

€ 38,00



U. Pomarici (a cura di) – ATLANTE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO – Vol. I

ATLANTE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Volume I

a cura di

Ulderico Pomarici



G. Giappichelli Editore – Torino

ATLANTE DI
FILOSOFIA DEL DIRITTO

Volume I

In copertina:

Mappa del mondo, carta antica, XVI secolo.

ATLANTE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Volume I

a cura di

Ulderico Pomarici



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-3721-4

Composizione: Media Print s.r.l. - Livorno

Stampa: Media Print s.r.l. - Livorno

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| PREMESSA | XI |
| Gli Autori | XIII |
| BENI COMUNI | |
| <i>Ulderico Pomarici</i> | 1 |
| 1. Una nuova razionalità | 3 |
| 1.1. La logica proprietaria | 5 |
| 1.2. La logica del ‘comune’ | 10 |
| 1.2.1. Segue | 10 |
| 1.2.2. Segue | 12 |
| 1.2.3. Segue | 12 |
| 2. Genealogie storiche del ‘comune’ | 13 |
| 2.1. La proprietà fra codice civile e costituzione | 14 |
| 2.2. Fra Medioevo e Moderno | 17 |
| 2.3. La svolta del Moderno | 19 |
| 2.4. Sviluppi contemporanei | 22 |
| 2.5. Una recente sentenza della Cassazione | 24 |
| 3. Genealogie teoriche del ‘comune’ | 26 |
| 3.1. Hardin | 27 |
| 3.2. Dilemma del prigioniero | 29 |
| 3.3. Olson | 30 |
| 3.4. Elinor Ostrom | 31 |
| 3.4.1. Dispositivi istituzionali | 34 |
| 3.4.2. Classificazione dei beni | 36 |
| 3.4.3. Pratica dei beni comuni | 39 |
| 3.4.4. Beni comuni come istituzioni | 42 |
| 3.5. Michael Heller | 44 |
| 3.6. L.Ferrajoli | 46 |
| 3.7. L. Lombardi Vallauri | 47 |
| 4. <i>New Commons</i> | 49 |
| 4.1. Sul dominio pubblico | 49 |
| 4.2. <i>Software</i> libero | 51 |

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 4.3. La rete come innovazione | 54 |
| 4.3.1. Segue | 55 |
| 4.4. Ancora sul dominio pubblico | 56 |
| | |
| CITTADINANZA | |
| <i>Pietro Costa</i> | 59 |
| 1. La ri-definizione di un termine antico | 59 |
| 2. Tre impieghi di 'cittadinanza': critico-sociologico, etico-politico, metodologico-operazionale | 60 |
| 3. Il tema della cittadinanza: l'identità politico-giuridica dell'individuo | 62 |
| 4. L'individuo fra diritti e appartenenza | 64 |
| 5. La dinamica della cittadinanza: il riconoscimento dei soggetti | 68 |
| a) La cittadinanza in senso 'verticale' | 69 |
| b) La cittadinanza in senso 'orizzontale' | 70 |
| 6. La cittadinanza come 'programma di operazioni' | 72 |
| Bibliografia | 73 |
| | |
| CODICE | |
| <i>Vincenzo Rapone</i> | 75 |
| 1. Introduzione | 75 |
| 2. Consolidazioni e codificazioni: linee di un dibattito ancora attuale | 80 |
| 3. Le "origini dottrinali" delle codificazioni propriamente dette e la soggettività filosofico-giuridica moderna | 87 |
| 4. L'espansione del fenomeno in Europa. Il <i>Code</i> dei francesi (1804) | 94 |
| 5. La vicenda codificatoria in Italia | 107 |
| 6. L'attualità tra 'decodificazione' e 'ricodificazione'. Conclusioni | 115 |
| Bibliografia essenziale | 118 |
| | |
| DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE | |
| <i>Raffaele Bifulco</i> | 121 |
| 1. Premessa | 121 |
| 2. Democrazia costituzionale e costituzionalismo | 123 |
| 3. Tentativo definitorio | 126 |
| 4. Il carattere dilemmatico della democrazia costituzionale | 127 |
| 5. Il ruolo delle corti costituzionali e degli interpreti giurisdizionali | 129 |

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 6. Dalla lotta per la Costituzione alla lotta per l'interpretazione della Costituzione | 132 |
| 7. Concezioni assolutizzanti della democrazia costituzionale | 135 |
| 8. Il costituzionalismo globale e la crisi della democrazia costituzionale | 136 |

DIGNITÀ UMANA

| | |
|---|-----|
| <i>Paolo Becchi</i> | 139 |
| 1. Premessa | 139 |
| 2. Una ricostruzione storico-concettuale | 140 |
| 3. L'onda lunga del dibattito post-bellico | 147 |
| 4. Nuovi orientamenti | 152 |
| 5. Dalla Convenzione europea dei diritti umani alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea passando attraverso la Convenzione di Oviedo | 158 |
| 6. L'autonomia e i suoi limiti: salvaguardare l'immagine dell'uomo | 164 |
| 7. I punti cruciali della bioetica medica | 170 |
| 8. Conclusioni | 173 |
| Bibliografia essenziale | 174 |

DIRITTI FONDAMENTALI

| | |
|---|-----|
| <i>Tecla Mazzaresse</i> | 179 |
| 1. Una nozione controversa | 180 |
| 1.1. Pluralità di concetti, concezioni e denominazioni | 182 |
| 1.2. Valenza assiologica dei diritti fondamentali e triplice indeterminatezza del loro catalogo | 187 |
| 2. L'età dei diritti e il nuovo modello costituzionale di diritto (inter)nazionale e di democrazia | 189 |
| 2.1. Una nuova dottrina e una nuova cultura dei diritti fondamentali | 192 |
| 2.2. Un nuovo modello costituzionale di diritto (inter)nazionale e di democrazia | 195 |
| 2.3. Sessant'anni di (in)successi | 197 |
| 3. La crisi dell'età dei diritti e del modello costituzionale di diritto (inter)nazionale e di democrazia | 201 |
| 3.1. Revoca in dubbio del significato di tutela dei diritti, democrazia e pace e della necessità della loro interazione | 202 |
| 3.2. Aspetti della crisi del modello costituzionale di diritto (inter)nazionale e di democrazia | 206 |
| 3.3. Una crisi senza ritorno? | 208 |
| Riferimenti bibliografici | 210 |

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| FILOSOFIA DEL DIRITTO / FILOSOFIE DEL DIRITTO | |
| <i>Giuseppe Limone</i> | 219 |
| 1. Alcuni quesiti | 219 |
| 2. Filosofia e Diritto | 220 |
| 3. Forme di diritto e forme di conoscenza | 223 |
| 4. Ordine | 225 |
| 5. Dalla ragione scientifica all'illuminismo: il Diritto nella modernità | 227 |
| 6. <i>Jus e Lex</i> | 229 |
| 7. Il diritto moderno: caratteristiche strutturali delle norme | 231 |
| 8. Etica giuridicizzata, etica nel diritto, etica del diritto | 233 |
| 9. Caratteristiche strutturali della razionalità giuridica | 233 |
| 10. Il fenomeno diritto nelle diverse dottrine filosofiche. L'ermeneutica come problema | 235 |
| 11. Ordine sintattico, ordine semantico, ordine giusto | 240 |
| 12. La società fra attività autoregolatrice e diritto formale: il problema dei "principi" | 241 |
| 13. Per uno statuto epistemologico della persona | 245 |
| 14. L'irriducibile e la radice | 249 |
| 15. Dal giusnaturalismo al giuspersonalismo | 250 |
| 16. Per una lettura a strati | 254 |
| 17. Per un nuovo paradigma della ragione | 254 |
| 18. La scienza giuridica come conoscenza del mondo civile e la filosofia del diritto come diritto alla filosofia | 256 |
| GIUSTIZIA | |
| <i>Baldassare Pastore</i> | 259 |
| 1. L'esperienza dell'ingiustizia | 259 |
| 2. Caratteri e declinazioni | 263 |
| 3. Una virtù delle istituzioni | 268 |
| 4. Il diritto giusto | 271 |
| NORMA GIURIDICA | |
| <i>Bruno Celano</i> | 281 |
| 1. Direzioni di adattamento | 281 |
| 2. Modalità deontiche e vocabolario dei diritti | 285 |

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 3. Condizionali | 288 |
| 3.1. Una definizione minimalista | 288 |
| 3.2. L'analisi kelseniana | 289 |
| 3.2.1. Il diritto come ordinamento coercitivo | 289 |
| 3.2.2. La struttura della norma giuridica (I) | 291 |
| 3.2.3. 'Dover essere' | 292 |
| 3.2.4. La struttura della norma giuridica (II) | 295 |
| 4. Le norme come ragioni per agire | 296 |
| 5. La varietà delle norme | 399 |
| 5.1. Norme che conferiscono poteri | 399 |
| 5.2. Regole tecniche, regole costitutive | 301 |
| 5.3. Principi | 302 |
| 6. Problemi aperti | 305 |
| Riferimenti bibliografici | 306 |

ORDINAMENTO

| | |
|---|-----|
| <i>Paolo Grossi</i> | 309 |
| 1. <i>Ordo</i> , ordine, ordinamento | 309 |
| 2. Visioni ordinarie al di là del 'moderno' | 310 |
| 3. Ordinamento: sulla insignificanza ed equivocità della nozione nella cultura giuridica moderna | 310 |
| 4. La crisi novecentesca delle fonti e la rinnovata percezione della dimensione autenticamente ordinativa del diritto | 311 |
| 5. 'Ordinamento giuridico': uno strumento fertile della teoria novecentesca del diritto | 312 |
| 6. 'Ordinamento giuridico': un osservatorio per la complessità del diritto | 313 |
| 7. 'Ordinamento giuridico': il recupero delle dimensioni sociale e collettiva del diritto | 314 |
| 8. 'Ordinamento giuridico': la riscoperta del pluralismo giuridico | 315 |
| 9. Una ferma acquisizione affrancatoria: la pluralità degli ordinamenti giuridici | 315 |
| 10. I rigurgiti monistici e la rivincita attuale di una visione ordinativa | 316 |
| Nota bibliografica | 319 |

POTERE

| | |
|---|-----|
| <i>Gianvito Brindisi</i> | 321 |
| 1. Termini del problema | 321 |
| 2. Note sulla problematizzazione antica del potere: <i>kratos</i> , <i>archon</i> , <i>gubernatio</i> | 327 |

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 3. Il problema moderno del potere | 333 |
| 4. Potere, legalità e legittimità | 345 |
| 5. Il totalitarismo e la critica della razionalità moderna | 352 |
| 6. 'Al di là' del rapporto comando-obbedienza | 357 |
| 7. Microfisica del potere, biopolitica, governamentalità | 360 |
| 8. Dal tramonto del sovrano all'attualità del governo | 366 |
| 9. Brevi considerazioni conclusive | 370 |
| | |
| UGUAGLIANZA/LIBERTÀ | |
| <i>Antonella Argenio</i> | 373 |
| 1. Tentativo di delimitazione | 373 |
| 2. Condizione naturale e Stato civile: archetipi di prima modernità | 393 |
| 3. Vettori interpretativi tra posizione liberale, orizzonte democratico e prospettiva marxiana | 410 |
| 4. Diseguaglianze e illibertà: insidie entro la liberaldemocrazia | 427 |

PREMESSA

Per due motivi almeno è difficile, oggi, pensare di promuovere un lessico di concetti fondamentali per una disciplina ‘umanistica’ come la filosofia del diritto. Il primo motivo è estrinseco, legato agli sviluppi recenti delle politiche universitarie che sempre più vanno verso una valutazione meramente quantitativa della ricerca, scoraggiando gli studiosi motivati a ripensare i confini della propria disciplina. A volte, infatti, di fronte a questa ‘riforma’, si è tentati di chiedersi perché continuare il lavoro scrupoloso dell’indagine scientifica se poi i risultati devono essere ‘pesati’ con parametri che sono – almeno per le discipline umanistiche – davvero miopi. Una studiosa illuminata come Martha Nussbaum esorta a riflettere sul fatto che la democrazia ha bisogno delle *humanities*, della gratuità del loro pensiero. Gratuità che è educatrice, se davvero interpretata con rigore da chi ha il compito di insegnare. Non è certo un caso se la filosofia del diritto, sia ovunque e da tempo inserita nel corso degli studi giuridici. Infatti proprio perché, in quanto disciplina non professionalizzante, non ha come *unico* riferimento obbligato dei testi normativi a cui uniformarsi, su quei testi normativi riflette con una libertà che alle altre discipline giuridiche, professionalizzanti (come il diritto civile, commerciale, penale ecc.), non è data. Essa quindi ne rappresenta l’ineliminabile complemento. Certamente c’è chi ritiene che la riflessione filosofica – nel prevalere e nell’urgere di parametri economici – appaia del tutto ‘fuori sesto’ e dunque non ‘serva’; proprio oggi, invece, credo che di quest’inutilità ci sia profondo bisogno se si vuole mantenere aperta una prospettiva *critica* dei saperi. Prospettiva critica che è il sale dell’educazione. La quale, a sua volta – lo si sa e non bisognerebbe mai dimenticarlo – rappresenta uno dei baluardi dello Stato democratico. Nel senso forte che non si limita a ‘difendere’ ma vuole implementare, con le proprie domande più che con le risposte, il dubbio e il sapere. ‘Provocare al pensiero’, questo dovrebbe essere il compito di chi insegna. Compito difficile in tempi in cui le risposte sembrano già tutte ‘date’ e non pare esserci spazio per la *curiositas*, l’esplorazione di territori culturali in ombra, soprattutto in tempi di mondializzazione, tempi nei quali l’incontro con quei territori è essenziale per conoscere il *proprio luogo*.

Il secondo motivo è intrinseco, e riguarda la vastità di una disciplina dai confini non facilmente determinabili : sembra che ogni ambito del diritto possa (o debba) avere una ‘piega’ filosofico-giuridica. I filosofi del diritto sono chiamati a discutere nei contesti più diversi: dal diritto medioevale alla bioetica, dall’etica

pubblica al diritto internazionale, dal diritto penale e processuale a quello costituzionale. E la pluralità di partecipazioni al volume lo testimonia: non solo filosofi del diritto ma anche costituzionalisti, storici del diritto, avvocati, filosofi politici. In questo senso il titolo del volume, *'Atlante'*, rimanda a una mappatura della disciplina, pensando a un'indagine sui contorni, porosi, di un territorio senza confini prestabiliti. L'idea dell'atlante rinvia a quella di ricerca: ricerca dei luoghi della filosofia del diritto, dell'estensione dei singoli concetti, delle corrispondenze con le altre discipline giuridiche. Infine, si dà nel volume una pluralità di contributi che rivela – lodevolmente – dissonanze di accenti, accanto a una sostanziale consonanza data proprio nella ricerca, nel tentativo, certo sempre frustrato, ma mai spento, di indagare i confini del proprio sapere.

In tempi così avari, sono riconoscente a tutti coloro che in modo 'liberale' hanno accettato il mio invito a collaborare, con un saggio, al presente volume, prodigandosi per mantenere l'impegno.

Ulderico Pomarici

Gli Autori

ULDERICO POMARICI

Professore ordinario di Filosofia del diritto – Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli

PIETRO COSTA

Professore ordinario di Storia del diritto – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze

VINCENZO RAPONE

Ricercatore di Filosofia del diritto – Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

RAFFAELE BIFULCO

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

PAOLO BECCHI

Professore ordinario di Filosofia del diritto – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova

TECLA MAZZARESE

Professore ordinario di Filosofia del diritto – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia

GIUSEPPE LIMONE

Professore ordinario di Filosofia politica – Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli

BALDASSARE PASTORE

Professore ordinario di Filosofia del diritto – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Ferrara

BRUNO CELANO

Professore ordinario di Filosofia del diritto – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo

PAOLO GROSSI

Professore Emerito di Storia del diritto medievale e moderno e giudice costituzionale

GIANVITO BRINDISI

Dottore di ricerca in Filosofia del diritto – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

ANTONELLA ARGENIO

Ricercatrice di Filosofia del diritto – Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli Federico II

NORMA GIURIDICA

Bruno Celano

SOMMARIO: 1. Direzioni di adattamento. – 2. Modalità deontiche e vocabolario dei diritti. – 3. Condizionali. – 3.1. Una definizione minimalista. – 3.2. L'analisi kelseniana. – 3.2.1. Il diritto come ordinamento coercitivo. – 3.2.2. La struttura della norma giuridica (I). – 3.2.3. 'Dover essere'. – 3.2.4. La struttura della norma giuridica (II). – 4. Le norme come ragioni per agire. – 5. La varietà delle norme. – 5.1. Norme che conferiscono poteri. – 5.2. Regole tecniche, regole costitutive. – 5.3. Principi. – 6. Problemi aperti. – Riferimenti bibliografici.

1. DIREZIONI DI ADATTAMENTO

Il principio della saggezza, nella comprensione di che cosa sia una norma giuridica, consiste nel tracciare due distinzioni:

1. la distinzione fra il 'normativo', da un lato, e ciò che è 'normale', d'altro lato;
2. quella fra una norma e le sue formulazioni (linguistiche e non).

Questa seconda distinzione non sarà qui oggetto d'indagine; la sua trattazione compete alla teoria dell'interpretazione. Basti dire quanto segue: può accadere, e sovente accade, che un'unica e medesima disposizione sia espressione di una pluralità di norme (che, cioè, possa essere interpretata in più modi, così da ricavarne norme diverse), e, viceversa, un'unica e medesima norma può essere espressa mediante più disposizioni¹.

Ma che cosa è una norma? Per comprenderlo, occorre distinguere fra una norma, da un lato, e ciò che accade 'normalmente', o 'di norma', d'altro lato – fra ciò che ha valore normativo, da un lato, e ciò che è 'normale', d'altro lato; o, ancora, fra *regole* e *regolarità* di condotta. Una norma dice che le cose *devono* stare, o andare, in un certo modo, non che esse – normalmente, 'di norma' – vanno in un certo modo; altro è l'affermazione di una regola di condotta ('Gli X *devono* comportarsi così e così'), altro l'affermazione di una regolarità ('Di solito – per lo più, sempre – gli X *si comportano* così e così').

¹R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, cap. II; e *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, cap. VII.

La differenza che, da questo punto di vista, intercorre fra asserti normativi (asserti esprimenti norme), da un lato, e asserti di fatto (asserti che affermano che le cose stanno, o non stanno, vanno, o non vanno, in un certo modo), d'altro lato, può essere illustrata mediante un esperimento mentale². Supponiamo che Tizio si aggiri per un supermercato con una lista della spesa, prendendo dagli scaffali i diversi prodotti indicati sulla lista; e che, a sua insaputa, un investigatore privato lo stia pedinando, e che costui rediga un elenco dettagliato degli acquisti di Tizio. Una volta terminato lo shopping, la lista della spesa di Tizio e l'elenco compilato dall'investigatore saranno (se né Tizio né l'investigatore hanno commesso errori) uguali: conterranno le stesse voci. Fra la lista della spesa e l'elenco dall'investigatore, però, c'è una differenza fondamentale. L'elenco dell'investigatore, per essere corretto, deve corrispondere a quanto si trova nel carrello di Tizio: se nel carrello c'è qualcosa che non è indicato nell'elenco, o non c'è qualcosa che è indicato nell'elenco, si potrà concludere che *nell'elenco* c'è qualcosa che non va. Al contrario, nel caso della lista della spesa non è la lista a dover corrispondere a quanto si trova nel carrello, ma è ciò che si trova nel carrello a dover corrispondere alla lista: se nel carrello c'è qualcosa che non è indicato nella lista, o non c'è qualcosa che è indicato nella lista, si potrà concludere – non: che *nella lista* c'è qualcosa che non va, ma – che *nel carrello* c'è qualcosa che non va. In breve: nel caso dell'elenco compilato dall'investigatore, qualora non vi sia corrispondenza fra l'elenco medesimo e la realtà, il modo in cui le cose di fatto stanno (l'insieme dei prodotti che si trovano nel carrello di Tizio), sarà l'elenco a dover essere per così dire 'biasimato': giudicato insoddisfacente, o manchevole. Nel caso della lista della spesa, di contro, qualora non vi sia corrispondenza fra la lista medesima e la realtà, i fatti, sarà – non la lista, ma – la realtà a dover essere 'biasimata', giudicata insoddisfacente, o manchevole.

Sia nel caso della lista della spesa, sia nel caso dell'elenco dell'investigatore, dunque, la corrispondenza o meno fra ciò che è scritto (un certo contenuto di senso), da un lato, e la realtà, i fatti, d'altro lato, è di importanza decisiva. La lista della spesa e l'elenco dell'investigatore hanno però, come si suole dire, diverse, e opposte, "direzioni di adattamento"³. L'elenco dell'investigatore ha la direzione d'adattamento 'parole-a-mondo': è l'elenco a doversi adattare al mondo (la realtà, i fatti), e non, viceversa, il mondo all'elenco. Se le cose non stanno così come l'elenco dice, sarà l'elenco, non il mondo, ad essere giudicato insoddisfacente. La lista della spesa ha, invece, direzione d'adattamento 'mondo-a-parole': è il mondo a doversi adattare alla lista, e non, viceversa, la lista al mondo. Se le cose non stanno così come la lista dice, sarà il mondo (la spesa, le a-

² G.E.M. ANSCOMBE, *Intention*, Blackwell, Oxford, 1957, par. 32; cfr. per quanto segue CELANO, 1994, p. 693 ss.; 1963².

³ J.R. SEARLE, *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, in K. GUNDERSON (ed.), *Language, Mind and Knowledge*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1975, p. 171. Trad. it. *Per una tassonomia degli atti illocutori*, in M. SBISÀ (a cura di), *Gli atti linguistici*, Feltrinelli, Milano, 1987.

zioni di Tizio), non la lista, ad essere giudicato insoddisfacente.

Quanto si è appena detto a proposito della lista della spesa vale, in generale, relativamente a norme: la lista della spesa stabilisce in che modo le cose – non: stanno, ma – devono stare. Quanto si è appena detto a proposito dell’elenco compilato dall’investigatore, di contro, vale, in generale, relativamente ad asserti di fatto: l’elenco intende essere un resoconto dei fatti, un rapporto su quanto, di fatto, accade. In entrambi i casi, norme e asserti di fatto, può esservi una relazione di corrispondenza, o di mancata corrispondenza, fra quanto è detto (il contenuto di senso) e i fatti; è diversa, però, la direzione di questa relazione. Nel caso di asserti di fatto, ciò che in caso di mancata corrispondenza appare manchevole, e viene per così dire impugnato, è l’asserto medesimo (ciò che è detto): l’asserto è giudicato *falso*. Nel caso di norme, ciò che in caso di mancata corrispondenza appare manchevole, e viene, dunque, valutato negativamente, sono i fatti (il modo in cui le cose stanno). Un asserto di fatto ha direzione di adattamento ‘parole-a-mondo’; dunque, che vi sia o non vi sia corrispondenza fra ciò che l’asserto dice e i fatti è questione decisiva ai fini della valutazione *dell’asserto* medesimo. I predicati ‘vero’ e ‘falso’ esprimono, precisamente, questo tipo di valutazione: un asserto di fatto è vero, o falso, a seconda che corrisponda, o non corrisponda, a come le cose stanno (‘verità come corrispondenza’). In breve:

(1) un asserto, *A*, è vero se e solo se *A* ‘corrisponde’ a, o è in ‘accordo’ con, i fatti; se e solo se, cioè, le cose stanno così come *A* asserisce (così come *A* ‘dice’ che le cose stanno)⁴.

Un asserto normativo ha, invece, direzione d’adattamento ‘mondo-a-parole’; dunque, che vi sia o non vi sia corrispondenza fra ciò che l’asserto dice e i fatti è questione decisiva ai fini di una valutazione *dei fatti*. Se le cose debbano o non debbano stare così come la norma dice è questione diversa dalla questione se le cose, di fatto, stiano, o non stiano, così come essa prescrive: la norma non dice che le cose stanno, o non stanno, in un certo modo.

Il predicato ‘valido’, riferito a norme, può essere opportunamente utilizzata per esprimere, precisamente, questo secondo tipo di valutazione. Definiamo, cioè, la nozione di validità (di una norma) nel modo seguente⁵:

⁴ Ad es., l’asserto ‘Oggi piove’ è vero se e solo se oggi, in effetti, piove; se oggi non piove, l’asserto è falso. Secondo la concezione della verità come corrispondenza, dunque, un asserto può dirsi vero (o falso) in ragione del suo accordo (o disaccordo) con ‘ciò che è’ (sussiste, ha luogo, si verifica, accade): vero, se dice che ciò che è, è, o che ciò che non è, non è; falso, se dice che ciò che è, non è, o che ciò che non è, è (ARISTOTELE, *Metaphysica*, ed. W. Jaeger, Clarendon Press, Oxford, 1957, 1980⁷, 1011b26-7).

⁵ Questa è, in estrema sintesi, la nozione di validità di una norma elaborata da H. Kelsen (cfr., per una presentazione introduttiva e riferimenti bibliografici, B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 257-73).

(2) una norma, N ('Gli X devono fare A '), è valida se e solo se le cose devono stare così come N dice (ossia, se e solo se ci si deve comportare così come N prescrive: se e solo se gli X devono fare A).

Una norma, cioè, è valida se e solo se deve essere osservata (obbedita, applicata). La questione se ci si debba o no comportare così come una norma prescrive – se, cioè, la norma sia valida o no – è affatto diversa dalla questione se un asserto di fatto sia vero o falso (se le cose stiano effettivamente così come un asserto dice che stanno). Altro è interrogarsi sulla validità o meno di una norma, tutt'altra cosa interrogarsi sulla verità o falsità di un asserto di fatto.

Dunque: nel caso di un asserto di fatto (ad es., 'Tutti i cittadini italiani pagano le tasse') è possibile decidere della verità o falsità dell'asserto in questione esaminando se, di fatto, le cose stanno così come esso dice che stanno (se, in effetti, tutti i cittadini italiani pagano le tasse, o se, al contrario, qualcuno di essi non paga le tasse). Nel caso di un asserto normativo (ad es., 'Tutti i cittadini italiani devono pagare le tasse'), di contro, non è possibile decidere della validità o invalidità della norma da esso espressa esaminando se, di fatto, le cose stanno così come l'asserto dice (esaminando, cioè, se tutti i cittadini italiani pagano le tasse, o no). L'asserto, infatti, non dice che le cose stanno in un certo modo (non ha la direzione d'adattamento 'parole-a-mondo'): *prescrive* che stiano in un certo modo (ha la direzione d'adattamento 'mondo-a-parole'). Stabilire se la norma sia valida – se le cose debbano stare così come essa prescrive, se essa debba essere osservata – è cosa diversa dall'accertare se un asserto di fatto sia vero – se le cose stiano così come esso dice che stanno.

Ciò non vuol dire, si badi bene, che non abbia alcun senso chiedersi, nel caso di una norma, se le cose di fatto stanno così come essa prescrive (se, ad es., i fatti corrispondano o no alla norma 'Tutti i cittadini italiani devono pagare le tasse'). Al contrario: quanto si è detto sinora implica che un simile interrogativo sia perfettamente lecito. Si tratterà, però, di un ulteriore interrogativo – diverso, e ulteriore, rispetto all'interrogativo se la norma sia valida o no. Quando ci chiediamo se le cose stiano effettivamente così come una norma, N , prescrive, ci chiediamo se sia applicabile a N un predicato, x , definito nel modo seguente:

(3) una norma, N , è x se e solo se i fatti corrispondono a, o sono in accordo con, N ; se e solo se, cioè, le cose stanno così come N prescrive (se e solo se le cose sono, effettivamente, così come N dice che devono essere).

Quale predicato è x ? Non, ovviamente, il predicato 'valido' (una norma è valida, stando alla nostra definizione, se e solo se le cose *devono* stare così come essa prescrive), né, come abbiamo appena visto, il predicato 'vero'. Il predicato x è, piuttosto, un terzo predicato, abitualmente designato con il termine 'efficacia': quando le cose stanno effettivamente così come essa prescrive (quando, ad es., tutti i cittadini italiani pagano le tasse), la norma (ad es., la norma 'Tutti i cittadini italiani devono pagare le tasse') è – non, valida, né vera, ma – *efficace*.

Insomma: altro è chiedersi se una norma sia valida (se, effettivamente, tutti i cittadini italiani debbano pagare le tasse), altro chiedersi se le cose stanno effettivamente così come essa prescrive (se, di fatto, tutti i cittadini italiani paghino le tasse). Può ben darsi il caso che una norma sia valida, e che, tuttavia, le cose non stiano affatto così come, secondo la norma, devono stare. Accertare se le cose, di fatto, stanno così come la norma prescrive che stiano equivale a chiedersi – non: se la norma sia valida o no (se, cioè, debba essere osservata, se si debba fare ciò che essa prescrive di fare), ma – se la norma sia osservata o no; se, cioè, essa sia efficace.

Verità (verità come corrispondenza), validità ed efficacia sono, dunque, nozioni distinte. In particolare, la coppia di predicati ‘vero-falso’ si predica – non di norme, ma – di asserti di fatto (asserti che esprimono un ‘essere’; dotati, cioè, di direzione d’adattamento ‘parole-a-mondo’); le norme (asserti che esprimono un ‘dover essere’; dotati, cioè, di direzione d’adattamento ‘mondo-a-parole’) non sono né vere né false. Semplicemente, l’alternativa ‘vero-falso’ non si applica al discorso normativo⁶.

Questa conclusione suscita, però, almeno due interrogativi:

1. A quali condizioni si può affermare che una norma sia valida? In particolare: a quali condizioni si può affermare che un candidato al ruolo di norma giuridica valida sia, effettivamente, una norma giuridica valida?
2. Validità ed efficacia sono due nozioni distinte?

D’accordo. Ma che dire delle norme consuetudinarie? Nel caso delle norme consuetudinarie, parrebbe, la validità è implicata dalla, e implica la, efficacia (una norma consuetudinaria non è valida se non è efficace, e, se valida, è efficace). Le due nozioni sembrano, in questo caso, identificarsi.

2. MODALITÀ DEONTICHE E VOCABOLARIO DEI DIRITTI

Qual è la struttura delle norme? Come sono fatte, in che modo sono costituite, le norme? O, in altri termini, quali sono le proprietà strutturali, o formali – qual è la ‘logica’ – del discorso normativo⁷?

⁶ Per una trattazione più ampia, e riferimenti bibliografici, cfr. B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 335-363. Il ricorso alle nozioni ‘essere’ e ‘dover essere’ al fine di esprimere la differenza sulla quale ci siamo soffermati (una norma esprime un ‘dover essere’: dice che le cose devono stare in un certo modo; un asserto di fatto esprime un ‘essere’: dice che le cose ‘sono’ così e così, pre-tende di descrivere il modo in cui le cose stanno) si deve anch’esso, come vedremo (*infra*, 3.2), a H. Kelsen.

⁷ Intendo per ‘discorso normativo’ il tipo di discorso caratterizzato dall’uso di termini, o concetti, normativi, come ad es. ‘si deve’, ‘bisogna’, ‘vietato’, ‘giusto’, ‘corretto’; ricade in questa famiglia, ovviamente, anche il modo imperativo. Il vocabolario normativo – l’insieme

A partire dagli anni Cinquanta del XX secolo si è sviluppata una nuova branca della logica contemporanea, la 'logica deontica', il cui oggetto è precisamente la logica del discorso normativo. In logica deontica, l'approccio standard all'analisi degli enunciati deontici si fonda sull'idea che sussista un'analogia strutturale fra le modalità 'necessario', 'possibile' e 'impossibile' (comunemente denominate 'modalità aletiche', ossia: modalità del discorso vero o falso), da un lato, e i concetti normativi fondamentali, d'altro lato. Mi spiego.

Enunciati della forma 'è necessario che p ', 'è possibile che p ', 'è impossibile che p ' (e i loro composti) possono essere rappresentati come il risultato di una modalizzazione di comuni enunciati dichiarativi (ad es., l'enunciato 'è necessario che gli uomini muoiano' è il risultato della modalizzazione dell'enunciato 'Gli uomini muoiono'; con l'espressione 'enunciato dichiarativo' si intende comunemente un enunciato suscettibile di essere vero o falso); per questa ragione, enunciati della forma specificata sono abitualmente denominati enunciati 'modali'. La modalizzazione di un enunciato dichiarativo può essere rappresentata antepoendo all'enunciato un simbolo che rappresenta l'operatore modale prescelto (il simbolo ' N ' indica l'operatore 'necessario che', il simbolo ' M ' l'operatore 'possibile che', il simbolo ' T ' l'operatore 'impossibile che'). Dato un enunciato dichiarativo p , potremo ottenere enunciati della forma: Np , Mp , Ip .

Allo stesso modo sembra si possa rappresentare la struttura di un enunciato deontico come il risultato di un diverso tipo di modalizzazione di enunciati dichiarativi. Che, cioè, la forma logica degli enunciati normativi sia analoga a quella degli enunciati modali aletici; che, in particolare, sia possibile isolare operatori deontici (modalità deontiche) le cui relazioni reciproche sono analoghe a quelle che intercorrono fra gli operatori modali aletici; e che, infine, fra gli enunciati deontici intercorrano relazioni logiche analoghe, o almeno parzialmente analoghe, a quelle che intercorrono fra gli enunciati modali aletici. Gli ovvi candidati al ruolo di modalità deontiche (operatori deontici) fondamentali, analoghe alle modalità aletiche 'necessario', 'impossibile', 'possibile', sono le nozioni 'obbligatorio', 'vietato' (o 'proibito'), e 'permesso' (abitualmente designate mediante i simboli ' O ', ' V ', e ' P '). Dato un enunciato p è possibile ottenere, per modalizzazione deontica, enunciati aventi la forma Op , Vp , Pp (ad es., 'Vietato fumare', 'Obbligatorio pagare le tasse', ecc.). Fra gli enunciati modali (aletici) sussistono particolari relazioni logiche, oggetto d'indagine da parte della cosiddetta logica modale (aletica). Secondo l'approccio standard in logica deontica, fra gli enunciati deontici sussistono relazioni logiche analoghe (almeno sino a un certo punto) a quelle sussistenti fra gli enunciati modali aletici⁸.

dei termini e delle espressioni tipici del discorso normativo – può essere denominato (con un'espressione derivata dal greco antico *to deon*, 'ciò che si deve') 'vocabolario deontico' (il termine 'deontico', nell'accezione più ampia, è sinonimo del termine 'normativo'; più avanti – *infra*, in questo paragrafo – introdurrò un'accezione restrittiva dell'aggettivo 'deontico').

⁸ L'indagine sulle relazioni logiche fra enunciati modali aletici è guidata da due assunti fondamentali. (1) Un enunciato modale è suscettibile di una doppia negazione, a seconda

Si presenta, però, una difficoltà. Stando a questo modo di vedere, la struttura basilare delle norme sarebbe illustrata da enunciati come 'Vietato fumare', e simili. Ma il discorso normativo appare ben più complesso e variegato.

Le modalità deontiche 'obbligatorio', 'vietato', 'permesso' possono essere denominate 'modalità deontiche di base'. Nel discorso normativo (e, in particolare, nel discorso giuridico), però, ci si imbatte molto spesso in un insieme ulteriore di concetti e termini normativi, a prima vista abbastanza diversi da quelli appartenenti al vocabolario deontico di base.

Gran parte dei testi giuridici autoritativi (codici, leggi, ecc.), nonché dei discorsi degli scienziati del diritto e degli operatori giuridici, sono fraseggiati nella forma dell'attribuzione, a soggetti (persone fisiche, persone giuridiche) che soddisfano certe condizioni, di certe 'proprietà' normative: poteri, prerogative, competenze, libertà, privilegi, facoltà, licenze, pretese, immunità, diritti, capacità, responsabilità, autorizzazioni, permessi, titoli, ecc. ('Tizio ha il diritto di ...'; 'Gli x hanno facoltà di ...', e così via). Molti istituti di diritto positivo (proprietà, contratto, testamento, ecc.) possono essere rappresentati e analizzati, e sono abitualmente rappresentati e analizzati, in questo modo; nei termini, cioè, di insiemi di attribuzioni normative spettanti a due o più soggetti, gli uni in rapporto agli altri (talvolta, in rapporto a cose, o azioni), e delle condizioni di acquisizione, modificazione ed estinzione di tali attribuzioni.

Il discorso normativo (e, in particolare, il discorso giuridico), dunque, sem-

che si neghi: (a) l'operatore modale; (b) l'enunciato modalizzato (v'è, inoltre, una terza possibilità, che si neghino al tempo stesso entrambi gli elementi). Se utilizziamo il simbolo ' \sim ' per designare la negazione, da un enunciato modale affermativo Np potremo ottenere, mediante la negazione, tre diversi enunciati: (a) $\sim Np$; (b) $N\sim p$; (c) $\sim N\sim p$. (2) Gli operatori modali sono interdefinibili: è possibile, partendo da uno qualsiasi di essi, definire gli altri due, con l'aiuto della negazione (si può, cioè, assumendo come nozione primitiva una qualsiasi delle modalità 'necessario', 'possibile', 'impossibile', definire – o generare – le altre due nei termini di tale modalità e la negazione). Ecco le principali relazioni di interdefinibilità fra le modalità aletiche: (a) in termini di necessità: ' Ip ' = df. ' $N\sim p$ '; ' Mp ' = df. ' $\sim N\sim p$ '; (b) in termini di possibilità: ' Np ' = df. ' $\sim M\sim p$ '; ' Ip ' = df. ' $\sim Mp$ '. Sulla base di questi due assunti, le relazioni logiche fondamentali che intercorrono fra gli enunciati modali possono essere rappresentate nella forma del c.d. 'quadrato di opposizione' (relazioni di contrarietà, contraddittorietà, subcontrarietà). Analogamente, l'approccio standard in logica deontica muove dai due assunti seguenti. (1) Un enunciato deontico è suscettibile di una doppia negazione, a seconda che si neghi: (a) l'operatore deontico; (b) l'enunciato modalizzato (v'è, inoltre, la possibilità che si neghino al tempo stesso entrambi gli elementi). Da un enunciato deontico affermativo Op potremo ottenere, mediante la negazione, i tre enunciati: (a) $\sim Op$; (b) $O\sim p$; (c) $\sim O\sim p$. (2) Gli operatori deontici sono interdefinibili; è possibile, partendo da uno qualsiasi di essi, definire gli altri due, con l'aiuto della negazione. Ecco le principali relazioni di interdefinibilità fra le modalità deontiche: (a) in termini di obbligo: ' Vp ' = df. ' $O\sim p$ '; ' Pp ' = df. ' $\sim O\sim p$ '; (b) in termini di permesso: ' Op ' = df. ' $\sim P\sim p$ '; ' Vp ' = df. ' $\sim Pp$ '. Sulla base di questi due assunti, anche le relazioni logiche fondamentali sussistenti fra gli enunciati deontici possono essere rappresentate nella forma del quadrato di opposizione. (Si veda, per una presentazione introduttiva, B. CELANO, *op. cit.*, 1999, pp. 150-60).

bra presentarsi in due forme fondamentali, a prima vista abbastanza diverse l'una dall'altra. Da un lato, la qualificazione di comportamenti, o di stati di cose, come obbligatori, vietati, permessi (modalità deontiche di base); d'altro lato, l'attribuzione a soggetti che soddisfano certe condizioni di posizioni, o situazioni, rispetto ad altri soggetti (talvolta, in rapporto a cose, o azioni), comunemente denominate 'posizioni normative (o, in particolare, giuridiche) soggettive'.

L'insieme dei termini, o concetti, che esprimono posizioni normative soggettive può essere denominato 'vocabolario dei diritti', intendendo il termine 'diritto' ('diritto' in senso soggettivo) in un'accezione molto ampia⁹. ('Diritto' – in senso soggettivo – non è che uno dei termini, o dei concetti, appartenenti a questa famiglia; anche se esso, in virtù della sua genericità, sembra occupare, in questa rete concettuale, una posizione – o *la* posizione – determinante, o centrale.) Ebbene qual è la struttura del vocabolario dei diritti? Ossia, qual è la forma logica del discorso dei diritti? In che modo sono da analizzare gli enunciati attributivi di diritti? E quali rapporti intercorrono fra il vocabolario deontico di base e il vocabolario dei diritti?

3. CONDIZIONALI

3.1. *Una definizione minimalista*

Le norme – soprattutto, le norme giuridiche – si presentano sovente nella veste di condizionali: enunciati ipotetici, della forma: 'Se ... allora ...' (enunciati, cioè, che riconnettono una certa conseguenza al verificarsi di una certa condizione). Le disposizioni attributive di posizioni giuridiche soggettive, come abbiamo appena visto (*supra*, 2.), hanno spesso questa forma. Ma anche le norme formulate in termini di modalità deontiche di base sono spesso riconducibili a questa forma ('Se ha luogo *C*, gli *X* devono fare *A*'). Questo aspetto è talmente pervasivo da legittimare la proposta di definire, in generale, una norma – specificamente, una norma giuridica – come un asserto che riconnette al verificarsi di una certa fattispecie (un certo tipo di situazione), in qualità di condizione, il verificarsi di una conseguenza normativa, o giuridica (come, ad es., il venire ad esi-

⁹ L'uso del termine 'diritto' nell'accezione di diritto soggettivo (ovvero, in senso soggettivo) è l'uso che di esso viene fatto in locuzioni del tipo: 'Ho diritto a ...', 'I diritti umani', 'Il diritto di proprietà', e così via. In espressioni di questo tipo, il termine 'diritto' sembra designare qualcosa di appartenente a un soggetto, un bene di cui egli è il detentore, una sua proprietà; in questo senso, un che di 'soggettivo'. La nozione di diritto soggettivo (l'uso del termine 'diritto' in senso soggettivo) si contrappone abitualmente alla nozione di diritto oggettivo (all'uso del termine 'diritto' in senso oggettivo); l'uso, cioè, che del termine 'diritto' viene fatto in locuzioni del tipo: 'Il diritto italiano vigente', 'Il diritto romano arcaico', 'Il diritto privato', ecc.

stenza – esistenza giuridica – di un obbligo, un divieto, un diritto, un onere, e così via; sono ricomprese nella nozione di conseguenza normativa, o giuridica, sia situazioni espresse mediante modalità deontiche di base, sia situazioni formulate nei termini del vocabolario dei diritti). Una norma giuridica – sembra si possa sostenere – ha, banalmente, la forma¹⁰:

(4) Se *F* (fattispecie) allora *C* (conseguenza giuridica).

Questa proposta, minimalista, di definizione può essere accolta (con una riserva; *infra*, 5.3.), ma appare scarsamente informativa. D'altra parte, proposte alternative, che pretendono di dirci qualcosa di più sulla norma giuridica come enunciato condizionale, corrono il rischio di distorcere i fenomeni. Esamineremo ora la più nota e influente fra queste proposte, quella avanzata da H. Kelsen.

3.2. L'analisi kelseniana

3.2.1. Il diritto come ordinamento coercitivo

Per introdurre l'analisi kelseniana della struttura della norma giuridica prenderemo le mosse dalla definizione kelseniana del concetto di diritto.

Secondo Kelsen, “il diritto è un ordinamento del comportamento umano”, o un “ordinamento sociale”¹¹, che si avvale di una specifica tecnica di organizzazione sociale (ossia, di una specifica tecnica di motivazione del comportamento): la sanzione punitiva socialmente organizzata. È, cioè, ordinamento coercitivo.

(1) *Motivazione indiretta*. “L'ordinamento riconnette certi vantaggi alla sua osservanza, e certi svantaggi alla sua non-osservanza” (“promette un vantaggio in caso di obbedienza”, o “minaccia uno svantaggio in caso di disobbedienza”) e, in tal modo, “fa del desiderio per il vantaggio promesso, e del timore dello svantaggio minacciato, un motivo del comportamento”¹².

(2) *Sanzione punitiva*. Una sanzione, in senso lato, è un vantaggio (promesso), o uno svantaggio (minacciato) – una ricompensa, o una punizione – che un ordinamento sociale riconnette, rispettivamente, al comportamento socialmente

¹⁰ R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, II ed., Giappichelli, Torino, 2006, pp. 15-6.

¹¹ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945. Trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1966, p. 33.

¹² *Ivi*, p. 15, trad. it., p. 15. La motivazione diretta fa leva, invece, sulla persuasione, o il convincimento, dei destinatari: l'ordinamento motiva direttamente i consociati a tenere un certo comportamento, in virtù di un'adesione spontanea da parte di questi ultimi. Secondo Kelsen, ordinamenti sociali che si avvalgono della tecnica della motivazione diretta sono concettualmente possibili ma, nella realtà sociale, inesistenti (cfr. B. CELANO, *op. cit.*, 1999, cap. II).

desiderato o al comportamento socialmente indesiderato¹³. Il “principio di retribuzione” (“il principio della ricompensa e della punizione”) consiste, precisamente, “nell’associare la condotta conforme all’ordinamento stabilito e la condotta ad esso contraria, rispettivamente, con un vantaggio promesso o con uno svantaggio minacciato, in qualità di sanzioni”¹⁴. In breve: un beneficio in cambio di un beneficio (‘bene per bene’), un danno in cambio di un danno (‘male per male’): “l’eguale per l’eguale”, “occhio per occhio”¹⁵. Gli ordinamenti sociali che si avvalgono della tecnica della motivazione indiretta sono, dunque, ordinamenti che operano sulla base del principio di retribuzione¹⁶.

(3) *Sanzione socialmente organizzata*. L’ordinamento prevede: “sanzioni organizzate, che devono essere eseguite da individui determinati dall’ordinamento sociale, secondo modalità previste da tale ordinamento medesimo”, ovvero, “atti di individui umani, regolati dall’ordinamento sociale”¹⁷.

Nel caso di sanzioni punitive socialmente organizzate il male minacciato o inflitto in caso di violazione dell’ordinamento presenta due caratteristiche¹⁸:

- a) consiste nella privazione di un bene posseduto: “vita, salute, libertà, proprietà”.
- b) Tale privazione ha carattere forzato: l’individuo viene privato del bene in questione “contro la sua volontà”, con la forza (viene, cioè, *costretto* a rinunciarvi, o a farne a meno). La sanzione ha, dunque, il carattere di una misura di coercizione (coazione).

¹³ La nozione di punizione (o pena) definita nel testo, e rilevante ai nostri fini, è molto ampia. In particolare, essa copre ogni tipo di sanzione giuridica: sia la sanzione penale (o ‘pena’ in senso stretto), sia la sanzione civile (consistente, per Kelsen, nell’esecuzione civile sui beni di chi abbia mancato di risarcire un danno; H. KELSEN, *op. cit.*, 1945, pp. 50-1, 56, trad. it., pp. 50-1, 56).

¹⁴ *Ivi*, p. 15, trad. it., p. 15.

¹⁵ *Ivi*, p. 22, trad. it., p. 22.

¹⁶ *Ivi*, p. 47, trad. it., p. 47.

¹⁷ *Ivi*, pp. 17, 20, trad. it., pp. 17, 20. La sanzione giuridica è dunque – non, reazione spontanea e incontrollata del gruppo sociale, o di individui particolari, ma – sanzione, istituzionalizzata (N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, pp. 193-201): è stabilita, e disciplinata, dall’ordinamento giuridico medesimo. In particolare (N. BOBBIO, *Diritto e forza*, 1965, p. 128), il diritto determina, stabilisce (1) le condizioni alle quali il potere coattivo può o deve essere esercitato: il *quando*; (2) le persone che possono o debbono esercitarlo: il *chi* (in particolare: (a) chi sia competente a stabilire se c’è stata violazione o meno: chi, cioè, sia autorizzato a emettere un giudizio in proposito; (b) chi abbia il compito di eseguire un’eventuale sanzione); (3) le procedure con cui deve essere esercitato: il *come* (in particolare: (a) la procedura di accertamento della violazione: (b) la procedura di esecuzione della sanzione); (4) la natura della sanzione: il *quid* (quale sia il tipo di bene del quale il responsabile della violazione deve essere privato); (5) l’entità della sanzione: il *quanto*.

¹⁸ H. KELSEN, *op. cit.*, 1945, p. 18, trad. it., p. 18.

“Il diritto è – afferma Kelsen – un ordinamento coercitivo” (è “la specifica tecnica sociale di un ordinamento coercitivo”)¹⁹. È questo, secondo Kelsen, il tratto in virtù del quale il diritto si differenzia da ogni altro tipo di ordinamento sociale. “La coercizione è un elemento essenziale del diritto”²⁰.

3.2.2. *La struttura della norma giuridica (I)*

“Se la ‘coercizione’ (...) è un elemento essenziale del diritto – argomenta Kelsen – allora le norme che costituiscono un ordinamento giuridico devono essere norme che stabiliscono un atto coercitivo, cioè una sanzione”²¹.

Il principio di retribuzione consiste nell’associare (o nel riconnettere) certe conseguenze a certe condizioni. Nel diritto, ciò che funge da condizione è un certo comportamento, che l’ordinamento giuridico mira a scoraggiare (disincantivare). Ciò che funge da conseguenza è una misura coercitiva. Il comportamento socialmente indesiderato, che l’ordinamento giuridico, mediante la previsione di una sanzione, mira a scoraggiare, è denominato da Kelsen ‘illecito’ (in senso ampio). Il diritto, dunque, riconnette a un illecito, come condizione, una sanzione punitiva, come conseguenza dell’illecito.

La forma elementare, basilare, dell’ordinamento giuridico è, dunque, una struttura condizionale, o ipotetica:

(5) Se *I* (un certo tipo di comportamento: un illecito), allora *S* (una misura coercitiva, o sanzione).

La (5) è, per così dire, l’embrione, la cellula germinale, la struttura base del diritto (il programma minimo che il computer ‘diritto’ esegue ogni qual volta venga attivato). Ma che tipo di proposizione, o di asserto, è un asserto che abbia la forma (5)? (Ad es., ‘Chiunque cagioni la morte di un uomo sarà punito con *n* anni di reclusione’). Semplice, risponde Kelsen: una *norma*.

In breve: il diritto è ordinamento coercitivo, applicazione del principio di retribuzione; come tale, è un *quid* la cui struttura base, o la cui forma elementare, è la proposizione condizionale (ipotetica): ‘Se *I*, allora *S*’. Che tipo di proposizione è una proposizione che abbia questa forma? La risposta è ovvia: una norma.

La (5) è, dunque, la struttura base, la forma elementare, della norma giuridica. La norma giuridica è “il prototipo” del principio di retribuzione²²; è, cioè, il caso paradigmatico, l’istanza esemplare, del principio: ‘male per male’.

¹⁹ *Ivi*, pp. 19-20, trad. it., p. 19.

²⁰ *Ivi*, pp. 23, 24, 28, 29, trad. it., pp. 23, 24, 28, 29.

²¹ *Ivi*, p. 45, trad. it., p. 45.

²² *Ivi*, p. 47, trad. it., p. 47.

3.2.3. 'Dover essere'

In generale, si dicono ipotetici, o condizionali, asserti (proposizioni, enunciativi, giudizi) riconducibili alla forma 'Se ..., allora ...'. È possibile, però, distinguere più tipi di asserti ipotetici; vi sono, ad es., condizionali che esprimono una relazione causale ('Se un metallo viene riscaldato, allora si dilata'), condizionali che esprimono una relazione logica, o concettuale ('Se tutti gli uomini sono mortali, e tutti gli Ateniesi sono uomini, allora tutti gli Ateniesi sono mortali'), condizionali che esprimono una relazione di significazione ('Se c'è fumo allora c'è arrosto'). Che tipo di condizionale è una norma giuridica?

La peculiarità del tipo di asserto ipotetico 'norma giuridica' risiede, secondo Kelsen, nella specifica relazione che intercorre, nel caso delle norme giuridiche, fra condizione (l'antecedente: l'illecito) e conseguenza (il conseguente: la sanzione). Qual è, dunque, nel caso della norma giuridica, la relazione espressa dai vocaboli 'Se ..., allora ...'? Qual è, in una norma giuridica, la relazione fra illecito e sanzione?

Secondo Kelsen, come abbiamo visto, l'ordinamento giuridico ha la funzione di motivare i consociati a comportarsi in un certo modo, mediante norme che prevedono sanzioni punitive. Questo modo di vedere sembra corrispondere appieno a un'immagine ampiamente diffusa di che cosa significhi, per un individuo o un insieme di individui, 'dovere' ('avere l'obbligo di', 'essere soggetto all'obbligo di', 'essere tenuto a', e così via) compiere, o omettere, una certa azione. Secondo questa immagine, un asserto della forma 'Tizio deve (è soggetto all'obbligo di) fare A' equivale a – è, cioè, traducibile senza residui in, può essere analizzato come – un asserto della forma:

(6) A meno che non faccia A, Tizio incorrerà in una sanzione.

O, in termini probabilistici:

(6') È probabile che, a meno che non faccia A, Tizio incorra in una sanzione.

Un asserto della forma (6) (o (6')) è una predizione relativa a eventi futuri. Stando alla proposta di analisi in esame, dunque, una norma equivale in ultima istanza alla predizione di eventi futuri: affermare che un certo individuo 'deve' compiere una certa azione equivale a predire che, nell'ipotesi che non compia l'azione in questione, egli incorrerà (o è probabile che incorra) in una sanzione.

Ma, nonostante l'apparenza, la concezione kelseniana di che cosa significhi 'dovere' (che cosa 'dica' una norma) non è affatto la concezione predittiva²³.

²³ *Ivi*, pp. 167-8, 171, trad. it., pp. 170-1, 174. Il rifiuto di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico è un tassello centrale anche della teoria del diritto di H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), Clarendon Press, Oxford, pp. 10-1; 1994². Trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 14-5).

Vediamo perché.

Secondo Kelsen, natura e società, relazioni naturali e relazioni sociali, sono fenomeni del tutto eterogenei: i rapporti sociali non sono, né sono riducibili a, rapporti naturali. La natura, quale essa appare in quanto oggetto delle scienze naturali moderne e contemporanee, è un insieme di elementi – e precisamente un insieme ordinato, o ‘sistema’ di elementi – reciprocamente connessi, e in questo senso unificati, mediante uno specifico principio di connessione: il principio di causalità (il principio secondo il quale “ciascun evento è l’effetto necessario di una causa”). È, cioè, un ordine, entro il quale ciascun elemento appare come causa, e al tempo stesso come effetto, in una catena infinita – o meglio, in una pluralità infinita di catene di lunghezza infinita reciprocamente intersecanti – di relazioni di causa ed effetto (ciascuna causa è un effetto di altre cause, ciascun effetto è causa di altri effetti). Le relazioni naturali, dunque, sono oggetto di descrizione mediante asserti della forma:

(7) Se si verificano certe condizioni (la causa), di fatto, e necessariamente, si verificano certe conseguenze (l’effetto).

È questa, in generale, la forma che hanno le ‘leggi’ delle scienze naturali moderne²⁴. La società è invece, secondo Kelsen, un sistema, di elementi reciprocamente connessi, e dunque unificati, mediante un diverso principio. Nell’ordine sociale, diversamente da quanto accade nell’ordine naturale, non valgono relazioni della forma (7); valgono, invece, relazioni della forma:

(8) Se si verificano certe condizioni, devono verificarsi (è prescritto che si verifichino) certe conseguenze.

In altri termini: il principio di causalità e il principio di connessione degli elementi che fanno parte dell’ordine sociale hanno la stessa “forma grammaticale”: la forma di “un giudizio (una proposizione) ipotetico, che connette qualcosa, in qualità di condizione, con qualcos’altro, in qualità di conseguenza”; ma “il senso della connessione è, nei due casi, diverso”. Il principio di causalità afferma:

(9) Se c’è A, c’è (o ci sarà) B.

Il diverso principio costitutivo dell’ordine sociale afferma invece²⁵:

²⁴ H. KELSEN, *Causality and Imputation* (1950), pp. 324, 329; in ID., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Univ. of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1957. Trad. it. *Causalità e imputazione*, in appendice a H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, pp. 207, 213, 1981⁷.

²⁵ *Ivi*, p. 331, trad. it., p. 216.

(10) Se c'è *A*, deve esserci *B*.

In breve: nel caso della descrizione di fenomeni naturali, ciò che è in questione è, si potrebbe dire, 'ciò che è': ciò che, di fatto, si verifica, ha luogo, sussiste. Nel caso dei fenomeni sociali, di contro, ciò che è in questione è 'ciò che (non: è, ma) *deve essere*': non ciò che di fatto si verifica, ma ciò che *deve* verificarsi (sebbene possa anche non verificarsi). Natura e società sono due ordini eterogenei, perché distinti, e reciprocamente irriducibili, sono i principi di connessione che li costituiscono; perché, cioè, la natura è la sfera, l'ambito, di ciò che è (*Sein, is*); la società l'ambito, la sfera, di ciò che *deve essere* (*Sollen, ought*)²⁶.

Distinguiamo, dunque, due tipi di asserti ipotetici: asserti ipotetici in termini di 'essere' (*Sein, is*), e asserti ipotetici in termini di 'dover essere' (*Sollen, ought*). Secondo l'analisi predittiva, asserti in termini di 'dovere' (o norma) sono in tutto e per tutto equivalenti ad asserti ipotetici in termini di 'essere':

(11) Se *I*, allora si verificherà (è probabile che si verifichi) *S*.

Il 'dover essere', si potrebbe dire, è ridicibile all' 'essere' (asserti in termini di 'dovere' sono traducibili, senza residui, in asserti ipotetici in termini di 'essere'). Kelsen, di contro, rifiuta recisamente questa tesi. Secondo Kelsen, piuttosto, il "senso specifico" di una norma è, precisamente, il 'dover essere'²⁷.

Cerchiamo di chiarire questo punto. Una norma, scrive Kelsen, esprime "il fatto che qualcuno deve (*ought*) agire in un certo modo"²⁸; è questo, per l'appunto, il suo "senso specifico". Non solo, prosegue Kelsen: se ci chiediamo che cosa significhi, in ultima istanza, che qualcosa 'deve essere', ogni possibile analisi richiederà, a sua volta, la nozione di 'dover essere'. La nozione di 'dover essere' è, cioè, una nozione non suscettibile di ulteriore analisi. In questo senso, il contenuto di senso 'dover essere' è, per Kelsen, un contenuto di senso elementare: un contenuto di senso (un concetto, un modo del pensare) originario, un termine primitivo, mediante il quale diviene possibile analizzare, spiegare, delucidare altro, ma che non è a sua volta suscettibile di essere analizzato, spiegato, delucidato, in termini di altro.

Lo stesso può dirsi, secondo Kelsen, della nozione di 'essere'. 'Essere' e 'dover essere' sono, secondo Kelsen, due nozioni elementari, primitive (non analiz-

²⁶ Nella lingua italiana, il vocabolo 'dovere' e i suoi derivati possono designare sia una necessità causale ('Un corpo metallico, se riscaldato, deve dilatarsi') sia il 'dover essere' di un certo comportamento. Nella lingua tedesca e nella lingua inglese, di contro, alla distinzione fra questi due significati di 'dovere' corrisponde, in una certa misura, un'espressa distinzione lessicale ('*Sollen*' vs. '*Müssen*'; '*ought*' vs. '*must*'); anche in queste lingue, però, l'uso linguistico ordinario è oscillante.

²⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, 1945, p. 37, trad. it., p. 37.

²⁸ *Ivi*, p. 35, trad. it., p. 35.

zabili): due ‘categorie originarie’, o “due contenuti di senso del tutto diversi l’uno dall’altro”²⁹. Che si tratti di due contenuti di senso elementari implica che essi non siano in alcun modo definibili. Ciascuno di questi due concetti, e con essi la loro differenza, è immediatamente dato alla nostra coscienza: comprendiamo, ‘vediamo’, che altro è dire che qualcosa ‘è’, tutt’altro dire che qualcosa ‘deve essere’³⁰.

3.2.4. *La struttura della norma giuridica (II)*

Che cosa ‘deve essere’, quando ciò che è in questione è – non, in generale, una norma, ma – una norma *giuridica*? Qual è il tipo di comportamento che, date certe condizioni, ‘deve’ avere luogo, quando il ‘dover essere’ di cui si parla è il ‘dover essere’ espresso da norme giuridiche?

La risposta a questa domanda è ovvia, se guardiamo alla struttura base del diritto, la forma condizionale (5). Ciò che deve essere, quando ciò che è in questione è quel particolare tipo di asserto condizionale che è una norma giuridica, è una misura di coercizione. O, in altri termini, il tipo di comportamento prescritto da una norma giuridica, nell’ipotesi che si verifichino certe condizioni, consiste nell’esecuzione di una sanzione. La forma logica di una norma giuridica non è affatto la (11); è, piuttosto, la:

(12) Se *I*, allora deve essere *S*.

Secondo Kelsen, tutto il materiale giuridico – l’insieme delle disposizioni, gli enunciati, le decisioni, i documenti, i testi, gli atti, gli accordi, le dichiarazioni, e così via, che siamo abitualmente inclini a qualificare come ‘giuridici’ – può, e deve, essere ricondotto alla forma (12). Lo scienziato del diritto si trova di fronte un materiale molteplice, variegato, e apparentemente eterogeneo: materiale legislativo, giudiziale, amministrativo, atti dell’autonomia privata, ecc. Suo compito è per così dire ‘estrarre’ le norme giuridiche ‘vere e proprie’ da questo materiale; ridurre, cioè, il materiale giuridico a una forma standard, unitaria e costante, e presentare le norme giuridiche così ricostruite mediante asserti aventi la forma (12).

Ma è plausibile la tesi che la totalità del materiale giuridico si lasci ricondurre alla forma (12)? Torneremo fra breve (*infra*, 5.1.) su questo punto.

²⁹ H. KELSEN, *op. cit.*, 1979, 16, I.

³⁰ Si tratta, precisamente, della distinzione che abbiamo cercato di illustrare mediante l’esperimento mentale della lista della spesa (*supra*, 1).

4. LE NORME COME RAGIONI PER AGIRE

In che modo pensiamo, quando pensiamo normativamente? ‘Pensare normativamente’ vuol dire, banalmente, fare uso di norme: applicare norme, nel prendere decisioni, o nel formulare giudizi (valutazioni) intorno a decisioni, azioni, comportamenti, atteggiamenti, persone, stati di cose. Qual è la struttura del nostro pensiero, qual è il nostro modo di ragionare, quando decidiamo come agire sulla base dell’applicazione di una norma, o quando, sulla base di una norma, formuliamo giudizi su decisioni, azioni, persone, ecc.?

Naturalmente, quanto si è detto nei paragrafi precedenti costituisce già una parte della risposta a questo interrogativo. Ci siamo soffermati, infatti, sulla struttura, e il senso, di quel particolare tipo di ‘pensieri’ che sono i pensieri normativi. Ma qual è il ruolo, la parte, che questi pensieri svolgono nel nostro ragionamento, quando applichiamo norme a (tipi di) casi, e su questa base decidiamo come agire, o formuliamo valutazioni e giudizi?

Ci soffermeremo ora su una particolare teoria delle norme (ormai ampiamente diffusa, soprattutto nel mondo anglosassone), che pretende di identificare natura e senso delle norme, precisamente, sulla base del ruolo che esse svolgono nel nostro ragionamento. La teoria si riassume in una semplice tesi: le norme sono ragioni d’azione (ragioni per agire).

La tesi secondo cui una norma è una ragione per agire fa leva su un’intuizione di senso comune: l’atteggiamento di chi accetta, o applica, una norma (il modo di pensare tipico di chi pensa normativamente, la forma del pensiero normativo) può essere reso, parrebbe, mediante la formula: ‘Lo faccio, *perché* c’è una norma che dice di farlo’. Questa idea di fondo può essere sviluppata in più modi. Ci soffermeremo ora su due di essi.

(1) *La teoria di Raz*. La prima elaborazione sistematica dell’idea che le norme siano ragioni d’azione si deve a J. Raz³¹. Secondo Raz, le norme sono ragioni d’azione “protette”. Sono, cioè, la combinazione di (1) ragioni (di primo livello) per agire in un certo modo, e (2) ragioni d’azione “esclusive” (*exclusionary*): ragioni di secondo livello (ragioni che vertono su altre ragioni, sulla loro applica-

³¹ J. RAZ, *Practical Reason and Norms* (1975³), Oxford University Press, Oxford, 1999. L’analisi di Raz è il frutto di una rielaborazione dell’analisi della nozione di esistenza di una regola sociale elaborata da H.L.A. Hart. Secondo HART (1961, pp. 54-6, trad. it., pp. 67-70), esiste una regola sociale solo se i membri del gruppo condividano un atteggiamento riflessivo e critico nei confronti di un certo tipo di comportamento, atteggiamento consistente nell’accettazione del tipo di comportamento in questione come uno standard di condotta cui i membri del gruppo devono attenersi; questo atteggiamento si manifesta, tipicamente, in critiche nei confronti di chi abbia deviato dallo standard, o in richieste di conformità nei confronti di chi minacci di deviare. I membri del gruppo, in breve, considerano il fatto che una certa azione sia conforme allo standard come una ragione per compierla, e considerano la deviazione dallo standard come una ragione per una valutazione negativa.

bilità o meno, o sul loro ambito di applicazione) che escludono l'applicazione di (certe) ragioni *pro* o *contra* la linea di condotta in questione. L'idea di fondo è semplice. Tipicamente quando ci chiediamo se agire o no in un certo modo, ci saranno ragioni a favore e ragioni contro quella particolare linea di azione. Normalmente, la decisione giusta sarà la decisione presa sulla base di un bilanciamento di queste ragioni; sulla base, cioè, di un esame accurato delle ragioni *pro* e *contra*, e di una valutazione del loro peso relativo. (Sarà giusto agire in un certo modo, se il peso delle ragioni in favore di questa linea di azione è maggiore del peso delle ragioni che militano contro di essa.) Ebbene: una norma, sostiene Raz, è una ragione per agire in un certo modo, e, al contempo, per non agire sulla base delle (o per non tenere conto delle) ragioni che militano contro quella linea di azione (o alcune di esse). Chi prende una decisione sulla base di una norma, esclude dalla propria considerazione le (o alcune delle) ragioni che potrebbero, nel caso in questione, essere addotte contro la linea di azione che la norma prescrive, e tratta la norma stessa, in quanto tale, come una ragione per comportarsi così come essa dice di comportarsi.

(2) *La teoria di F. Schauer*. L'obiettivo della teoria di Schauer è rendere conto della struttura e del senso della decisione basata su regole (*rule-based decision-making*)³².

Dalla prospettiva di chi pensa normativamente, si diceva, il fatto che vi sia una regola costituisce, di per sé, una ragione per fare ciò che la regola dice di fare. Schauer sviluppa questa intuizione nel modo seguente. La regola ha – assumiamo – una giustificazione, una *ratio*: vi sono ragioni a sostegno della linea di condotta indicata dalla regola, ovvero, a sostegno della conclusione che ci si debba comportare come la regola dice di comportarsi; vi sono, in questo senso, ragioni a sostegno della regola. Tuttavia, per chi pensa normativamente, il fatto che vi sia una regola costituisce una ragione per agire (per agire come la regola prescrive) *ulteriore* rispetto alle, e *indipendente* dalle, ragioni che giustificano la regola – dalla sua *ratio*. Dunque, per chi pensa normativamente il fatto che vi sia una regola costituisce di per sé una ragione per comportarsi così come essa dice, *anche quando le giustificazioni che stanno alla base della regola* (la sua *ratio*: le ragioni a sostegno della linea di condotta da essa indicata) *non si applicano*³³. In

³² F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

³³ Si consideri la regola che impone di arrestarsi all'incrocio, quando il semaforo è rosso. Possiamo presumere che la giustificazione della linea di condotta indicata dalla regola sia la preservazione della sicurezza e dell'ordine nella circolazione stradale. Ebbene: l'atteggiamento di chi decide come comportarsi sulla base della regola ('Lo faccio, perché c'è una regola che dice di farlo') è l'atteggiamento dell'automobilista che si ferma all'incrocio, se il semaforo è rosso, anche quando non c'è nessun'altra autovettura nel raggio di un chilometro – anche quando, in generale, il fermarsi all'incrocio non contribuisce in alcun modo alla preservazione della sicurezza e dell'ordine nella circolazione stradale. La sua ragione per comportarsi così come si comporta è, per l'appunto, il fatto che vi sia una regola che impone di arrestarsi

ciò risiede, secondo Schauer, il tratto distintivo della decisione basata su regole.

Si tratta, almeno a prima vista, di un modo di ragionare alquanto paradossale: non è forse del tutto irragionevole comportarsi in un certo modo *perché c'è una regola* che dice di comportarsi in quel modo, anche quando l'osservanza della regola *non* contribuisce al conseguimento dell'obiettivo che, in ipotesi, ne costituisce la giustificazione? (Anche quando, cioè, se guardassimo alla giustificazione sottesa alla regola dovremmo concludere che, nel caso in esame, *non* ci si dovrebbe comportare così come la regola dice, o comunque che il farlo è irrilevante?) Così intesa, la decisione basata su regole non è forse un paradigma di irrazionalità, se non addirittura di bieca ottusità³⁴?

(3) *Ragioni d'azione e autorità*. L'interrogativo appena posto riguarda anche la teoria di Raz. Ammettiamo pure che le norme siano ragioni d'azione protette (nel senso precisato). Ebbene: quale senso può mai avere la previa esclusione di certe ragioni d'azione – l'atteggiamento consistente nell'agire in un certo modo perché la norma dice di farlo, indipendentemente dalla considerazione delle ragioni che, nel (tipo di) caso oggetto di decisione, potrebbero militare contro la

all'incrocio, quando il semaforo è rosso. In altri termini: se mi astengo dal tenere una certa linea di condotta – ad es., andare a zonzo accoltellando chiunque mi capiti a tiro – per certe ragioni (rispetto della vita e dell'integrità fisica altrui, timore di imbartermi in qualcuno più forte di me, desiderio di restare a casa a leggere libri di filosofia) allora, anche se c'è una regola (una norma del codice penale) che prescrive la linea di condotta in questione, il fatto che il mio comportamento sia conforme alla regola è, per così dire accidentale: se mi comporto nel modo in cui mi comporto (se mi astengo dall'andare a zonzo accoltellando i passanti), non lo faccio, per l'appunto, perché c'è una regola che dice di farlo, ma per altre ragioni (alcune delle quali potranno, dal canto loro, coincidere con le ragioni che giustificano la regola). Quando decido di astenermi dall'accoltellare i passanti *perché c'è una regola* che lo impone, la ragione per la quale mi comporto così come mi comporto è, per l'appunto, l'esistenza della regola.

³⁴ Una regola ha – assumiamo – una giustificazione (una *ratio*): c'è un male, che si ritiene possa essere evitato, o un bene, che si ritiene possa essere conseguito, se la regola viene seguita. Le regole sono, abitualmente, strumentali al perseguimento di certi scopi: la loro giustificazione è lo scopo alla cui realizzazione, in ipotesi, il comportamento conforme alla regola contribuisce. Ma, osserva Schauer, ogni regola – ogni generalizzazione prescrittiva – è, in rapporto alla giustificazione che (in ipotesi) è ad essa sottesa, sovra- o sotto-inclusiva. Include più casi di quanti non sarebbe necessario includerne, e non include casi che sarebbe necessario includere; ovvero, include casi irrilevanti, e non include casi rilevanti (rilevanti, o irrilevanti, in rapporto alla giustificazione ad essa sottesa). Prendere decisioni sulla base di regole vuol dire, precisamente, non chiedersi se si sia in presenza di un caso in cui la regola è sovra- o sotto-inclusiva. Il *decision-making* in base a una regola, dunque, condurrà, talvolta, a risultati divergenti da quelli cui condurrebbe l'applicazione diretta della giustificazione ad essa soggiacente. Si tratterà dunque, per definizione, di una procedura di decisione che conduce talvolta a risultati sub-ottimali (ossia: risultati meno soddisfacenti – alla luce della giustificazione soggiacente – rispetto ad altri risultati possibili). Ebbene: non è forse irragionevole prendere decisioni in un modo del quale sappiamo già che ci condurrà, talvolta, a risultati erronei, o comunque sub-ottimali?

linea di condotta indicata dalla norma medesima? In altri termini: può un agente razionale trattare una norma così come essa pretende di essere trattata, come una ragione esclusiva di azione?

La risposta di Raz a questo interrogativo consiste nella elaborazione di un'articolata teoria dell'autorità³⁵. Prendere sul serio una norma – trattarla come una ragione protetta – vuol dire trattarla come un che di autoritativo (dotato di autorità): 'Si fa così perché la norma dice di farlo, punto e basta'. Dunque, una risposta alla domanda se un simile atteggiamento possa mai essere sensato o razionale, consisterà in una specificazione delle condizioni soddisfatte le quali può considerarsi sensato, o razionale, trattare qualcosa (i comandi di un certo individuo, un certo testo, ecc.) come dotato di autorità³⁶.

5. LA VARIETÀ DELLE NORME

5.1. *Norme che conferiscono poteri*

Quanto detto sino ad ora riguarda, prevalentemente (anche se non esclusivamente; *supra*, 2.), norme 'imperative': norme che prescrivono di comportarsi in un certo modo. Ma vi sono – almeno, secondo la maggior parte dei teorici del discorso normativo – anche norme di altro tipo³⁷. E anche fra le norme

³⁵ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

³⁶ Secondo F. SCHAUER (*op. cit.*, 1991, cap. 7), nonostante la sua paradossalità, il *decision-making* basato su regole (o, più precisamente, una sua forma più moderata; ma non è qui il caso di addentrarsi in queste complicazioni) è, sotto certe condizioni, una strategia di decisione sensata e ragionevole. A suo favore militano, anzitutto, considerazioni di affidabilità, o certezza (la decisione basata su regole è, in linea di massima, prevedibile), e di efficienza (chi applica regole è esentato dall'onere di prendere in considerazione, e valutare attentamente, tutti gli aspetti rilevanti – rilevanti, s'intende, in rapporto alla giustificazione soggiacente alla regola – del caso oggetto di decisione, e può limitarsi a prendere in considerazione le caratteristiche indicate dalla regola). Un'ulteriore, ovvia, giustificazione del ricorso al *decision-making* basato su regole deriva dalla sfiducia nei confronti di certi decisori, o certe classi di decisori, rispetto a decisioni di un certo tipo (ad es., perché nutriamo scarsa fiducia nelle loro capacità cognitive, oppure perché temiamo che la loro decisione possa essere viziata da parzialità, pregiudizi, considerazioni di interesse personale). Infine, le regole sono "espedienti per l'allocazione di potere" (s'intende, potere decisionale). Un decisore che sia vincolato a prendere decisioni sulla base di regole è un decisore disabilitato a riconsiderare, volta per volta, le ragioni che militano *pro* o *contra* la linea di azione indicata dalla regola: non spetta a lui valutare se la giustificazione si applichi anche al caso in esame – la decisione in materia è sottratta alla sua competenza (è stata già presa da qualcun altro: colui che ha formulato la regola).

³⁷ Analisi illuminanti della varietà delle norme si trovano in G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963, cap. I; A. ROSS, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968, cap. III; N. BOBBIO, *Norma*,

giuridiche, parrebbe, vi sono norme non imperative.

Torniamo all'analisi kelseniana della struttura della norma giuridica (*supra*, 3.2.). Secondo Kelsen, come si ricorderà, tutte le norme giuridiche sono riconducibili alla forma (12). Ma – ecco l'obiezione – non tutte le norme giuridiche prevedono sanzioni; non tutte le norme giuridiche, dunque, hanno la forma (12). Non c'è qualcosa come *la* struttura comune a tutte le norme giuridiche; i materiali che, nel loro complesso, costituiscono il diritto hanno più forme, più strutture³⁸. Del resto, come pure abbiamo visto (*supra*, 2.), nel diritto, accanto a norme formulate in termini di modalità deontiche di base, vi sono, parrebbe, anche norme di tipo diverso, norme attributive di posizioni giuridiche soggettive.

Nella teoria del diritto contemporanea, uno sviluppo particolarmente influente di questa linea di argomentazione si deve a H.L.A. Hart. Secondo Hart, in estrema sintesi, il diritto non consta soltanto di norme che impongono obblighi (norme, cioè, aventi la funzione di dirigere il comportamento dei consociati, mediante la qualificazione di certi tipi di comportamento come obbligatori, vietati o permessi); consta, altresì, di norme che conferiscono poteri, privati o pubblici. Tali norme – come, ad es., le norme che stabiliscono le condizioni di validità di un testamento, o le regole relative alla stipulazione di contratti (in generale, le norme relative alla sfera che viene abitualmente denominata sfera dell'autonomia privata) – non impongono l'esecuzione, o l'omissione, di certi atti; non sono, dunque, norme imperative e, tanto meno, coercitive³⁹. Piuttosto, stipulano che, se un individuo vuole conseguire un certo obiettivo, produrre certi effetti giuridici, dovrà compiere atti che soddisfano certe condizioni; dovrà, cioè, seguire una certa procedura. La funzione delle norme che conferiscono poteri (privati) consiste, cioè, nel fornire ai consociati i mezzi necessari per conseguire alcuni dei loro scopi, o soddisfare alcuni dei loro interessi; ed è, dunque, diversa dalla funzione delle norme che impongono obblighi (la direzione del comportamento mediante la previsione di sanzioni). Per questa ragione, conclude Hart, le prime non sono riducibili alle seconde, e ogni tentativo di operare una simile riduzione è destinato al fallimento⁴⁰.

1980; A.G. CONTE, *Materiali per una tipologia delle regole*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, 15; R. GUASTINI, *op. cit.*, 1998, pp. 21-41.

³⁸ L'analisi kelseniana, parrebbe, garantisce sì una piena uniformità, ma solo al prezzo di una profonda distorsione dei fenomeni giuridici (H.L.A. HART, *op. cit.*, 1961, p. 38, trad. it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, p. 48).

³⁹ La non conformità a regole di questo tipo, a differenza della violazione di norme che impongono obblighi, non costituisce la condizione di una sanzione punitiva, ma comporta, banalmente, la mancata esecuzione dell'atto, o il non venire ad esistenza del suo risultato. Altro è la punizione per l'inadempimento di un obbligo, tutt'altra cosa, sostiene Hart, la nullità, ad es., di un contratto, o di un testamento.

⁴⁰ Nella classe delle norme giuridiche che conferiscono poteri HART (1961, pp. 27-41, trad. it., pp. 34-51; cfr. anche *ivi*, pp. 9, 48, 77, trad. it., pp. 12, 59, 95) distingue fra (1) nor-

5.2. Regole tecniche, regole costitutive

L'obiezione secondo cui del diritto non fanno parte soltanto norme coattive (o in generale prescrizioni), ma anche norme di altro tipo si presenta in almeno due ulteriori versioni: (1) la tesi secondo cui alcune regole giuridiche sono – non prescrizioni, ma – regole ‘tecniche’; (2) la tesi secondo cui alcune regole giuridiche sono – non prescrizioni, ma – regole ‘costitutive’.

Una trattazione esauriente di queste due tesi⁴¹ è qui impossibile⁴². In estrema sintesi:

me che conferiscono poteri giuridici a privati, e (2) norme che conferiscono poteri pubblici. (1) Alcune norme giuridiche forniscono ai privati “strumenti (*facilities*) per realizzare i loro desideri, conferendo loro poteri giuridici di creare [nonché modificare o estinguere], mediante certe procedure, e sotto certe condizioni, strutture di diritti e di doveri, nel quadro della struttura coercitiva del diritto”. Norme siffatte, chiarisce Hart, sembrano dire ‘Se vuoi fare questo, ecco il modo per farlo’ (e non, piuttosto, ‘Fai questo, che ti piaccia o no’). Se non le seguiamo, l’atto giuridico sarà “nullo” (“*a nullity*”), privo di “forza”, o “effetto”, giuridico; ma non si tratterà della “violazione”, di un obbligo, o di un “illecito”. “Se non esistessero regole di questo tipo – rileva Hart – saremmo privi di alcuni dei più familiari concetti della vita sociale” (come, ad es., i concetti di acquisto, vendita, donazione, testamento, matrimonio), “poiché queste cose (...) consistono, precisamente, nel valido esercizio di poteri giuridici”. Nell’ambito delle regole che conferiscono poteri a privati si possono ulteriormente distinguere: (a) “regole relative alla capacità, o qualificazione personale minima”; (b) “regole che specificano il modo e la forma in cui il potere va esercitato”; (c) “regole che delimitano la varietà, o la durata, delle strutture di diritti e doveri” create dagli atti in questione. (2) Fra le norme che conferiscono poteri giuridici di carattere pubblico, o ufficiale, è possibile distinguere due gruppi principali: (a) le norme che stanno alla base delle attività di un tribunale; (b) le norme che stanno alla base dell’esercizio dei poteri legislativi. Appartengono al primo gruppo, in particolare, (i) regole che specificano “l’oggetto (*subject-matter*) e il contenuto della competenza (*jurisdiction*) del giudice”; (ii) regole che specificano “i modi di nomina dei giudici, i titoli richiesti per l’esercizio, e la durata della carica di magistrato”; (iii) regole che determinano “la procedura che deve essere seguita nei tribunali”. Il compito di queste leggi è “definire le condizioni e i limiti entro i quali le decisioni dei tribunali saranno valide”. Anche in questo caso, la non conformità alla regola è causa di ‘nullità’, ovvero di *liability* a un giudizio di ‘invalidità’. Appartengono al secondo gruppo (i) regole che specificano “l’oggetto (*subject-matter*) sul quale può essere esercitato il potere legislativo”; (ii) regole che specificano “i titoli o l’identità dei membri del corpo legislativo”; (iii) regole che specificano “il modo e la forma dell’attività legislativa e la procedura che deve essere seguita dall’organo legislativo”. Anche in questo caso, la non conformità ad almeno alcune di queste regole sarà causa di ‘nullità’, o comunque di suscettibilità a un giudizio di ‘invalidità’.

⁴¹ Le due tesi sono, peraltro, strettamente connesse con la tesi hartiana secondo cui il diritto comprende non soltanto norme che impongono obblighi, ma anche norme che conferiscono poteri. Le norme che conferiscono poteri, infatti, sono state talvolta intese come regole tecniche, talaltra come regole costitutive, talaltra ancora come tecnico-costitutive (cfr. per una presentazione d’insieme J. FERRER, *Las normas de competencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000).

⁴² Per una presentazione introduttiva delle nozioni di regola tecnica e di regola costitutiva, con riferimenti bibliografici, cfr. B. CELANO, *op. cit.*, 1994, pp. 83-91.

(1) la locuzione ‘regola tecnica’ designa regole della forma: ‘Se vuoi conseguire lo scopo *S*, devi fare *A*’ (ad es.: ‘Se vuoi rendere la casa abitabile, devi installare il riscaldamento’). Regole siffatte possono essere analizzate come la formulazione contratta di un ragionamento pratico (un ragionamento avente la forma: ‘Voglio conseguire *S*; a meno che non faccia *A*, non conseguirò *S*; dunque, devo fare *A*’). Una regola tecnica non obbliga il suo destinatario a tenere una certa linea di azione. Il ‘dovere’ cui il destinatario si trova soggette è, infatti, un ‘dovere’ ipotetico: Tizio deve comportarsi in un certo modo (ad es., installare il riscaldamento) *se* intende conseguire un certo scopo. In caso contrario, potrà astenersi dal comportarsi nel modo in questione: la regola non dice nulla in proposito.

(2) La nozione di regola costitutiva, introdotta da J.R. Searle⁴³, fa riferimento a regole che – a differenza da una regola come ‘Non si deve mangiare il pesce con le mani’ – non soltanto regolano, ma, anzitutto, costituiscono (‘generano’, o ‘creano’) i tipi di comportamento sui quali esse vertono. Si consideri, ad es., la regola degli scacchi ‘L’alfiere muove in diagonale’: a differenza da quanto accade nel caso del tipo di comportamento ‘mangiare il pesce con le mani’, il tipo di comportamento ‘muovere l’alfiere’ non sarebbe possibile se non vi fosse la regola (l’alfiere e il suo modo di muovere – il tipo di mossa che esso può compiere – sono, in questo senso, ‘costituiti’, ‘generati’, ‘creati’, dalla regola). Le regole costitutive sono, secondo Searle, uno dei mattoni dai quali sono, per l’appunto, costituiti un gran numero di (tipi di) fatti sociali, dalla partecipazione a una festa all’istituzione di un governo, dall’esistenza del denaro allo svolgimento di molti tipi di conflitto⁴⁴.

5.3. *Principi*

Del diritto fanno parte, non soltanto norme che disciplinano obblighi o poteri specifici, ma anche principi, norme di principio.

La nozione di principio, e, con essa, l’antitesi fra regole e principi, hanno assunto un ruolo centrale nella teoria del diritto degli ultimi decenni⁴⁵. Per la verità, il termine ‘principio’ ha, nel linguaggio giuridico, una varietà di significati alquanto eterogenei⁴⁶. Mi limiterò qui a passare in rassegna alcune delle principali accezioni che il vocabolo ha assunto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo, senza alcuna pretesa di sistematicità.

⁴³ J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, pp. 33-42.

⁴⁴ J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Penguin, Harmondsworth, 1995.

⁴⁵ J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1990⁴; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.

⁴⁶ R. GUASTINI, *op. cit.*, 1998, cap. XV, e 2004, cap. XI.

La centralità che la nozione di principio ha assunto nella cultura giuridica contemporanea è funzione di alcuni caratteri strutturali propri degli odierni Stati costituzionali di diritto. Gli ordinamenti giuridici di molte democrazie liberali contemporanee (come, ad es., la Repubblica italiana, la Repubblica federale tedesca, o la Spagna) sono caratterizzati dalla presenza, alla sommità dell'ordinamento, di Costituzioni scritte, rigide e garantite (mediante controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale), contenenti norme che sanciscono diritti di vario genere (diritti di libertà, diritti politici, diritti sociali), o esprimono valori reputati, in qualche senso, fondamentali (il benessere sociale, la tutela dell'ambiente e del patrimonio artistico e culturale, ecc.). Queste norme, come del resto anche norme appartenenti ad altri settori del diritto, sono – si dice – non, regole, ma principi. L'antitesi regole *vs.* principi viene intesa nei modi seguenti.

(1) *I principi come norme senza fattispecie.* Le regole, si dice, sono norme condizionali che ricollegano, al verificarsi di una fattispecie, il verificarsi di certe conseguenze, o effetti, giuridici. I principi, di contro, non hanno fattispecie: si applicano in ogni circostanza rilevante, e occorre, di volta in volta, valutare quale di essi abbia la meglio sugli altri, o su eventuali regole applicabili al caso oggetto di decisione.

(2) *I principi come norme a fattispecie 'aperta'*⁴⁷. Le regole sono norme condizionali che ricollegano al verificarsi di una fattispecie predeterminata in astratto – un tipo di situazione previamente definita in modo ragionevolmente preciso – il verificarsi di certe conseguenze giuridiche. I principi sono, di contro, norme condizionali la cui fattispecie è 'aperta': non è determinata in modo (ragionevolmente) preciso, ma è vaga, generica, indefinita, suscettibile di estensione (o restrizione) in modi e forme non suscettibili di previa elencazione. Nel caso dei principi, l'insieme dei casi cui essi si applicano è indefinito, di modo che, volta per volta, bisognerà stabilire se il principio si applichi o no, e valutare se esso abbia o no la meglio su altri principi, o regole, applicabili al caso.

(3) *I principi come norme dotate di 'peso'*⁴⁸. Questo modo di intendere i principi è strettamente connesso ai due precedenti. Le regole, si dice, sono norme condizionali che ricollegano al verificarsi di una fattispecie predeterminata in astratto il verificarsi di certe conseguenze giuridiche. Dato un caso oggetto di decisione, una regola o si applica, oppure non si applica, a seconda che il caso ricada o no sotto la fattispecie astratta da essa prevista. Se la regola si applica, allora segue, necessariamente, la conseguenza da essa prevista; se non si applica, no. I principi, di contro, sono norme a fattispecie aperta o indeterminata, che esprimono esigenze che hanno comunque un certo 'peso', esigono comunque di essere prese in considerazione. Dunque, a un unico e medesimo caso si appli-

⁴⁷ M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁴⁸ R. DWORKIN, *op. cit.*, 1977.

cheranno sovente più principi, spesso in conflitto o in competizione fra loro. Bisognerà, volta per volta, soppesare, ponderare, ‘bilanciare’ i diversi principi, al fine di stabilire quale fra essi abbia, in relazione al caso oggetto di decisione, maggiore peso.

Stando a questo modo di vedere, dove operano principi si danno, tipicamente, conflitti. Da ciò, la necessità di bilanciare, commisurare, contemperare, i principi in conflitto, così da pervenire a una decisione che, pur sacrificando alcuni di essi a favore di altri, assegni a ciascuno il dovuto peso.

(4) *I principi come norme defettibili*⁴⁹. Anche questo modo di vedere è strettamente connesso ai precedenti. Le regole, si dice, sono norme ‘indefettibili’: al verificarsi della condizione da esse prevista segue, immancabilmente, l’effetto giuridico previsto, quali che siano le ulteriori circostanze del caso oggetto di decisione. I principi, invece, sono norme ‘defettibili’: non è detto che, quando si verifica la condizione da essi prevista, segua la conseguenza. Può ben accadere che ulteriori circostanze del caso oggetto di decisione, al di là di quelle che integrano la fattispecie astratta da essi prevista, giustifichino la ‘sospensione’ della conseguenza.

Trattare una norma come defettibile vuol dire, dunque, mantenere aperta la possibilità che ad essa si diano eccezioni impreviste (idea, questa, connessa alla tematica classica della ‘equità’, ovvero la ‘giustizia del caso concreto’). Bisognerà, volta per volta, valutare se il caso oggetto di decisione presenti caratteristiche (eventualmente, caratteristiche che integrano la fattispecie di ulteriori principi) che giustifichino la conclusione che, pur ricorrendo le condizioni previste, ciò nonostante la conseguenza non avrà luogo.

(5) *I principi come precetti di ottimizzazione*⁵⁰. Le regole sono norme condizionali che ricollegano al verificarsi di una certa fattispecie il verificarsi di certe conseguenze. I principi, di contro, sono norme che prescrivono la realizzazione, il perseguimento, o la promozione, *nella maggior misura possibile*, di certi valori, fini, obiettivi, ovvero la protezione o il soddisfacimento *nella maggior misura possibile* di certi diritti o interessi (“precetti di ottimizzazione”). Nel dominio dei principi, dunque, il criterio determinante è la proporzionalità: se il mezzo prescelto sia idoneo al conseguimento dello scopo, e se esso interferisca *nella misura appropriata* con il perseguimento di ulteriori scopi, o la protezione di ulteriori interessi (ossia, con ulteriori principi).

Beninteso, ciascuno di questi diversi modi di intendere, o costruire, la nozione di principio suscita serie difficoltà. In particolare: non è affatto detto che il ‘bilanciamento’ di principi in conflitto (ovvero, l’operazione consistente nel valutare se un certo caso ricada o no sotto la fattispecie ‘aperta’ prevista da un

⁴⁹ J.J. MORESO, *Conflitti fra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 2002, n. 18.

⁵⁰ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, zweite Auflage, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1994.

principio, o se peculiari caratteristiche del caso giustificino la ‘sospensione’ della conseguenza che il principio prevede, o ancora quale sia la misura ‘appropriata’ nella quale un certo principio può, in un certo caso, legittimamente comprimerne un altro) sia, o possa essere ricostruito come, una procedura razionale, o comunque una forma di argomentazione razionale (oggettivamente o intersoggettivamente valida) – o non sia piuttosto espressione dell’arbitrio dell’interprete. La discussione di questo problema è uno dei nodi centrali della teoria del diritto contemporanea.

6. PROBLEMI APERTI

La nostra indagine sulla natura delle norme giuridiche ci ha indotto a porre una serie di interrogativi.

(1) Altro è la verità di un asserto di fatto, tutt’altra cosa la validità di una norma (*supra*, 1.). Va bene. Ma quando – a quali condizioni – una norma può dirsi una norma giuridica valida?

Rispondere a questo interrogativo è compito di una teoria delle condizioni di esistenza e di identificazione (o riconoscimento) del diritto. È questo l’ambito nel quale giuspositivismo e giusnaturalismo, tradizionalmente le due principali correnti della riflessione filosofico-giuridica, si contendono il campo. Per il positivismo giuridico, le condizioni di esistenza, e di identificazione, del diritto valido sono costituite da fatti sociali (il diritto è un artefatto umano). I giusnaturalisti ritengono invece che fra tali condizioni figurino anche condizioni morali: il soddisfacimento di valori o requisiti morali (in breve, la giustizia).

(2) Altro è una regola, o norma, tutt’altra cosa una regolarità (*supra*, 1.). Ma che dire delle norme consuetudinarie? Nel caso della consuetudine, parrebbe, la regolarità fagocita la regola. L’antitesi ‘norma’ *vs.* ‘normalità’ sembra svanire.

(3) Del diritto fanno parte sia norme imperative, sia norme attributive di posizioni giuridiche soggettive (*supra*, 2.). Va bene. Ma come analizzare le nozioni che fanno parte del vocabolario delle posizioni giuridiche soggettive? E come intendere la relazione fra norme imperative (modalità deontiche di base) e norme attributive (vocabolario dei diritti)?

(4) L’analisi kelseniana (*supra*, 3.2.) opera effettivamente una distorsione dei fenomeni giuridici? Le norme che conferiscono poteri (*supra*, 5.1.) sono effettivamente irriducibili a condizionali della forma: ‘Se *I*, allora deve essere *S*’?

(5) L’idea di un “dualismo irriducibile” di ‘essere’ e ‘dover essere’ (*supra*, 3.2.) è sensata? Oppure (come sembrano attestare la consuetudine – si veda il secondo interrogativo posto sopra, in questo paragrafo – o altri fenomeni giuridici, quale, ad es., il principio di effettività) nel diritto ‘essere’ e ‘dover essere’, in qualche modo, si trasmutano l’uno nell’altro?

(6) Possiamo sensatamente intendere le norme come ragioni esclusive di a-

zione (*supra*, 4.), oppure l'idea di autorità implicita in questo modo di vedere (ovvero, l'idea che, sotto certe condizioni, ci si debba comportare in un certo modo *perché c'è una regola che dice di farlo*, 'punto e basta') è irragionevole?

(7) Può il bilanciamento di principi in conflitto (*supra*, 5.3.) essere ricostruito come una forma di argomentazione razionale? Oppure 'soppesare' principi in conflitto (formulare un giudizio di proporzionalità, 'disfare' una norma defettibile, ecc.) vuol dire solo assegnare loro un peso relativo – ovvero, stabilire fra essi una gerarchia – in modo affatto arbitrario?

(8) Un assunto di senso comune ha guidato, implicitamente, la nostra indagine: l'assunto che il diritto sia norma, sia costituito da norme. Ma, per quanto possa apparire scontato, questo assunto non è incontrovertibile, né unanimemente condiviso. La tesi che il diritto consti di norme identifica una particolare corrente della riflessione filosofico-giuridica, il c.d. 'normativismo'. Ma vi sono, accanto al normativismo, opzioni alternative (decisionismo, istituzionalismo, la teoria del diritto come rapporto)⁵¹.

Questi, e altri, interrogativi resteranno, qui, aperti. In ciò non v'è nulla di sorprendente. Un'indagine intorno alla natura della norma giuridica non può che essere un frammento di una teoria generale del diritto. E, in mancanza di una teoria siffatta, considerazioni sparse e frammentarie sulla norma giuridica, come quelle qui svolte, non possono che condurre alla formulazione di problemi irrisolti.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALEX Y R., *Theorie der Grundrechte*, zweite Auflage, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1994.

ANSCOMBE G.E.M., *Intention*, Blackwell, Oxford, 1957, 1963².

ARISTOTELE, *Metaphysica*, ed. W. Jaeger, Clarendon Press, Oxford, 1957, 1980⁷.

ATIENZA M.-RUIZ MANERO J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

BOBBIO N., *Diritto e forza* (1965), in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970.

BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958; ried. in ID., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.

BOBBIO N., *Norma* (1980), in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994.

CELANO B., *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994.

⁵¹ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, 1934; N. BOBBIO, *op. cit.*, 1958, cap. I.

- CELANO B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- CONTE A.G., *Materiali per una tipologia delle regole*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, 15.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, 1978². Trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982.
- ESSER J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1990⁴.
- FERRER J., *Las normas de competencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2000.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- GUASTINI R., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2006².
- HART H.L.A., *The Concept of Law* (1961), Clarendon Press, Oxford, 1994². Trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965.
- KELSEN H., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945. Trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1966.
- KELSEN H., *Causality and Imputation* (1950), in ID., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Univ. of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1957. Trad. it. *Causalità e imputazione*, in appendice a H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, 1981⁷.
- KELSEN H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979. Trad. it. *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985.
- MORESO J.J., *Conflitti fra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, 2002, n. 18.
- RAZ J., *Practical Reason and Norms* (1975³), Oxford University Press, Oxford 1999.
- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- ROSS A., *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968. Trad. it. *Direttive e norme*, Comunità, Milano, 1978.
- SCHAUER F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991. Trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- SCHMITT C., *I tre tipi di pensiero giuridico* (1934), in ID., *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 1972.

- SEARLE J.R., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969. Trad. it. *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Boringhieri, Torino, 1976.
- SEARLE J.R., *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, in K. GUNDERSON (ed.), *Language, Mind and Knowledge*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1975. Trad. it. *Per una tassonomia degli atti illocutori*, in M. SBISÀ (a cura di), *Gli atti linguistici*, Feltrinelli, Milano, 1987.
- SEARLE J.R., *The Construction of Social Reality*, Penguin, Harmondsworth, 1995. Trad. it. *La costruzione della realtà sociale*, Comunità, Milano, 1996.
- WRIGHT G.H. VON, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963. Trad. it. *Norma e azione. Un'analisi logica*, Il Mulino, Bologna, 1989.