto viene a disciplinare i rapporti intersoggettivi, anche se spesso in relazione alle cose. Non viene in considerazione la sostanza dei fenomeni sotto altro profilo, ma solo per quello che attiene e interessa una relazione intersoggettiva. Si tratta di un dato oggettivo, attraverso il quale si manifesta e si compie il temperamento delle contrapposte sfere giuridiche, nelle quali si traduce il diritto. La forma è fondamentalmente il modo di essere del comportamento umano, quale rileva ai fini della determinazione dei rapporti intersoggettivi. La forma di un fenomeno giuridico è la sua essenza; perché il diritto è per sua natura un fatto formale. La forma è ciò che copre integralmente la sostanza delle cose; e il diritto, proprio perché necessariamente disciplina qualunque aspetto della vita associata, è forma.

Il diritto è l'elemento vivificante della società, della quale costituisce la componente giuridica. La forma costituisce il dover essere, al quale compete plasmare il contenuto, la materia, costituita dai rapporti sociali. La norma giuridica adempie a questa funzione fondamentale di plasmare la struttura della società, e di farne un ordinamento giuridico. Nel caso del diritto, delle norme giuridiche, si tratta di imporre una certa struttura, una determinata vita di relazione nei rapporti intersoggettivi e, correlativamente, altrettanto accade nei rapporti fra le cose, che agli oggetti sono funzionalizzate. Il diritto è un insieme di imperativi, di precetti che hanno questa funzione. La norma attiene al comportamento umano; e alle cose solo in quanto in esso direttamente o indirettamente si inquadra.

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 un'entità socialmente rilevante, considerata sotto qualunque aspetto sensibile 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.

3. La forma come idea e come logica

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 a una sottostante situazione concreta. Quando questa realtà ideale definisce i rapporti esterni ai comportamenti umani e alle cose, allora si ha la forma.

La forma, come rappresentazione del reale, si traduce in una proposizione logica, la quale consta di una prescrizione di comportamento.

Il mondo delle idee è quello della logica. E 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 modo 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.

In quanto il diritto si traduce in un compiuto sistema di norme, funzionalizzate, nella loro concreta attuazione, alla determinazione di una certa struttura della società,

esso costituisce pur sempre un fatto di coerenza e di razionalità, che può giovare dei criteri stabiliti dalla logica nella determinazione dei rapporti fra le norme. E' la volontà umana che razionalizza l'ordine dei rapporti sociali, che da ad essi sistematicità. Quanto più è - si direbbe - geometrico, quanto più armonico e coerente, il sistema, tanto più pregevole esso appare.

4. I soggetti e gli oggetti

La materia è il contrario della forma, ed è tutto quello che viene plasmato, modellato dalla forma, e cioè dal diritto. Questa è la società, il corpo sociale, che costituisce la materia grezza della forma.

Il diritto comprende, come oggetto della sua normativa, tutta la realtà animata o inanimata. La realtà formale passa attraverso una schematizzazione di tutta la realtà sostanziale. Questa realtà ha però al suo centro, come suo protagonista, come elemento centrale di tutto il sistema, l'uomo in quanto partecipe di vita associata. Ogni norma si indirizza ai singoli, ai soggetti dell'ordinamento; e l'oggetto suo proprio è dato anzitutto dal comportamento, dall'attività dei singoli consociati, perché la norma interviene sempre sull'azione, sull'attività da essi compiuta.

Soggetti di diritto sono tutte quelle entità che si prestano ad essere centri di imputazione di figure giuridiche soggettive. Queste non possono far capo che agli esseri umani, o a loro proiezioni organizzative, quali sono le persone giuridiche. E' l'uomo che è l'elemento attivo, la componente fondamentale della società, e ad esso compete la qualifica di soggetto di diritto. All'opposto della soggettività giuridica, gli oggetti rappresentano la realtà inanimata, di cui l'uomo si serve per i suoi fini.

Tutto ciò che è estraneo ai consociati ha una funzione, nel diritto, unicamente in quanto strumentale rispetto a questi ultimi. Il diritto riflette una schematizzazione formale della realtà, nella quale rileva unicamente la distinzione tra soggetti e oggetti, quali entità rispetto ad essi strumentali. La realtà inanimata viene in considerazione in quanto idonea a procurare utilità agli esseri viventi, ai soggetti di diritto. Gli oggetti rilevano giuridicamente soltanto in funzione dei soggetti ai quali appartengono.

5. L'esteriorità del fenomeno giuridico.

In quanto entità formale, il diritto è una realtà esteriore.

Quanto statuito dalla norma, e la sua natura precettiva, rilevano nella loro oggettività, nel loro contenuto, mentre resta del tutto irrilevante quello che avviene all'interno della sfera psichica del singolo soggetto destinatario, e quindi della sua coscienza. Il diritto è una realtà

estriore, e come tale va considerato. Il diritto non è un fatto interiore, ma un fatto di relazione, un modo di essere dei rapporti fra soggetti, che attiene alla sfera dei singoli; per cui non ha significato quello che accade nella coscienza degli individui, quando il precetto imponga loro alcunchè.

Quello che accade nella sfera giuridica del singolo ha una sua rilevanza unicamente nei limiti in cui qualifichi un comportamento intersoggettivo.

6. Categoricalità delle norme giuridiche.

La norma giuridica è un imperativo categorico, perché non 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 concreti 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 propri effetti indipendentemente dagli scopi che il singolo si prefigge di raggiungere rispettando la norma. Solo la norma imperativa, nella sua categoricalità, esprime un dover essere idoneo a strutturare un gruppo sociale.

La norma impone ai consociati di fare o non fare alcunchè, e cioè di tenere un comportamento positivo o negativo. E in tal modo essa definisce la struttura della società, i rapporti tra le sfere giuridiche dei consociati, determinando un assetto rigido delle relazioni tra i singoli. Se questa categoricalità manca, anche la struttura viene meno. Non può essere rimessa all'arbitrio del singolo l'applicazione del diritto, ma sempre si deve ottemperare alla sua volontà normativa.

7. Natura strutturale del diritto

Strettamente consequenziale alla categoricalità delle norme giuridiche è la natura strutturale del diritto. La forma è la generica espressione di qualunque realtà 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 pertanto idonei a creare una struttura. Nel caso del diritto si tratta di un particolare tipo di forma, di quella che corrisponde unicamente a precetti di comportamento, a norme giuridiche, che incidano sui rapporti fra 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 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. E' questo l'elemento determinante della giuridicità. La forma, per corrispondere a un fenomeno giuridico, deve atteggiarsi in termini di struttura, identificandosi con un imperativo categorico. 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.

La categoricità della norma giuridica è strettamente consequenziale all'indispensabilità del diritto positivo, e condizionata integralmente dalla presenza del fenomeno giuridico - per cui mancando quella essa 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 corpo sociale, e la stessa esistenza dell'ordinamento come società organizzata.

8. Schematizzazione della realtà e interpretazione giuridica. 9. Identificazione del diritto con il dato sociale.

La rappresentazione formale della realtà necessariamente si traduce in una schematizzazione, e cioè in un'astrazione, che in quanto tale è praticamente impossibile che rispecchi la situazione concreta, alla quale si riferisce, in tutte le sue multiformi e infinite varianti che può assumere. Il fenomeno giuridico come entità formale necessariamente dunque si presta, per sua natura, a essere integrato da disposizioni più specifiche, che lo adattino alla situazione sostanziale. Ogni disposizione più specifica aggiunge sempre e necessariamente qualcosa di nuovo rispetto alle prescrizioni legislative, che la norma configura nella loro generalità. A questa funzione è preposta l'interpretazione giuridica.

L'ordinamento come complesso di norme è in sé completo, in quanto riguarda necessariamente ogni aspetto della vita associata. Alle eventuali lacune e incongruenze del complesso normativo, che si riscontrano nelle norme considerate nella loro letteralità, supplisce l'interpretazione giuridica.

La fase attuativa della norma, traducesi nell'applicazione della norma al caso concreto, è parte integrante della costruzione dell'ordinamento giuridico, in quanto colma le lacune di quella schematizzazione della realtà nella quale si traduce il complesso normativo. E la situazione non cambia sia che la decisione degli organi giudicanti abbia efficacia soltanto fra le parti, come accade nel nostro ordinamento, sia che abbia efficacia *erga omnes*, come avviene in altri sistemi giuridici. La diversa

efficacia dipende dal diritto positivo dei vari ordinamenti. Ma in ogni caso la decisione giudiziale esercita la funzione di costruire l'ordinamento giuridico nella sua complessità.

9. Identificazione del diritto con il dato sociale

Qualora si affermi che la norma non è in grado di condizionare il dato sociale, nel quale invece risiederebbe l'essenza più genuina della giuridicità, si afferma che non è valido il principio di legalità, sul quale si basa la società moderna, e sul quale si è sempre fondato qualunque ordinamento giuridico.

Il dato sociale verrebbe ad identificarsi con la pura e semplice capacità di affermarsi, qualunque sia il suo contenuto. L'identificazione del diritto con il dato sociale si traduce nel ricondurre il diritto ad un rapporto di forza; per cui solo tutto ciò che riesce ad affermarsi, e nella misura in cui si afferma, sarebbe diritto. Il fenomeno giuridico si identificherebbe con il complesso delle forze che agiscono all'interno della società, la quale sarebbe giuridica se e nella misura in cui riescano concretamente ad affermarsi. Il diritto sarebbe la forza: tutto ciò che si impone, e nella misura in cui si impone, sarebbe giuridicamente vincolante. La priorità del dato sociale su quello normativo in ciò espressamente si traduce.

L'impostazione che esalta la socialità al punto di identificarla con il diritto, si traduce nell'identificazione del diritto con la forza bruta, comunque si manifesti, e con la sopraffazione. E l'identificazione del diritto con la forza, in contrapposizione al dato normativo, è la negazione del diritto stesso, che è una realtà la quale ha come scopo, proprio sulla base del suo imperativismo, di combattere la legge del più forte. Il comportamento dei consociati fondato sulla forza bruta deve essere combattuto sulla base del principio di legalità; e la legalità si identifica con il complesso delle norme che disciplinano il corpo sociale. E neppure una società può esistere come ordinamento giuridico se non è strutturata da un potere normativo. Il diritto garantisce la struttura della società e la correttezza dei rapporti sociali; e proprio in tale veste si contrappone, quale forma in termini di struttura, alla sostanza dei rapporti intersoggettivi, alla materia grezza del dato sociale, comunque questo concretamente si atteggi.

Se si negasse l'imperatività del diritto, allora ognuno potrebbe fare quello che vuole, dalle azioni più nobili a quelle più ignobili, e tutte sarebbe indifferentemente legittime per la società. Nell'assenza di qualunque normativa, chiunque sarebbe libero di fare il bene o il male, di fare le opere di beneficenza o di uccidere e di rubare, tutto questo essendo assolutamente indifferente alla comunità. E 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 senza il diritto, che il diritto non esiste in quanto tale, in quanto idoneo a porre i fondamento di un ordinato vivere civile.

Quanto al rendere adeguata la norma alle esigenze della società, questo è il compito dell'interpretazione giuridica.

10. *Ubi societas ibi jus.*

L'identificazione del diritto con la società è stata effettuata da Santi Romano nella sua nota opera su "L'ordinamento giuridico".

Riprendendo il noto e antico aforisma "*Ubi societas ibi jus*", il Romano è giunto ad affermare che il diritto si identifica con lo stesso ordinamento giuridico, che egli chiama istituzione o corpo sociale. Il diritto sarebbe la stessa società a prescindere dal dato normativo, che non ne costituirebbe che una manifestazione mediata e secondaria. Le forze che producono il diritto avrebbero la priorità rispetto alle norme, le quali non ne sarebbero che il risultato: "Il diritto non può essere soltanto la norma posta dall'organizzazione sociale, come spesso si dice, ma è l'organizzazione sociale che, fra le sue altre manifestazioni, pone anche la norma. Se è vero che il carattere giuridico di questa è dato dal potere sociale che lo determina o, almeno, la sanziona, ne viene che questo carattere già deve rinvenirsi nell'istituzione, che non potrebbe attribuirlo alla norma se già non lo possedesse essa medesima."; "...il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si volge e che esso costituisce come unità, come ente a per sé stante..." (*L'ordinamento giuridico* cit., Cap. I, n.7). Nel suo più genuino significato, tale teoria si traduce nell'identificazione del diritto con la socialità, con il fenomeno sociale, e nel disconoscimento di una contrapposizione tra la norma e la società, che consentirebbe al precetto giuridico di condizionare il comportamento dei consociati. La fonte esclusiva della giuridicità sarebbe nelle forze che agiscono all'interno della società, che sarebbero giuridiche nella misura in cui riescano ad imporsi.

Nell'identificare in un rapporto di forza la fonte prima e praticamente esclusiva di ogni giuridicità, il Romano - che in ciò appare indubbiamente assai più figlio del suo tempo di quanto non abbiano avvertito i suoi postumi ammiratori - sostiene che sarebbero tali forze, comunque queste si manifestino, a definire quell'assetto sociale con il quale si identificherebbe il fenomeno giuridico. L'essenza della giuridicità, nella sua più significativa espressione, risiederebbe nel corpo sociale di cui anche la norma sarebbe manifestazione, se pur secondaria e, come tale, non in grado di condizionare la socialità del diritto, e quindi il fenomeno giuridico nella sua vera portata.

11. L'equiparazione delle norme giuridiche a quelle non giuridiche

Romano svaluta il dato normativo identificando il dato giuridico con la società, perché non riesce a vedere alcuna differenza fra le norme giuridiche, e quelle che non sono giuridiche. Da ciò, correlativamente, l'identificazione del dato giuridico con il dato sociale, comunque esso si atteggi, e con il quale pienamente si identificherebbe.

Le norme dovrebbero essere poste tutte sullo stesso piano. Come ha affermato l'Autore, "...è perfettamente vano proporsi, come accade frequentemente, di fissare i criteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, della morale, del costume, dell'economia, delle regole tecniche ecc. Ciascuna di queste manifestazioni dello spirito umano può essere in tutto o in parte assunta nel mondo giuridico e formarne il contenuto, tutte le volte che essa rientra nell'orbita di un'istituzione." In queste parole, nelle quali è chiarissimo l'eco del pensiero crociano, il Romano riprese ed espresse concetti che erano stati espressi - appunto dal Croce - nel periodo immediatamente precedente alla pubblicazione de "L'ordinamento giuridico" (B. CROCE, *Filosofia della pratica*, Bari, 1963, pp. 325-329). L'assorbimento più completo del dato giuridico in quello sociologico e pregiuridico, e quindi la pressochè integrale negazione del valore e del significato della norma giuridica, alla quale il Romano ha dato tanta notorietà, era stata dunque già compiuta autorevolmente in sede filosofica. Il Croce ha ricondotto l'atto normativo ad una manifestazione di volontà la quale si presenta come dato comune e indistinto, qualunque sia la natura della "legge", e pertanto la sua consistenza giuridica e sociale. Non avrebbe dunque alcun significato "...la distinzione delle leggi in politiche e giuridiche un conto, e meramente sociali dall'altro..." (B. CROCE, *op. cit.*, p.325). Si erano così create le premesse di una teorica che identificasse il dato giuridico con quello sociale, facendo perdere alla giuridicità i suoi tratti caratterizzanti nei confronti di quest'ultimo.

12. Autonomia del fenomeno giuridico

Non ogni fenomeno sociale ha carattere di giuridicità, bensì solo quegli aspetti della vita associata che costituiscono una realtà organizzata, in corrispondenza a precetti di natura giuridica, e cioè categorica.

All'interno dell'ordinamento giuridico, e nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, si rinvencono numerosissime norme, della più varia natura, le quali, in quanto estranee alla produzione normativa degli organi esponenti della società - a meno che questi ultimi non ritengano espressamente di limitare la propria produzione normativa a consigli o raccomandazioni - non sono obbligatorie per i consociati. Tali norme hanno, nei confronti delle norme giuridiche le quali disciplinano la struttura di ciascun ordinamento, carattere non categorico. Si tratta quindi di una qualità intrinseca determinata dalla qualifica che le norme stesse oggettivamente assumono all'interno della società. Le norme religiose o del costume, le

norme morali, le norme di opportunità e convenienza, o di equità, appaiono, nei confronti della società alla quale il soggetto appartiene, non come norme giuridiche ma come norme pregiuridiche, come precetti ipotetici privi del carattere della giuridicità, anche se eventualmente rilevanti, sotto molteplici aspetti, nei confronti del comportamento dei consociati.

Anche le norme morali in sé considerate non sfuggono a questa caratterizzazione pregiuridica. Esse sono categoriche nei confronti della Divinità, di un'entità metafisica, non nei confronti degli altri consociati, a meno che esse non vengano espressamente fatte proprie dall'ordinamento giuridico che le renda coattive (ad es. non uccidere, non rubare), mentre negli altri casi non hanno di per sé una tale coattività. Tali norme, come tutte le altre pregiuridiche, possono acquistare giuridica vincolatezza, e assumere il carattere della giuridicità, solo e nei limiti in cui tale carattere sia loro attribuito dalla legge.

La struttura del corpo sociale presuppone una veste giuridica - per così dire - senza della quale la società non può esistere. Ma all'interno di questa vi sono infinite norme della più varia natura che appartengono alla sfera del pregiuridico. E' doveroso riconoscere e valutare nella loro pienezza tali norme. Sarebbe però un errore metterle sullo stesso piano delle norme più propriamente giuridiche, facendo assumere con ciò stesso alle norme non giuridiche il carattere della giuridicità.

13. Ragioni del successo della teoria di Romano

Le ragioni del successo di questa teoria, e il fascino che essa esercita sui suoi sostenitori, sono sempre gli stessi che così a lungo hanno determinato le fortune del diritto naturale; e cioè la prevalenza, quale nuovo assoluto, di un diritto insito nella natura umana rispetto alla norma giuridica espressione della collettività, con tutte le sue manchevolezze e le sue carenze, consequenziali alle esigenze contingenti che l'hanno determinata.

Il diritto naturale considera il diritto come inerente alla natura umana; Romano afferma che è insito nella società. Ma ogni società è composta da uomini, per cui si tratta di due distinte versioni di quell'unico concetto.

Attraverso l'identificazione di diritto con la società, il diritto positivo non è più un fatto contingente, con tutte le carenze, anche gravissime, che possono essergli proprie, ma è pur sempre qualcosa di più stabile e profondo, immutabile nella sua più intima essenza nonostante il trascorrere del tempo e gli atteggiamenti che può assumere. Esso diventa in ultima analisi un valore assoluto, che soddisfa le aspirazioni degli interpreti. Non è più una realtà, come per il diritto naturale, pur sempre in certo modo metafisica e trascendentale, ma tangibile e concreta, e non di meno in certo senso impregnata di valori assoluti. Attraverso la teoria di

Romano rivive la valorizzazione del diritto naturale come fonte prima e originaria del diritto, come valore eterno.

Il suo fascino è stato proprio in questa concretizzazione di un assoluto, nell'esaltazione della socialità allo stato puro, priva di qualunque idealità. E' questo che è piaciuto a molti fra i maggiori studiosi italiani di diritto: identificando il fenomeno giuridico con la società, si è venuti a dire che il diritto è connaturato alla natura umana, ripetendo quanto era stato detto dai sostenitori del diritto naturale. Con la teoria istituzionale il trascendente diventa immanente, diventa realtà tangibile e concreta, pur restando assoluto. E il successo di questa teoria è nel fatto che in essa il trascendente perde quei connotati che lo rendevano poco credibile alla mentalità moderna, per assumere quelli - come viene ritenuto - del diritto positivo vero e proprio, privo di ogni astrazione e dotato di attendibilità, in quanto avente la concretezza del dato sociale.

In fondo si tratta di due facce dello stesso fenomeno: la svalutazione del diritto positivo, identificato con l'espressione brutale della forza, presuppone la rivalutazione del diritto naturale. Non si deve dimenticare questo nesso fondamentale, che si trova costantemente presente nel pensiero degli Autori che identificano il diritto con la società: la valorizzazione del diritto quale entità connaturata alla natura umana e come fatto sociale dal quale non si distinguerebbe in alcun modo, e la correlativa svalutazione del diritto positivo, considerato nella sua essenza normativa come forza bruta, per niente diversa, nei suoi tratti caratterizzanti, dai comandi delle bande mafiose e criminali.

Quello che piace, e che determina il successo di questa impostazione, è la riaffermazione della superiorità di dati pregiuridici rispetto a quelli strettamente giuridici; è l'idea che il diritto vero non sia quella che viene considerata la squallida e contingente realtà normativa, ma qualcosa di superiore e, pertanto, di assoluto. Si considera quindi il diritto naturale a prescindere da qualunque considerazione etica e di giustizia sostanziale, ma non per questo meno immutabile nei confronti delle contingenze del diritto positivo, e superiore ad esso. L'essenza del diritto non sarebbe quindi nella norma, quale espressione della volontà collettiva, ma nella natura umana. Al diritto naturale non si crede perchè riflette valori ideali; ma a quello positivo si, non nella sua misera versione normativa che rispecchierebbe dati formali, devianti e privi di significato, bensì nella sua consistenza effettiva, che sarebbe quella sociale, connaturata realmente alla società e alla natura umana. Questo sarebbe il vero diritto, non la norma. L'aspirazione e a valori eterni, e l'insoddisfazione per il diritto positivo, trovano così piena soddisfazione attraverso la formula del diritto identificato con la realtà sociale da contrapporre alla norma, e avente, a modo suo, valore assoluto.

La suggestione che la teoria di Romano ha esercitato su intere generazioni di studiosi è spiegabile proprio con questa socializzazione del diritto naturale che essa viene a compiere. E il motivo per cui questo è avvenuto, è nel fatto che, pur privando il diritto naturale di ogni idealità, e di ogni valore trascendentale, si crea pur sempre un assoluto, che come tale pienamente si contrappone al diritto positivo; si crea una realtà non contingente come la norma giuridica, ma fissa e immutabile nella sostanza sua propria, al di là degli atteggiamenti che il diritto positivo può assumere con il passare del tempo, attraverso un perenne divenire. Nonostante ogni contraria apparenza, la dottrina istituzionale ricalca le orme, sempre suggestive, della dottrina del diritto naturale, di cui costituisce una nuova e più moderna, e per ciò stesso, più seducente versione, aggiornata al mutare dei tempi. Quindi tale teorica, se pur rifiuta ogni idealità propria del diritto naturale, riafferma pur sempre la priorità giuridica di valori estranei al diritto positivo sullo stesso diritto positivo, con il quale ha la pretesa di identificarsi.

La teoria istituzionale ha fatto rivivere, nella problematica del diritto positivo, il fascino mai sopito del giusnaturalismo, e degli ideali ad esso connaturati, che invano, riducendo il diritto positivo a dato contingente e volontaristico, molti cercano di negare. Il fascino dell'idea è quello di portare il trascendente nella realtà materiale, rendendolo tangibile e alla portata di tutti e, con ciò stesso, credibile e concreto; è la suggestione mai sopita, rinnegata a parole e riaffermata nei fatti, del diritto naturale.

14. Sociologismo giuridico e diritto naturale

Ogni distinzione con il diritto naturale si attenua ulteriormente quando facendo, sui direbbe, un passo vanti nell'accentuare questi profili giusnaturalistici, sempre sulle orme della teoria istituzionale, si identifichi il diritto non con la realtà sociale materialmente intesa, comprensiva anche delle associazioni a delinquere e delle norme criminali, bensì con le opinioni di giustizia, di equità, di opportunità e convenienza, che si rinvergono nel corpo sociale. La teoria istituzionale valorizza il dato pregiuridico anche in quanto esso appaia conforme alla giustizia come valore etico e ideale. Il che accade quando si faccia riferimento alle opinioni ed ai comportamenti che si manifestano all'interno del corpo sociale, e che siano conformi alla giustizia, come valore morale contrappoentesi al diritto positivo. Quando ciò accade, il criterio distintivo dal diritto naturale propriamente inteso si attenua ulteriormente, e ci si avvicina ad una concezione completamente e integralmente giusnaturalistica, perché la realtà sociale con la quale si identifica il diritto non è ancora quell'assoluto che viene idealizzato dal diritto naturale, ma è pur sempre, se pur su un piano umano e non trascendentale, la giustizia, l'equità e la convenienza sociale.

Identificando in questi termini il diritto con la società, si passa inavvertitamente dalla valorizzazione della forza, insita nell'accettazione passiva di qualunque comportamento sociale considerato come entità giuridica, alla pretesa di esprimere valori ideali e spirituali, avvicinandosi alla giustizia come valore assoluto. Identificando in tal modo il diritto con il senso di giustizia insito nella natura umana, si ricade in pieno nel giusnaturalismo più tipico e tradizionale. Il diritto, secondo tale modo di vedere, sarebbe quello insito nella natura umana, ed esso solo sarebbe conforme all'etica, in contrapposizione a quello espresso dalla società organizzata, che esprimerebbe unicamente un rapporto di forza, ed eventualmente di arbitrio e di sopraffazione. Anche tale concezione, pienamente giusnaturalistica, si rinviene nella definizione ambigua e sfuggente di corpo sociale dovuta alla teoria romaniana, della quale non è che un aspetto; aspetto che indubbiamente ha contribuito a farla apprezzare da tutti, e a renderla gradita e convincente.

15. Il relativismo etico e la socialità come nuovo assoluto.

Un'altra componente delle circostanze che hanno determinato il successo della teoria istituzionale è quello del relativismo etico. In quanto considera giuridicamente vincolante il dato sociale qualunque esso sia, ogni principio morale scompare, perché rimesso alle scelte contingenti della collettività. Secondo questa assai diffusa concezione, ogni valore morale, e anche la stessa vita e dignità umana, potrebbero essere impunemente trasgrediti, purché vi sia il consenso della società nella quale il singolo è inserito. Una tale concezione si traduce nel considerare giuridicamente valida qualunque norma, purché in grado di imporre la propria volontà ai consociati.

Anche un ultimo aspetto deve essere segnalato, ed è costituito dal fascino della socialità allo stato puro, che dalla metà dell'Ottocento, dallo Stato marxista, è stato trasformato in un nuovo assoluto. Ogni teoria che ad esso si richiama, appare a molti, per ciò stesso, attendibile.

16. La pluralità degli ordinamenti giuridici

Il successo di questa teoria nella cultura giuridica italiana ha fatto sì che ogni opinione con essa contrastante venisse reputata inattendibile, in quanto verrebbe a negare il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, con il quale quella teoria viene identificata.

Tale affermazione si basa su un presupposto infondato, e cioè sul fatto che la natura formale del diritto neghi la pluralità degli ordinamenti giuridici.

La pluralità degli ordinamenti giuridici costituisce un dato indiscusso, che non solo non contrasta, ma conferma pienamente la natura formale del diritto; e che anzi ne è il necessario presupposto, perché è proprio la pluralità delle fonti normative che consente alla norma giuridica di disciplinare con assoluta completezza la realtà sostanziale costituita dalla materia

delle relazioni intersoggettive. Tale critica quindi non ha alcun rapporto con la distinzione tra materia e forma nella quale si sostanzia il fenomeno giuridico, di cui tale pluralismo costituisce la necessaria premessa; perché le norme non potrebbero regolamentare la società, se ogni ordinamento non ne avesse di proprie.

Si deve tuttavia precisare che la teoria istituzionale si richiama a tale pluralità riferendosi al dato sociale materialmente inteso: qualunque realtà materiale socialmente rilevante sarebbe ordinamento. L'ordinamento deve invece essere considerato nel suo profilo formale.

17. La pluralità degli ordinamenti giuridici sotto il profilo normativo.

Anche sotto questo profilo, la pluralità degli ordinamenti giuridici sussiste pienamente.

Come l'esistenza della società è un dato di fatto, così lo è anche il diritto ad essa inerente, che ne costituisce un aspetto imprescindibile. Il giudizio sull'esistenza dell'ordinamento è un giudizio di fatto, nel senso che si tratta di accertarne l'esistenza come realtà normativa. Si tratta di un giudizio che non ha ad oggetto un dato materiale, bensì giuridico, quale è quello che è costituito da un complesso di norme. Il diritto sempre esiste là dove vi è una società, alla quale appare connaturato.

Come esiste una società, giusta o cattiva che sia, ed il sociologo la deve esaminare per quello che è, altrettanto deve dirsi per il diritto ad essa inerente, il quale non ne è che un aspetto imprescindibile. L'esistenza di un ordinamento è un dato di fatto, che come tale prescinde da qualunque valutazione di diversa natura; così che per il suo accertamento non si devono adottare criteri restrittivi, e se ne deve riaffermare la sua pluralità indeterminata.

18. I rapporti fra distinti ordinamenti giuridici

I vari ordinamenti si pongono fra di loro in reciproci rapporti, e tali rapporti possono essere di parità, di eguaglianza, oppure di disparità.

Gli ordinamenti giuridici possono essere originari e sovrani quando non dipendano da alcun altro ordinamento rispetto ad essi sopraordinato; oppure minori e derivati quando appaiano condizionati da altro ordinamento giuridico rispetto ad essi dotato di supremazia.

Qualora vi sia posizione di disparità, la giuridicità degli ordinamenti minori si traduce in un fatto di relazione, in un rapporto fra norme giuridiche di diversa portata, in virtù del quale le norme giuridiche proprie dell'ordinamento sopraordinato prevalgono sulle norme dell'ordinamento subordinato, togliendo ad esse valore nei limiti in cui siano con le prime contrastanti. Anche i precetti di ordinamenti minori possono avere carattere giuridico, ma questo accade soltanto in quanto essi si trovino in un certo rapporto con il diritto

dell'ordinamento superiore che ciò consente, e nei limiti in cui lo consente. Se è vero che esiste una pluralità di corpi sociali, ciascuno dei quali è dotato di norme proprie, è vero anche che le norme degli ordinamenti subordinati raggiungono la giuridicità solo se riconosciute tali dall'ordinamento superiore, qualora in quest'ultimo siano inseriti: le norme giuridiche traggono la propria validità da quelle dell'ordinamento giuridico originario e sovrano dal quale dipendono.

Si può ritenere diversamente solo considerando gli ordinamenti nella loro materialità, e non sotto il loro profilo giuridico e formale. La giuridicità intrinseca dell'ordinamento minore non è un fatto di semplice esistenza materiale, ma di qualifica formale e normativa. E quest'ultima richiede il riconoscimento dell'ordinamento superiore, non potendosi ritenere il semplice dato materiale come dotato di giuridicità.

Il rapporto fra distinte categorie di norme non può invece concernere gli ordinamenti giuridici originari e sovrani, i quali non si pongono in rapporto con altri ad essi superiori. Per tali ordinamenti, l'accertamento della giuridicità è solo una questione di fatto, che in quanto tale non necessita di alcun termine di paragone. Per ogni ordinamento che sia originario e sovrano non si pone un problema di validità, che non può esistere per la mancanza di termini normativi di confronto; per cui si tratta di accertare solo se quel certo diritto costituisce veramente diritto positivo, oppure se invece non può essere considerato tale. Per il diritto oggettivo, per il complesso normativo degli ordinamenti originari e sovrani, il problema si risolve in quello della categoricità, nonché della effettività e positività delle norme sue proprie, che devono concretamente ricorrere perchè si possa considerare presente il fenomeno giuridico.

19. L'asserita statalità del diritto

La negazione della pluralità degli ordinamenti giuridici conduce inevitabilmente al principio della statalità del diritto, nel senso che il diritto, se veramente esiste, debba essere necessariamente statale. Ma la riaffermazione della statalità del diritto - che già era anacronistica più di un secolo fa - non ha alcun rapporto con la natura formale del fenomeno giuridico, della quale viene a falsare e a svilire i contenuti. Come ho già avuto modo di affermare, "...la statalità del diritto è un fatto storicamente contingente, nel senso che in altre epoche storiche si è avuto un diverso rapporto fra gli ordinamenti e le norme: così è accaduto nel Medioevo, e così forse si avrà in futuro. ..." Nessuno potrà sapere quale sarà l'assetto istituzionale del nostro pianeta in un futuro, e quindi se questo negherà la presenza dello Stato; ma indubbiamente nel passato non si è avuto un ordinamento statale di tipo moderno. Attualmente assistiamo alla presenza, oltre che dello Stato, della Chiesa, che è ordinamento sovrano (art. 7 della Cost., 1° comma), e di organizzazioni sovranazionali le quali

condizionano, in misura sempre più intensa, i singoli ordinamenti statali. Il fatto che la sovranità di questi ultimi venga annullata del tutto è quindi possibile; ma questa prospettiva non si è ancora concretamente verificata.

La determinazione dei rapporti fra tali ordinamenti, statali e sovranazionali, quali attualmente si configurano, è questione di diritto positivo.

20. Riferimenti normativi

AGRUSTI S., *Incompletezza gòdeliana dei sistemi giuridici*, in *Annali Univ. di Bari* 2913,1

ALÉXY R., *Certeza del diritto e correttezza*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2014, 917

ALPA G., *La natura del diritto-Per una teoria non positivistica*, Napoli, 2015

ALVES P. M. S., *Giudizi e norme: atti tetici ed atti nomotetici*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2015, 25

ARGIROFFI A., *Ermeneusi e diritto*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2013, 386

BARBERIS M., *Santi Romano, il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in *Materiali storia cultura giur.* 2005, 523

BARCELLONA M., *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006

BARRA F., *Decidere “per caso”*, in *Politica del dir.* 2013, 565

BASTIT M., “ *Veram nisi fallor philosophiam* “, *l’expérience romaine du droit et de philosophie*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2016, 353

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., *Oggettività esistenziale dell’interpretazione-Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014

BETTI E., *Teoria generale dell’interpretazione*, Vol. I e II, Milano, 1990

BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958

Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Roma-Bari, 2011

BORRELLO N., *Diritto e forza*, Torino, 2006

CAPOGRASSI G., *Analisi dell’esperienza comune*, Milano, 1975

CARCATERRA 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., *Il diritto come struttura e come forma*, Soveria Mannelli, 2013

Diritto e senso della vita, in *Riflessioni sul senso della vita* (a cura di A. Catelani-M. Bianca- S. Zacchini), Roma, 2010

CATTANEO M. A., *Diritto e forza*, Padova, 2005

COSTANZO A., *Logica giudiziaria*, Roma, 2012

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

GENTILE F., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2005

GROSSI P., *La vita nel diritto*, Napoli, 2012

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

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

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

IRTI N., *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

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

PERELMAN C., *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979

PETRILLO F., *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Torino, 2011

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
- PALAZZANI L., *La filosofia per il diritto-Teorie, concetti, applicazioni*, Torino, 2016
- POSSENTI V., *Nichilismo giuridico-Ultima parola ?*, Soveria Mannelli, 2012
- RIDOLFI G., *Uno sguardo alla filosofia kelseniana-Riflessioni su Che cos'è la giustizia?*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2016, 139
- RODOTA' S., *La vita e le regole-Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006
- ROMANO B., *Filosofia della forma*, Torino, 2010
- 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
- VIDIRI G., *La certezza del diritto tra "positivismo giuridico" e "giusnaturalismo"*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2016, 511
- ZACCARIA G., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012
- ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge-Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009