



Diritto dell'emergenza Covid-19 e recovery fund

Diritto e sentimento: le ragioni di un ritorno al principio di effettività

di [Paolo Spaziani](#)

5 maggio 2020

Sommario:

Diritto e sentimento: le ragioni di un ritorno al principio di effettività.

di Paolo Spaziani

Al mio caro Maestro, il Prof. Cesare Massimo Bianca, da cui ho appreso che il diritto, nella sua dimensione effettiva e vivente, trova fondamento nei valori eterni espressi dal sentimento umano.

La sensazione che la normativa emergenziale, resa necessaria dall'esigenza di contenere la diffusione della pandemia, abbia determinato una incolmabile cesura tra le norme giuridiche e i valori morali del sentimento umano socialmente avvertiti, costituisce la ragione di una rinnovata indagine sui rapporti tra sentimento e diritto, che devono essere analizzati, con metodo dogmatico, sia con riguardo al diritto oggettivo che con riguardo al diritto in senso soggettivo. L'indagine muove dalla considerazione del principio di effettività che, in quanto principio direttamente

desumibile dalla fenomenologia sociale della giuridicità, ne costituisce il connotato essenziale. Accedendo dunque ad una concezione del diritto nella sua dimensione effettiva, quale diritto socialmente accettato ed applicato, si evidenzia la rilevanza giuridica del sentimento nel momento in cui da coscienza di un valore (o disvalore) meramente individuale si trasforma in coscienza di un valore (o disvalore) sociale. Quale valore (o disvalore) sociale il sentimento diviene possibile oggetto di interesse meritevole di tutela nell'ambito del diritto in senso soggettivo e costituisce il fondamento ultimo legittimante del diritto in senso oggettivo.

SOMMARIO: 1. Diritto e sentimento: le ragioni di una rinnovata indagine. - 2. I rapporti tra diritto e sentimento con riguardo al diritto in senso oggettivo. Il principio di effettività nelle dottrine sociologiche ed istituzionali. - 3. Limiti concettuali dell'effettività sociologica e di quella istituzionale. - 4. Il principio di effettività quale principio direttamente desumibile dalla fenomenologia sociale della giuridicità. - 5. L'effettività quale connotato essenziale della giuridicità. Nozione del diritto effettivo come diritto socialmente accettato ed applicato. - 6. L'incidenza del sentimento della società sul diritto effettivo. Il problema della rilevanza giuridica del sentimento. - 7. Sentimento e diritto in senso soggettivo. Ordinaria irrilevanza giuridica del sentimento sia come fatto giuridico sia come interesse giuridicamente rilevante. - 8. Eccezionale rilevanza del sentimento quale interesse tutelato dal diritto in senso soggettivo. Il sentimento come fondamento del diritto oggettivo effettivo.

1. Diritto e sentimento: le ragioni di una rinnovata indagine.

La ragione - direi quasi la necessità - di tornare ad indagare sui rapporti tra diritto e sentimento [1] è data dal tempo in cui si scrivono queste brevi pagine.

In questo tempo, che le cronache giornaliere, con espressione efficacemente evocativa, indicano come “il tempo della pandemia”, è rapidamente sorto e altrettanto rapidamente (e confusamente) si è sviluppato il c.d. *diritto dell'emergenza*: una congerie di norme poste attraverso alcuni decreti-legge (in parte convertiti in parte in corso di conversione in parte persino abrogati), numerosi DPCM, e una serie indefinita di ordinanze regionali e comunali.

L'affastellarsi di questi provvedimenti d'urgenza, giustificati dall'esigenza di prevenire o mitigare il contagio, ha ripresentato all'attenzione dei giuristi, oltre ai ricorrenti problemi del coordinamento di fonti distinte per posizione gerarchica e competenza, anche il tema fondamentale del rapporto tra autorità e libertà.

La limitazione operata con questi provvedimenti a talune libertà costituzionalmente garantite, come quelle di riunione e di circolazione, ha riproposto la questione della possibilità dello Stato-

apparato di conciliare alcune basilari garanzie dello Stato-comunità; dei confini entro i quali i cittadini, anche in funzione della tutela di interessi preminenti di rilievo costituzionale come quello alla salute, possono vedere compresi i loro diritti fondamentali; delle modalità con cui tale costrizione, nei limiti in cui dovesse reputarsi possibile, possa in concreto essere attuata; della legittimità o meno di una limitazione dei diritti fondamentali operata quasi esclusivamente dal potere esecutivo, attraverso il ricorso alla decretazione d'urgenza o addirittura a fonti di rango secondario, e con una sostanziale marginalizzazione del ruolo del Parlamento.

Su un piano più generale, l'esigenza di fronteggiare la pandemia con strumenti normativi straordinari di carattere emergenziale, ha indotto nuovamente i giuristi ad interrogarsi sul «volto violento» del diritto e, direi, sulla cinica disumanità che anima la produzione giuridica, la quale proprio nei momenti di massima afflizione dei consociati, rivela il suo lato oscuro, trasformandosi da strumento di garanzia dei diritti a strumento di sospensione degli stessi^[2].

Su queste questioni, che sono state già trattate in numerosi scritti e hanno suscitato una rosa variegata di opinioni, come sempre accade sulle tematiche giuridiche^[3], chi scrive non ha intenzione di ritornare, non possedendo gli strumenti del costituzionalista^[4].

In questa sede, si vuole invece prendere le mosse da una specifica sensazione, ridestata dal diritto dell'emergenza nei cittadini che sono chiamati ad osservarlo.

La sensazione è che la normativa emergenziale, pur perseguitando, con tutti i limiti della fallace azione umana, le finalità, corrispondenti all'«intima essenza» della Costituzione, di «assicurare la vita, la salute e la dignità delle persone»^[5], non sfugga, a prescindere dal giudizio di legittimità formale, a quello di *arbitrarietà* di fronte alle incomprimibili esigenze morali dell'individuo.

L'esigenza, manifestata da più parti, di un allentamento dei vincoli apposti dai pubblici poteri al normale svolgimento della vita di relazione, sembra trovare fondamento, più che in convinte ragioni di illegittimità costituzionale della normativa emergenziale, nel rinnovato conflitto tra la legge umana e la coscienza morale.

Uno degli esempi più rilevanti e umanamente toccanti, in tal senso, è dato dalla norma che ha vietato, durante l'emergenza pandemica, la celebrazione dei funerali, privando le vittime, destinate alla cremazione, dell'ultimo saluto dei parenti, del calore delle lacrime dei familiari, della vicinanza delle loro preghiere.

Dinanzi alle tristi immagini, diffuse attraverso i telegiornali, delle lunghe file di convogli militari incaricati del trasporto delle bare, la coscienza sociale ha rivissuto, anche visivamente, la crisi

antigoniana dello Stato che sacrifica irragionevolmente l'interesse morale espresso dal sentimento umano della pietà per i defunti all'arbitrio della legge positiva.

Non si tratta, propriamente, di un contrasto tra norme giuridiche e norme morali, quanto piuttosto di un visibile scollamento delle prime dal tessuto morale della società, dal *sentimento* collettivo di questa.

Risuona, questa sensazione, nelle denunce provenienti da diversi esponenti della cultura e della società, anche molto eterogenei tra loro.

In un recente articolo [6], Giorgio Agamben si è chiesto come fosse potuto avvenire il crollo etico e politico di un intero paese di fronte a una malattia, indicando un aspetto («forse il più grave») dell'abdicazione dello Stato «ai propri principi etici e politici» proprio nel destino riservato dalla legge dell'emergenza ai corpi delle persone morte.

«Come abbiamo potuto accettare - si è chiesto Agamben - che le persone che ci sono care e degli esseri umani in generale non soltanto morissero da soli, ma anche - cosa che non era mai avvenuta prima nella storia, da Antigone a oggi - che i loro cadaveri fossero bruciati senza un funerale?».

Non è una recriminazione contro l'illegittimità formale di una norma giuridica né, più in generale, il rilievo della mancanza di un fondamento costituzionale del diritto dell'emergenza. È, piuttosto, la denuncia di una cesura incolmabile tra il *diritto* positivo e i valori irrinunciabili del *sentimento* umano.

Negli stessi giorni dell'emergenza sanitaria, il cantautore americano Bob Dylan, premio Nobel per la letteratura, ha pubblicato, dopo diversi anni di silenzio artistico, due nuove canzoni, l'una dedicata alla rievocazione narrativa dell'assassinio di Kennedy [7], l'altra ad una riflessione introspettiva sull'animo umano [8].

La meditata scelta poetica di mettere in posizione di simmetria ortogonale la dimensione descrittiva e quella espressiva, il racconto e la lirica, il foro interno e il foro esterno, appare in perfetta sintonia con le istanze esistenziali sollecitate dalla legislazione emergenziale in tempi di pandemia.

Con questa scelta, ponendo in relazione una delle vicende in cui la storia, secondo l'autore, ha registrato la sconfitta della verità e della giustizia (e dunque il naufragio delle ragioni del diritto) con la varietà delle forme in cui la realtà esterna, introiettata nella profondità della coscienza individuale, viene da questa riconosciuta e valutata attraverso la moltitudine dei processi

emozionali, il poeta di Duluth ha manifestato l'esigenza umana di ricercare, nel *diritto*, la proiezione del *sentimento*.

Un sentimento che, lasciando la coscienza individuale per entrare in quella collettiva, assume dimensione sociale e diviene, tecnicamente, *interesse*.

Un interesse il quale, come individuo vivo, nello specchio di se stesso invoca la presenza dell'altro; e nella ricerca della tutela giuridica, richiama all'infinita e infungibile solidarietà umana.

2. I rapporti tra diritto e sentimento con riguardo al diritto in senso oggettivo. Il principio di effettività nelle dottrine sociologiche ed istituzionali.

I rapporti tra sentimento e diritto vanno indagati sia con riguardo al diritto in senso oggettivo sia con riguardo al diritto in senso soggettivo.

Nel diritto in senso obiettivo, inteso come insieme di norme giuridiche (ordinamento giuridico) avente la funzione di regolare i rapporti tra soggetti portatori di interessi potenzialmente confliggenti nell'ambito di un gruppo sociale^[9], si soleva tradizionalmente distinguere un profilo *formale* da uno *sostanziale*.

Per il Frosini, tali distinti profili corrispondevano, rispettivamente, alla *lettera* e allo *spirito* della legge^[10].

Lo spirito della legge era ravvisabile nell'intenzione (*voluntas* o *mens*) del legislatore. Esso andava ricercato, peraltro, non nell'intenzione storica del legislatore, ma nella sua volontà *attuale*, nello «spirito vivente dell'ordinamento»^[11].

L'aspetto sostanziale del diritto obiettivo aveva avuto il sopravvento sull'aspetto formale nelle dottrine *sociologiche* e in quelle *istituzionali*.

Nelle dottrine sociologiche aveva assunto per la prima volta rilevanza semantica l'espressione, oggi di diffuso e talora abusato utilizzo, «diritto vivente»^[12].

Il diritto vivente - si diceva - va identificato in quello che, non positivizzato in proposizioni normative, regola tuttavia la vita sociale^[13].

Si riconosceva, in tal modo, la possibilità che il diritto prendesse forma dalla realtà sociale, vale a dire che fatti o rapporti socialmente rilevanti potessero assumere valore normativo, cioè determinare la nascita di norme giuridiche socialmente riconosciute come tali, ancorché prive di validità formale, in quanto non introdotte da fonti di produzione legalmente istituite o

riconosciute.

Si rivestiva, allo stesso modo, di nuovi e più moderni significati l'antico aforisma *ex facto oritur ius*[\[14\]](#).

L'origine del *diritto obiettivo*, nel suo aspetto sostanziale, veniva individuata nel *fatto*, ma questo fatto non era il fatto (comprendendo degli atti) che l'ordinamento qualificava formalmente come fonte del diritto (fonti-atto o fonti-atto), bensì il *fatto materiale*, inteso come «realtà viva dei rapporti e dei comportamenti umani»[\[15\]](#).

In questa concezione, l'effetto regolatorio non costituiva il risultato della validità formale della norma giuridica, quale introdotta dalla fonte di produzione, ma la conseguenza del sommarsi di una serie di fatti materiali, percepiti a livello sociale (leggi, sentenze, provvedimenti), di cui il giurista doveva cogliere, non la regolazione positiva, ma il rapporto di causa e ed effetto tra loro intercorrente[\[16\]](#).

Oltre che dalla dottrina sull'*effettività sociologica*, il sopravvento del profilo sostanziale sul profilo formale del diritto obiettivo era stato affermato da quella sull'*effettività istituzionale*.

Secondo questa dottrina, un ordinamento giuridico o, più precisamente, un'*istituzione* assumeva connotati di giuridica validità nel momento in cui si fosse affermato come effettivamente esistente ed avesse svolto in concreto le sue funzioni. La legittimità dell'*istituzione* - si diceva - non dipende da un giudizio di conformità della stessa ad un modello etico o giuridico predefinito, ma dalla *effettività* del suo funzionamento[\[17\]](#).

3. Limiti concettuali dell'*effettività sociologica* e di quella *istituzionale*.

L'*effettività istituzionale* non ha incontrato significativi dissensi nell'elaborazione dottrinale, poiché risultava fondata su un presupposto difficilmente contestabile: il presupposto per cui l'*istituzione statale* effettivamente e stabilmente affermatasi in un dato territorio trova la propria legittimazione proprio in tale stabilità ed effettività. Si tratta - come rilevava Santi Romano - di «autolegittimazione», in quanto l'origine dell'*istituzione statale* non è un procedimento regolato da una norma giuridica; lo Stato «esiste perché esiste e dal momento in cui ha »[\[18\]](#). La nascita coincide con l'*effettività* dell'*istituzione* e la sua vita dura finché dura tale effettività.

I limiti dell'*effettività istituzionale* sono tuttavia emersi proprio dalla sua esclusiva riferibilità all'*istituzione*, e cioè all'ordinamento *nel suo complesso*.

Se l'ordinamento ripete la propria legittimazione dalla sua affermazione effettiva, ciò non vale per le singole norme le quali, al contrario, proprio nelle fonti di produzione istituite da

quell'ordinamento autolegittimantesi, trovano la loro validità formale.

Il giuspubblicista può muovere dal dato di esperienza tratto dai rapporti costituzionali e internazionali che riconosce autolegitimazione all'istituzione statale la quale abbia la forza di affermarsi stabilmente nel governo di un certo territorio.

Ma le singole norme che regolano la vita dei consociati in quel territorio traggono la loro validità formale dalle fonti di produzione che quello stesso ordinamento, nel momento in cui si autolegitima, istituisce e riconosce.

L'effettività, in una parola, vale per l'ordinamento nel suo complesso, inteso come istituzione, non per le singole norme[\[19\]](#), ed in particolare per quelle volte a regolare i rapporti tra privati [\[20\]](#).

Diversamente che nella dottrina istituzionale, in quella *sociologica* il principio di effettività era riferito ad ogni singola norma giuridica.

L'effettività sociologica ha peraltro trovato il suo limite nell'estremizzazione della materialità del fatto, ridotto a fenomeno naturale governato dalla legge di causalità.

Questa estremizzazione era infatti tale da escludere l'*in sé* della *giuridicità* poiché l'effetto giuridico del fatto non veniva fatto dipendere da una scelta ordinamentale fondata su un giudizio di valutazione e di contemperamento di interessi, ma da una concatenazione meramente meccanicistica di fenomeni naturali.

In questo ordine di fenomeni naturali non trovava più posto la norma giuridica, intesa come effetto regolatorio dipendente da un giudizio, ma soltanto la conseguenza necessitata di una premessa causale materiale, che si traduceva nella negazione dell'esistenza stessa del diritto[\[21\]](#).

L'elaborazione dell'effettività sociologica ha pertanto incontrato il dissenso sia delle dottrine normativistiche che di quelle giusnaturalistiche, non potendo essere ammessa dalle prime l'idea di una riduzione dell'*ordine giuridico* ad *ordine naturale*[\[22\]](#) e non essendo concepibile dalle seconde una regolazione dei rapporti sociali fondata su una meccanicistica ripetizione di fenomeni naturali causalmente collegati, indipendentemente dal giudizio di conformità a principi sovraordinati.

4. Il principio di effettività quale principio direttamente desumibile dalla fenomenologia sociale della giuridicità.

I limiti concettuali delle dottrine che hanno individuato sul piano sociologico ed istituzionale il fondamento del *principio di effettività* non minano tuttavia l'ontologica fondatezza del principio medesimo, quale principio direttamente desumibile dalla fenomenologia sociale della giuridicità.

Tale fenomenologia dimostra che nella concreta applicazione giurisprudenziale le norme giuridiche assumono un significato di volta in volta diverso e che tale significato non coincide con quello ad esse originariamente attribuito dal legislatore storico, dal quale anzi tende a differenziarsi progressivamente nel corso del tempo.

La continua evoluzione degli istituti giuridici nel corso del tempo, attraverso l'applicazione giudiziale delle norme scritte, non incide sulle esigenze di uniformità e certezza del diritto, in quanto, per ripetere le parole di Piero Calamandrei, «uniformità del diritto non vuol dire immobilità del diritto, il quale, come tutte le manifestazioni dello spirito umano, si svolge ininterrottamente attraverso un continuo divenire»[\[23\]](#).

La cangiante evoluzione del significato della norma, resa evidente dall'esperienza applicativa, non può essere accettata dalla dottrina del normativismo puro: secondo questa dottrina, infatti, il significato della norma giuridica non può variare nel corso del tempo, dovendo essere identificato, sino all'eventuale sua abrogazione ad opera di una norma successiva, con quello attribuitole dall'organo legislativo da cui ha tratto validità formale, fondamento, a propria volta, del suo carattere giuridico.

Dinanzi all'inconciliabilità del dato derivante dalla esperienza applicativa con il sistema kelseniano che vuole la norma sempre eguale a sé medesima[\[24\]](#), il normativista è costretto, alternativamente, a fingere che l'evoluzione del diritto non è altro che manifestazione tardiva del suo (unico) significato, reso perspicuo dall'operazione interpretativa[\[25\]](#), oppure a qualificare come arbitraria tale ultima operazione, anche quando si consolidi nell'applicazione giurisprudenziale generalizzata, e conseguentemente ritenere viziate da violazione o falsa applicazione di legge tutte le sentenze che ne costituiscono il prodotto.

Poiché infatti il significato della norma non può essere mutato dal *fatto* della sua interpretazione, quest'ultima deve limitarsi a disvelarne il contenuto autentico, già ricompreso nella formulazione positiva ed in essa cristallizzato una volta per sempre; ove invece si ritenga che il significato della norma accolto nell'applicazione generalizzata non ne rispetti il precezzo originario, si deve escludere la validità formale di tale applicazione, poiché viziata dall'abuso dell'interprete.

5. L'effettività quale connotato essenziale della giuridicità. Nozione del diritto effettivo come diritto socialmente accettato ed applicato.

L'alternativa tra la *fictio* della negazione della vicenda modificativa della norma e l'idea dell'abusività dell'applicazione generalizzata della stessa secondo nuovi significati, può essere superata se si accede all'idea che il significato della norma giuridica non si identifica con quello risultante dalla disposizione scritta ma con quello che essa assume nella *coscienza sociale* in un determinato momento storico.

L'operazione interpretativa, quando si consolida nell'applicazione generalizzata della giurisprudenza, non può essere qualificata né alla stregua di un atto arbitrariamente creativo o modificativo del contenuto autentico e invariabile della norma scritta né alla stregua di atto "neutro", meramente disvelatore di tale contenuto, rimasto sinora miracolosamente celato.

Essa operazione, piuttosto, proprio in quanto non isolata ma generalmente condivisa, consente di individuare il contenuto che la norma assume in un certo momento storico in una data società, perché consente di circoscrivere il *significato*, la *misura* e i *limiti* con cui la coscienza sociale, in quel preciso momento, è disposta ad accettarla ed eventualmente il *significato* la *misura* e i *limiti* in cui, al contrario, la rifiuta.

Dalla misura e i limiti di tale accettazione sociale deriva lo stesso attributo della giuridicità: la norma, infatti, è giuridica se viene *accettata* ed *applicata* come tale dal corpo sociale, il quale può respingerla (facendola cadere in desuetudine), accettarla nella sua totalità oppure recepirla in un'accezione differente da quella corrispondente alla disposizione scritta, un'accezione che può anche mutare nel corso del tempo, assumendo significati nuovi e diversi.

In questa prospettiva il carattere di effettività non ha bisogno di essere giustificato sul piano sociologico o istituzionale poiché costituisce connotato essenziale della giuridicità [26].

Esulano, dunque, dalla nozione stessa di diritto, perché prive di effettività, le norme che il corpo sociale *non accetta e non applica come tali*, quand'anche formalmente valide.

Alla prevedibile obiezione che l'inosservanza delle norme non ne esclude la giuridicità poiché la violazione del diritto è un dato esperienziale non meno notorio della sua evoluzione nel tempo, può altrettanto agevolmente replicarsi che l'*accettazione* e l'*applicazione* sociale della norma non ne presuppone necessariamente la diurna e irrefutabile osservanza da parte di tutti i consociati: perché la norma cessi di essere giuridica non basta infatti che uno o più consociati omettano di osservarla (giacché la conseguente reintegrazione del diritto leso nei confronti di chi se ne è reso responsabile è una modalità della sua accettazione ed applicazione sociale) ma

occorre che tale inosservanza non sia socialmente valutata come violazione del diritto, talché la coscienza sociale, cessando di pretendere l'applicazione delle sanzioni per essa previste, sancisca la cessazione della concreta vigenza della norma, come regola effettiva dei rapporti sociali^[27].

Esula dal diritto effettivo anche il significato originario attribuito alla norma dal legislatore quando essa, nell'accettazione del corpo sociale, ne abbia assunto uno diverso, al quale soltanto deve avversi riguardo per ricostruirne il contenuto giuridico, sebbene non coincida con quello desumibile dal testo scritto.

Questo diritto effettivo - o, come anche si suole chiamarlo, diritto «vivente» - può desumersi in primo luogo dagli orientamenti giurisprudenziali consolidati e particolarmente dalle massime della giurisprudenza di legittimità, in quanto la concreta applicazione giudiziale della norma costituisce indice della sua accettazione sociale e in quanto la massima giurisprudenziale riflette il significato dalla stessa assunto nella coscienza sociale^[28].

6. L'incidenza del sentimento della società sul diritto effettivo. Il problema della rilevanza giuridica del sentimento.

Il rilievo che il contenuto della norma giuridica non coincide con quello risultante dal testo scritto posto dalla fonte di produzione ma con quello socialmente accettato ed applicato, di cui sono indici gli orientamenti giurisprudenziali consolidati, induce ad indagare sui criteri in ragione dei quali avviene tale accettazione sociale.

Il giurista, precisamente, deve chiedersi in base a quali principi e valori la coscienza sociale attribuisca alla norma giuridica un certo significato, eventualmente diverso rispetto a quello che il legislatore aveva voluto imprimerle, o comunque non coincidente con quello desumibile dalla sua originaria formulazione; o, addirittura, cessi di riconoscere come tali una o più norme giuridiche, privandole di effettiva efficacia regolatrice sebbene le stesse non vengano abrogate e mantengano inalterata la loro validità formale.

La risposta a questa questione consente, ad un tempo, di individuare le ragioni per le quali gli istituti giuridici si evolvono continuamente nel corso del tempo ed il senso di tale evoluzione, cioè di identificare la direzione di tale continuo mutamento, la linea di tendenza dell'ordinamento.

Se il significato della norma giuridica non coincide con quello, *immutabile*, espresso dalla disposizione scritta ma con quello, *mutevole*, attribuitole dalla coscienza sociale, vuol dire che il diritto si muove con la società^[29] ed è animata dallo spirito di questa.

Si torna, dunque, alla terminologia di Vittorio Frosini: esiste, nell'ordinamento, uno *spirito vivente* rinvenibile nella *voluntas* del legislatore attuale, che si distacca dalla *lettera* della legge, scolpita nella proposizione normativa dal legislatore storico[30].

Il contenuto effettivo della norma è dato dal suo spirito, non dalla sua lettera, e questo spirito che anima la norma è lo stesso che anima la società e si evolve con essa.

Di *spirito animante* ebbe a parlare anche Lodovico Mortara, nella sua più famosa sentenza, con la quale fu attribuito alle donne il diritto di elettorato politico con quaranta anni di anticipo sul suo espresso riconoscimento legislativo[31].

«La legge - scrisse il Mortara - è formula di precesto generale destinato a governare i bisogni e le contingenze della vita sociale per un tempo illimitato, adattandosi alla loro variabilità in modo da rispondere sempre al suo alto fine di tutela dell'ordinamento civile. Essa non si cristallizza in una forma iniziale per sempre irriducibile ma vive la vita stessa della civiltà, ed è *animata dallo spirito di questa* (il corsivo è nostro)».

Il riferimento allo spirito della civiltà che impedisce la cristallizzazione del significato della legge, adeguandone il contenuto alle istanze della vita sociale, consentì al Mortara di superare la tradizionale interpretazione della legge elettorale in vigore (l. n. 999 del 1882) che attribuiva il diritto di voto politico ai soli uomini.

Il contenuto effettivo della norma, secondo Mortara, doveva infatti essere ricostruito tenendo conto del *sentimento* che anima e vivifica la coscienza dei popoli civili, tradottosi in un principio di tensione ideale proprio degli ordinamenti moderni: il *principio di uguaglianza*[32].

Interpretata in conformità a tale principio, incompatibile con il mantenimento della discriminazione di genere tradizionalmente desunta dal suo disposto testuale, la norma giuridica si evolveva così verso nuovi contenuti, nei quali venivano riflessi i valori espressi dal sentimento della società.

Dunque, nell'applicazione pratica mortariana come nella terminologia frosiniana, la norma giuridica, nella sua dimensione vivente, è la regola che recepisce il sentimento della società assumendo il significato dettato dallo *spirito* di questa.

Sulla base di tali indicazioni il contenuto del diritto effettivo dovrebbe essere ricondotto al *sentimento*: un sentimento penetrato a tal punto nella coscienza sociale da essersi tradotto in un preciso interesse che l'ordinamento, inteso nella sua dimensione effettiva, individua come meritevole di tutela e qualifica come suo fine.

La continua evoluzione del significato delle norme giuridiche nella coscienza sociale si spiegherebbe, dunque, in funzione della necessità della loro diuturna conformazione al sentimento di questa.

La possibilità della riconduzione del contenuto del diritto effettivo al sentimento prevalso nel corpo sociale va tuttavia verificata, sul piano dogmatico, alla stregua del *problema della rilevanza giuridica del sentimento*. Se, infatti, il sentimento è estraneo al diritto, non ne può costituire il contenuto[33].

7. Sentimento e diritto in senso soggettivo. Ordinaria irrilevanza giuridica del sentimento sia come fatto giuridico sia come interesse giuridicamente rilevante.

Occorre allora spostare l'indagine dal diritto in senso obiettivo al diritto in senso soggettivo.

Inteso in senso soggettivo, il diritto è una *posizione giuridica di vantaggio*, e cioè una *situazione soggettiva* attribuita dall'ordinamento ad un soggetto per la protezione di *un interesse* ritenuto meritevole di tutela[34].

Il sentimento è un *processo emozionale interno* della psiche umana in cui si riflette il *valore attribuito dalla coscienza individuale alla realtà esterna*, sia essa realtà naturale (ad es. l'amore per gli animali, la paura dei temporali), sia essa realtà sociale (ad es. l'amore per una persona; l'orrore per la guerra)[35].

Tanto il diritto quanto il sentimento si rapportano ad un *interesse*[36], ma il diritto si rapporta ad un interesse corrispondente ad un *valore di rilevanza superindividuale* (come tale degno di essere tutelato dall'ordinamento, eventualmente anche mediante la coercizione, sanzionando le condotte lesive dell'interesse medesimo), mentre il sentimento si rapporta ad un interesse corrispondente ad un *valore meramente individuale*, come tale giuridicamente irrilevante.

L'assunto della irrilevanza giuridica del sentimento va verificato sia sotto il profilo della teoria del *fatto giuridico* che sotto il profilo della teoria dell'*interesse*.

Sotto il primo profilo, l'assunto trova agevole conferma in quanto si tende ad escludere che il sentimento costituisca *ex se* un fatto produttivo di *effetti giuridici*, e cioè un fatto che determina modificazioni sul piano delle *situazioni giuridiche soggettive*, attive o passive, delle persone interessate dal fatto stesso. Si evidenzia, infatti, che, se il sentimento rimane un fatto interno alla psiche della persona, non interferisce nei rapporti intersoggettivi e non si traduce in una modifica della realtà materiale e di quella giuridica[37]. Se invece il sentimento si esteriorizzi al di fuori della psiche umana, traducendosi in una precisa condotta (attiva od

omissiva), gli eventuali effetti giuridici prodottisi nella sfera giuridica dell'autore o del destinatario di essa (e consistenti nella nascita di nuove situazioni soggettive o nella estinzione o modificazione di quelle preesistenti), vanno ricondotti a tale condotta e non al sentimento che l'ha ispirata[38].

Sotto il secondo profilo, escluso che il sentimento possa costituire presupposto della nascita di situazioni giuridiche soggettive, ci si deve chiedere se possa peraltro integrarne l'*oggetto*, e cioè se possa essere qualificato come punto di riferimento oggettivo di un *interesse* meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Sotto tale specifico profilo, il sentimento va considerato come un *bene della vita* idoneo a soddisfare un bisogno umano e il problema che si pone al giurista è se l'*interesse* ad ottenere questo bene della vita sia – o possa essere, al verificarsi di determinate condizioni – un *interesse giuridicamente protetto*, e cioè un interesse per la cui tutela l'ordinamento attribuisce al titolare una specifica *situazione giuridica soggettiva attiva*, eventualmente consistente in un vero e proprio *diritto soggettivo*.

Per essere tutelato dal diritto l'*interesse*, si è detto, deve corrispondere ad un valore non meramente individuale, e cioè ad un *valore socialmente rilevante*.

Così, ad es., l'*interesse* del proprietario a godere dei propri beni al riparo da indebite ingerenze altrui è un interesse socialmente rilevante e l'ordinamento lo protegge nella misura massima consentita, attraverso l'attribuzione di un diritto soggettivo assoluto (art.832 c.c.); al contrario, l'*interesse* a divenire milionario non è avvertito socialmente come valore da tutelare e resta dunque un mero interesse di fatto, giuridicamente non protetto, la cui realizzazione non è influenzata dall'ordinamento ma esclusivamente da fattori extragiuridici (caso, fortuna, abilità individuale, ecc.).

Il sentimento, quale processo emozionale interno con cui la coscienza individuale attribuisce un valore ai fenomeni della realtà esterna, riflette, di norma, un *valore meramente individuale*.

Ciò accade anche nelle ipotesi in cui il fenomeno esterno valutato dalla coscienza individuale abbia natura sociale, attribuendosi un valore ad una *relazione intersoggettiva* e, quindi, al terminale umano di tale relazione, costituito dall'*altrui persona*[39].

Il valore attribuito attraverso il sentimento all'*altrui persona* (e alla relazione intersoggettiva con essa) non supera, infatti, i confini della coscienza individuale e non diviene valore socialmente apprezzabile.

Esso, dunque, non è preso in considerazione dal diritto, non solo quando si tratti di valore negativo (antipatia, avversione, odio) ma anche quando si tratti di valore positivo (interesse, simpatia, amore).

La conferma di ciò si trova se si prenda ad esempio *il sentimento di amore*, con cui viene attribuito il massimo valore positivo possibile ad una relazione umana.

L'interesse ad amare una persona e ad essere da essa riamata non si traduce, infatti, di norma, in un interesse giuridicamente protetto e non può dar luogo all'attribuzione di una situazione soggettiva di vantaggio, tanto meno di quella che assicura la massima forma di tutela, vale a dire il diritto soggettivo.

Nelle relazioni d'amore, il sentimento non impegna né positivamente (come valore) né negativamente (come disvalore) il sistema di valori elaborato dalla coscienza comune e recepito dall'ordinamento giuridico, il quale resta del tutto indifferente rispetto all'interesse del singolo ad amare una persona e ad essere amato da essa.

L'analisi del diritto vivente conferma l'insussistenza del riconoscimento, in generale, di un *diritto soggettivo all'amore*.

Nella *relazione tra fidanzati*, l'interesse dell'una persona alla continuazione del rapporto affettivo è soddisfatto unicamente nei limiti in cui vi sia - e per il tempo in cui permanga - l'omologo interesse dell'altra, e non è coperto, ovviamente, da alcuna forma di tutela giuridica.

L'ordinamento giuridico resta del tutto indifferente rispetto all'interesse del singolo ad amare una persona e ad essere amato da essa, senza che assuma rilevanza la circostanza, pur socialmente frequente, in cui l'innamoramento e la disponibilità a proseguire nel rapporto affettivo sia stata formalizzata in una *dichiarazione d'amore*.

In tale ipotesi, infatti, la dichiarazione può bensì determinare, nella sfera psichica del destinatario, l'insorgenza di stati d'animo ed aspettative, ma deve escludersi che ad essa possano ricollegarsi effetti propriamente giuridici, in assenza del compimento di atti ulteriori, leciti od illeciti (es.: donazioni, promessa di matrimonio, molestie ecc.)^[40].

L'interesse all'amore, isolatamente considerato, non assume giuridica rilevanza neppure nella *relazione tra coniugi o conviventi*.

La comunione morale e spirituale dei coniugi (c.d. *affectio coniugalnis*) trova ovviamente il suo ultimo fondamento nell'amore reciproco, ma la persistenza nel tempo di tale comunione non è tutelata dal diritto.

Al contrario, il venir meno di essa, ove si traduca in una disaffezione tale da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza anche rispetto ad un solo coniuge, determina la nascita del diritto di quest'ultimo alla separazione personale, pur a prescindere da elementi di addebitabilità all'altro coniuge[41].

La mancanza di amore, la carenza affettiva, la freddezza sentimentale del coniuge non assumono *ex se* alcuna rilevanza giuridica, né all'interno del diritto di famiglia (eventualmente ai fini dell'addebito della separazione), né nel più generale ambito del diritto della responsabilità (ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale subito dall'altro coniuge in seguito al pregiudizio del suo interesse ad essere amato), occorrendo, ad entrambi i fini, un *quid pluris* consistente nella lesione di altri beni e valori distintamente tutelati come oggetto di autonomi diritti soggettivi (ad es. la dignità, l'onore, il decoro, la personalità morale del coniuge)[42].

L'irrilevanza della cessazione dell'apporto affettivo, ai fini di eventuali sanzioni, si dsvela anche nella *relazione tra conviventi*, oggi tutelata, unitamente all'unione civile tra persone dello stesso sesso, dalla l. n. 76 del 2016: in questa relazione, tra l'altro, l'assistenza morale e materiale costituisce un elemento *fattuale* costitutivo della fattispecie della convivenza e non un obbligo nascente da essa[43].

L'interesse all'affetto coniugale (o familiare tra prossimi congiunti adulti) non è tutelato giuridicamente neppure nella vita di relazione, in quanto la lesione di tale interesse a causa di un fatto dannoso imputabile ad un terzo non costituisce danno ingiusto ai sensi dell'art.2043 c.c., se non nell'ipotesi estrema dell'uccisione del coniuge o del familiare. In questa ipotesi estrema, peraltro, il danno ingiusto non è ravvisabile nella lesione dell'interesse alla prestazione affettiva ma piuttosto nella *violazione del vincolo familiare*[44] o, secondo una terminologia ormai tralatizia nelle massime giurisprudenziali, nella *perdita del rapporto matrimoniale o parentale*, secondo che la lesione concerne il rapporto con il coniuge o con i prossimi congiunti[45].

8. Eccezionale rilevanza del sentimento quale interesse tutelato dal diritto in senso soggettivo. Il sentimento come fondamento del diritto oggettivo effettivo.

Vi sono tuttavia dei casi in cui il sentimento non rimane soltanto coscienza di un valore meramente individuale ma diviene coscienza di un *valore sociale*.

Ciò accade allorché la valutazione della realtà, compiuta attraverso il sentimento dalla coscienza individuale, formi oggetto di un'ulteriore valutazione da parte della coscienza comune ad una pluralità di persone o all'intera collettività[46].

In questa ipotesi, il sistema di valori elaborato dalla coscienza sociale e recepito nell'ordinamento giuridico non resta indifferente ai valori espressi nel sentimento, il quale, varcando i confini della coscienza individuale per assurgere a valore o disvalore sociale – e, quindi, a valore o disvalore sanzionato dal diritto –, diviene *oggetto di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*.

Per continuare nell'esempio del sentimento di amore, si può notare una peculiare relazione intersoggettiva in cui la valutazione positiva attribuita all'altrui persona dalla coscienza individuale viene replicata da un'analogia valutazione compiuta dalla coscienza sociale: si tratta della *relazione di filiazione* e, più precisamente, del *rappporto tra genitore e figlio minore*.

In questo rapporto l'interesse del figlio ad essere amato dal genitore non resta confinato nel campo del “giuridicamente irrilevante”, in quanto alla valutazione positiva compiuta con il sentimento di amore da parte della coscienza individuale si sovrappone un'ulteriore valutazione formulata dalla coscienza sociale, per effetto della quale il sentimento medesimo cessa di essere un valore puramente interno per inserirsi nel sistema dei valori dell'ordinamento giuridico.

Il sistema dei valori elaborati dalla coscienza sociale e recepiti nell'ordinamento giuridico esprime infatti l'esigenza che la persona umana trascorra la delicata fase della sua crescita all'interno della propria famiglia e riceva da questa - ed in particolare dai propri genitori - l'apporto affettivo indispensabile ai fini della propria maturazione.

L'interesse del figlio all'amore del genitore assume allora rilevanza per il diritto in quanto questo prende atto dell'irrinunciabilità della prestazione affettiva genitoriale ai fini della crescita del figlio, la quale deve essere intesa non solo come sviluppo fisico ma anche come maturazione psichica e come formazione morale, spirituale e culturale della persona.

L'esigenza, socialmente avvertita, di tutelare adeguatamente, sotto il profilo giuridico, l'interesse del figlio minore alla prestazione affettiva da parte dei genitori si è tradotta nell'attribuzione di uno specifico *diritto soggettivo*, già previsto in fonti settoriali (art.2, comma 1; art.6, comma 2; art.8, comma 1, della legge n.184/1983 sull'adozione), e di recente proclamato in via generale nell'ambito del nuovo statuto dei diritti del figlio, enunciato nell'art.315-bis c.c., inserito dalla legge n.219/2012.

Si tratta del diritto che la legge ha codificato come *diritto all'assistenza morale*, ma che la più autorevole dottrina ha incisivamente denominato *diritto all'amore*, dando enfasi al sentimento umano che ne costituisce il fondamento^[47].

L'esempio del rapporto di filiazione consente, in generale, di concludere che, in riferimento al diritto in senso soggettivo, il sentimento può eccezionalmente uscire dall'ambito del "giuridicamente irrilevante" per assurgere ad interesse tutelato mediante l'attribuzione di una situazione soggettiva di vantaggio, allorché i valori da esso espressi vengano riconosciuti e positivamente valutati, oltre che dalla coscienza individuale, anche dalla coscienza sociale.

Tale conclusione permette, peraltro, un ulteriore rilievo, che riconduce ai rapporti tra sentimento e diritto in senso oggettivo, nella sua accezione di diritto effettivo, e cioè di diritto socialmente accettato ed applicato.

Se, infatti, la tutela giuridica del sentimento ne presuppone la necessaria sua approvazione sociale in aggiunta a quella individuale, deve ammettersi, in senso inverso che, nell'ipotesi in cui alla valutazione individuale segua invece una disapprovazione sociale, dovrà trovare giuridica tutela l'interesse opposto alla repressione del sentimento socialmente disapprovato.

Il sistema di valori elaborato dalla coscienza sociale, in altre parole, può restare indifferente ai valori espressi nel sentimento oppure può approvarli o riprovarli.

Nella prima ipotesi il sentimento resta un fatto meramente soggettivo e non si traduce in un valore oggettivo dell'ordinamento.

Nella seconda ipotesi il sentimento trascende la subiettività della coscienza individuale per divenire un valore positivo o negativo dell'ordinamento, per assurgere a valore o disvalore sociale.

Il sentimento, allora, diviene oggetto di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, interesse che può avere contenuto positivo (ad es: l'interesse alla protezione del sentimento del pudore: artt.527 e 528 c.p.; l'interesse alla protezione del sentimento dell'onore: artt.594 e 595 c.p.) o negativo (ad es.: l'interesse alla repressione del sentimento di disprezzo per le istituzioni: art.290 c.p.; l'interesse alla repressione del sentimento dell'odio tra le classi sociali: art.415 c.p.).

Tanto l'approvazione sociale del sentimento (che sfocia nella tutela giuridica dell'interesse alla protezione del sentimento) quanto la disapprovazione sociale (che sfocia nella tutela giuridica dell'interesse alla repressione dello stesso) si traducono in *norme giuridiche*.

Ma l'approvazione o la disapprovazione sociale, sia quando si appuntino su sentimenti individuali, come replica al moto emozionale interno della coscienza della singola persona, sia quando riguardino sentimenti generati da eventi emozionali collettivi (guerre, calamità,

pandemie) che impegnino le coscienze di tutti o di gran parte degli appartenenti ad un gruppo sociale, sono processi emozionali collettivi enormemente più rapidi ed incisivi delle procedure formalmente deputate alla produzione normativa.

Tali processi emozionali incidono dunque, in via *effettiva*, sul contenuto delle norme giuridiche, il cui significato si conforma al sentimento della società, divaricandosi, anche sensibilmente, da quello loro impresso dal legislatore storico.

Il riferimento alla *coscienza sociale* quale elemento capace di plasmare il diritto positivo, va allora precisato nel senso che il fondamento della continua evoluzione degli istituti e delle norme giuridiche, nella loro dimensione effettiva, è costituito dal *sentimento della società*, e cioè dal risultato di quel processo emozionale collettivo con cui il corpo sociale riconosce i valori positivi e i valori negativi, rispettivamente da tutelare o da reprimere, attraverso il diritto.

In tale accezione il sentimento costituisce il fondamento del diritto oggettivo, inteso nella sua dimensione di diritto effettivo.

Questo fondamento, oggi più che mai, è costituito dal riconoscimento del valore assoluto della persona e dei suoi diritti fondamentali, dal rilievo dei principi di uguaglianza, di solidarietà, di reciproco riconoscimento e rispetto, e della pari dignità di tutti gli esseri umani.

Si tratta di quell'insieme sentimenti che, «instillati nelle coscenze dei popoli civili», per ripetere le incisive parole di Lodovico Mortara, non solo si sono tradotti in valori formalmente espressi dalle carte costituzionali e sovranazionali, ma costituiscono la bussola ordinamentale e la guida morale nell'incessante opera di costruzione di un diritto vivente più giusto e umano.

[1] Sul problema della rilevanza giuridica dei sentimenti, v., in generale, A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, pp. 539 e ss.; M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984; F. GAZZONI, *Amore e diritto, ovvero i diritti dell'amore*, Napoli, 1994.

[2] Sul tema si veda, ad es., il saggio di amplissimo respiro culturale di M. DELL'UTRI, *Saepe in periculis. Note in tema di persona e comunità*, in www.giustiziainsieme.it.

[3] Queste opinioni oscillano tra le due tesi contrapposte di chi ha evocato lo schmittiano “stato d’eccezione” (tra gli altri, G. AGAMBEN, *Una domanda*, in www.quodlibet.it), sia pure “in senso debole” (T. EPIDENDIO, *Il diritto nello “stato di eccezione” ai tempi dell’epidemia da Coronavirus*, in www.giustiziainsieme.it), e chi ha invece sottolineato la piena conformità a Costituzione dell’operato del governo (M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del*

coronavirus, in www.questionejustizia.it).

[4] Oltre agli scritti citati alle note precedenti, si veda, con particolare riguardo alla compatibilità degli interventi normativi emergenziali con l'art. 16 della Costituzione, che tutela la libertà di circolazione, l'ampio e rigoroso studio di S.G. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime*, in www.dirittovivente.it.

[5] Così, M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, *cit.*..

[6] G. AGAMBEN, *Una domanda*, *cit.*..

[7] B. DYLAN, *Murder Most Foul*. Il brano può essere ascoltato accedendo ad uno dei *link* indicati nel sito ufficiale del cantautore americano: www.bobdylan.com.

[8] B. DYLAN, *I Contain Multitudes*. Anche questo brano può essere ascoltato accedendo ad uno dei *link* indicati nel sito ufficiale del cantautore americano: www.bobdylan.com.

[9] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, (trad. it.), Milano, 1959, 4; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958 e *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, 69; F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 328; M. MAZZIOTTI di CELSO; *Norma giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI.

[10] V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1994, 3 ss., 137 ss..

[11] V. Frosini, *ult. cit.*..

[12] E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto* (trad it.), Milano, 1976, 53, 585.

[13] E. EHRLICH, *ult. cit.*..

[14] Cfr. C.M. Bianca, *Ex facto oritur ius*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 787 ss., particolarmente 789, secondo cui, a prescindere dalle origini dell'aforisma - che, sebbene reso famoso da Baldo degli Ubaldi nella *Glossa* al passo di Alfeno in D. 9.2.5.52, deve la sua prima formulazione a giuristi di epoca ancora precedente, verosimilmente Guglielmo da Cugno o Guglielmo Durante -, nel diritto moderno «particolarmente suggestivo appare il detto per esprimere il principio di effettività».

[15] Così già L. PROSDOCIMI, *Ex facto oritur ius*, in *Studi senesi*, LXVI-VII (1954-55), 808.

[16] E. EHRLICH, *cit.*, 572.

[17] Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962, 49 ss., secondo cui l'origine dell'istituzione, ed in particolare dello Stato, non è determinata da una norma preesistente, ma dal fatto stesso di esistere e di esercitare effettivamente il proprio potere. L'effettività

istituzionale veniva particolarmente notata a livello degli ordinamenti statuali e, in genere, degli ordinamenti dotati di personalità giuridica di diritto internazionale, con riguardo ai quali era agevole ritenere che anche i governi autoritari fossero tuttavia governi legittimi, traendo tale legittimità dall'effettività del potere e conservandola sino al momento in cui, con il loro rovesciamento, tale effettività fosse andata perduta: sul punto, v. C.M. Bianca, *Ex facto oritur ius*, cit., 792.

[18] Santi ROMANO, *ult. cit.*.

[19] P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 430.

[20] Sul principio di effettività, riferito alla norma di diritto privato, v. invece C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo*, in *Estudios Castan Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, nonché C.M. Bianca, *Ex facto oritur ius*, cit., 787 ss., particolarmente 792, secondo cui la norma, al pari dell'istituzione, deve «avere un connotato di effettività per potere essere qualificata come norma di diritto privato».

[21] La negazione dell'esistenza stessa del diritto è riconosciuta dallo stesso E. EHRLICH, cit., 106, con l'affermazione che esso esiste «solo nelle menti degli uomini».

[22] H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (trad. it.) Torino, 1952, 51: «La norma è una categoria che non trova applicazione nel campo della natura».

[23] P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Parte seconda*, Milano – Torino – Roma, 1920, ora in *Opere giuridiche*, VII, Roma, 2019, 60.

[24] Se la norma coincide con il comando introdotto (*positum*) dalla fonte di produzione (la legge) - la quale trae validità dalla norma costituzionale, a sua volta legittimata da «una costituzione più antica» sino a risalire a «quella storicamente originaria che fu promulgata da un singolo usurpatore o da un'assemblea formatasi in un modo qualsiasi» (così H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 97) - è evidente che tutto ciò che è al di fuori di questo comando, compresa l'*interpretazione* giudiziale compiuta nella sentenza, appartiene alla sfera del *fatto* e, restando giuridicamente irrilevante, non può modificare il contenuto della norma, che rimane dunque invariabile.

[25] Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 3 ss., 47 ss., il quale, pur dovendo riconoscere il dato esperienziale della continua evoluzione del diritto grazie all'opera assidua dell'interprete, afferma recisamente che in ragione di tale evoluzione non si *crea* tuttavia una *nuova* norma giuridica, poiché l'*interpretazione*, per

quanto attività creativa («come ogni attività spirituale che, pur riferendosi ad un atto precedente, non ne è una semplice ricezione passiva»), non modifica il contenuto originario dell'atto a cui si riferisce: l'evoluzione del diritto, piuttosto, risponde ad un processo di «autointegrazione» e il diritto «evoluto» non è altro che esplicitazione di un contenuto giuridico già ricompreso nella legge originaria. La caparbia difesa dell'invariabilità del contenuto della norma da parte della dottrina normativista pur dinanzi all'incontestabilità dell'evoluzione degli istituti giuridici nella loro concreta applicazione, ha suscitato la rispettosa ironia di Cesare Massimo Bianca (*Ex facto oritur ius*, cit., 794, nota 32): «Questa norma che conserva la propria identità pur crescendo sino al punto da divenire irriconoscibile, richiama alla mente l'analogia vicenda del capretto di pirandelliana memoria, che rimane il medesimo oggetto di proprietà dell'ingenua turista pur essendosi trasformato in un villoso animale (“un mostruoso caprone”) in cui la proprietaria non ravvisa più la gentile creatura a suo tempo comprata» (il riferimento del mio Maestro è a L. PIRANDELLO, *Il capretto nero*, in *Novelle per un anno*, II, ed. Mondadori, Milano, 1943).

[26] V. C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo*, cit., 61 ss., il quale individua la realtà sociale della norma giuridica nel suo essere *effettivamente* regolatrice dei rapporti dei consociati. Cfr. anche C.M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, cit., 796, 798, 799: «L'effettività è il momento essenziale della giuridicità in quanto le norme che sono effettivamente applicate possono dirsi ordinatrici di rapporti sociali, mentre le norme generalmente disapplicate non regolano i rapporti sociali e possono quindi avere solo l'apparenza di norme giuridiche» Ed ancora: «il diritto effettivo ... deve ... essere colto nel *fatto obiettivo* che la norma viene socialmente accettata come norma giuridica secondo determinati significati e contenuti, cioè nel fatto della sua reale operatività. *L'accettazione sociale della norma è il fatto dal quale scaturisce il diritto* (corsivo dell'autore)».

[27] C.M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, cit., 796-797: «l'effettività della norma non è data dalla misura della sua osservanza, ma dalla sua accettazione da parte del corpo sociale come norma giuridica: accettazione che si evidenzia nella valutazione sociale della sua inosservanza come violazione del diritto, e nell'applicazione delle sanzioni da parte degli organi costituiti per applicarle. Se però la norma è generalmente inosservata senza che ciò dia luogo a sanzioni, se le posizioni di vantaggio che essa nominalmente conferisce non sono più riconosciute come tali nella vita di relazione e non trovano tutela presso le istituzioni, quella norma non è più regola giuridica di rapporti sociali».

[28] C.M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, cit., 799, 802, ove si rileva che l'importanza del diritto vivente giurisprudenziale emerge anche dai giudizi di costituzionalità, i quali assumono ad oggetto le norme ordinarie così come interpretate dalla giurisprudenza.

[29] C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 803: «A chi afferma l'immutabilità del diritto, fissato nel testo scritto, deve invece dirsi che esso “si muove”, che esso è nella realtà della sua esistenza e questa realtà trascende i testi di legge per immedesimarsi nella vita dell'ordinamento che si evolve nella società e con la società».

[30] V. FROGINI, *La lettera e lo spirito della legge*, cit., 137.

[31] App. Ancona, 25 luglio 1906, in *Foro it.*, 1906, I, 1060 e in *Giur. it.*, 1906, III, 389.

[32] Nel gennaio del 1889, proludendo dalla cattedra di diritto costituzionale della facoltà giuridica di Pisa, Mortara aveva affermato che le rivoluzioni francesi e americana, pur non avendolo creato, avevano reso perspicuo, alla *coscienza dei popoli civili*, un nuovo principio: il principio dell'uguaglianza di diritto tra gli uomini. Questo nuovo principio, fondamento indispensabile al progressivo consolidarsi del dominio della forza intellettuale su quella materiale, non conteneva l'uguaglianza di fatto, anzi aveva valore pratico solo in quanto ne supponeva necessariamente la mancanza. Ma il principio dell'uguaglianza di diritto, applicato ad uno stato di disuguaglianza di fatto, avrebbe stabilito una ineluttabile tendenza alla diminuzione di quest'ultima e un'ineluttabile aspirazione al suo cancellamento. In questa tendenza e in questa aspirazione era il fine ultimo di giustizia che l'ordinamento persegue con tutti i suoi istituti e le sue norme. Le norme giuridiche, siano esse quelle costituzionali siano esse quelle legislative - aveva affermato Mortara -, vanno quindi lette, interpretate ed applicate alla luce di questo principio che è *penetrato nelle società civili* e le sta guidando dal dominio della forza materiale («signora del passato») a quello della forza intellettuale (che «dominerà l'avvenire»). Poiché «con l'impronta del nuovo principio» la «Costituzione», «tutta la legislazione» e persino l'attività esecutiva («l'opera governativa») riceveranno «indirizzi nuovi per le vie della civiltà e del progresso» (cfr. L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza* (1889), in *Quaderni fiorentini*, 19, Milano, 145 ss., particolarmente, 160-161).

[33] Sul problema della rilevanza giuridica del sentimento, oltre agli autori già citati alla nota 1, si veda, con particolare riguardo al sentimento d'amore, S. RODOTA', *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, ove si rileva che tale sentimento, non solo nella dimensione relazionale ma anche nei rapporti con l'autorità, tende a diffondersi oltre il suo perimetro tradizionale, per richiamare i principi della dignità e dell'uguaglianza tra le persone.

[34] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, 4; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1 e ss.; W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 659 e ss.; V. FROSINI, *Diritto soggettivo*, in *Nuov. dig. it.*, V, 1047 e ss.. C. MAIORCA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989; P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, VI, 1990, 411 e ss.

[35] A. FALZEA, *cit.*, 545 e ss., definisce, precisamente, il sentimento come *fatto di coscienza*, e, più precisamente, come *fatto o processo attuale della coscienza valutante*, la quale, attraverso il sentimento, guarda il mondo esterno e prende posizione rispetto ad esso. Nel sentimento, dunque, vi è il dispiegarsi di un processo consapevole con cui la coscienza offre una valutazione della realtà esterna ad essa. Secondo il F., *cit.*, 545, «il sentimento è ... l'organo attraverso cui la coscienza individuale si mette in rapporto con i valori»; E ancora, *cit.*, 548-549: «ogni processo attuale della nostra vita interiore cosciente è un sentimento ... e lo è, ancora più caratteristicamente, nella misura in cui riflette la polarizzazione della nostra coscienza valutante tra valori positivi e valori negativi, tra beni e mali della esistenza».

[36] In teoria generale la nozione di *valore* e quella di *interesse* sono intimamente legate: l'*interesse* è infatti la manifestazione di un bisogno della persona in relazione ad un bene della vita, ma tale bisogno sorge soltanto se a quel bene viene attribuito un certo *valore* e varia al variare del valore riconosciuto al bene medesimo.

[37] Cfr. Mir. BIANCA, *Il diritto del minore all'«amore» dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 2, 155: «La quasi totale irrilevanza giuridica dei sentimenti deve attribuirsi in primo luogo alla considerazione degli stessi quali elementi interni della psiche umana e come tali inafferrabili».

[38] Così, ad es., se il sentimento di amore provato per una persona ha ispirato un atto di liberalità nei suoi confronti, gli effetti giuridici vanno ricondotti a tale comportamento, che concreta un vero e proprio negozio giuridico di donazione (art. 769 c.c.) e non al sentimento positivo provato per il donatario; allo stesso modo, se il sentimento di odio provato per una persona ha ispirato un atto di danneggiamento di un bene di sua proprietà, gli effetti giuridici vanno ricondotti a tale comportamento, che concreta un atto illecito (art. 2043 c.c.) e non al sentimento negativo provato per il danneggiato. Sul tema cfr., in via generale, A. FALZEA, *cit.*, 627: «Il sentimento non emerge al livello del diritto se non in virtù della sua esteriorizzazione e questa, a sua volta, avviene, se non esclusivamente, di prevalenza mediante il comportamento».

[39] Per il FALZEA, *cit.*, p.556, «il mondo reale esterno a cui la coscienza guarda attraverso il sentimento comprende ogni tipo di realtà: realtà naturale e realtà sociale», ma «dal punto di vista

delle scienze umane, psicologiche, politiche e giuridiche, ... il piano di riferimento più frequente e caratteristico è proprio la realtà sociale, in primo luogo la specifica realtà delle relazioni dirette tra persone umane». In queste relazioni, prosegue il F., «i due sentimenti fondamentali in cui si riflette la presa di posizione emotiva di una persona verso un'altra persona sono senza dubbio l'amore e l'odio», il primo quale sentimento del valore positivo attribuito alla persona altrui, il secondo quale sentimento del valore negativo attribuito alla medesima persona. È peraltro evidente che tra questi due sentimenti estremi ve ne possono essere diversi intermedi, che possono consistere, a loro volta, in sentimenti di valori positivi o in sentimenti di valori negativi.

[40] L'irrilevanza giuridica della dichiarazione di amore, sia sul piano del diritto civile che su quello del diritto penale, è affermata da Cass, sez. lav., 8 agosto 1997, n.7380, in *Riv. dir. lav.*, 1998, II, 795, la quale ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda di risarcimento dei danni proposta da una segretaria nei confronti del datore di lavoro, e fondata sull'asserito carattere molesto del comportamento da lui tenuto in occasione di una trasferta lavorativa, durante la quale egli l'aveva invitata a cena, le aveva dichiarato il proprio innamoramento e le aveva regalato un anello, ottenendo peraltro il rifiuto della donna, rifiuto perdurato successivamente al rientro dalla trasferta, allorché egli le aveva consegnato una lettera in cui aveva nuovamente esternato i propri sentimenti. La Suprema Corte ha ritenuto incensurabile la pronuncia del giudice del merito il quale - esclusa la prova degli ulteriori episodi denunciati dalla lavoratrice (in particolare di un tentativo di bacio contestuale alla dichiarazione di amore, nonché di ulteriori e non meglio precise richieste che l'uomo le avrebbe rivolto dopo il rientro) - aveva ritenuto l'inesistenza di «condotte illecite dal punto di vista penale o civilistico, riconducibili alla sfera sessuale o comunque esulanti dal rapporto di lavoro», non essendo connotata la condotta dell'uomo «da violenza, da petulanza, da maleducazione o superficialità», ed essendosi anzi questa esaurita in atteggiamenti tipici di una persona innamorata, quali l'interessamento affettivo e il conseguente corteggiamento; atteggiamenti confinati di norma nel giuridicamente irrilevante, i quali non possono essere reputati illeciti (e non si traducono automaticamente in una molestia sessuale) per il solo fatto di essere attuati sul luogo di lavoro o tra persone legate da vincolo di lavoro.

[41] Cfr. già Cass., Sez. I, 14 febbraio 2007, n.3356, in *Foro it.*, 2008, I, 128; v, anche Cass., Sez. I, 29 marzo 2011 n.7125 e Cass., Sez. I, 21 gennaio 2014 n.1164.

[42] Cfr. Cass., Sez. I, 23 marzo 2005, n.6276, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2910, la quale ha ritenuto integrata la violazione del dovere di assistenza morale sancito dall'art.143 c.c., ai fini dell'addebito della separazione, nel persistente rifiuto di intrattenere rapporti affettivi e sessuali

con il coniuge, rifiuto che, «provocando oggettivamente frustrazione e disagio e, non di rado, irreversibili danni sul piano dell'equilibrio psico-fisico, costituisce gravissima offesa alla dignità e alla personalità del partner». Cfr., inoltre, Cass., Sez. I, 12 giugno 2006 n.13592, in *Italgiure Web - Corte di Cassazione*, la quale, sempre ai fini dell'addebito della separazione, ha attribuito rilevanza alla sistematica violazione del dovere di fedeltà, attuata «attraverso una stabile relazione extraconiugale». Con riguardo all'ordinamento antecedente alla Riforma del 1975, cfr. Cass., Sez. I, 10 ottobre 1974 n.2759, la quale aveva ritenuto causa di separazione personale per ingiuria grave, ai sensi dell'art.151 c.c. nella sua formulazione originaria, la coltivazione di relazioni omosessuali «in modo continuativo e pubblico» da parte di uno dei coniugi. Ai fini del giudizio di addebito della separazione personale – e delle conseguenze giuridiche sfavorevoli ad esso connesse – non è dunque sufficiente, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, il dato negativo del difetto di slancio amoroso, del distacco sentimentale, della disaffezione, ma occorre che si integri uno specifico comportamento positivo (sistematica infedeltà, ostentata coltivazione di relazioni extraconiugali, continuato rifiuto di intrattenere rapporti sessuali) che, trascendendo l'aspetto puramente affettivo, si traduce nell'offesa alla dignità, all'onore, alla personalità del coniuge.

[43] M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 859.

[44] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 608.

[45] Cfr. già Cass., Sez. III, 1° dicembre 2004 n.22593, in *Mass. giust. civ.*, 2005, 1 e Cass., Sez. III, 15 luglio 2005 n.15022, in *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 40, 43; v. anche Cass., Sez. III, 16 marzo 2012 n.4253, in *Giur.it.*, 2012, 2519 e Cass., Sez. III, 17 aprile 2013 n.9231, in *Danno e resp.*, 2013, 595.

[46] Questa ulteriore valutazione è qualificata dal FALZEA, *cit.*, 559, come «valutazione di secondo grado»: in forza di questa ulteriore valutazione «ogni sentimento (con tutti i suoi valori interni) è suscettibile di essere valutato (*ab extra*) in funzione di quel sistema di valori che è un ordinamento giuridico».

[47] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, 335. Per il B., enunciando il diritto all'assistenza morale, il legislatore «ha inteso sancire il diritto del figlio ad *essere amato* dai suoi genitori» poiché «assistere moralmente il figlio significa ... averne *cura amorevole*». Il diritto all'amore - precisa l'insigne Maestro - è un diritto fondamentale del minore. Con riguardo all'ordinamento vigente prima della riforma della disciplina della filiazione, v. C.M. BIANCA, *Commento all'art.1, commi 1°, 2° e 4°, della l. 28 marzo 2001, n.149, Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n.184, recante disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in *NLCC*, 2002, 909, ove,

per un verso, si evidenzia il *legame strumentale* esistente tra il diritto del minore alla propria famiglia, proclamato dall'art.1 della legge sull'adozione - ed oggi ribadito dal secondo comma dell'art.315-bis c.c. - e il diritto dello stesso minore all'assistenza morale («il minore ha diritto di crescere nella sua famiglia in quanto riceva da questa l'assistenza morale necessaria per la serena ed equilibrata formazione») e, per altro verso, incisivamente si identifica il diritto del minore all'assistenza morale con il *diritto all'amore*, sul presupposto che «la principale componente dell'assistenza morale è costituita dal rapporto di affetto che deve instaurarsi tra genitori e figli».
