

BetaOmegaChi
presenta:

Dispensa di Filosofia del Diritto

Aggiornata a Marzo 2014

Letture consigliate:

- **R. Guastini, La sintassi del diritto, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 1-149, pp. 227-323 e pp. 389-450**
- **H. Kelsen, Lineamenti di dottrina pura del diritto, Torino, Einaudi, 2000.**
- **A. Ross, Diritto e giustizia, Torino, Einaudi, 2000.**
- **R. Dworkin, I diritti presi dal serio, Bologna, il Mulino, 2010.**
- **J. Finnis, Legge naturale e diritti naturali, Torino, Giappichelli, 1996.**
- **U. Scarpelli, Cos'è il positivismo giuridico?, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.**

B O M X

Domande esame orale filosofia del diritto

- il caso myrtja
- ragioni morali pro eutanasia e il ragionamento della china scivolosa e come valutarle nel caso welby, poi l'idea di contratto di nozick e le obiezioni in merito (riguardo le migrazioni)
- realismo morale e come si collega ai casi studiati
- caso furman, poi in particolare le ragioni giuridiche a favore e contro la pena di morte, l'argomento dell'uccisione dell'innocente
- differenza regole \ principi. Come si differenziano i principi tra di loro (espressi,inespressi) ed il procedimento logico per ricavare principi inespressi.
- Cosa sono interpretazione creativa e costruzione giuridica.
- L'emotivismo (sarebbe il non cognitivismo) e le sue relazioni con le concezioni del diritto , in particolare voleva sapere se un neo costituzionalista possa essere in linea di principio un non cognitivista.
- il realismo morale
- Realismo morale
- giusnaturalismo cristiano
- tutti i tipi di pena
- argomento della perdita dei diritti .
- modalità deontiche
- obiezione della moralità del medico nel caso Welby, la concezione del diritto del gup sempre nel caso Welby e un'altra domanda che non mi ricordo, a cosa si riferiscono i termini deontici...
- definizione di norme secondo Canale (se uno dice "ho rubato perché avevo fame" spiega o giustifica?)
- - perché il dottor Riccio ha agito in quel modo? Come si potrebbe giustificare?
- - premesse(divise in normative e fattuali) dell'argomento dell'immoralità della sofferenza e come vengono contestate
- realismo morale
- frammenti di norme, validità esistenza efficacia delle norme
- argomento della china scivolosa, ragioni giuridiche pro e contro l'eutanasia
- sentenza del caso Welby
- Ragioni morali contro il diritto di migrare
- ragioni giuridiche pro e contro il diritto di migrare
- attività interpretativa nelle varie concezioni del diritto
- tesi fondamentali del neo-costituzionalismo e il perché chi aderisce al realismo giuridico assume una posizione anti-realista in campo morale.
- norme interne ed esterne, in tal senso di individuare le norme interne ed esterne che hanno portato il medico riccio ad agire. Poi mi ha chiesto il principio di autonomia, e che posizione assume chi lo difende. Poi il soggettivismo morale e la differenza tra giuspositivismo inclusivo e giusnaturalismo in materia di leggi naturali.
- realismo, antirealismo morale e le tre correnti in modo abbastanza approfondito e la questione aperta di moore
- fatti di welby, principio di razionalità e teoria del doppio effetto applicata al tema della pena di morte (l'uccisione dell'innocente in particolare)
- principi e regole, concezione di Guastini e concezione di kelsen circa la validità delle norme, lacune, antirealismo morale, giuspositivismo
- giusnaturalismo moderno
- Hobbes e raz e l'argomento dell'autorità nella pena di morte
- giuspositivismo esclusivo
- realismo morale
- tutto il positivismo in modo approfondito con differenza tra esclusivo e inclusivo e perché non ammette la morale quello esclusivo
- Argomento della libertà
- argomenti morali contro migrazione
- contestualizzare Hart
- un confronto tra giuspositivismo inclusivo ed esclusivo
- realismo giuridico applicandolo ad un caso.
- "secondo Canale" le due definizioni di norme
- classificazione delle norme (cioè per struttura e origine)
- differenza tra norme sociali e regolarità sociali
- argomento della libertà nel caso Myrtja
- secondo me quali opinioni della morale hanno i sostenitori dell'argomento della libertà e perché
- realismo morale
- giuspositivismo esclusivo
- che concezione morale ha un giuspositivista esclusivo e perché,le cause morali contro pena di morte.
- il caso delle sentinelle del muro
- neo-costituzionalismo
- confronto tra realismo giuridico e giuspositivismo in generale
- pena di morte
- ordinamento giuridico in generale
- norme e appartenenza all'ordinamento.

Introduzione. Due approcci alla filosofia del diritto (positivo)

1. Diritto e giurisprudenza

Si può caratterizzare la filosofia del diritto positivo mostrandone le relazioni:

- con il diritto stesso
- con la giurisprudenza

Il diritto, ad uno sguardo superficiale, è l'insieme di quei documenti normativi che si dicono volgarmente "leggi": cioè le leggi in senso tecnico (atti del potere legislativo), la costituzione (atto del potere costituente), i regolamenti (atti del potere esecutivo).

Nell'uso comune si chiama "giurisprudenza" l'insieme delle decisioni dei giudici; in questo contesto invece si usa il vocabolo "giurisprudenza" nel senso originario di "juris prudentia" o "sapientia juris", sapienza giuridica, **scienza del diritto**: la disciplina praticata dai giuristi accademici (professori di diritto) e dai giudici.

Quali relazioni intercorrono tra diritto, giurisprudenza e filosofia nel diritto positivo?

Si può concepire e praticare la filosofia del diritto come:

- La filosofia del diritto (positivo) come metagiurisprudenza
- La filosofia del diritto (positivo) come laboratorio concettuale (costruzione di concetti).

2. Gli strumenti della filosofia del diritto

In entrambe le sue varianti la filosofia del diritto si avvale di alcuni strumenti di analisi, tipici e ricorrenti, tra i quali rivestono una speciale importanza i seguenti:

1) La definizione: enunciato mediante il quale si determina il significato di un termine o di una espressione composta (sintagma). La forma standard di una definizione è un enunciato del tipo: "x significa y". Si dice **definiendum** l'espressione (vocabolo o sintagma) definita ("x"), **definiens** l'espressione usata per definirla ("y").

Esistono 2 tipi di definizione:

- **Le definizioni informative:** descrivono in qual modo l'espressione definita è effettivamente usata da qualcuno. Possono essere vere o false.
- **Le definizioni stipulative:** le quali propongono di usare un termine o sintagma preesistente in modo nuovo o in modo più preciso rispetto all'uso comune, o stabiliscono come usare un termine o sintagma di nuovo conio; in particolare le definizioni che propongono di usare una espressione (già in uso) in modo più preciso rispetto all'uso comune si dicono **ridefinizioni**. Non sono né vere né false.

Le definizioni vertono non su cose, ma su parole: non descrivono oggetti, ma modellano concetti.

2) La distinzione tra enunciati empirici ed enunciati analitici:

Enunciato empirico: (empirico: fondato sull'esperienza) è un enunciato che:

- verte su fatti,
- può essere vero o falso,
- è vero o falso in virtù della sua relazione con il mondo: è vero se corrisponde ai fatti, falso se non corrisponde ai fatti.

Enunciato analitico: è un enunciato che:

- non verte su fatti,
- è necessariamente vero o necessariamente falso (necessariamente: indipendentemente dai fatti, per ragioni puramente logiche o concettuali),
- è necessariamente vero o falso, non in virtù della sua relazione con il mondo, con i fatti, ma esclusivamente in virtù:
 - della sua struttura logica
 - del significato (che si suppone condiviso) dei termini che entrano a comporlo.

Gli enunciati analitici possono essere:

- o **tautologici**: e allora sono necessariamente veri.
- o **autocontraddittori**: e allora sono necessariamente falsi.

In entrambi i casi non trasmettono alcuna informazione sui fatti.

3) Distinzione tra linguaggio e metalinguaggio

Quando il linguaggio in cui ci esprimiamo ha ad oggetto non cose extra-linguistiche, ma un altro linguaggio:

- **meta-linguaggio** è il linguaggio in cui ci esprimiamo.
- **linguaggio-oggetto** è il linguaggio di cui parliamo.

Un meta-linguaggio e il suo linguaggio-oggetto si collocano su due distinti livelli di linguaggio: il meta-linguaggio sta "sopra" il linguaggio-oggetto, nel senso che verte su di esso.

4) Distinzione tra enunciati descrittivi ed enunciati prescrittivi

Enunciato descrittivo: è un enunciato che formula e trasmette informazioni sul mondo.

Enunciato prescrittivo: è un enunciato diretto a modificare il comportamento di uomini.

Descrittivo è il linguaggio della scienza, **prescrittivo** quello del diritto e della morale.

Gli **enunciati descrittivi** hanno valori di verità (cioè possono essere veri o falsi), gli **enunciati prescrittivi** ne sono privi.

La distinzione tra questi due tipi di enunciati è connessa alla distinzione tra due tipi di controversie: controversie relative a fatti (come stanno le cose?) e controversie relative a norme e/o valori (che cosa si deve fare? che cosa è bene?).

Le **controversie intorno a fatti**, in linea di principio, possono sempre essere risolte, e la soluzione va cercata nell'estensione o nell'approfondimento delle conoscenze.

Le **controversie normative o di valore** non sempre possono essere risolte e comunque la soluzione, se mai è possibile, dipende dall'argomentazione e dalla persuasione.

5) La distinzione tra motivi e ragioni

I motivi: sono stati (o eventi) mentali, psichici: sono gli impulsi, le emozioni, gli atteggiamenti, i sentimenti che inducono ad avere una credenza, a sostenere una tesi, o a prendere una decisione.

Le ragioni: sono enunciati in lingua che si adducono pubblicamente a sostegno o giustificazione di una tesi o di una decisione: sono premesse di un ragionamento.

Un **ragionamento** è una sequenza di enunciati entro la quale almeno un enunciato funge da conclusione (tesi o decisione) mentre i rimanenti fungono da premesse, argomenti o ragioni a sostegno di quella conclusione.

3. La filosofia del diritto come filosofia della giurisprudenza

La prima possibile risposta alla domanda circa i rapporti tra diritto, giurisprudenza e filosofia del diritto suona così:

Diritto, giurisprudenza e filosofia del diritto si dispongono su tre diversi livelli di linguaggio:

- **Il diritto** è il linguaggio delle autorità normative (i padri costituenti, il legislatore, le autorità regolamentari), è un insieme di testi o documenti normativi (leggi, costituzione, regolamenti).
- **La giurisprudenza** è un meta-linguaggio, un linguaggio di secondo grado, il cui linguaggio-oggetto è il diritto. Essa consiste nell'analisi del linguaggio del diritto.
- **La filosofia del diritto** è un meta-linguaggio, un linguaggio di terzo grado, il cui linguaggio-oggetto è il linguaggio della giurisprudenza.

Se la dottrina consiste nell'analisi del discorso "del legislatore" in senso materiale ("legge in senso materiale" è qualunque testo (sia esso la legge in senso tecnico, la costituzione, un regolamento) che produca o esprima norme giuridiche. Analogamente si parla talvolta di "legislatore in senso materiale" per riferirsi alle autorità normative in genere, cioè non solo il legislatore in senso stretto, ma altresì i padri costituenti, così come le autorità regolamentari) **la filosofia del diritto consiste a sua volta nell'analisi del discorso dei giuristi.**

Così intesa, la filosofia del diritto è un ramo della filosofia della scienza.

4. La filosofia del diritto come laboratorio concettuale

La seconda possibile risposta alla domanda circa i rapporti tra diritto, giurisprudenza e filosofia del diritto suona così:

- **La giurisprudenza** è un lavoro (interpretativo e costruttivo) che risponde a questioni "di diritto"(che cosa dispone il diritto? qual'è il contenuto normativo dell'ordinamento?);
- **La filosofia del diritto** è un'impresa eminentemente e meramente concettuale che risponde a problemi di formulazione e organizzazione della conoscenza.

Dicendo che la filosofia del diritto è un'impresa meramente concettuale, si intende dire che essa consiste nel modellare (non il diritto, ma) i concetti atti a descriverlo. E i concetti si modellano mediante definizioni stipulative o mediante ridefinizioni.

Offrire soluzioni diverse ad un problema filosofico-giuridico incide sul modo di descrivere il diritto, ma non incide sulla identificazione del contenuto del diritto stesso, il quale per ipotesi, quando si discetta di filosofia del diritto, non è in discussione.

Le diverse soluzioni ad un problema giurisprudenziale, dottrinale o dogmatico, hanno invece rilevanti conseguenze sul contenuto del diritto, poiché un problema giurisprudenziale consiste precisamente in questo: nell'identificare le norme giuridiche valide o esistenti.

Adottare una **data tesi** induce a concludere per l'esistenza di certe norme, adottare una tesi inversa induce a concludere per l'esistenza di norme diverse.

Parte Prima Linguaggio, norme, diritto

I. Usi della parola “diritto”

1. Diritto in senso oggettivo

In un primo senso il vocabolo “**diritto**”, in inglese “**law**”, si riferisce ad un insieme di regole o norme di un certo tipo rivolte alla condotta degli uomini.

Si usa chiamare **diritto** quel particolare insieme di regole o norme che disciplinano:

- la repressione dei comportamenti ritenuti socialmente pericolosi;
- la allocazione ad individui e a collettività di beni e di servizi;
- la istituzione e l’assegnazione dei poteri pubblici.

Per riferirsi al diritto inteso come un complesso di norme o regole, si usano le espressioni “diritto oggettivo” o anche “diritto in senso oggettivo”, “ordinamento giuridico”, o anche “sistema giuridico”.

L’aggettivo corrispondente al sostantivo “**diritto**”, inteso in senso **oggettivo**, è “**giuridico**”.

A seconda dei contesti, “giuridico” può significare:

- del diritto, proprio del diritto, appartenente al diritto;
- sul diritto, riguardante il diritto, relativo al diritto, concernente il diritto.

3. Diritto in senso soggettivo

In un secondo senso il vocabolo “**diritto**”, in inglese “**right**”, designa una facoltà, un permesso, un potere attribuito ad un soggetto.

Per riferirsi al diritto inteso come attributo di una persona umana si usa comunemente l’espressione “**diritto soggettivo**”.

I **diritti soggettivi** sono attribuiti agli uomini da **norme giuridiche**, ossia dal **diritto in senso oggettivo**.

4. Automatismo giuridico

“In caso di assenza o impedimento del **rettore**, il prorettore vicario lo sostituisce di **diritto**”. In frasi come queste l’espressione “di diritto” vuol dire pressapoco **automaticamente**. **Automaticamente**: cioè senza che occorra l’intervento di qualcuno o di qualcosa. Questo automatismo non è determinato dalla natura delle cose o da un qualche meccanismo misterioso: esso dipende dal diritto oggettivo.

II. A proposito di diritto e morale

Il **diritto oggettivo** è un insieme di regole o norme rivolte al comportamento umano: un ordinamento normativo della condotta. Come si distingue il diritto (un ordinamento giuridico) da ordinamenti normativi di altro tipo?

1. “Morale”

Secondo i contesti può denotare:

- La **morale positiva (o sociale)**: l'insieme di valori, concezioni del bene, sentimenti di giustizia e regole di condotta generalmente condivisi in un dato ambiente sociale.
- La **morale ideale (o critica)**: l'insieme di valori, concezioni del bene, sentimenti di giustizia e regole di condotta difesi dall'una o dall'altra dottrina morale.

2. Morale v. diritto

Anche la **morale**, come il diritto, è un **ordinamento normativo della condotta**: sono insiemi di regole o norme che hanno ad oggetto la condotta, il comportamento di uomini.

Il **diritto** presenta, rispetto alla morale, due tratti differenziali importanti:

- Gli ordinamenti giuridici e essi soltanto, disciplinano l'impiego della **forza**, della coercizione fisica. Tutti gli ordinamenti normativi della condotta che chiamiamo “diritto (oggettivo)” contengono norme che dispongono quali soggetti, in quali circostanze, con quali procedure, contro quali altri soggetti, devono e/o possono fare uso della forza. Il diritto è una tecnica per ottenere la condotta desiderata mediante la minaccia della privazione coercitiva della proprietà, e/o della libertà, e/o della vita.
- A differenza della morale, il **diritto disciplina la sua stessa creazione e applicazione**. Tutti gli ordinamenti normativi della condotta che chiamiamo “diritto (oggettivo)”, accanto alle norme di condotta comuni ad ogni tipo di ordinamento normativo, includono anche norme che stabiliscono chi e in quale modo può creare nuove norme e/o applicare le norme esistenti. Si tratta delle norme che istituiscono e distribuiscono poteri (o competenze), dando vita in tal modo ad organi legislativi, giudiziari ed esecutivi.

3. Relazioni concettuali

Relazioni concettuali: ogni relazione che intercorre tra due (o più) concetti, tale che uno di essi non possa essere definito senza fare ricorso all'altro (o agli altri).

Una **definizione** è un enunciato che stabilisce una relazione tra concetti: il concetto che si definisce e quelli che si usano per definirlo.

Relazioni necessarie e contingenti:

- Una relazione è **necessaria** quando non può non sussistere.
- Una relazione è **contingente** quando può sussistere o no (dipende dalle circostanze, dipende da come stanno le cose).

Sono **necessarie** le **relazioni concettuali** (tra concetti), sono **contingenti** le **relazioni fattuali** (tra fatti).

Le **relazioni concettuali**, poiché intercorrono tra concetti, sussistono del tutto indipendentemente da quello che accade nel mondo.

Esistono tra diritto e morale relazioni concettuali o necessarie? Lo domanda ammette 2 risposte:

- Si dice “**giusnaturalismo**” quel modo di vedere che risponde: sì. Il diritto è, per definizione, un insieme di norme buono o giusto. Se un dato insieme di norme non è buono o giusto, allora non è neppure diritto.
- Si dice “**positivismo giuridico**” (o “**giuspositivismo**”) quel modo di vedere che risponde: no. Il diritto non è necessariamente buono o giusto; vi sono norme giuridiche giuste, e altre ingiuste. Il diritto non necessariamente corrisponde alla morale sociale e men che mai alla morale critica di chicchessia. Ne segue che per identificare il diritto non occorre ricorrere a valutazioni morali. Per riconoscere una **norma** come **norma giuridica** non è necessario decidere se sia buona o cattiva, giusta o ingiusta: è sufficiente constatare che appartiene ad un ordinamento normativo il quale presenta quei caratteri, propri degli ordinamenti giuridici in genere.

4. Relazioni fattuali

Tra diritto e morale, se anche non sussistono relazioni concettuali, sussistono però relazioni fattuali, contingenti e in particolare relazioni causali.

Il diritto infatti è generalmente (sebbene non necessariamente) influenzato dalla morale in due sensi:

- il contenuto del diritto è influenzato dalla morale critica delle autorità normative (costituenti, legislatori..): le autorità normative tendono a produrre norme giuridiche che rispecchiano le loro opinioni morali, i loro sentimenti di giustizia, i loro orientamenti politici;
- il contenuto del diritto rispecchia di solito, almeno in parte, la morale sociale: le opinioni morali generalmente condivise.

Il diritto inoltre può a sua volta influenzare la morale sociale. Può accadere che nuove leggi abbiano l'effetto di cambiare non solo le relazioni sociali, ma anche le convinzioni morali socialmente diffuse.

III. Il linguaggio del diritto

1. Il diritto come discorso

Ad uno sguardo più approfondito, il diritto si presenta come il contenuto normativo o prescrittivo delle leggi: ciò che le leggi dicono, il loro significato, il quale è una variabile dipendente dell'interpretazione.

Il **diritto** è un **fenomeno linguistico**: il diritto è un discorso, il discorso delle autorità normative, il discorso del "legislatore".

Un **discorso** è una sequenza di enunciati.

Un **enunciato** è una sequenza di parole dotata di forma sintattica e di senso compiuti.

Gli **enunciati** di cui è composto il **diritto** sono enunciati in **linguaggio normativo, prescrittivo o direttivo**.

La distinzione tra **linguaggio descrittivo** e **linguaggio prescrittivo** può essere analizzata da tre angoli visuali: quello **pragmatico**, quello **sintattico** e quello **semantico**.

2. Pragmatica del linguaggio prescrittivo

Linguaggio descrittivo e **linguaggio prescrittivo** si differenziano anzitutto sotto il profilo **pragmatico**: dal punto di vista dell'azione che si compie preferendo un enunciato.

Parlare infatti è agire: proferire un enunciato è compiere un atto linguistico, un atto di linguaggio.

Si devono distinguere due tipi di **atti umani**: gli **atti linguistici** e gli **atti non-linguistici**:

- **Atti non-linguistici**: sono tutti quegli atti, come il mangiare che non si possono compiere "a parole", ossia mediante il linguaggio. Gli atti non-linguistici sono atti di cui il linguaggio può discorrere, ma che non può eseguire
- **Atti linguistici**: sono tutti quegli atti che si compiono mediante il linguaggio, che si eseguono "a parole": proferendo enunciati. Così ad esempio chi dice "io comando che" non parla di un comando, ma lo compie.

Descrivere (affermare, asserire, constatare) e **prescrivere** (comandare, ordinare) sono **atti di linguaggio diversi**:

Sono diversi sotto il **profilo funzionale**: l'atto di **descrivere** adempie la funzione di **formulare e trasmettere** credenze, informazioni, conoscenze, l'atto di **prescrivere** adempie la funzione di **dirigere**, influenzare, modificare la condotta umana.

Uno stesso enunciato però può essere usato indifferentemente sia da un legislatore per compiere un atto linguistico di prescrizione per prescrivere una condotta, sia da un giurista per compiere un atto linguistico di descrizione per descrivere il diritto vigente. Un medesimo enunciato, ma due atti diversi di linguaggio.

Un **enunciato** è **prescrittivo** solo in quanto sia effettivamente usati per compiere l'atto di prescrivere.

Un **enunciato** è **descrittivo** solo in quanto sia effettivamente usato per compiere l'atto di descrivere.

Descrittivo o prescrittivo è non l'enunciato in quanto tale, ma la sua concreta enunciazione, il suo **proferimento**, da parte di qualcuno in circostanze date. Nel seguito per semplicità si continuerà a parlare di enunciati descrittivi e prescrittivi, ma, a rigor di termini, si dovrebbe parlare non di enunciati, bensì di enunciazioni.

Un **enunciato** è una classe di espressioni in lingua di forma compiuta.

Una **enunciazione** è una istanza di tale classe (i.e. una espressione in lingua effettivamente usata o proferita da qualcuno in una circostanza spazio-temporalmente determinata).

3. Sintassi del linguaggio prescrittivo

Apparentemente linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo si differenziano anche sotto il profilo sintattico, cioè dal punto di vista della struttura degli enunciati (modo in cui le parole sono concatenate).

Gli enunciati **descrittivi** hanno tipicamente forma verbale indicativa; gli enunciati **prescrittivi** hanno tipicamente forma verbale imperativa o forma deontica.

Enunciati deontici: sono gli enunciati in termini di "dovere" o in termini equivalenti ("obbligatorio", "vietato", etc.).

La forma indicativa è sì tipica, ma niente affatto necessaria agli enunciati descrittivi e la forma imperativa e deontica sono sì tipiche, ma per nulla necessarie agli enunciati prescrittivi.

Per un verso, il legislatore impiega abitualmente enunciati sintatticamente indicativi, la cui funzione è ovviamente prescrittiva.

Per un altro verso, può accadere che i giuristi impieghino enunciati sintatticamente deontici, la cui funzione è descrivere il contenuto di prescrizioni legislative preesistenti. E' anzi tesi diffusa in teoria del diritto (a partire da Kelsen) che gli enunciati deontici siano la sola forma appropriata per descrivere il contenuto di norme: che cioè, per descrivere, poniamo, la norma secondo cui gli assassini devono essere puniti, non vi sia altro modo che riecheggiare la norma stessa, dicendo appunto "Gli assassini devono essere puniti". Dicendo "il legislatore ha comandato di punire gli assassini", secondo Kelsen, si descriverebbe non una norma, ma un atto di comando.

Non vi è alcuna corrispondenza biunivoca tra la forma sintattica degli enunciati e la loro funzione descrittiva o prescrittiva.

La forma sintattica dell'enunciato è solo un indizio, ma non una prova conclusiva per decidere del suo carattere descrittivo o prescrittivo.

4. Semantica del linguaggio prescrittivo

Linguaggio descrittivo e **linguaggio prescrittivo** si differenziano inoltre sotto il profilo **semantico**: il significato.

Vi sono almeno due modi alquanto diversi di raffigurare la semantica di un enunciato:

- Talvolta si parla della **semantica** di un **enunciato** per intendere che a tale enunciato convengono, o non convengono, i **valori di verità** (vero, falso).
- Talaltra si parla della **semantica** di un **enunciato** per intendere che i **vocaboli impiegati** nella formulazione di tale enunciato sono, o non sono, **provvisi di riferimento**.

Tra enunciati descrittivi e prescrittivi vi è una differenza semantica radicale nel primo senso (gli enunciati descrittivi hanno valore di verità, gli enunciati prescrittivi ne sono sprovvisti), mentre non vi è differenza semantica nel secondo senso (anche negli enunciati prescrittivi si impiegano vocaboli dotati di riferimento).

Gli **enunciati descrittivi** pretendono di adattarsi al mondo; gli **enunciati prescrittivi** pretendono che il mondo si adatti a essi.

Gli **enunciati del linguaggio descrittivo** (proposizioni) possono essere veri o falsi.

Gli **enunciati del linguaggio prescrittivo** (prescrizioni, comandi, norme, ma anche consigli, raccomandazioni, etc) per contro, sono privi di valore di verità (cioè non possono dirsi né veri né falsi): le prescrizioni possono solo essere obbedite o trasgredite.

Si dice **vera** una proposizione che corrisponde ai fatti, al mondo, "alla realtà". La proposizione che gli assassini sono puniti è vera, se e solo se gli assassini sono effettivamente puniti; è falsa se gli assassini non sono puniti.

Ma le prescrizioni non corrispondono ad alcun fatto, non parlano del mondo com'è: al contrario, sono usate per (cercare di) cambiarlo.

5. Il diritto come discorso prescrittivo

Il diritto (in senso oggettivo) si presenta come una sterminata sequenza di enunciati. Tale sequenza, come abbiamo detto, costituisce un **discorso prescrittivo**:

- almeno alcuni degli enunciati che lo compongono sono prescrittivi in senso stretto;
- gli enunciati rimanenti, pur non essendo strettamente prescrittivi, sono tuttavia funzionalmente dipendenti dalle prescrizioni.

Bisogna distinguere **due classi di enunciati**:

- la classe degli enunciati prescrittivi in senso stretto;
- la classe di tutti gli enunciati rimanenti.

Secondo il comune modo di esprimersi dei giuristi, tutti questi enunciati sono e/o esprimono "norme".

La classe delle norme, così intesa, comprende norme in senso stretto e norme in senso ampio o generico.

6. Quattro raffigurazioni del linguaggio prescrittivo

Che relazioni intercorrono tra il linguaggio prescrittivo e i "fatti", la realtà extralinguistica?

- Una prima teoria sostiene che gli enunciati prescrittivi si riferiscano non già a fatti, ma ad una peculiare realtà normativa (un insieme di obblighi, divieti, diritti, etc) preconstituita. Gli enunciati prescrittivi si riferiscono e dunque in un senso descrivono un mondo di norme preesistente (preesistente in natura: nella "natura delle cose" o nella natura umana). Secondo questo modo di vedere gli enunciati prescrittivi non pongono obblighi, ma descrivono obblighi "oggettivamente esistenti" in natura. Da questo punto di vista gli enunciati prescrittivi non sono affatto sprovvisti di riferimento semantico (extra-linguistico) poiché si riferiscono ad enigmatiche entità normative ("fatti normativi") ad essi precostituite e da essi indipendenti. Gli enunciati prescrittivi, concepiti da questa teoria come enunciati paradossalmente descrittivi, possono altresì essere veri o falsi. Questa teoria sottende una concezione naturalistica del diritto, detta **giusnaturalismo** e si risolve in una concezione "descrittivistica" del linguaggio prescrittivo, concepito come un linguaggio che non produce norme (nuove), ma semplicemente riproduce norme già esistenti. Questo modo di vedere suppone una particolare ontologia (tesi intorno a ciò che esiste) in virtù della quale il mondo appare popolato non solo di oggetti percepibili ai sensi, ma anche di entità che sfuggono al dominio dei sensi (come gli obblighi, i diritti e i poteri).
- Una seconda teoria sostiene che gli enunciati prescrittivi siano non già descrittivi di fatti normativi preesistenti, ma costitutivi (creativi) di entità normative nuove. Siffatte entità normative, una volta poste in essere, rendono veri gli enunciati deontici corrispondenti. L'enunciazione "felice" (ossia compiuta dal soggetto competente, nelle forme dovute, nelle circostanze appropriate) di un enunciato prescrittivo - ad esempio: "E' vietato uccidere" - crea ex novo l'obbligo di non uccidere. L'effettivo compimento di un siffatto atto di comando rende vero che non si deve uccidere. Gli enunciati prescrittivi si auto-verificano attraverso l'uso: usarli li rende ipso facto veri. Questo modo di vedere suppone una ontologia, secondo cui vi è un mondo del "dover essere" accanto al mondo dell' "essere". La realtà include non solo fatti "bruti" ma anche fatti "normativi" (o "istituzionali"). La teoria in esame assume che le entità normative in questione siano oggetti non già naturali, bensì "culturali": creazioni originali del linguaggio umano (e dunque non precostituite ad esso); entità, tuttavia, non meramente linguistiche, ma dotate di una esistenza indipendente dal linguaggio.
- Una terza teoria, comunemente chiamata "**emotivismo**" sostiene che gli enunciati prescrittivi esprimono nulla più che emozioni e stati d'animo. Come tali, essi sono privi di qualsiasi riferimento e per conseguenza non possono essere né veri né falsi. L'ontologia sottostante a questo modo di vedere è una ontologia empiristica: non esistono altre entità se non quelle percepibili ai sensi.
- Una quarta teoria, denominata talvolta "**prescrittivism**", talaltra "**espressivismo**" sostiene che gli enunciati prescrittivi risultano da una combinazione di espressioni referenziali (dotate di riferimento) e di espressioni non referenziali (prive di riferimento). La parte referenziale di un enunciato prescrittivo si riferisce a soggetti, comportamenti, circostanze: determina che cosa è prescritto a chi in quali circostanze. Se gli enunciati prescrittivi non includessero questa parte referenziale, non si potrebbe neppure parlare di osservanza e di violazione delle norme che essi esprimono. La parte non referenziale di un enunciato prescrittivo svolge la funzione pragmatica di rendere esplicito l'atto linguistico compiuto dal parlante.

7. Regole costitutive e fatti istituzionali

Alcuni autori distinguono, entro il discorso normativo, due tipi di **regole**, dette **regolative** (o **prescrittive**) e **costitutive**.

Le une e le altre si caratterizzano per un diverso rapporto con i fatti:

- **regole regolative**: sono quelle regole che disciplinano dei "fatti", tipicamente dei comportamenti umani, preesistenti alle regole stesse e possibili indipendentemente da esse. Questi fatti sono detti, da taluno, "fatti bruti".
- **regole costitutive**: sono quelle regole che creano o definiscono nuove forme di comportamento, rendendole possibili. Tali forme di comportamento, la cui esistenza dipende da regole costitutive, sono dette **fatti istituzionali**. Ad esempio le norme (giuridiche e non) che danno vita a "istituzioni" quali la promessa, il matrimonio, la proprietà, la giurisdizione, o la legislazione sono regole costitutive. Si ritiene che la formulazione linguistica tipica di regole siffatte sia la seguente: "x ha valore di y nel contesto c". In questa formula "x" denota un **fatto**, mentre "y" denota il **valore conferito ad esso** dalla regola. Le regole costitutive non si prestano ad essere formulate mediante enunciati deontici. "Legiferare" non sarebbe legiferare in assenza di quelle norme che conferiscono ad un certo comportamento umano il senso (il valore) di "legislazione". Senza tali norme, lo stesso vocabolo "legiferare" non avrebbe alcun senso. Sotto questo profilo, la relazione tra regole costitutive e fatti è duplice: per un verso tali regole vertono su fatti bruti preesistenti, giacché, in ultima istanza, non vi sono altre cose che possono costituire l'oggetto di una regola. Per un altro verso, esse "producono" fatti istituzionali, giacché conferiscono ad un fatto bruto un senso normativo (o istituzionale) nuovo. Risulta

semplicemente impossibile descrivere questi fatti senza far riferimento o quanto meno senza presupporre ed usare le regole che li costituiscono. Si può parlare di un "accordo" tra due persone senza menzionare alcuna norma giuridica; ma non si può parlare di "matrimonio" o di "compravendita" senza fare riferimento alle norme giuridiche che attribuiscono a certi accordi fra persone il valore di "matrimonio" o di "compravendita". Si può parlare di un "comando" senza far menzione di alcuna norma giuridica, ma non si può parlare di "legislazione" facendo astrazione da quelle norme costituzionali che conferiscono a certe persone il potere (la competenza) di pronunciare dei comandi provvisti del valore di "leggi". Più in generale qualcuno ha ritenuto che il diritto tutto intero possa essere raffigurato come una "realtà istituzionale", ovvero come un insieme di istituzioni, quali il contratto, il matrimonio, la proprietà, la giurisdizione e così avanti. Da questo punto di vista tutte le norme giuridiche sono, in un senso, regole "costitutive". Nell'ambito delle norme giuridiche si possono distinguere:

- **norme istitutive:** stabiliscono il modo in cui una istituzione può venire ad esistenza (come le norme che stabiliscono le modalità per contrarre matrimonio);
- **norme consequenziali:** connettono una serie di conseguenze giuridiche a tale istituzione (come le norme che stabiliscono gli obblighi dei coniugi);
- **norme terminative:** stabiliscono le condizioni in presenza delle quali l'istituzione si estingue (come le norme sul divorzio).

8. Fatti bruti e fatti istituzionali nel discorso del diritto

Il linguaggio del diritto include tre tipi fondamentali di vocaboli.

Si prendano le due norme seguenti:

- "I diciottenni sono maggiorenni";
- "I maggiorenni hanno l'obbligo di prestare servizio militare".

La prima norma attribuisce ad un semplice fatto bruto (un fatto "naturale": il compimento del diciottesimo anno di età) una qualificazione giuridica, ossia una qualità "artificiale" (la maggiore età); in questo modo trasforma un fatto bruto in un fatto istituzionale. La seconda riconnette a tale fatto istituzionale una conseguenza deontica (l'obbligo di prestare servizio militare).

Come l'esempio vuole illustrare, nel discorso del diritto:

- vi sono termini che si riferiscono a semplici fatti bruti: tale è ad esempio il vocabolo "diciottenne";
- vi sono termini deontici - come "obbligo" - ai quali possono essere assimilati tutti i termini che designano "situazioni giuridiche" soggettive, quali "diritto soggettivo", "libertà", "potere", - che sono privi di qualsivoglia riferimento semantico;
- vi sono termini - come "maggiorenne" - che connettono un certo fatto (bruto) condizionante (la fattispecie: compimento del diciottesimo anno d'età) con una conseguenza deontica (l'obbligo di prestare servizio militare).

Il termine "maggiorenne" ricorre in entrambe le norme assunte ad esempio.

- Nella prima il termine "maggiorenne" è usato come predicato normativo, per attribuire ad un dato fatto una certa qualificazione giuridica, ovvero, come si è detto, per tramutare un semplice fatto bruto in un fatto istituzionale. In questo contesto il termine in questione è privo di riferimento semantico, non denota alcun oggetto sensibile extra-linguistico.
- Nella seconda norma lo stesso termine è usato per riferirsi al fatto istituzionale ora menzionato. In tale contesto, esso è provvisto di riferimento semantico, giacché denota precisamente un fatto istituzionale o, se si vuole, denota congiuntamente sia il nudo fatto (il compimento del diciottesimo anno d'età), sia la sua qualificazione giuridica (il "valore" di maggiore età).

IV. Norme

1. “Norma giuridica” nell’uso comune

Nel linguaggio comune dei giuristi **norma giuridica** è qualsivoglia enunciato che si incontra nelle fonti del diritto.

Più precisamente nel linguaggio comune dei giuristi il vocabolo **norma** è usato con un significato che oscilla attorno a tre assi:

1) In primo luogo “norma” è usato:

- ora, in senso stretto, per fare riferimento a **prescrizioni** (comandi e divieti);
- ora (molto più spesso), in senso lato, per fare riferimento a qualsivoglia enunciato che si incontra nelle fonti del diritto.

2) In secondo luogo “norma” è usato:

- talvolta, in senso stretto, per denotare prescrizioni generali ed astratte;
- talaltra, in senso lato, per denotare (anche) prescrizioni singolari e concrete.

3) In terzo luogo “norma” è usato:

- a volta per riferirsi agli enunciati del discorso delle fonti;
- altre volte, per riferirsi non a questi stessi enunciati, ma al loro contenuto di senso, al loro significato;
- altre volte ancora, per riferirsi alle due cose indistintamente.

La classe delle norme giuridiche comprende due sottoclassi ben distinte:

- la sottoclasse delle **norme in senso stretto**,
- la sottoclasse delle **norme in senso ampio o generico**.

In seno alle norme giuridiche si usa distinguere tra **regole** e **principi**.

Strettamente intesa, una **norma giuridica** è:

- una prescrizione (comando di fare e di omettere);
- dotata di struttura condizionale;
- a contenuto generale e astratto.

2. La norma come prescrizione

Una **norma** è una **prescrizione**, un **comando**.

Il vocabolo **prescrizione** può designare tre cose diverse:

- un **atto**;
- un **enunciato**;
- un **significato**.

La prescrizione in quanto atto: si dice prescrizione l’atto di prescrivere. Un atto linguistico inteso a guidare, dirigere, influenzare, modificare la condotta umana.

La prescrizione in quanto enunciato: si dice prescrizione l’enunciato prescrittivo mediante il quale si compie l’atto linguistico in questione. Un enunciato prescrittivo è un enunciato che:

- **verte su una condotta** (un’azione o un’omissione): non qualunque azione può essere oggetto di un comando. Non possono essere oggetto di comandi le azioni impossibili e le azioni necessarie. Come si usa dire, “dovere” implica “potere”: “potere” beninteso, in senso fattuale (in inglese can), non in senso normativo (inglese may). Non può essere doverosa un’azione che sia impossibile compiere, né un’azione che sia impossibile non compiere.
- **la qualifica come obbligatoria** o doverosa.

Comando(in senso stretto): è l’**enunciato** che qualifica obbligatoria un’azione.

Proibizione o divieto: l’enunciato che qualifica obbligatoria un’omissione.

Esecuzione: l’obbedienza ad un comando.

Osservanza: l’obbedienza ad un divieto.

Gli enunciati prescrittivi ed essi soli esprimono prescrizioni. Le prescrizioni ed esse sole dirigono la condotta dei destinatari, giacché dicono che cosa si debba fare od omettere. Le prescrizioni, ed esse sole sono suscettibili di obbedienza e violazione.

Gli **enunciati prescrittivi** ed essi soli sono **enunciati normativi in senso stretto**; le prescrizioni ed esse sole sono **norme strettamente intese**.

I rimanenti enunciati del discorso delle fonti, non esprimendo prescrizioni, non dirigono la condotta dei destinatari e per questo non sono suscettibili di obbedienza né di violazione.

Gli enunciati che non esprimono prescrizioni **sono normativi in senso lato**: “normativi” non perché esprimano norme, ma perché appartengono ad un “ordinamento normativo della condotta”, ossia ad un insieme di enunciati alcuni dei quali sono norme in senso stretto. Un insieme di enunciati, nessuno dei quali fosse una prescrizione, non si direbbe un ordinamento normativo.

La prescrizione in quanto significato: si dice prescrizione ciò che è prescritto: il **contenuto** dell’atto di prescrizione, il significato dell’enunciato prescrittivo, quale risulta dall’interpretazione dell’enunciato stesso. Le norme sono prescrizioni nel terzo senso: non atti linguistici, ma il risultato, il prodotto, di atti linguistici; e neppure enunciati, ma il contenuto di senso, il significato di enunciati.

L’atto di prescrizione, **la prescrizione in quanto atto linguistico**, è non una norma, ma un **atto normativo**.

L’enunciato prescrittivo, **la prescrizione in quanto enunciato**, è non una norma, ma la **formulazione di una norma** (una formulazione normativa) o, come suol dirsi, **una disposizione normativa**.

Le norme dunque devono essere tenute distinte dagli atti linguistici che le pongono in essere, come pure dagli enunciati che le esprimono. Ma d’altro canto è bene notare che non si danno norme senza atti di prescrizione, né si danno norme senza enunciati prescrittivi.

3. La norma come prescrizione a struttura condizionale

Una **norma giuridica**, quale che sia la sua effettiva formulazione, può essere ricostruita, cioè identificata nella sua "forma logica", come un **enunciato condizionale**, il quale statuisce che cosa si debba fare od omettere se si verificano certe circostanze. Le norme giuridiche sono non già prescrizioni categoriche (ossia incondizionate), del tipo "E' vietato uccidere" bensì prescrizioni condizionali o ipotetiche del tipo "Se qualcuno ha causato la morte di un uomo, allora deve essere punito".

Un enunciato condizionale o ipotetico può essere analizzato in due elementi componenti:

- un **antecedente**, o protasi, cioè la parte dell'enunciato che determina la condizione ("Se"..);
- un **conseguente**, o apòdosi, cioè la parte dell'enunciato che statuisce la conseguenza ("allora"...).

Ogni norma giuridica presenta, talora in modo evidente, più spesso allo stato latente, una struttura sintattica (una forma logica) condizionale del tipo: "Se F, allora G". In questa formula:

- l'**antecedente** ("F") si riferisce ad una **classe di circostanze di fatto** (ad esempio che due soggetti abbiano stipulato un contratto);
- il **conseguente** ("G") si riferisce ad una **classe di conseguenze giuridiche** (ad esempio l'obbligo di adempiere le obbligazioni previste nel contratto).

Nelle **norme in senso stretto** (prescrizioni) il conseguente non può che essere la qualificazione deontica di un comportamento (il comportamento x è obbligatorio, il comportamento y è proibito).

Nelle **norme in senso generico** il conseguente può assumere vari contenuti: l'acquisizione di uno status (maggioranne), l'iscrizione di una situazione giuridica soggettiva vantaggiosa (una pretesa, una competenza, una libertà), la validità o l'invalidità di un atto, etc.

L'**antecedente**, che si usa chiamare **fattispecie**, è l'**oggetto** di disciplina: risponde alla domanda "Che cosa è disciplinato?".

Il **conseguente** è il **modo** di disciplina: risponde alla domanda "Come è disciplinato?".

4. La norma come prescrizione generale

La **norma** è una **prescrizione generale**, una **regola di condotta**.

Si dice **singolare** una prescrizione (un "precetto") che abbia ad oggetto una **singola fattispecie**, una **fattispecie concreta**.

Si dice **generale** una prescrizione che abbia invece ad oggetto una **classe di fattispecie**, una **fattispecie astratta**.

Una **prescrizione generale** ha necessariamente **carattere condizionale o ipotetico**. Necessariamente cioè per ragioni logiche, attinenti alla stessa struttura logica dell'enunciato che la esprime. L'enunciato "Chiunque commette omicidio deve essere punito" è logicamente equivalente all'enunciato "Se qualcuno commette omicidio, allora deve essere punito".

Una prescrizione generale può sempre essere fraseggiata nella forma condizionale "Se..., allora...".

5. La norma come prescrizione astratta

Una **norma** è inoltre una **prescrizione astratta**.

Una prescrizione debba dirsi **astratta** allorché fa **astrazione da qualsivoglia fattispecie concreta**.

Ma l'ambiguità nasce dal fatto che vi sono due modi abbastanza diversi in cui una prescrizione può non fare astrazione da fattispecie concrete e dunque non essere astratta.

Da un lato, una **prescrizione** non è astratta allorché si riferisce ad una singola fattispecie concreta - il contratto tra Tizio e Caio - e non ad una classe di fattispecie. Ed è apparentemente questo il concetto di astrattezza comunemente adottato.

Dall'altro lato, una prescrizione non è astratta allorché si riferisce a fattispecie - una singola fattispecie o una classe di fattispecie - passate, già verificatesi, e quindi previamente identificate, o comunque identificabili.

Vi sono pertanto **due concetti di astrattezza**:

- in un primo senso una prescrizione è astratta allorché è **generale**. In questo primo senso generalità e astrattezza coincidono.
- In un secondo senso una prescrizione è astratta allorché **dispone per fattispecie future**, ossia non è retroattiva.

Si dice **retroattiva** una prescrizione la quale connetta una conseguenza giuridica ad un fatto accaduto prima che la prescrizione in questione venisse alla luce. Solo se si intende il vocabolo "astratto" in questo secondo senso, come sinonimo di "non retroattivo", dire che le norme siano prescrizioni generali e astratte diviene perfettamente sensato: ed è precisamente in questo secondo senso che le norme sono prescrizioni (generali e) astratte. **Una norma è una prescrizione non retroattiva.**

6. Disporre v. provvedere

Il concetto di astrattezza, intesa nel secondo modo come non retroattività, consente di distinguere il **disporre** per il futuro dal **provvedere** per il passato: le **norme** dai **provvedimenti**.

Anche i provvedimenti, un un senso, si riferiscono al futuro. Si sta parlando di prescrizioni - comandi di fare od omettere alcunché - e non si può sensatamente comandare un comportamento per il passato.

Così la prescrizione che dispone il pagamento di una certa imposta per i redditi prodotti lo scorso anno si riferisce, sì, ad eventi ormai accaduti, ma prescrive un comportamento (il pagamento dell'imposta) ovviamente futuro; e la prescrizione che dispone il finanziamento di un comune che ha subito da terremoto si riferisce ad un evento ormai accaduto, ma prescrive una condotta (il finanziamento) da tenersi in futuro. In entrambi i casi solo l'antecedente (la fattispecie) è "declinato" al passato: il conseguente non può che essere "declinato" al futuro.

Le **norme** sono prescrizioni **generali e astratte** (non retroattive).

Un **provvedimento** è una **prescrizione** (non necessariamente singolare) **retroattiva**.

Disporre significa statuire la conseguenza giuridica di una fattispecie generale ed astratta, ossia decidere ex ante in relazione ad una classe di fattispecie future, di cui per ciò stesso si ipotizza (e non: si constata) l'occorrenza.

Provvedere significa **statuire la conseguenza giuridica di una o più fattispecie concrete**, ossia decidere ex post facto in relazione a precise circostanze già verificatesi.

Norme e provvedimenti hanno diversa struttura logica:

- l'enunciato che esprime una **norma** ha **struttura logica condizionale**: è formulato, o può comunque essere ricostruito, come un enunciato condizionale ("Se..., allora...").
- Un provvedimento è formulato, o può comunque essere ricostruito, in termini di "**poiché**". Una prescrizione retroattiva avrà sempre la struttura latente: "Poiché..., allora...".

L'antecedente di un provvedimento è non tanto una condizione del conseguente, quanto piuttosto la sua **motivazione**.

L'antecedente di una norma verte su fatti futuri contingenti, mentre l'antecedente di un provvedimento verte su fatti già accaduti.

BOX

V. Varietà di norme

1. Norme in senso generico

Il diritto è affollato di enunciati non prescrittivi. Enunciati siffatti esprimono “norme” (giuridiche) non in senso stretto, ma in senso lato e generico, giacché in senso stretto una norma è appunto una prescrizione, un comando (di fare o di omettere), generale e astratto, dotato di struttura condizionale. Si possono censire almeno i tipi seguenti di norme in senso generico:

- **Norme di competenza** (o norme che conferiscono poteri): sono quelle norme che istituiscono autorità, conferiscono ad un soggetto la competenza (l'autorità, il potere) di creare ed abrogare altre norme o, secondo i casi, di applicarle. (come artt. 70 e 102 cost).
- **Norme permissive**: sono quelle norme che qualificano un certo comportamento come permesso, facoltativo o libero (cioè permesso e facoltativo insieme). Se ne hanno buoni esempi negli artt. 17, 18 e 19 cost.
- **Norme definitorie**: sono quelle norme che determinano il significato di un termine o di un sintagma usati nella formulazione di altre norme. Ne è un esempio l'art. 1321 cod. civ. che dà la definizione di “contratto”.
- **Norme interpretative**: sono quelle norme che determinano il significato di un enunciato usato nella formulazione di una norma precedente (“L'art. x della legge y deve essere inteso nel senso che...”). Se ne trovano esempi in tutte le leggi di “interpretazione autentica”.
- **Norme di rinvio**: sono quelle norme che non disciplinano direttamente una fattispecie, ma indicano agli organi dell'applicazione (i giudici, la pubblica amministrazione) in quale altra fonte o disposizione cercare la disciplina della fattispecie in questione. Se ne hanno esempi nelle norme cosiddette di “diritto internazionale privato” (legge 218/1995).
- **Norme sull'efficacia di norme**: sono quelle norme che circoscrivono, ad esempio nel tempo o nello spazio, gli effetti giuridici di altre norme. Ad esempio il principio di irretroattività (art. 11 comma 1, disp. prel. cod. civ.) in virtù del quale le leggi producono effetti giuridici solo per il futuro.
- **Norme sui conflitti tra norme**: sono quelle norme che, in presenza di due norme incompatibili, indicano agli organi dell'applicazione quale norma preferire ed applicare. Naturalmente possono darsi conflitti (non solo tra prescrizioni, ma anche) tra norme in senso generico, ne è un esempio il principio “lex posterior derogat lex priori” (art. 15 disp. prel. cod. civ.).
- **Norme abrogatrici**: sono quelle norme che “sopprimono” l'efficacia di una norma preesistente (cioè privano una norma preesistente di effetti giuridici). Esempio: “E” abrogato l'art. x della legge y”.

2. Frammenti di norme

Tutte le norme in senso generico, a differenza delle norme strettamente intese (comandi) non sono suscettibili di obbedienza né di violazione, sicché non dirigono il comportamento.

Tutte le norme in senso generico sono funzionalmente dipendenti dalle prescrizioni. Infatti un insieme di “norme” in senso generico, che non includesse alcuna norma propriamente detta (alcuna prescrizione di fare o di omettere) non sarebbe riconoscibile come ordinamento giuridico. A cosa servono?

- le **norme di competenza** conferiscono il potere di creare ed abrogare prescrizioni;
- le **norme permissive** svolgono, secondo i casi, la funzione di:
 - abrogare o derogare (tacitamente) a prescrizioni preesistenti;
 - di interdire la creazione di prescrizioni future (in particolare: proibizioni) da parte di autorità normative subordinate;
- le **norme definitorie** svolgono la funzione di precisare il significato di altre prescrizioni nei quali sia impiegato il termine definito;
- le **norme interpretative** svolgono la funzione di determinare il contenuto di prescrizioni preesistenti;
- le **norme di rinvio** indicano agli organi dell'applicazione quali prescrizioni debbano essere applicate;
- le **norme sull'efficacia di norme** svolgono la funzione di determinare l'ambito di efficacia di prescrizioni;
- le **norme sui conflitti tra norme** indicano agli organi dell'applicazione a quale prescrizione dare la preferenza in caso di conflitto tra più prescrizioni;
- le **norme abrogatrici** svolgono la funzione di sopprimere l'efficacia di prescrizioni preesistenti.

Tutte le norme non prescrittive, o norme in senso generico, svolgono una qualche funzione in relazione alle prescrizioni. Per questa ragione si usa dire che esse non sono norme “autonome” dotate cioè di una funzione indipendente, ma sono invece “**frammenti**” delle prescrizioni cui si riferiscono. Così, ad esempio, una norma di competenza, in un certo senso, non è altro che un frammento di tutte le prescrizioni che saranno create dall'autorità di essa istituita.

3. Norme costitutive

Le **norme in senso generico** (o la gran parte di esse) sono talvolta denominate **norme costitutive**, in opposizione a norme prescrittive o norme in senso stretto.

Sono **costitutive** quelle norme che non prescrivono alcunché a chicchessia e dunque sono prive di destinatari, e non sono suscettibili di obbedienza o di violazione, ma direttamente **creano un qualche effetto giuridico** (che non sia la nascita di un obbligo).

Se ne possono distinguere almeno due tipi:

- Sono costitutive anzitutto le norme che non paiono riconducibili alla forma standard di un enunciato condizionale, quali ad esempio: le norme definitorie, le norme abrogatrici, le norme di interpretazione autentica.
- Sono costitutive inoltre le norme che, pur dotate di una struttura condizionale (“Se F, allora G”), a differenza delle norme propriamente dette, che contengono nel conseguente (“G”) la qualificazione deontica di un comportamento (x è obbligatorio, y è vietato), non hanno espressioni deontiche nel conseguente (non sono norme di condotta). Ad esempio: “I diciottenni sono maggiorenti”.

4. Norme e metanorme

il termine **metanorma** è soggetto a due usi:

- In **senso stretto** si dice "metanorma" ogni norma che abbia ad oggetto (non la condotta ma):
 - **altre norme**, ad esempio il principio di irretroattività art. 11 disp. prel. cod. civ. che ha ad oggetto le norme di legge in generale;
 - **altre disposizioni**, ad esempio "E' abrogato l'art. x della legge y" che ha ad oggetto la disposizione abrogata.

Le metanorme in questione, non avendo ad oggetto una condotta, non sono norme in senso stretto (prescrizioni), ma "frammenti" di norme.

- In **senso lato** si dicono "metanorme" anche le norme che hanno ad oggetto non propriamente altre norme o disposizioni, ma:
 - **atti normativi**, ad esempio "la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere" art. 70 cost..

5. Norme primarie e norme secondarie

Norme primarie: le comuni norme di condotta, ossia le norme che attribuiscono o impongono situazioni giuridiche soggettive (diritti, obblighi e quant'altro) ai comuni cittadini.

Norme secondarie: le norme - metanorme in senso ampio - sulla produzione e l'applicazione del diritto, ossia quelle che conferiscono poteri ("legislativi" in senso generico, ossia normativi, esecutivi e giurisdizionali) e ne disciplinano l'esercizio. In seno alle norme secondarie occupano un posto speciale ed esigono un trattamento indipendente le norme c.d. "sulla produzione giuridica": quelle cioè che conferiscono e disciplinano l'esercizio di competenze normative.

6. Norme formulate e norme inesprese

Norme formulate: nonché "emanate" o "promulgate" ma in senso generico e atecnico le norme che trovano espressa enunciazione o formulazione in una qualche disposizione normativa (o in un frammento di disposizione normativa).

Norme inesprese: le norme ricavate dalle norme formulate (o da una combinazione di norme formulate, o da una combinazione di frammenti di norme formulate) mediante procedimenti argomentativi di varia natura, ora logici (i.e. deduttivi), ora pseudo-logici (ad esempio per via di analogia). Ogni norma inespressa è frutto di un ragionamento degli interpreti.



VI. Norme di condotta

1. Le modalità deontiche

Le **norme giuridiche** sono enunciati condizionali, dotati della struttura “Se F, allora G”, dove l’antecedente “F”, detto “fattispecie (astratta)” si riferisce ad una classe di fatti, eventi, circostanze, e il conseguente “G” si riferisce agli effetti giuridici (obblighi, poteri sanzioni) connessi a tale classe di fatti. Fanno eccezione talune norme “costitutive” quali le norme definitorie, le norme abrogatrici, le norme di interpretazione autentica.

Norme di condotta: tutte quelle norme il cui conseguente qualifica un comportamento, un’azione o un’omissione, come obbligatorio, vietato (proibito), permesso o facoltativo.

I termini “obbligatorio”, “vietato”, “permesso” e “facoltativo” si dicono **modalità deontiche** (o modi deontici) giacché tutti sono traducibili in termini di “dovere” (o di obbligo).

Il conseguente di una norma di condotta può dunque essere rappresentato semplicemente come la combinazione di una modalità deontica e di una espressione che designa un comportamento: “E’ obbligatorio x”. Tuttavia le espressioni che denotano comportamenti possono anche essere concepite come proposizioni che descrivono azioni od omissioni. Per esempio la norma “Gli assassini devono essere puniti” può essere riformulata senza perdita di significato dicendo: “E’ obbligatorio che gli assassini siano puniti”. In questa forma risulta evidente che la norma consiste nella combinazione della qualificazione deontica “obbligatorio” (gli assassini “devono”...) e della proposizione che descrive l’azione di punire gli assassini (ovvero lo stato di cose in cui gli assassini sono puniti): “che gli assassini siano puniti”. Se concepiamo come proposizioni le espressioni che denotano comportamenti (o gli stati di cose risultanti da comportamenti), le modalità deontiche saranno a loro volta concepite come “operatori”, cioè come espressioni mediante le quali si “fanno operazioni” sulle proposizioni.

Pertanto possiamo rappresentare i conseguenti di norme di condotta come combinazioni di modalità deontiche e di proposizioni. Se simbolizziamo le modalità deontiche con le lettere maiuscole “O” per obbligatorio, “V” per vietato, “P” per permesso, e “F” per facoltativo; se inoltre introduciamo un simbolo artificiale “ \neg ” per la negazione (“non”) e se infine simbolizziamo le proposizioni con le lettere minuscole “p”, “q”, “r”, “s”, etc; il conseguente della norma di condotta può essere rappresentato nel seguente modo:

Op (E’ obbligatorio che...)
Vq (E’ vietato che...)
Pr (E’ permesso che...)
Fs (E’ facoltativo che...)
O \neg p (E’ obbligatorio che non...)
V \neg q (E’ vietato che non...)

Norme imperative: le norme che qualificano la condotta obbligatoria o vietata (comandi e divieti, rispettivamente).

Norme permissive: le norme che qualificano la condotta permessa (in senso stretto) o facoltativa (norme permissive e facoltizzanti, rispettivamente).

2. Il significato dei termini deontici

Per chiarire il significato dei termini che esprimono modalità deontiche sono necessarie tre osservazioni:

- 1) I termini deontici sono strumenti linguistici utili a qualificare, ma non a denotare, comportamenti umani (e a convogliare emozioni ed atteggiamenti umani sopra i comportamenti così qualificati). Essi sono sprovvisti di riferimento semantico: non denotano oggetti, eventi o proprietà osservabili. Servono ad istituire una connessione normativa tra un soggetto (destinatario della norma) ed un comportamento (oggetto della norma).
- 2) Per questa ragione i termini deontici non possono essere definiti facendo ricorso a termini non deontici. In altre parole nel definire di un termine deontico non possono comparire termini fattuali, non deontici e d’altro canto non può comparire un altro termine deontico. I termini deontici sono **interdefinibili**: possono solo essere definiti l’uno per mezzo dell’altro.
- 3) Uno qualunque dei termini deontici può essere usato come termine primitivo, indefinito, per definire tutti gli altri (con l’ausilio della negazione). Per definire i termini deontici occorre senz’altro rinunciare a definirne uno affidando alla comprensione intuitiva del suo significato ed usarlo per definire i rimanenti.

Per esempio se viene usato “obbligatorio” come termine indefinito, si avranno le seguenti definizioni dei termini rimanenti:

Vp = O \neg p (“Vietato che...” significa “Obbligatorio che non...”)
Pp = \neg O \neg p (“Permesso che...” significa “Non obbligatorio che non...”)
Fp = \neg Op (“Facoltativo che...” significa “Non obbligatorio che...”)

Se invece viene usato come termine indefinito “permesso”, le definizioni dei termini rimanenti saranno:

Op = \neg P \neg p (“Obbligatorio che...” significa “Non permesso che non...”)
Vp = \neg Pp (“Vietato che...” significa “Non permesso che...”)
Fp = P \neg p (“Facoltativo che...” significa “Permesso che non...”)

3. Norme imperative e norme permissive nei sistemi normativi

Norme imperative e norme permissive svolgono negli ordinamenti ordinativi funzioni diversi:

- Al livello delle **ordinarie norme di condotta** rivolte ai cittadini, le **norme imperative** svolgono una funzione primaria, mentre le **norme permissive** svolgono una funzione secondaria: un ipotetico ordinamento normativo costituito di sole norme permissive a stento sarebbe riconoscibile come un ordinamento della condotta. In assenza di obblighi e divieti infatti, un tale ordinamento sarebbe

pressoché indistinguibile da uno “stato di natura” caratterizzato dall'assenza di qualsivoglia norma di condotta: uno stato nel quale ogni comportamento è permesso: più precisamente nello “stato di natura” (in assenza di qualsivoglia ordinamento giuridico) ogni comportamento sarebbe permesso “in senso debole”, come si usa dire; ossia permesso non perché vi sia una norma che espressamente lo qualifichi tale, ma semplicemente perché non vi è alcuna norma che lo vieti. Sotto questo profilo, le norme imperative svolgono una funzione costitutiva negli ordinamenti normativi: non vi è ordinamento normativo senza norme imperative. D'altro canto negli ordinamenti normativi empirici le norme permissive trovano il loro uso tipico nell'una o nell'altra delle due funzioni seguenti (o eventualmente in entrambe): per un verso le norme permissive sono impiegate per rimuovere precedenti obblighi, entro quegli ordinamenti che includono il principio cosiddetto della **lex posterior** (qualificare permesso o facoltativo un comportamento per l'innanzi obbligatorio o vietato produce l'abrogazione o la deroga della norma che lo comandava o vietava). Per un altro verso, le norme permissive servono a prevenire o comunque ad invalidare, l'istituzione di obblighi (in particolare: obblighi di omettere) da parte di autorità normative subordinate, entro quegli ordinamenti informati al principio della **lex superior**, quegli ordinamenti in cui le norme sono gerarchicamente ordinate (ad esempio se una costituzione rigida qualifica permesso un dato comportamento, sarebbe invalida una legge ordinaria che pretendesse di vietarlo).

- Al livello delle **norme sulla produzione normativa** (norme non su comportamenti, ma su atti normativi), le **norme permissive** adempiono invece ad una funzione primaria, mentre le **norme imperative** giocano un ruolo secondario. Le norme permissive infatti sono strumenti per istituire autorità normative (ad esempio per conferire ad un organo il potere legislativo) mentre le norme imperative servono a limitare o delimitare l'autorità normativa conferita (ad esempio a circoscrivere il potere del legislatore).

4. Norme imperative e norme sanzionatorie

Sanzione: la privazione coercitiva di un bene, quale la vita, la libertà o la proprietà.

Vi è una duplice relazione logica tra norme imperative - comandi e divieti - e sanzioni:

- **Divieti e sanzioni:** nel linguaggio dei legislatori raramente i divieti sono espressamente formulati come tali: “Nelle circostanze x, è vietato y”, “Nelle circostanze w, è vietato z”. Le norme penali sono normalmente formulate come **norme sanzionatorie**, i.e. norme che connettono ad un qualche comportamento una sanzione. Norme di questo genere sono sì imperative, ma sono rivolte agli organi dell'applicazione, e segnatamente ai giudici, non ai cittadini: non vietano (ai cittadini) di uccidere uomini, ma comandano (ai giudici) di sanzionare gli omicidi. Se ne potrebbe concludere che l'ordinamento semplicemente non include il divieto di omicidio (ovvero il comando di non uccidere). Ma pare più sensato ritenere che la norma che vieta l'omicidio sia logicamente implicita nella norma che lo punisce: che il divieto - il comando di non fare - sia logicamente implicito nella norma sanzionatoria. Ciò suppone che tra divieti e sanzioni vi sia la seguente relazione logica: se una condotta è sanzionata, allora è vietata. La **sanzione** è condizione sufficiente di un divieto. Sicché quando si sia formulata una norma che connette una sanzione ad una data condotta, la ulteriore norma che qualifica proibita la condotta in questione è superflua. Non vi è sanzione senza divieto.
- **Comandi e sanzioni:** può accadere che un legislatore formuli un comando “Nelle circostanze x è obbligatorio y” senza tuttavia riconnettere alcuna sanzione alla sua violazione. Tra comandi e sanzioni sussiste la seguente relazione logica: se l'omissione di una condotta non è sanzionata, allora quella condotta non è **obbligatoria**. La **sanzione** è condizione **necessaria** di un comando, non vi è comando senza sanzione. Comando e sanzione si implicano reciprocamente: per un verso, non si dà sanzione senza comando (se sanzione, allora comando; per un altro verso, non si dà comando senza sanzione (se comando, allora sanzione).

5. Uso e menzione dei termini deontici

Qualunque espressione in lingua è suscettibile di due usi che vanno accuratamente tenuti distinti: può essere usata in discorso diretto, per significare ciò che quella espressione significa. Dall'altro lato può essere usata in discorso indiretto: per riferire o citare un discorso altrui. Nel primo caso si dice che il termine è usato (in senso stretto e senza ulteriori specificazioni); nel secondo si dice che il termine è non già usato, ma menzionato, ovvero usato tra virgolette. Questa distinzione è di grande rilievo nell'analisi del discorso che impiega termini deontici. Infatti altro è usare (in senso stretto) i termini deontici, altro è menzionarli. Gli enunciati nei quali il vocabolo “obbligo” è usato, ad esempio quelli di un legislatore, esprimono certo norme: direttamente prescrivono. Gli enunciati in cui “obbligo” è solo menzionato, ad esempio quelli di un giurista, non prescrivono, ma riferiscono che il legislatore ha prescritto o, eventualmente, iterano (come un'eco) le prescrizioni legislative. Ecco dunque che i termini deontici, sebbene ordinariamente siano portatori di senso normativo, possono essere impiegati anche nel discorso conoscitivo. Non è detto insomma che un enunciato deontico esprima una norma. Al contrario, si possono immaginare ben quattro possibili usi di un **enunciato deontico**:

- può essere usato per **esprimere** una norma: è in tal modo che gli enunciati deontici sono usati normalmente dai legislatori.
- può essere usato per **ribadire** o **ripetere** una norma, conferendo ad essa il proprio assenso: è in questo modo che i giudici usano talvolta enunciati deontici già formulati dal legislatore, riecheggiando così le parole della legge mentre si dispongono ad applicarla.
- può essere usato per **descrivere** il contenuto di una norma, cioè per informare che esiste. Secondo alcuni, è questo il significato degli enunciati deontici allorché sono usati da giuristi, almeno nel contesto di opere accademiche.
- può essere usato per **ipotizzare** che “esista” (sia comunemente accettata) quella tale norma. Forse è così che gli enunciati deontici sono usati, talvolta, da sociologi empirici del diritto o da antropologi.

6. Enunciati deontici in funzione conoscitiva

Quale sia il significato degli enunciati deontici quando sono impiegati - specie dai giuristi - in funzione conoscitiva è questione discussa in letteratura. La discussione si è concentrata in particolare intorno al significato degli enunciati in termini di “obbligo” (o di espressioni equivalenti).

- **La tesi predittiva:** taluni sostengono che l'enunciato (per ipotesi in funzione conoscitiva) “Tizio ha l'obbligo di fare x” è perfettamente traducibile nell'enunciato “Se non farà x, Tizio probabilmente incorrerà in una conseguenza spiacevole (una sanzione di qualche genere)”. In altre parole gli enunciati conoscitivi in termini di “obbligo” sarebbero proposizioni puramente fattuali, senza alcun riferimento a norme. In particolare, si tratterebbe di predizioni o previsioni condizionali probabilistiche - intorno a fatti futuri contingenti - suscettibili di verifica o falsificazione. Secondo questo modo di vedere, vi è una relazione concettuale (pertanto necessaria) tra obbligo e sanzione. Non vi è obbligo senza sanzione. La tesi predittiva, se intesa come tentativo di spiegare l'uso comune di “obbligo” in contesti conoscitivi, presta il fianco ad alcune critiche. In primo luogo si può sostenere, ed è stato sostenuto, che la tesi in esame chiarisca non tanto il significato di “avere un obbligo”, quanto piuttosto il significato di “essere obbligato (costretto)”. In secondo luogo, non pare ridondante dire che Tizio ha un obbligo e aggiungere che Tizio probabilmente incorrerà in una sanzione qualora non tenga

la condotta richiesta. In terzo luogo, non pare contraddittorio, secondo il comune modo di esprimersi, dire che Tizio ha un obbligo, ma che, tuttavia, probabilmente non sarà affatto punito (dal momento che riuscirà a sfuggire alla sanzione).

- **La tesi normativa:** altri ritengono che la traduzione appropriata dell'enunciato "Tizio ha l'obbligo di fare x" sia tutt'altra: "Esiste una norma che comanda a Tizio di fare x". In altre parole gli enunciati conoscitivi in termini di "obbligo" sarebbero proposizioni né fattuali né predittive, bensì proposizioni esistenziali sull'esistenza di norme. Secondo questo modo di vedere, non vi è relazione concettuale necessaria tra obbligo e sanzione. Possono darsi obblighi senza sanzioni. Rispetto alla precedente, questa tesi cattura forse taluni usi effettivi di "obbligo" nel linguaggio ordinario. Tuttavia, occorre notare che tale spiegazione si affida, purtroppo ad una nozione alquanto sfuggente ed equivoca qual è la nozione di "esistenza di una norma". Che significa questa locuzione? Di fatto essa è usata ed intesa in almeno due modi differenti: taluni (**normativisti**) ritengono che una norma esista allorché è stata validamente emanata. Tal'altri (**realisti**) ritengono che una norma esista allorché è prevedibile che ad essa le corti daranno applicazione in futuro. E naturalmente, se si accoglie questa seconda nozione di "esistenza di una norma" si torna, per vie traverse, alla tesi predittiva. D'altra parte gli enunciati in cui "obbligo" si riferisce all'esistenza di una norma raramente hanno senso puramente conoscitivo. Solitamente tali enunciati presuppongono (o senz'altro esprimono) l'accettazione della norma cui si riferiscono: sono usati, cioè per iterare - ripetere come un'eco - l'obbligo in questione, e per giustificare una conclusione apertamente normativa. Per esempio "Tizio aveva l'obbligo di fare x. Non ha fatto x. Quindi deve essere punito".

Queste due tesi intorno al significato di "obbligo" nel discorso conoscitivo sottendono due distinte teorie della **scienza giuridica**. La contrapposizione tra queste due teorie costituisce il filo conduttore del dibattito sulla scienza giuridica nella letteratura del secolo scorso. La **tesi predittiva** non è che un frammento della **teoria realistica** della scienza giuridica. Secondo questa teoria, la scienza giuridica dovrebbe, come ogni altra scienza sociale empirica, studiare il comportamento umano (in quanto comportamento produttivo di norme e/o guidato da norme). In particolare sarebbe compito dei giuristi studiare la condotta dei giudici (ossia le decisioni giurisprudenziali) e formulare previsioni verificabili intorno alle loro probabili decisioni future.

La **tesi normativa** è un frammento della **teoria normativistica** della scienza giuridica. Secondo questa teoria, la scienza giuridica dovrebbe limitarsi a descrivere il contenuto di norme. Sarebbe compito dei giuristi fare esattamente quel che già solitamente fanno: interpretare il discorso delle autorità normative e svolgerne le implicazioni.

La **teoria realistica** è essenzialmente una filosofia della scienza (una meta-scienza) prescrittiva. Essa non descrive la scienza giuridica così com'è, ma anzi propone ai giuristi un modello di scienza (ricalcato su quello delle scienze naturali) piuttosto difforme dalla loro prassi scientifica effettiva (il tentativo di prevedere le decisioni giudiziali è caratteristico piuttosto della professione forense).

La teoria **normativistica** si atteggia a meta-scienza descrittiva, che cerca di analizzare e chiarire le operazioni intellettuali che i giuristi di fatto già compiono.



VII. Principi

1. Regole v. principi

In dottrina e ancor più in teoria generale del diritto, si usa dire che ogni sistema giuridico include due tipi di norme: **regole e principi**. La distinzione ha rilievo non solo teorico, ma anche dogmatico, a causa di numerose disposizioni di diritto positivo vigente che, per l'appunto, fanno riferimento ai principi in quanto cosa distinta delle rimanenti norme. Vedi ad esempio art. 117, comma 3, cost.; art. 1, comma 3, legge 131/2003; art. 12, comma 2, disp. prel. cod. civ. La distinzione tra principi e regole dipende dai concetti impiegati: dal concetto di regola e dal concetto di principio.

Si può convenire che **una regola** sia un enunciato condizionale che connette una qualunque conseguenza giuridica ad una classe di fatti: "Se F, allora G". La conseguenza giuridica in questione può essere una sanzione, la nascita di un obbligo o di un diritto, la validità o invalidità di un atto, etc.

Il concetto di **principio** è alquanto più complicato e controverso: si può avanzare la congettura che i giuristi considerino principio ogni norma che presenti congiuntamente due caratteristiche:

- abbia carattere fondamentale;
- sia affetta da una particolare forma di indeterminatezza.

2. I principi in quanto norme fondamentali

Ogni complesso di norme, accomunate da uno stesso oggetto di disciplina, presuppone e sottintende dei valori, delle scelte politiche caratterizzanti, delle idee di giustizia: dato un qualsivoglia complesso di norme si considerano **principi** quelle norme che incorporano tali valori, sentimenti di giustizia, decisioni politiche.

Ad esempio, il principio di tutela della buona fede fonda e giustifica le disposizioni sull'errore quale causa di annullamento del contratto (art. 1428 cod. civ.), le disposizioni sugli effetti della simulazione rispetto ai terzi ed ai creditori (artt. 1415 e 1416 cod. civ.) le disposizioni che limitano la opponibilità a terzi della modificazione o revoca della procura (art. 1396 cod. civ.) etc.

I **principi** sono **norme fondamentali** in quanto:

- danno **fondamento** e/o **giustificazione assiologica** (etico-politica) ad altre norme (solitamente ogni principio costituisce fondamento assiologico di una molteplicità di altre norme).
- **non hanno o non richiedono a loro volta alcun fondamento assiologico**, alcuna giustificazione etico-politica, poiché sono percepite, nella cultura giuridica esistente, come norme evidentemente "giuste" o "corrette".

I principi sono norme che, agli occhi di chi parla, rivestono una speciale "importanza", ovvero appaiono come norme "caratterizzanti" dell'ordinamento o di una sua parte, essenziali alla sua identità o fisionomia assiologica. Si pensi per esempio in diritto costituzionale al principio della separazione dei poteri, in diritto civile al principio dell'autonomia privata, in diritto penale al principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", nell'ordinamento giuridico complessivo al principio "lex posterior derogat priori" o al principio di irretroattività delle leggi.

3. I principi in quanto norme indeterminate

La seconda caratteristica riguarda il contenuto delle norme e/o la loro struttura logica.

Un **principio** è una **norma indeterminata**, una indeterminatezza peculiare, che può assumere almeno tre forme distinte:

- la fattispecie aperta;
- la "defettibilità" (defeasibility) o "derogabilità";
- la genericità.

I **principi in quanto norme a fattispecie aperta**: le regole sono norme con antecedente "chiuso" (a fattispecie chiusa), mentre i principi sono norme con antecedente "aperto" (a fattispecie aperta). L'antecedente (la fattispecie) di una norma è chiuso (chiusa), allorché la norma **enumera esaustivamente** i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica che essa stessa dispone. Per contro, l'antecedente (la fattispecie) è aperto, allorché **la norma non enumera esaustivamente i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica corrispondente**. L'antecedente di una norma è chiuso nello stesso senso in cui può dirsi chiusa una enumerazione esaustiva (o tassativa), aperto nello stesso senso in cui può dirsi aperta una enumerazione meramente esemplificativa.

I **principi in quanto norme defettibili**: le regole sono norme **indefettibili**, mentre i principi sono norme **defettibili o derogabili** (defeasible). Una norma è indefettibile allorché non ammette eccezioni o non ammette altre eccezioni oltre a quelle eventualmente stabilite in modo espresso nella norma stessa o in altre norme dello stesso ordinamento. Per contro, una norma è defettibile allorché ammette eccezioni implicite, non stabilite nella norma stessa né in alcuna altra norma dell'ordinamento e pertanto totalmente indeterminate. Una norma defettibile non può essere applicata mediante un semplice ragionamento deduttivo, infatti una norma che ammette eccezioni implicite non specificate non si applica a tutti i fatti cui si riferisce l'antecedente sicché il verificarsi di uno dei fatti contemplati nell'antecedente non è condizione sufficiente perché segua la relativa conseguenza giuridica.

I **principi in quanto norme generiche**: le regole sono norme precise, circostanziate, mentre i principi sono norme **generiche**. Una norma "precisa" e dunque una "regola" è una norma immediatamente suscettibile di applicazione a casi concreti: una norma che può essere utilizzata come premessa maggiore nel sillogismo giurisdizionale. Una norma generica è una norma che:

- esige la formulazione di altre norme che la concretizzino, le diano attuazione o esecuzione senza di che non sarebbe atta a risolvere casi concreti;
- può essere attuata, eseguita o concretizzata in molti modi diversi e alternativi.

4. Classificazioni di principi

I principi costituiscono una categoria eterogenea sotto diversi profili:

- **Principi costituzionali e principi di rango legislativo:** nell'ordinamento vigente i principi costituzionali, essendo la costituzione rigida e perciò sovraordinata alla legge, sono assolutamente vincolanti per il legislatore (un esempio è il principio di irretroattività in materia penale: art. 25 comma 2 cost.); mentre i principi legislativi possono essere derogati o abrogati dalla legge stessa. La Corte costituzionale ritiene che, nell'ambito dei principi costituzionali, ve ne siano alcuni, i cosiddetti **principi supremi** dell'ordinamento, che sono assolutamente immutabili, sicché non possono essere derogati, abrogati, o sovvertiti in alcun modo (legittimo), neppure da leggi di revisione costituzionale, e pertanto sono in un certo senso "sovra-costituzionali".
- **Principi generali in senso stretto e principi settoriali:** i **principi generali in senso stretto** sono principi che abbracciano l'intero ordinamento, mentre i **principi settoriali** sono quelli che riguardano solo un suo specifico settore o addirittura una singola materia. I **principi generali in senso stretto** (che non necessariamente coincidono con i "principi generali" cui si riferisce l'art. 12 comma 2 disp. prel. cod. civ.) sono per lo più al tempo stesso principi costituzionali. Si possono menzionare quali esempi: l'eguaglianza (art. 3 comma 1 cost.), la libertà personale (art. 13 comma 1 cost.), il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 comma 1 cost.), la libertà d'impresa (art. 41 comma 1 cost.). Ma non mancano principi generali di rango semplicemente legislativo: ad esempio il principio di irretroattività fuori della materia penale (art. 11 comma 1 disp. prel. cod. civ.) o il principio "lex posterior derogat priori" (art. 15 disp. prel. cod. civ.). Tra i **principi settoriali**, quelli cioè che caratterizzano un settore particolare dell'ordinamento: il diritto civile, il diritto amministrativo, il diritto processuale, il diritto penale, il diritto del lavoro, ve ne sono alcuni di rango costituzionale, altri di rango legislativo. Ad esempio in diritto amministrativo ha rango costituzionale il principio di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione (art. 97 comma 1 cost.) mentre ha rango legislativo il principio del giusto procedimento; in diritto del lavoro ha rango costituzionale il principio di parità (di diritti e di retribuzione) tra lavoratrici e lavoratori (art. 37 comma 1 cost.), mentre ha rango legislativo il principio cosiddetto del "favor" (art. 2077 cod. civ.); in diritto processuale ha rango costituzionale il principio del "giudice naturale" (art. 25 comma 1 cost.), mentre ha rango legislativo il principio "dispositivo" (che si ricava negli artt. 2907 e 2967 cod. civ., dagli artt. 99 ss cod. proc. civ., dalla disciplina della transazione, artt. 1965 ss. cod. civ.).
- **Principi espressi e principi inespressi o impliciti:** **principi espressi** sono quelli che sono esplicitamente formulati in una apposita disposizione normativa (costituzionale o legislativa) dalla quale possono essere ricavati (come qualsiasi altra norma) mediante interpretazione. Nell'ambito dei principi espressi ve ne sono alcuni che sono esplicitamente qualificati come "principi" dalla stessa autorità normativa che li ha formulati. L'esempio più ovvio è costituito dagli artt. 1-11 della costituzione che per l'appunto si auto-denominano "Principi fondamentali". Le disposizioni che esplicitamente si presentano come principi vanno tenute distinte dalle disposizioni che non esprimono esse stesse dei principi ma in vario modo fanno riferimento a principi. Ne sono esempi l'art. 117 comma 3 cost. e l'art. 12 comma 2 disp. prel. cod. civ. **Principi inespressi** sono quelli "privi di disposizione", ossia non esplicitamente formulati in alcuna disposizione normativa (costituzionale o legislativa) ma elaborati o "costruiti" dagli interpreti. S'intende che gli interpreti, allorché formulano un principio inespresso, non si atteggiano a legislatori, ma assumono che tale principio sia implicito, latente, nel discorso delle fonti. I principi inespressi tuttavia sono frutto non propriamente di interpretazione (in senso stretto, cioè ascrizione di senso a specifici testi normativi) ma di **costruzione giuridica**, ossia di **integrazione del diritto** ad opera degli interpreti. Essi sono desunti dagli operatori giuridici: ora da singole regole, ora da insiemi più o meno vasti di regole, talvolta dall'ordinamento giuridico nel suo complesso. Da una o più regole si desume, o per meglio dire si costruisce, un principio inespresso mediante una congettura intorno alla ratio, alla ragion d'essere, allo scopo, delle regole in questione. Il principio così costruito altro non è che una norma teleologica, ossia una norma che prescrive il raggiungimento di un fine, del tipo "Si deve tutelare chi agisce in buona fede nei rapporti contrattuali" la quale costituisce giustificazione assiologica delle regole da cui si sono prese le mosse. Ad esempio in diritto civile sono espressi il principio dell'autonomia privata (art. 1322 cod. civ.), il principio "neminem laedere" (art. 2043 cod. civ.), il principio di libertà delle forme negoziali (art. 1325 cod. civ.); mentre è inespresso il principio di tutela della buona fede che si desume da varie disposizioni del codice civile. Sono anche principi espressi dell'ordinamento vigente: il principio di eguaglianza (art. 3 comma 1 cost.); il principio di irretroattività della legge penale (art. 25 comma 2 cost.); il principio cosiddetto di stretta interpretazione della legge penale (art. 1 cod. pen. e art. 14 disp. prel. cod. civ.); il principio di legalità nella giurisdizione (art. 101 comma 2 cost.). Per contro sono principi inespressi il principio di tutela della buona fede, il principio dispositivo nel processo civile, il principio di conservazione dei documenti normativi, il principio di separazione dei poteri.

VIII. Situazioni giuridiche soggettive

La “dimensione soggettiva” delle norme

Situazione giuridica soggettiva: l'attributo ascrivito da una norma ad un soggetto. I termini che denotano situazioni giuridiche soggettive, come autorità, capacità, competenza sono strumenti atti sia a formulare, sia a rappresentare il contenuto di norme giuridiche, riguardate appunto nella loro dimensione soggettiva. Secondo un'analisi le situazioni giuridiche soggettive sono riducibili a diverse combinazioni o aggregati di otto situazioni elementari:

- **Pretesa**
- **Obbligo**
- **Libertà**
- **Non pretesa**
- **Potere**
- **Soggezione**
- **Incompetenza**
- **Immunità**

Queste situazioni giuridiche sono **elementari** in due sensi:

- ciascuna di esse non è ulteriormente scomponibile in situazioni più semplici;
- esse possono essere tra loro variamente combinate in modo tale da dar luogo a situazioni giuridiche complesse.

E' **complessa** una situazione giuridica soggettiva che consta di una pluralità di situazioni elementari aggregate o combinate. Sono situazioni complesse molte di quelle che vanno sotto il nome di “diritto soggettivo”.

Le otto situazioni elementari possono essere disposte in due classi:

- Le **situazioni giuridiche primarie:** quattro situazioni soggettive utili a raffigurare il contenuto di comuni **norme di condotta**, quelle che disciplinano il comportamento dei cittadini.
- Le **situazioni giuridiche secondarie:** utili a raffigurare il contenuto di **norme sulla produzione giuridica**, quelle che disciplinano le modalità per creare e modificare le stesse norme di condotta. Come le norme secondarie hanno ad oggetto la creazione di norme primarie, così le situazioni giuridiche secondarie hanno ad oggetto situazioni giuridiche primarie.

Situazioni elementari istituite da norme di condotta: sono situazioni soggettive che rappresentano il contenuto di norme di condotta:

- **Obbligo:** è la situazione giuridica di un soggetto al quale sia rivolta una norma imperativa (un comando o un divieto).
- **Pretesa:** è la situazione giuridica di un soggetto al quale una norma (autorizzatrice) consenta di esigere l'adempimento di un obbligo da parte di un altro soggetto.
- **Libertà:** sia la situazione giuridica di un soggetto al quale una norma permissiva o facoltizzante consenta di tenere un dato comportamento, sia la situazione giuridica di un soggetto al quale nessuna norma imperativa imponga di tenere un dato comportamento.
- **Non pretesa:** sia la situazione giuridica di un soggetto al quale una norma esplicitamente neghi o sottragga una pretesa (precedentemente conferita), sia la situazione giuridica di un soggetto al quale nessuna norma esplicitamente attribuisca una pretesa.

La libertà e la non pretesa sono situazioni prive di autonomia concettuale: la **libertà** è l'assenza di **obblighi** e la **non pretesa** è l'assenza di **pretese**.

Situazioni elementari istituite da norme sulla produzione giuridica:

- **Potere (o competenza):** è la situazione giuridica “secondaria” di un soggetto al quale una norma (autorizzatrice) consente di creare o modificare situazioni giuridiche “primarie” in capo a sé stesso e ad altri soggetti; si dice **potere** la situazione giuridica di un soggetto il quale sia **autorizzato** a creare per sé e per altri nuovi obblighi e pretese, come pure a privare sé ed altri di obblighi e pretese preesistenti.
- **Soggezione:** è la situazione giuridica “secondaria” di un soggetto la cui situazione giuridica “primaria” possa essere modificata da un altro soggetto.
- **Incompetenza:** è l'assenza di potere. Può derivare sia dall'esistenza di una norma che privi quel soggetto di un potere precedentemente conferitogli, sia dall'assenza di qualsivoglia norma che gli conferisca potere.
- **Immunità:** è l'assenza di soggezione. Può derivare sia dall'esistenza di una norma che lo liberi da una precedente soggezione, sia dall'assenza di qualsiasi norma che gli imponga una soggezione.

L'incompetenza e l'immunità sono prive di autonomia concettuale: l'**incompetenza** è l'assenza di **poteri**, l'**immunità** è l'assenza di **soggezione**.

Rapporto giuridico: ogni relazione tra due soggetti che sia istituita da norme giuridiche.

Tutti i tipi di rapporti giuridici possono essere ricondotti a due tipi elementari o a diverse combinazioni di questi due tipi:

- **quello istituito da comuni norme di condotta**, ad esempio un rapporto di credito. Si instaura un rapporto di credito tra due soggetti, Tizio e Caio, ogni qualvolta una prima norma imponga a Tizio l'obbligo di tenere una certa condotta, ed una seconda norma conferisca a Caio una pretesa corrispondente;
- **quello istituito da norme sulla produzione giuridica**, ossia da norme che disciplinano la produzione di norme di condotta, ovvero la creazione di obblighi e pretese, è quel che si dice un **rapporto di potere**. Si instaura un rapporto di potere tra due soggetti, Sempronio e Mevio, ogniqualvolta una prima norma conferisca a Sempronio il potere (o la competenza) di creare obblighi e pretese in capo a Mevio, ed una seconda norma imponga a Mevio una soggezione corrispondente.

IX. Diritti

1. Ambiguità di diritto soggettivo

- talvolta il diritto di cui si parla ha ad oggetto un comportamento del suo stesso titolare: è il diritto di tenere un certo comportamento.
- altre volte ha ad oggetto il comportamento di un altro soggetto: è il diritto di ottenere che altri tengano un certo comportamento.
- altre volte il diritto di cui si parla ha ad oggetto situazioni giuridiche proprie e altrui: è il diritto di creare, modificare ed estinguere obblighi e diritti.
- a volte il diritto ha ad oggetto non un comportamento ma, almeno all'apparenza, una "cosa".

2. Ambiguità degli enunciati su diritti (ascrivere, rivendicare, descrivere diritti)

Un enunciato del tipo "I soggetti S hanno il diritto D" può essere usato per compiere atti linguistici diversi:

- nel contesto di un **documento normativo** - un testo formulato da un'autorità normativa - l'enunciato è un **enunciato prescrittivo**: esso esprime una norma, la quale positivamente ascrive (conferisce) un certo diritto a una classe di soggetti;
- nel contesto di un **documento politico**, ad esempio il programma politico di un partito o di altra associazione, le dichiarazioni programmatiche di un presidente del consiglio di fronte alle camere, lo stesso enunciato non ascrive, ma **rivendica un diritto**. Gli enunciati che rivendicano diritti sono enunciati del discorso prescrittivo che si riferiscono secondo i casi:
 - ad un **diritto positivo** (positivamente ascritto da una norma giuridica) di cui si lamenta la violazione e di cui si richiede il libero esercizio o la tutela;
 - ad un **diritto morale** di cui si richiede il riconoscimento e la tutela da parte dell'ordinamento giuridico positivo;
- nel contesto di un' **opera dottrinale**, ad esempio un manuale di diritto costituzionale, l'enunciato in questione **descrive una norma** ascrivita di un diritto. Quali siano le condizioni di verità di un enunciato siffatto è discutibile per la ragione seguente:
 - taluni ritengono che un diritto (soggettivo) possa dirsi "esistente" alla sola condizione che esista una norma - espressa o implicita - che lo conferisca. Un diritto è infatti una situazione soggettiva (vantaggiosa) conferita da una norma: non vi sono diritti senza norme che li conferiscano. Si può convenire che esistano non solo diritti legali, ma anche diritti morali. Anche i diritti morali sono diritti conferiti da norme, morali. Se ad esempio una norma statuisce che "Tutti hanno diritto alla felicità", allora è per ciò solo vera la proposizione (normativa) che tutti hanno diritto alla felicità;
 - altri pensano che un diritto non possa dirsi esistente se non alla duplice condizione che esista una norma che lo conferisce e che esistano altresì una o più norme ulteriori che istituiscano meccanismi istituzionali atti ad assicurarne il godimento e a proteggerlo.

3. Il diritto soggettivo come libertà e come immunità

Quando si parla di un diritto soggettivo che ha ad oggetto un comportamento del suo stesso titolare, l'espressione **diritto soggettivo** può essere usata per designare almeno due distinte situazioni soggettive: la **libertà** e l'**immunità**.

Libertà: (si chiama anche **facoltà** e/o permesso) è la situazione giuridica di un soggetto sul quale non gravi alcun obbligo (con riguardo ad una determinata azione). Si distingue:

- **libertà in senso forte**: per riferirsi alla situazione giuridica di un soggetto al quale una specifica norma permissiva e/o facoltizzante consenta di tenere un dato comportamento; in questo caso il diritto soggettivo è una situazione giuridica **positivamente ascritta** ad un soggetto da una norma, che gli consente di tenere un certo comportamento;
- **libertà in senso debole**: per riferirsi alla situazione giuridica di un soggetto al quale nessuna norma imperativa comandi o proibisca di tenere quel comportamento.

I diritti soggettivi che hanno ad oggetto un comportamento dello stesso titolare possono essere agevolmente classificati a seconda che il comportamento in questione sia un'**azione** (si parla in tal caso di **permessi**) o una **omissione** (si parla di **facoltà**).

Nel linguaggio corrente dei giuristi si possono riconoscere almeno cinque concetti di **libertà**:

- **Permesso debole**: un comportamento si dice comunemente **libero** quando è non proibito. In questo senso la proposizione normativa "Secondo il diritto vigente il comportamento x è libero" è vera in due circostanze:
 - allorché l'ordinamento non include la norma "E' proibito x";
 - allorché l'ordinamento si include una norma che abroga un divieto precedente ("La norma 'è proibito x' è abrogata").
- **Permesso forte**: un comportamento si dice altresì **libero** quando l'ordinamento include una norma permissiva del tipo "E' permesso il comportamento x."
- **Libertà in senso pieno**: un comportamento si dice **libero in senso pieno** allorché è sia permesso, sia facoltativo: quando è permessa sia la sua commissione, sia la sua omissione. Ma, tenendo conto che sia la commissione sia l'omissione di un comportamento possono essere tanto permesse in senso debole, quanto permesse in senso forte, si possono dare due situazioni normative distinte:
 - **libertà in senso forte**: l'ordinamento include sia una norma N1 che qualifica permesso il comportamento in questione ("Permesso x"), sia una norma N2 che qualifica facoltativo il medesimo comportamento ("Permesso non x");
 - **libertà in senso debole**: l'ordinamento non include né una norma che qualifichi obbligatorio quel dato comportamento, né una norma che lo qualifichi proibito. Ma naturalmente è possibile che l'ordinamento qualifichi permessa la commissione di un certo comportamento, e non qualifichi in alcun modo la sua omissione, ovvero qualifichi permessa la sua omissione, nulla dicendo della sua commissione.
- **Libertà protetta del primo tipo**: una libertà può dirsi protetta quando l'ordinamento includa sia una norma che qualifica libero (i.e. permesso e facoltativo) un dato comportamento, sia una norma che proibisca ogni interferenza materiale con la sua commissione od omissione.
- **Libertà protetta del secondo tipo**: una libertà può dirsi protetta quando l'ordinamento includa sia una norma che qualifica libero (i.e. permesso e facoltativo) un dato comportamento, sia una norma che proibisca qualunque interferenza normativa con quel comportamento, ossia inibisca ai pubblici poteri di proibirne vuoi la commissione, vuoi la omissione.

Immunità: è concetto **relazionale**, significa assenza di **soggezione** di un soggetto nei confronti di un altro. Si distingue:

- **immunità in senso forte:** per riferirsi alla situazione giuridica di un soggetto al quale una norma positivamente conferisca una immunità: ad esempio ai sensi dell'art. 16 cost., i cittadini sono immuni da restrizioni della libertà di circolazione e soggiorno determinate da ragioni politiche; tutti sono immuni da norme penali statuite da fonti diverse dalla legge (art. 25 cost.);
- **immunità in senso debole:** per riferirsi alla situazione giuridica di un soggetto al quale nessuna norma imponga una soggezione, chiunque è immune nei confronti di qualunque soggetto al quale nessuna norma conferisca un potere.

4. Il diritto soggettivo come pretesa

Pretesa: quando si parla di un **diritto soggettivo** che ha ad oggetto il comportamento di un soggetto diverso dal suo stesso titolare. Un esempio è il diritto di credito. Il diritto soggettivo in questo senso è un **concetto relazionale**, giacché denota una **relazione** tra due distinti soggetti: il titolare della pretesa e il soggetto su cui grava un obbligo corrispondente. La norma che conferisce una pretesa ad un certo soggetto implica una norma che impone un obbligo ad un diverso soggetto. Anche i diritti soggettivi che hanno ad oggetto il comportamento di un soggetto diverso dal titolare possono essere classificati a seconda che il comportamento in questione sia **un'azione** o **un'omissione**. Non vi è un senso debole di "pretesa": non si danno pretese - né obblighi - "in natura", non vi sono pretese in assenza di norme che le conferiscano, così come non vi sono obblighi in assenza di norme che li impongano. Una **pretesa**, come un obbligo, può solo essere creata da una **norma**.

5. Il diritto soggettivo come potere

Potere: quando si parla di un **diritto soggettivo** che ha ad oggetto altre **situazioni giuridiche** (proprie o altrui). **Potere** è la capacità giuridica, ossia conferita dal diritto oggettivo, di modificare la situazione giuridica propria o altrui, cioè la capacità di creare, modificare o estinguere obblighi e diritti. Le **pretese** sono correlate ad **obblighi**; il **potere**, per contro, è correlato non ad un obbligo, ma ad una **"soggezione"**: soggezione ad un potere è la possibilità di subire una modificazione della propria situazione giuridica ad opera di altri.

6. Il diritto soggettivo come situazione complessa

Quando si parla di un diritto soggettivo che ha ad oggetto non il comportamento di un altro soggetto, bensì una cosa - si allude ai "diritti reali" - l'espressione diritto soggettivo designa una **situazione giuridica complessa**, che risulta dalla combinazione di una molteplicità di situazioni soggettive elementari.

Ad esempio il diritto di proprietà è l'insieme delle molteplici situazioni giuridiche del proprietario, un insieme di diverse libertà (di agire, di omettere), di poteri (di disporre), di immunità (da atti di disposizione altrui) e di pretese (a comportamenti omissivi altrui).

Anche i **diritti costituzionali di libertà** (la libertà di riunione, la libertà di associazione, la libertà di manifestazione del pensiero) ne fanno parte, infatti:

- autorizzano i cittadini a tenere un certo comportamento (diritto nel senso di libertà);
- negano al legislatore il potere di vietare giuridicamente tale comportamento (diritto nel senso di immunità);
- conferiscono ai cittadini la pretesa ad una condotta omissiva da parte del potere esecutivo (il quale ha l'obbligo di non impedire materialmente il comportamento in questione).

7. Diritti di "secondo grado"

Tra i diritti ve ne sono alcuni che sono funzionalmente connessi ad altri ad esempio:

- **Il diritto costituzionale all'eguaglianza:** (art. 3 comma 1 cost.) è il diritto ad un eguale trattamento giuridico, ha ad oggetto una eguale distribuzione dei diritti (senza distinzioni di sesso, razza, lingua, religione).
- **Il diritto d'azione:** ossia il diritto di agire in giudizio è funzionale alla tutela di un altro diritto, che si pretende violato.
- **Il potere:** consiste nella capacità di modificare i diritti propri e altrui.

Sono tutti e tre diritti di **secondo grado** rispetto ai diritti che ne sono oggetto: meta-diritti, diritti concernenti diritti.

8. I diritti come situazioni soggettive tutelate

Una **situazione giuridica tutelata** risulta dalla **coniunzione** di **due distinte situazioni soggettive**:

- una qualsivoglia **situazione soggettiva** (libertà, immunità, pretesa...);
- **il diritto di azione**, ossia il meta-diritto di rivolgersi ad un organo giurisdizionale per ottenere tutela della situazione soggettiva in questione e/o per ottenere riparazione alla sua violazione.

9. La fonte dei diritti

Sono **diritti costituzionali** quelli conferiti dalla costituzione.

Sono **diritti legali** quelli conferiti dalla legge.

Sono **diritti contrattuali** quelli che nascono da contratti.

La distinzione tra **diritti legali** e **diritti costituzionali** riveste un'importanza cruciale negli ordinamenti giuridici a **costituzione rigida**. Giacché se la costituzione è rigida, la legge ordinaria è gerarchicamente subordinata ad essa e pertanto non è autorizzata a toccare in alcun modo le norme costituzionali. Il diritto soggettivo conferito dalla costituzione non può essere limitato, sospeso, modificato o soppresso dalle leggi ordinarie.

Per conferire un diritto è sufficiente una norma fraseggiata, invece per garantire un diritto occorre disporre dei congegni atti a proteggerlo: la **garanzia di un diritto non può essere disposta da quella stessa norma che lo conferisce**. Può solo essere disposta da un'altra norma ("secondaria") la quale istituisca meccanismi atti a prevenire la violazione della prima, ovvero preveda rimedi per il caso che la prima sia comunque violata.

10. Diritti fondamentali

Sono i diritti conferiti dalla costituzione, sono diritti dei privati cittadini nei confronti (principalmente) dello Stato, ossia nei confronti degli organi che esercitano le diverse funzioni statali (legislativa, esecutiva, giurisdizionale).

Nell'ambito dei diritti di fonte costituzionale è opportuno introdurre due distinzioni:

La prima distinzione attiene al **contenuto dei diritti**: i diritti conferiti dalla costituzione si distinguono in **diritti di libertà** e **diritti sociali**:

- **Diritti di libertà**: un diritto costituzionale di libertà, ad esempio il diritto di associazione (art. 18 cost.), il diritto di riunione (art. 17 cost.), è una **combinazione di diritti distinti**: libertà di tenere un certo comportamento, immunità da divieti del legislatore, pretesa che l'esecutivo ometta di impedire materialmente il comportamento in questione.
- **Diritti sociali**: i diritti sociali, ad esempio il diritto al lavoro (art. 4 comma 1), il diritto alla salute (art. 32 comma 1) possono essere configurati come altrettante pretese, cui corrisponde un obbligo dello Stato: l'obbligo di adottare leggi, atti amministrativi, e comportamenti materiali idonei a soddisfare tali pretese. L'obbligo di adottare leggi, che incombe sul legislatore, è un obbligo la cui violazione è priva di sanzione: non vi sono rimedi efficienti all'eventuale inadempimento del legislatore.

La seconda distinzione attiene alla **titolarità dei diritti**: si distinguono in **diritti dell'uomo** e **diritti del cittadino**.

- **Diritti dell'uomo**: i diritti che la costituzione conferisce indistintamente a tutti gli uomini, come il **diritto di professare la propria fede religiosa** (art. 19), il **diritto di manifestare il proprio pensiero** (art. 21 comma 1), il **diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi** (art. 24 comma 1).
- **Diritti del cittadino**: i diritti che la costituzione conferisce solo ai cittadini come il **diritto all'eguale trattamento** (art. 3 comma 1), il **diritto di riunione** (art. 17 comma 1), il **diritto di associazione** (art. 18 comma 1), il **diritto di voto** (art. 48 comma 1).

11. L'interesse legittimo

L'espressione **interesse legittimo** si riferisce nell'uso comune ad almeno due situazioni giuridiche soggettive dei privati cittadini nei confronti della pubblica amministrazione:

- **interesse occasionalmente protetto o interesse pretensivo**: la situazione di colui che non vanta una pretesa ad un atto amministrativo a lui favorevole ma vanta la pretesa che l'amministrazione, nell'eventuale negarglielo, agisca conformemente alla legge, nonché l'ulteriore pretesa qualora l'amministrazione abbia violato la legge, che l'atto amministrativo a lui sfavorevole (la mancata concessione, la mancata nomina, etc.) sia annullato e l'eventuale danno risarcito. L'**interesse occasionalmente protetto** è una situazione giuridica complessa, un aggregato di situazioni elementari che include:
 - la **pretesa alla legalità dell'atto amministrativo** (la pretesa che l'amministrazione sia rispettosa della legge);
 - la **pretesa all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo**;
 - la **pretesa al risarcimento del danno ingiusto eventualmente causato dall'atto illegittimo**.
- **Diritto affievolito (o degradato) o interesse oppositivo**: la situazione di chi, essendo titolare di un diritto soggettivo sacrificato da un atto amministrativo illegittimo, vanta la pretesa che l'atto in questione sia annullato e il danno risarcito. Il **diritto affievolito** è anch'essa una situazione giuridica complessa che include:
 - l'**immunità da atti amministrativi illegittimi**;
 - la **pretesa all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo**;
 - la **pretesa al risarcimento del danno ingiusto eventualmente patito a causa dell'atto illegittimo**.

Parte Seconda Dinamica del Diritto

I. Norme sulla produzione giuridica

1. Il diritto disciplina la propria creazione

Il diritto include, accanto alle comuni norme di condotta rivolte ai cittadini, una serie di norme secondarie che disciplinano la creazione e l'applicazione del diritto stesso da parte degli organi dello stato.

Le **norme sulla produzione giuridica in senso stretto** hanno **carattere formale**, nel senso che non riguardano il contenuto della normazione futura ma stabiliscono soltanto:

- **quale organo** sia competente a creare ed abrogare norme (per esempio art. 70 cost.);
- **con quali procedimenti** esso debba esercitare tale competenza (per esempio art. 72 cost.).

Norme sulla produzione giuridica in senso lato: le norme che limitano (o predeterminano) il contenuto della normazione, come l'art. 3 comma 1, art. 16 comma 1, art. 25 comma 2 cost.). Hanno carattere **materiale** o **sostanziale** giacché attengono precisamente al contenuto della normazione futura.

Per semplicità circoscriviamo il discorso alle norme costituzionali vigenti relative alla legislazione statale, le quali ovviamente non esauriscono il genere delle norme sulla produzione giuridica, ma ne costituiscono esempi paradigmatici.

La classe delle **norme formali sulla legislazione** comprende:

- le norme che **conferiscono competenza legislativa**;
- le norme che disciplinano l'esercizio di tale competenza, ossia le **norme sul procedimento legislativo**.

Norme di competenza: è un esempio di norma di competenza l'art. 70 cost. il quale conferisce alle Camere il potere legislativo a livello statale. Altri esempi sono l'art. 138 cost che conferisce ancora alle Camere il potere di revisione costituzionale, l'art. 121 comma 2 cost. che conferisce ai Consigli regionali il potere legislativo a livello regionale, l'art. 64 comma 1 cost. che conferisce a ciascuna Camera il potere regolamentare interno. Ciascuna norma di competenza conferisce il potere di creare una **specifico fonte del diritto**, ossia un documento normativo provvisto di un nome proprio, un **nomen juris** (come ad esempio "legge ordinaria statale", "legge costituzionale", "legge regionale", "regolamento parlamentare") cui corrisponde un dato regime giuridico.

Ogni **norma di competenza** presenta un duplice aspetto:

- **autorizza** un organo a creare un certo tipo di fonte;
- **definisce**, o meglio contribuisce a definire, la fonte in questione.

Norme sul procedimento: sono norme che disciplinano le modalità di esercizio di una competenza normativa tutte quelle che determinano il **procedimento di formazione** del tipo di fonte cui si riferiscono. Così ad esempio gli artt. 64 comma 3 e 72 cost. disciplinano il procedimento di formazione della legge ordinaria statale, l'art. 138 disciplina il procedimento di formazione delle leggi costituzionali, l'art. 64 comma 1 disciplina il procedimento di formazione dei regolamenti parlamentari.

Le **norme procedurali** presentano un duplice aspetto:

- **prescrivono** l'adozione di un determinato procedimento per la creazione di una determinata fonte;
- **definiscono** o meglio contribuiscono a definire, la fonte in questione.

II. Fonti legali

1. Il concetto di fonte legale

Le norme sulla produzione giuridica dispongono, quale conseguenza giuridica di certi fatti, la nascita di norme giuridiche, ossia la nascita di nuovo diritto. Data una norma che presenti la struttura "Se F, allora G" per esempio "Se il soggetto S statuisce x, allora x è diritto" dove l'**antecedente** (F) si riferisca ad una **classe di fatti** qualsivoglia e il **conseguente** (G) si riferisca alla **produzione di diritto**, la **classe di fatti F costituisce fonte del diritto**.

Vi sono almeno due modi standard di formulare norme sulla produzione giuridica:

- Un primo modo consiste nel conferire ad un qualche soggetto **potere legislativo** o **regolamentare**, ossia il potere di creare documenti che portino il nome di "leggi" o "regolamenti", essendo scontato che documenti con questi nomi esprimano norme (generali e astratte) i.e. regole di condotta.
- Un secondo modo consiste nell'attribuire ad un qualche soggetto il **potere di disciplinare** o **regolare** alcunché, essendo scontato che disciplinare o regolare un qualsivoglia oggetto consista precisamente nel dettare norme (generali e astratte) i.e. regole di condotta.

2. Autorità, procedimenti, documenti

Nel processo di produzione del diritto si possono distinguere non meno di tre elementi costitutivi:

- un'**autorità normativa**: un soggetto investito del potere (o della competenza) di creare diritto, ad esempio l'organo legislativo;
- un **procedimento normativo**: una sequenza di atti il cui esito è la produzione di diritto, ad esempio il procedimento legislativo;
- un **testo o documento normativo**: il prodotto o risultato di un procedimento normativo, ad esempio una legge.

Il termine **fonte** (sottinteso di produzione) può essere usato per riferirsi indifferentemente ai procedimenti e/o ai documenti normativi che ne scaturiscono.



III. Fonti originarie

1. Norme originarie e norme derivate

Norme originarie: le norme la cui appartenenza all'ordinamento non dipende dalla previa esistenza di altre norme. Sono le norme costituzionali, sono frutto dell'esercizio di potere costituente, ossia di un potere **extra ordinem**, non conferito né disciplinato da alcuna norma preesistente.

Norme derivate: sono tutte le altre norme, la cui esistenza riposa sulla previa esistenza di altre norme.

Questa distinzione si applica anche alle norme sulla produzione giuridica:

- **norme originarie:** sono quelle che conferiscono e disciplinano il potere legislativo (i.e. quelle il cui insieme costituisce la "costituzione materiale" dell'ordinamento)
- **norme derivate:** sono quelle che conferiscono e disciplinano poteri regolamentari.

A questo sembra illudere la dottrina italiana quando, nell'ambito delle fonti legali, distingue tra **fonti primarie** (la legge e gli atti ad essa equiparati) e **fonti secondarie** (il regolamento): sono **fonti primarie** quelle istituite da **norme originarie** (i.e. costituzionali), sono **fonti secondarie** quelle istituite da **norme derivate** (i.e. legislative).

2. Fondazione di norme

Una norma è **derivata**, cioè dipendente da un'altra norma, allorché trova **fondamento** in quest'ultima. Che una norma dia fondamento ad un'altra può dirsi in due sensi diversi: il primo allude alla **dinamica** dell'ordinamento (fenomeni di produzione del diritto), il secondo alla sua **statica** (contenuto dell'ordinamento, quale si presenta in un momento dato).

- Una prima norma N1 dà fondamento **dinamico** a una seconda norma N2, allorché N2 è stata creata da un'**autorità normativa A** istituita da N1. N1 è una norma di competenza che conferisce ad un'autorità A il potere di creare N2 ed A è precisamente l'autorità creatrice di N2. E' tesi generalmente accettata, dopo Kelsen, che gli ordinamenti giuridici siano dotati di una struttura piramidale: la norma N3 trae fondamento dinamico da N2; N2 trova fondamento dinamico in N1, questa a sua volta trova fondamento dinamico da N0 (in ipotesi: suprema). La norma N0 è, in ipotesi, priva di qualunque fondamento dinamico. Ciò significa che N0 è una norma creata non già da un potere giuridico o "legale", ossia "costituito", conferito da una norma giuridica, bensì da un potere costituente, un potere di fatto. La norma N0, non essendovi norme ad essa superiori, è la norma suprema dell'ordinamento: è la sua prima costituzione. Tutte le rimanenti norme dell'ordinamento dipendono da N0. La norma N0 non dipende da alcuna altra norma: essa è, in questo senso, una norma "indipendente".
- Una prima norma N1 dà fondamento **statico** ad una seconda norma N2, allorché, in sede interpretativa, N2 è derivabile con strumenti logici (i.e. deduttivi) o argomentativi (i.e. non deduttivi) da N1.

3. Fonti originarie e fonti derivate

Fonti originarie: quei fatti, non previsti da alcuna norma previa, che danno vita alla prima costituzione dell'ordinamento. In ciascun ordinamento la fonte originaria è frutto di **potere costituente**: un potere né conferito né disciplinato da alcuna norma, un potere di fatto, **extra ordinem**. Le norme prodotte da fonti originarie sono norme originarie.

Fonti derivate (legali): quei fatti che sono oggetto di disciplina da parte di una qualche norma sulla produzione giuridica. Le fonti legali, ad esempio leggi e regolamenti, sono frutto di poteri costituiti, ossia conferiti e disciplinati da norme preesistenti. Le norme prodotte da fonti legali sono norme derivate: derivate **dinamicamente** dalle norme sulla produzione che danno loro fondamento.

4. Criteri di appartenenza all'ordinamento

Le **norme derivate** appartengono all'ordinamento in virtù delle norme sulla produzione che ne disciplinano la creazione e in quanto siano state create, almeno prima facie, conformemente ad esse. Criterio di appartenenza all'ordinamento delle norme derivate è dunque la **conformità** alle norme sulla produzione giuridica.

Le **norme originarie** appartengono all'ordinamento perché lo definiscono, ne determinano i confini e in quanto siano effettive. Criterio di appartenenza delle norme originarie è l'**effettività**, ma la prima costituzione, ossia l'insieme delle norme originarie, si considera nel suo complesso effettiva anche se non tutte le sue norme sono effettive singolarmente prese.

5. L'effettività delle norme costituzionali di competenza

Norma effettiva: una norma che è generalmente obbedita (**eseguita** se è un **comando positivo**, **osservata** se è un **comando negativo** o **divieto**). Questo concetto di effettività si attaglia solo alle norme in senso stretto, comandi e divieti, mentre non conviene alle costituzioni. Le quali, pur potendo certo includere anche comandi e divieti, per ipotesi contengono norme sulla produzione giuridica. Tanto che, secondo un certo modo di vedere, una costituzione (in senso materiale o sostanziale) altro non è che un insieme di norme sulla legislazione. In particolare le norme sulla produzione giuridica che conferiscono competenze normative non possono sensatamente dirsi effettive in questo medesimo senso, poiché non sono né comandi, né divieti. In relazione a norme di questo tipo il concetto di effettività esige una ridefinizione:

Una **norma di competenza** può dirsi effettiva alla duplice condizione che:

- la competenza normativa da essa conferita sia realmente esercitata;
- le prescrizioni (norme in senso stretto) prodotte nell'esercizio di quella competenza siano effettive nel senso corrente, ossia generalmente obbedite.

IV. Atti e fatti normativi

Atti normativi: quei comportamenti che producono norme in modo consapevole e intenzionale.

Fatti normativi: quei comportamenti che non siano consapevolmente e intenzionalmente produttivi di norme.

Se si conviene che le norme siano enunciati del discorso prescrittivo, allora è ovvio che ogni comportamento intenzionalmente produttivo di diritto sia un comportamento linguistico. La produzione intenzionale di diritto consiste nella formulazione di testi o documenti normativi: un documento normativo non è che un insieme di enunciati in lingua di significato prescrittivo.

Gli **atti normativi** sono atti linguistici e il diritto prodotto da atti normativi è diritto formulato e solitamente scritto.

Sono **fatti normativi** quei comportamenti umani che producono norme giuridiche senza tuttavia formularle espressamente in disposizioni. Il diritto prodotto da fatti normativi è, almeno all'apparenza, diritto "non formulato" e pertanto non scritto.

1. Atto normativo

L'espressione **atto normativo** è soggetta ad almeno due usi distinti:

- In un primo senso designa un'**azione**: un agire produttivo di norme, quale ad esempio il legiferare.
- In un secondo senso designa il risultato o **prodotto dell'agire**: la legge stessa.

2. Fatto normativo

L'espressione **fatto normativo** è solitamente usata in riferimento a tre tipi di oggetti alquanto eterogenei:

- quei comportamenti umani che producono norme in modo inconsapevole e inintenzionale. Ad esempio gli usi o consuetudini;
- le fonti cosiddette "**extra ordinem**", ossia quei fatti originari che, benché illegittimi o comunque non previsti come produttivi di diritto dalle vigenti norme sulla produzione giuridica, danno vita a norme che, di fatto, ricevono accettazione ed osservanza da parte dei loro destinatari e si impongono come norme vigenti in virtù del **principio di effettività**;
- gli **atti normativi di ordinamenti esterni**, diversi da quello italiano (l'ordinamento internazionale, l'ordinamento comunitario) le cui norme siano occasionalmente suscettibili di applicazione sull'ordinamento interno, in virtù del rinvio operato da norme interne. Ad esempio sono fatti normativi in questo senso gli atti normativi stranieri di cui alla legge 218/1995; le fonti di norme internazionali generalmente riconosciute di cui all'art. 10 comma 1 cost; le fonti comunitarie (o europee).

3. La consuetudine

Nell'ordinamento vigente la **consuetudine** costituisce **fonte legale** di diritto in virtù dell'art. 1 disp. prel. cod. civ.

Il termine **uso** è la denominazione adottata dal codice civile per denotare la consuetudine.

Deve intendersi per **consuetudine** una **prassi sociale** (un comportamento abituale socialmente condiviso) costante, ripetuta per lungo tempo, accompagnata dalla credenza che tale prassi sia conforme ad una norma vincolante.

Così intesa la **consuetudine** consta della combinazione di due elementi:

- un **elemento materiale**: un comportamento esteriore osservabile;
- un **elemento psicologico**: una credenza, un atteggiamento normativo.

L'idea che una certa condotta sia doverosa o permessa si manifesta esteriormente ogniqualvolta gli interessati impleghino, in relazione ad essa, espressioni valutative e/o prescrittive: ad esempio esigendo che gli altri si comportino in quel certo modo ("Tu devi...", "Io ho diritto") approvando coloro che si comportano nel modo atteso ("E' giusto, corretto..."), criticando i comportamenti devianti ("E' ingiusto, sbagliato...").

4. Fonti "extra ordinem"

Fonti extra ordinem: tutti quei fatti che, pur non essendo previsti come fatti produttivi di diritto dalle norme sulla produzione giuridica, danno vita a norme che, di fatto, ricevono egualmente accettazione ed osservanza da parte dei loro destinatari e si impongono come norme giuridicamente esistenti in virtù del cosiddetto **principio di effettività**.

Si dice **principio di effettività** quella regola in virtù della quale:

- una norma deve considerarsi **giuridicamente esistente**, anche se non risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente, qualora sia generalmente accettata ed osservata dai suoi destinatari;
- una norma **non può considerarsi giuridicamente esistente**, anche se risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente, qualora non sia per nulla accettata e osservata dai suoi destinatari.

Nel caso di un fatto normativo previsto dall'ordinamento quale fonte (legale) di diritto, abbiamo un comportamento abilitato dal diritto a creare norme valide. Nel caso delle **fonti extra ordinem**, abbiamo un comportamento o un insieme di comportamenti i quali, benché illegittimi o comunque non previsti dall'ordinamento, riescono tuttavia a creare norme effettive, ossia effettivamente accettate ed osservate. Tali norme non sono giuridiche, non appartengono all'ordinamento, secondo i criteri di esistenza delle norme propri dell'ordinamento vigente nel momento in cui vengono create, ma acquisiscono esistenza giuridica ex post: o sulla base del principio di effettività, o sulla base dei criteri di giuridicità propri di un ordinamento nuovo e diverso, che di fatto si sostituisca al vecchio.

V. La legge

1. Varietà di usi del termine legge

Il termine **legge** è comunemente usato sia in riferimento a **fenomeni normativi** (quali il diritto e la morale), sia in riferimento a **fenomeni non normativi** (naturali, sociali, economici).

Quando è usato in riferimento a **fenomeni non normativi** il termine **legge**:

- talvolta designa una **regolarità**, ossia il ripetersi regolare di eventi o comportamenti;
- talvolta designa l'**enunciato scientifico**, tecnicamente la **proposizione**, che descrive tale regolarità;
- spesso designa indistintamente e confusamente entrambe le cose.

Quando è usato in riferimento a **fenomeni normativi**, lo stesso termine designa:

- occasionalmente un **singolo enunciato prescrittivo** (una disposizione);
- più comunemente un **insieme di enunciati prescrittivi** (un testo o documento normativo).

2. Legge in senso generico

Nel linguaggio comune il termine **legge** è impiegato in due modi leggermente diversi:

- talvolta **legge** è impiegato come sinonimo di **diritto** (in senso oggettivo);
- talaltra **legge** è impiegato come sinonimo di **fonte del diritto**.

3. “Legge” in senso formale e in senso materiale

Nella storia del pensiero giuridico moderno il termine legge si trova impiegato in almeno 3 sensi diversi:

- **Legge in senso formale**: qualunque atto o documento che, del tutto indipendentemente dal suo contenuto normativo, promana dall'organo cui la costituzione attribuisce la funzione legislativa e goda perciò di un peculiare regime giuridico. In questo senso la **legge** si distingue dal punto di vista **organico** tanto dagli atti dell'esecutivo (comunemente detti “ordinanze” e/o “decreti”), quanto dagli atti del giudiziario (“sentenze”).
- **Legge in senso materiale**:
 - in un primo senso si dice **legge materiale** qualunque atto o documento che, del tutto indipendentemente dall'organo da cui promana e dal regime giuridico che lo contraddistingue, esprima **norme generali e astratte**. La legge così intesa è “una regola generale, ossia una prescrizione che non ha ad oggetto né un caso particolare ed attuale, né certe persone determinate, ma che è emanata per essere applicata in futuro a tutti i casi e a tutte le persone che ricadono nelle previsioni astratte del testo normativo”. In questo senso la legge si distingue da ogni provvedimento a contenuto individuale e concreto, quale che sia l'organo da cui promana (provvedimenti amministrativi, sentenze, ma anche atti dell'organo legislativo che siano privi di generalità e astrattezza).
 - in un secondo senso si dice **legge materiale** qualunque atto o documento che, del tutto indipendentemente dall'organo da cui promana e dal regime giuridico che lo contraddistingue, disciplini la condotta dei cittadini. Così intesa la legge è “ogni regola, prescrizione o provvedimento che modifichi o innovi la situazione giuridica dei privati, creando per essi nuovi obblighi o facoltà”. In questo senso la legge si distingue da ogni atto, anche a contenuto generale e astratto, che non incida (almeno: non direttamente) sulle situazioni giuridiche soggettive, obblighi e diritti, dei cittadini. Così intesa la legge non ha necessariamente contenuto generale e astratto, dal momento che la situazione giuridica di un privato può essere modificata anche da una prescrizione individuale in deroga ad una regola generale precedente.

4. Il principio di legalità

Il **principio di legalità** è il principio di **soggezione** alla **legge** dei **pubblici poteri**.

La soggezione alle legge dei pubblici poteri si atteggia diversamente a seconda di quel che si intende per **legge** e per **pubblici poteri**:

- Si può intendere **legge** nel senso tecnico di **legge formale** (ordinaria), ossia di atto dell'organo rappresentativo che è titolare della funzione legislativa. Così inteso - soggezione dei pubblici poteri agli atti del parlamento - il principio di legalità è un corollario di quella dottrina politica che vede nella legge (formale) l'espressione della volontà generale e vede negli organi rappresentativi cui è attribuita la funzione legislativa i titolari della sovranità, del sommo potere. In questo senso il principio di legalità vale per il potere **giurisdizionale** e per il **potere esecutivo**, ma non può valere per il potere legislativo, il quale non incontra limiti di sorta. Quindi se **legge** denota la **legge formale**, allora **pubblici poteri** denota l'**esecutivo e il giudiziario**, ma non il legislativo. Laddove il principio di legalità vale nei confronti dei poteri esecutivo e giurisdizionale, abbiamo a che fare con uno **stato di diritto**.
- Si può intendere **legge** nel senso di **legge materiale**, nel senso di norma o insieme di norme giuridiche generali e astratte, da qualunque fonte esse provengano. Così inteso - soggezione dei pubblici poteri al diritto oggettivo - il principio di legalità può estendersi anche al **potere legislativo**, che pur non essendo soggetto alla legge formale, può essere soggetto a norme di rango costituzionale, a condizione che la costituzione sia rigida. Sicché se **legge** denota il **diritto oggettivo**, **pubblici poteri** denota **tutti i poteri dello stato** indistintamente. In questo senso il principio di legalità è un corollario di quella dottrina politica che vede nella costituzione l'espressione della “sovranità”, sicché il potere legislativo, lungi dall'essere illimitato, incontra dei limiti costituzionali. Laddove il **principio di legalità si estende a tutti e tre i poteri dello stato**, abbiamo a che fare con uno **stato costituzionale di diritto**.

La **soggezione alla legge** si atteggia diversamente a seconda del potere statale di cui si parla.

La **soggezione alla legge in senso materiale**, ossia propriamente alla costituzione del potere legislativo è il **principio di legittimità costituzionale**, in virtù del quale la **legge**:

- deve essere approvata nelle forme stabilite dalla costituzione;
- deve disporre entro l'ambito materiale di competenza determinato dalla costituzione;

- non può disporre in contrasto con la costituzione.

La soggezione alla legge (formale) del potere giurisdizionale, o principio di legalità della costituzione, consiste nel dovere incondizionato di applicare la legge. Ogni provvedimento giurisdizionale deve essere fondato su una specifica norma di legge e deve essere materialmente conforme alla legge; in nessun caso i giudici sono autorizzati a rifiutare l'applicazione della legge.

La soggezione alla legge (formale) del potere esecutivo è il principio di legalità propriamente detto.

Per i **privati cittadini**, almeno per quanto riguarda il diritto penale, vale il principio di libertà, "tutto ciò che non è espressamente vietato è implicitamente permesso".

Per l'**amministrazione** vale il principio opposto "tutto ciò che non è espressamente autorizzato è implicitamente vietato": questo è il **principio di legalità in senso stretto**. In virtù di tale principio, ogni atto dell'amministrazione che incida unilateralmente sull'uno o l'altro diritto soggettivo dei cittadini deve essere non solo conforme alla legge, ma autorizzato dalla legge.

Ogni **atto amministrativo** presenta due distinte condizioni di validità:

- deve essere **fondato su una norma costitutiva attributiva di potere**;
- deve essere **conforme alle norme (regolative) che ne disciplinano la forma e il contenuto**.

BetaOmegaChi

Parte Quarta L'architettura dell'ordinamento

I. Concetti di ordinamento

In letteratura si incontrano due diversi modi di concepire l'**ordinamento giuridico**:

- un **insieme di norme**;
- un **complesso di istituzioni**.

1. L'ordinamento come insieme di norme

Nell'uso comune dei giuristi e delle stesse fonti del diritto il vocabolo **norma** è ambiguo:

- talora è usato per denotare gli **enunciati in lingua** che si incontrano nel discorso delle fonti;
- talaltra è usato per denotare il **contenuto di significato di tali enunciati**;
- spesso è usato per denotare indistintamente l'una cosa e l'altra.

Chiameremo **disposizioni** gli enunciati del discorso delle fonti e **norme in senso stretto** il loro **contenuto di senso**, quale risulta dall'interpretazione.

Alla luce di questa distinzione il primo concetto di **ordinamento**, inteso come **insieme di norme**, può essere concepito come insieme di:

- **disposizioni**;
- **norme propriamente intese**.

Questi due concetti di ordinamento altro non sono che due diversi concetti di **diritto**, i quali corrispondono a due diversi livelli di analisi del diritto stesso:

- ad un livello di analisi superficiale il **diritto** si presenta come un insieme di **testi normativi**, il diritto è il "discorso del legislatore" (in senso materiale): nulla più che un insieme di disposizioni, enunciati in lingua. Tuttavia le disposizioni sono equivoche: ammettono interpretazioni sincronicamente diverse e confliggenti, e diacronicamente mutevoli. Ogni diversa interpretazione ricava da una medesima disposizione un diverso significato, ossia una **diversa norma**. Di modo che il contenuto normativo dei testi normativi è destinato a mutare al mutare dell'interpretazione dominante o consolidata, senza che mutino le cosiddette fonti del diritto, cioè i testi medesimi. Inoltre il diritto è affollato di norme **inespresse**, costruite dagli interpreti con opportuni procedimenti argomentativi.
- Ad un livello di analisi più profondo il **diritto** si presenta come un insieme di **significati**: il **diritto** è un insieme di **norme propriamente dette** che sono il prodotto di tre diversi fattori, a diverso modo **nomopoietici**, ossia produttivi di norme: la **legislazione** (creazione di testi normativi), l'**interpretazione** (attribuzione di significato a tali testi), nonché la **costruzione giuridica** (elaborazione di norme inesprese).

II. Gerarchie normative

Ogni ordinamento giuridico moderno ha una **struttura gerarchica**:

- **Kelsen** concepisce un solo tipo di relazione gerarchica tra norme: quella che intercorre tra le norme sulla produzione giuridica e le norme prodotte in accordo con esse. In questo senso ad esempio le norme costituzionali sulla legislazione sono sovraordinate alla legislazione stessa: per ragioni concettuali quindi anche se la costituzione è flessibile.
- **Merkel** concepisce anche un secondo tipo di relazione gerarchica: la relazione che intercorre tra due norme allorché una di esse non può validamente essere contraddetta, derogata o abrogata dall'altra. Per quanto riguarda i rapporti tra costituzione e legislazione, tale relazione sussiste solo se si dà una certa relazione non concettuale ma giuridica: solo se la costituzione è rigida.

D'altra parte la relazione tra norme sulla produzione giuridica e norme prodotte in accordo con esse è spesso riguardata come una **relazione logica**: quel tipo di relazione che sussiste tra due livelli di linguaggio (un meta-linguaggio e il suo linguaggio-oggetto).

Le norme sulla produzione giuridica sono "norme su norme", i.e. vertono sulle norme alla cui produzione si riferiscono.

A ben vedere però le norme sulla produzione hanno ad oggetto non propriamente norme, ma atti normativi, atti di produzione di norme. Questo modo di vedere confonde la relazione tra norme sulla produzione e norme prodotte con una relazione diversa: quella che sussiste tra due norme allorché l'una verte metalinguisticamente sull'altra, parla dell'altra menzionandola: ad esempio la relazione tra una norma abrogatrice e la norma da essa abrogata.

Inoltre tutti sembrano supporre che le relazioni gerarchiche preesistano all'interpretazione, sicché gli interpreti non possono fare altro che prenderne atto.

1. Teoria delle gerarchie normative

In tutti gli ordinamenti giuridici evoluti le norme sono legate tra di loro da molteplici vincoli di gerarchia. Se ne possono distinguere 4 tipi:

Gerarchie strutturali o formali: attinenti alla **struttura** (dinamica) **dell'ordinamento**: sono quelle individuate da Kelsen che intercorrono tra le norme sulla produzione giuridica e le norme la cui produzione è da quelle disciplinate. Due norme intrattengono tra di loro una relazione gerarchica strutturale o formale, allorché una di esse è una norma che disciplina la produzione dell'altra. Anche in regime di costituzione flessibile le norme costituzionali sulla legislazione, quelle che conferiscono potere legislativo e ne disciplinano le modalità di esercizio, sono strutturalmente sovraordinate alle norme legislative. Analogamente le norme che conferiscono una delega legislativa (art. 76 cost.) in un potere regolamentare (art. 17 legge 400/1988) sono strutturalmente sovraordinate alle norme del relativo decreto delegato e rispettivamente alle norme regolamentari. Si tratta di una gerarchia **formale** nel senso che non influisce in alcun modo sul contenuto della norma inferiore. Ad esempio le norme costituzionali che conferiscono al parlamento la funzione legislativa e quelle che disciplinano il procedimento di formazione delle leggi nulla dicono intorno al contenuto delle leggi future.

Gerarchie materiali o sostanziali: attinenti al **contenuto** delle norme, sono quelle che intercorrono tra due norme allorché una terza norma statuisce che una delle prime due è invalida qualora confligga con l'altra. E' ciò che in dottrina si usa chiamare **gerarchia delle fonti**. La gerarchia in questione ha carattere **materiale** ossia **contenutistico**, dal momento che influisce sul contenuto della norma inferiore. Essa consiste nel fatto che la norma inferiore non può assumere un contenuto confliggente con quello della norma superiore.

Gerarchie logiche o linguistiche: attinenti cioè al **linguaggio**, sono quelle che intercorrono tra due norme allorché l'una verte (metalinguisticamente) sull'altra. Sono esempi paradigmatici di norme che menzionano altre norme le norme di abrogazione espressa nominata, le norme di interpretazione autentica, le norme di rinvio. Appartengono al genere delle metanorme anche le norme sanzionatrici (le quali sono logicamente sovraordinate alle norme di condotta la cui violazione sanzionano), le definizioni legislative (le quali sono logicamente sovraordinate alle norme contenenti il termine o sintagma definito), le norme che determinano l'ambito di efficacia di altre norme (le quali sono logicamente sovraordinate a queste ultime).

Gerarchie assiologiche: attinenti ai **valori**, sono quelle che intercorrono tra due norme allorché l'interprete attribuisce ad una di esse un valore superiore a quello dell'altra. La relazione gerarchica assiologica non dipende dal contenuto delle norme coinvolte: sussiste solo in virtù di un **giudizio** di valore dell'interprete. Tale giudizio di valore può essere sottaciuto (implicito) e, quando è espresso, può assumere le forme più diverse. Un modo tipico di instaurare una gerarchia assiologica tra due norme consiste nell'attribuire ad una di esse il valore di **principio**. I principi fondamentali di una data materia (poniamo la materia dei contratti) sono assiologicamente sovraordinati alle relative norme di dettaglio (ad esempio la disciplina della compravendita o della locazione); o il principio generale di irretroattività delle leggi è assiologicamente sovraordinato alle leggi in genere. L'instaurazione di una gerarchia assiologica tra due norme produce, secondo le circostanze, l'uno o l'altro degli effetti seguenti:

- Qualora le due norme siano tra loro compatibili, instaurare tra di esse una gerarchia assiologica equivale ad affermare che:
 - tra tali norme si dà un **rapporto di giustificazione**: la norma più importante sarà considerata il **fondamento**, la giustificazione, la ratio dell'altra norma; la norma meno importante sarà considerata attuazione o concretizzazione della prima;
 - la disposizione che esprime la norma subordinata sarà modellata, con opportune tecniche argomentative, in modo da risultare il più possibile conforme a quella sovraordinata; a tal fine si useranno tecniche quali l'**interpretazione correttiva**, l'**interpretazione adeguatrice**, o l'introduzione nella norma inferiore di eccezioni implicite" (rendendola così defettibile, ossia derogando ad essa); più in generale la norma sovraordinata guiderà e influenzerà l'applicazione delle norme subordinate.
- Qualora le due norme siano in conflitto, instaurare tra di esse una gerarchia assiologica prelude:
 - talvolta alla decisione di disapplicare la norma inferiore (senza tuttavia ritenerla abrogata o invalida);
 - altre volte alla decisione di considerare invalida la norma inferiore.

2. Gerarchie normative e validità

Le gerarchie **formali** e le gerarchie **materiali** sono direttamente connesse alla **validità**: è **invalida** ogni norma la quale non sia stata prodotta in conformità alle norme ad essa formalmente sovraordinate (quelle cioè che ne disciplinano la produzione) e/o sia in contrasto con norme materialmente sovraordinate. Non vi è alcuna relazione necessaria tra la validità e le gerarchie logiche ed assiologiche, sebbene le gerarchie assiologiche siano talora trattate come gerarchie materiali.

3. Concetto di metanorma

Una **metanorma** è una norma che verte, a livello di metalinguaggio, su di un'altra norma.

Tuttavia spesso si dice **metanorma** ogni norma che disciplini la creazione del diritto, ossia la produzione di altre norme.

Questo modo di esprimersi non è del tutto corretto: le norme che disciplinano la produzione del diritto non vertono su altre norme: hanno ad oggetto atti normativi. A stretto rigore quindi il concetto di metanorma dovrebbe essere usato esclusivamente per riferirsi alle norme che menzionano altre norme.

D'altra parte occorre distinguere tra le **disposizioni giuridiche** (frammenti di testi normativi) e le norme che tali disposizioni esprimono (il contenuto di senso delle disposizioni). Ci si accorge che, propriamente parlando, la maggior parte delle metanorme vertono non su altre norme, stricto sensu, ma su disposizioni.

4. La supremazia della costituzione

Si usa dire che la **costituzione** sia la **fonte suprema dell'ordinamento**. Occorre distinguere:

- La **costituzione**, o meglio la "prima" costituzione, è fonte suprema dell'ordinamento nel senso che, per definizione, **non vi sono nell'ordinamento norme ad essa sovraordinate**, vuoi dal punto di vista **formale** (o strutturale), vuoi dal punto di vista **materiale** (o sostanziale). Per questa ragione la costituzione non può dirsi né valida né invalida. Ciò vale per qualsiasi costituzione, sia essa rigida o flessibile.
- La **costituzione** è fonte suprema dell'ordinamento nel senso che **disciplina**, direttamente o indirettamente, la **produzione di tutte le rimanenti fonti dell'ordinamento stesso**, sicché risulta ad esse strutturalmente sovraordinata. Ciò vale per qualsiasi costituzione.
- La **costituzione** può dirsi fonte suprema dell'ordinamento per intendere che **non vi è fonte nell'ordinamento che possa validamente contraddirla**. In questo senso la costituzione è **fonte materialmente sovraordinata a tutte le altre**. Questo concetto di supremazia vale solo per le costituzioni rigide.

5. Il regime giuridico delle leggi costituzionali nel diritto vigente

Nella costituzione italiana si trovano:

- una disposizione che disciplina il **procedimento di revisione costituzionale** (art. 138);
- una disposizione che **vieta la revisione costituzionale della forma repubblicana dello stato** (art. 139).

Qual'è il regime delle leggi di revisione costituzionale (LRC) nell'ordinamento vigente?

- La **gerarchia strutturale**: il potere di revisione costituzionale non è un potere costituente, è un potere costituito ossia derivato, creato dalla costituzione. La LRC è dunque una fonte che non preesiste alla costituzione: trova in costituzione il suo fondamento. Pertanto la **LRC è strutturalmente subordinata** alla costituzione, in particolare alle norme costituzionali che disciplinano la revisione: sia alla norma sul procedimento di revisione, sia a quella che vieta un certo tipo di revisione.
- La **gerarchia materiale**: la LRC è abilitata a modificare la costituzione, sicché essa è materialmente sullo stesso livello delle norme costituzionali, ad eccezione delle norme che non è autorizzata a toccare. La norma che vieta la revisione della forma repubblicana infatti pone dei limiti materiali alla LRC e quindi subordina materialmente la LRC a quelle norme costituzionali, che occorre identificare per via di interpretazione, che determinano la forma repubblicana dello stato.
- La **gerarchia assiologica**: secondo gran parte della dottrina e secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, le norme costituzionali non hanno tutte lo stesso valore. Talune norme sono più importanti delle altre: si tratta dei **principi costituzionali supremi**, che sono **assiologicamente sovraordinati** alle rimanenti norme costituzionali e quindi alle LRC. La conseguenza è che le LRC non possono toccare questi principi. Il che equivale a trasformare una gerarchia puramente assiologica, una gerarchia non già stabilita dal diritto stesso ma stipulata dagli interpreti, in una gerarchia materiale.

Per conseguenza:

- Le **due norme sulla revisione (artt. 138 e 139)** sono **strutturalmente sovraordinate alle LRC**. Ciò significa che tali norme non possono essere validamente violate dalle LRC. Quindi qualunque LRC adottata attraverso procedimenti diversi da quelli stabiliti dall'art. 138 sarebbe incostituzionale (per violazione dell'art. 138); così come sarebbe incostituzionale (per violazione dell'art. 139) qualunque LRC che pretendesse di modificare la forma repubblicana dello stato.
- Le **due norme sulla revisione**, sebbene strutturalmente sovraordinate alle LRC, **non sono materialmente sovraordinate ad esse**. Quindi queste norme non possono essere violate fino a che sono in vigore, possono però essere modificate da una LRC. Quindi una LRC adottata secondo il procedimento previsto dall'art. 138, che modificasse l'art. 138 o l'art. 139 non sarebbe incostituzionale.
- In virtù dell'art. 139 alcune norme costituzionali, quelle che identificano la forma repubblicana dello stato, non sono suscettibili di revisione costituzionale. **Tali norme sono materialmente sovraordinate alle LRC**, quindi qualunque LRC che pretendesse di sovvertirle sarebbe incostituzionale, fino a che però l'art. 139 non fosse a sua volta abrogato.
- Secondo giurisprudenza **sarebbe incostituzionale qualunque LRC che pretendesse di sovvertire i principi supremi**.

III. Validità, esistenza, efficacia

1. Validità

Si dice **valida** ogni norma, disposizione o fonte normativa la quale sia stata creata nell'osservanza di tutte le norme, formali e sostanziali, che ne disciplinano la creazione e ne circoscrivono il possibile contenuto, e che sia dunque conforme alle norme sulla produzione giuridica ad essa strutturalmente sovraordinate e compatibile con le norme ad essa materialmente sovraordinate.

Formali (strutturalmente sovraordinate) sono le norme che disciplinano la creazione di un'altra norma.

Sostanziali (materialmente sovraordinate) sono le norme che ne circoscrivono il possibile contenuto.

2. Validità formale e validità materiale

Una norma, disposizione o fonte si dice:

- **formalmente valida** quando sia stata prodotta in accordo con le norme, ad essa **strutturalmente sovraordinate**, che ne disciplinano la creazione, cioè creata dall'organo competente e secondo il procedimento prescritto;
- **materialmente valida** quando non sia incompatibile con le norme, ad essa **materialmente sovraordinate**, che ne limitano o predeterminano il possibile contenuto.

Validità designa la duplice relazione di una norma, disposizione o fonte con altre norme:

- con le **norme sulla produzione giuridica** (strettamente intese) che sono ad essa sovraordinate sotto il profilo **strutturale o formale**;
- con le norme che sono ad essa **gerarchicamente sovraordinate** sotto il profilo **materiale**.

3. Esistenza

Esistenza designa la relazione di appartenenza di una norma ad un ordinamento: si dice **esistente** in un dato ordinamento ogni norma che appartenga ad esso.

Non tutte le norme appartenenti ad un ordinamento (esistenti in esso) sono valide:

- in ogni ordinamento vi sono norme esistenti e tuttavia né valide, né invalide: perché una norma possa dirsi valida o invalida occorre che vi siano norme ad essa formalmente superiori (che ne disciplinino la creazione) e norme ad essa materialmente superiori (che ne limitino il possibile contenuto), ma in nessun ordinamento vi sono norme che regolino la creazione della costituzione e/o norme che siano materialmente sovraordinate alla costituzione. Il concetto di validità è inapplicabile alle costituzioni. Il criterio di esistenza di tali norme è il **principio di effettività**: una prima costituzione è giuridicamente esistente quando è effettiva.
- E' del tutto possibile che in un ordinamento vi siano norme invalide: tali sono ad esempio le norme espresse da leggi incostituzionali e da regolamenti contra legem, norme che possono essere applicate da giudici e funzionari amministrativi fino a che il giudice competente non ne riconosca l'invalidità. Perché una norma sia valida occorre che essa sia conforme a tutte le norme che ne disciplinano la creazione e non sia in contrasto con alcuna norma gerarchicamente sovraordinata, mentre perché una norma esista nell'ordinamento o appartenga ad esso è sufficiente che essa venga alla luce, cioè che sia creata da un'autorità normativa a prima vista competente a creare quel tipo di norma. Grossomodo l'esistenza coincide con la validità formale, spesso anche una parvenza di validità formale è sufficiente.

4. Efficacia

Nel linguaggio dottrinale il vocabolo **efficacia** è usato in due sensi principali:

- **capacità di produrre effetti giuridici**: come la qualificazione di una fattispecie, l'acquisto o la perdita di un diritto e l'irrogazione di una sanzione.
- **applicabilità**: si dice efficace una norma che può o deve essere applicata

Di regola la semplice esistenza è condizione sufficiente di efficacia.

L'intervallo temporale entro il quale una norma deve essere applicata è determinato da due serie di regole: le prime definiscono il momento in cui una norma **acquista vigore** (e dunque deve essere applicata), le seconde definiscono il momento in cui una norma **perde vigore** (e dunque non deve più essere applicata).

Nell'ordinamento vigente ciascuna **legge** entra in vigore nel momento che **essa stessa stabilisce (art. 73 comma 3 cost.)**. Le leggi che non stabiliscono nulla entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione. I **regolamenti** entrano in vigore il **quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione (art. 10 disp. prel. cod. civ.)**. Il periodo che intercorre tra la pubblicazione e l'entrata in vigore si dice **vacatio**.

Le norme possono perdere applicabilità per **annullamento** o **abrogazione**:

- **annullamento**: ha luogo quando una norma è invalida, per contrasto con una norma superiore nella gerarchia formale o materiale dell'ordinamento. L'annullamento è un atto giurisdizionale, deve cioè essere pronunciato da un giudice. Di regola l'annullamento **retroagisce**: è come se la norma annullata non fosse mai venuta alla luce, fatti salvi i rapporti esauriti;
- **abrogazione**: è frutto di una **decisione politica del legislatore**. L'abrogazione retroagisce solo quando quando ciò è espressamente stabilito dal legislatore. L'abrogazione può essere **espressa o tacita**:
 - **abrogazione espressa**: può avvenire in due modi:
 - mediante **referendum popolare abrogativo** ai sensi dell'art. 75 cost. ;
 - per **dichiarazione espressa del legislatore** (art. 15 disp. prel.) mediante la promulgazione o l'emanazione di una norma di rango legislativo;
 - **Abrogazione tacita**: si produce quando il legislatore, pur senza abrogare una vecchia norma, adotta una norma nuova incompatibile con la vecchia oppure detta una nuova disciplina per un'intera materia.

Nell'ordinamento vigente, in virtù del **principio generale di irretroattività**, le leggi di regola e i regolamenti, sempre, non hanno effetto retroattivo. Leggi e regolamenti non solo non possono essere applicati prima che siano entrati in vigore, ma neppure possono essere applicati a fattispecie nate prima della loro entrata in vigore.

Nell'ordinamento vigente il **principio di irretroattività** ha una diversa efficacia nei confronti delle diverse fonti e nei diversi settori dell'ordinamento:

- quanto alle **diverse fonti**, occorre distinguere tra **leggi** (e atti aventi forza di legge) e **regolamenti**. L'art. 11 disp. prel. cod. civ. esprime una norma di rango legislativo. Ciò implica due cose:
 - Tale norma non può essere derogata o contraddetta dai regolamenti (i regolamenti sono materialmente subordinati alla legge). Pertanto nei confronti dei regolamenti il principio di irretroattività ha valore tassativo.
 - La norma in questione può essere derogata da leggi e atti aventi forza di legge: tra fonti pari-ordinate vale il principio che la norma successiva prevale su quella antecedente, ossia deroga ad essa o senz'altro la abroga. Pertanto nei confronti delle leggi, il principio non ha valore tassativo: può essere derogato. La legge dunque può avere effetto retroattivo, sempre che il legislatore così espressamente disponga.
- quanto ai **diversi settori del diritto**, occorre distinguere tra le leggi penali e tutte le altre: la regola appena enunciata - il principio di irretroattività è derogabile dal legislatore, sicché la legge può avere effetto retroattivo - non vale per la legge penale. In **diritto penale** il principio è inderogabile poiché, in relazione alla sola legge penale, esso è ribadito da una norma costituzionale (art. 25 cost.): e le leggi non possono contraddire la costituzione. In relazione alle leggi civili, amministrative, tributarie e quant'altro vale l'art. 11 disp. prel. cod. civ. che ha rango di legge ed è dunque derogabile da leggi successive; in relazione alle leggi penali vale l'art. 25 cost. che non è derogabile da leggi successive, sicché una legge penale retroattiva sarebbe incostituzionale.

5. Vizio & Invalidità

Norma viziata: ogni norma, disposizione o fonte che non sia conforme:

- alle norme sulla produzione giuridica che ne disciplinano la creazione (**vizio formale**).
- alle norme sovraordinate che ne circoscrivono il possibile contenuto (**vizio materiale o sostanziale**).

Invalidità formale: è formalmente invalida ogni norma, disposizione o fonte che sia affetta da un **vizio formale**.

Invalidità materiale: è materialmente invalida ogni norma, disposizione o fonte che sia affetta da un **vizio materiale o sostanziale**.

Invalidità originaria: si dice originaria l'invalidità che colpisce una norma, disposizione o fonte fin dal momento della sua nascita.

Invalidità sopravvenuta: l'invalidità che colpisce una norma, disposizione o fonte, originariamente valida, in un momento successivo.

Validità designa la duplice relazione di una norma con altre norme:

- con le norme strutturalmente sovraordinate
- con le norme materialmente sovraordinate.

Cosa accade a una norma già esistente e valida quando mutino le norme ad essa strutturalmente o materialmente sovraordinate?

- il mutamento delle norme **strutturalmente sovraordinate** (le norme sulla produzione giuridica strettamente intese) non incide sulla validità - formale - della norma, disposizione o fonte di cui si tratta: essa conserva la sua validità (formale), infatti l'autorità normativa non poteva prestare osservanza a norme (sulla produzione) non ancora esistenti.
- il mutamento delle norme **materialmente sovraordinate** provoca l'invalidità - materiale - della norma: la quale non era, ma diviene invalida. Questo è il fenomeno dell'**invalidità sopravvenuta**.

Quindi mentre l'invalidità originaria può essere formale o materiale a seconda che la norma soffra di un vizio formale o materiale, l'invalidità sopravvenuta o successiva può essere solo materiale.

6. Inesistenza

Si dice **inesistente** una norma, disposizione o fonte che non risponda neppure ai requisiti minimi per essere riconosciuta come norma, disposizione o fonte appartenente all'ordinamento.

IV. I componenti degli ordinamenti

1. I componenti dell'ordinamento

I componenti di un ordinamento giuridico inteso come ordinamento normativo sono **norme**.

In questo contesto classifichiamo le norme dal punto di vista della **posizione** che occupano nella struttura dell'ordinamento:

- **norme originarie** e **norme derivate**;
- **norme formulate** e **norme inesprese**;
- **norme valide** e **norme invalide**;
- **regole** e **principi**.

2. Norme originarie e norme derivate

Norme originarie: sono le norme la cui appartenenza all'ordinamento non dipende dalla esistenza di altre norme. Tali sono le norme costituzionali.

Norme derivate: sono tutte le norme la cui esistenza riposa, dinamicamente o staticamente, sulla previa esistenza di altre norme, o perché sono state emanate da un soggetto investito di autorità normativa da una norma preesistente (**derivazione dinamica**) o perché sono conseguenza logica di norme preesistenti (**derivazione statica**).

3. Norme formulate e norme inesprese

Norme formulate: le norme che trovano espressa enunciazione in una qualche disposizione normativa.

Norme inesprese: le norme che i giuristi ricavano dalle norme formulate mediante **procedimenti argomentativi logici** (i.e. deduttivi) o **pseudo-logici** (retorici; per esempio per via di analogia).

Ogni norma inespressa è ricavata da una norma o più norme espresse mediante un ragionamento nel quale una o più norme espresse costituiscono **premesse** e la norma inespressa costituisce **conclusione**.

Occorre distinguere **tre tipi di norme inesprese**, a ciascuno dei quali corrisponde un diverso tipo di **ragionamento**:

- Vi sono norme inesprese che sono ricavate a partire da norme espresse mediante ragionamenti logicamente validi (ossia deduttivi) in cui non compaiono altre premesse che non siano norme espresse.
- Vi sono norme inesprese che sono frutto di ragionamenti tra le cui premesse figurano enunciati che non sono affatto norme espresse, ma sono piuttosto tesi dogmatiche costruite previamente e indipendentemente dall'interpretazione di qualsivoglia specifico enunciato normativo.
- Vi sono norme inesprese che sono ricavate a partire da norme espresse secondo schemi di ragionamento non deduttivi, logicamente invalidi.

4. Regole e principi

I **principi** sono norme fondamentali, nel senso che danno fondamento o giustificazione ad altre norme e sono a loro volta privi di fondamento.

I **principi** sono norme che soffrono di una peculiare forma di indeterminazione:

- talora sono norme a **fattispecie aperta**, nel senso che hanno un campo di applicazione indefinito;
- talora sono **norme defettibili**, sono soggette ad eccezioni implicite non identificabili se non all'atto dell'applicazione a casi concreti;
- talora sono **norme generiche** nel senso che da un lato esigono ulteriori norme che le specifichino o concretizzino e dall'altro sono suscettibili di molteplici concretizzazioni alternative.

V. La struttura degli ordinamenti

1. Fondazione di norme

Che una norma dia **fondamento** ad un'altra può dirsi in due sensi diversi: il primo allude alla **dinamica** dell'ordinamento (ai processi di produzione del diritto) e alle norme **espresse o formulate**, il secondo allude alla **statica** dell'ordinamento (l'ordinamento quale si presenta in un momento dato) e alle norme **inespresse**.

Le **norme** dotate di **fondamento** (statico o dinamico) sono norme **dipendenti o derivate**.

- Una norma di competenza dà **fondamento dinamico** ad un'altra norma, allorché quest'ultima è stata creata da un'autorità normativa istituita dalla prima. La struttura piramidale degli ordinamenti giuridici consiste in questo: ogni norma trova fondamento dinamico in una norma formalmente o strutturalmente superiore e questa a sua volta trae fondamento dinamico da una norma ancora superiore fino a giungere ad una norma suprema, indipendente, priva di fondamento. Le norme dotate di fondamento dinamico sono norme espresse, espressamente formulate.
- Una norma dà **fondamento statico** ad un'altra norma allorché quest'ultima sia derivabile dalla prima con strumenti logici o argomentativi. Le norme dotate di fondamento statico sono **norme inesprese**, la cui formulazione si deve non all'una o all'altra autorità normativa, ma agli interpreti (dottrina e/o giurisprudenza).

Una norma dipendente **espressamente formulata** non cessa di appartenere all'ordinamento per il fatto che sia abrogata e/o sostituita la norma di competenza da cui essa traeva fondamento.

Una norma dipendente **inespressa** fuoriesce dall'ordinamento qualora le norme da cui traeva fondamento siano abrogate e/o sostituite: in assenza delle norme usate per costruirla la sua esistenza nell'ordinamento non può più essere argomentata.

2. L'identità dell'ordinamento

Concezione sostanzialistica: costituente è quel potere che, quali che siano i suoi modi di esercizio, esprime la decisione politica fondamentale: quel potere che sceglie i principi supremi e/o caratterizzanti dell'ordinamento. **Revisione e instaurazione costituzionale** si distinguono dal punto di vista sostanziale: è mera **revisione** ogni mutamento marginale, è instaurazione ogni alterazione, sia pur legale, dell'identità assiologica della costituzione. In nessun caso può la revisione costituzionale spingersi fino a modificare i principi supremi della costituzione esistente. Tali principi sono limiti **logici** invalicabili alla revisione costituzionale.

Concezione formalistica: potere costituente è quello che, non essendo costituito, si esercita **extra ordinem**, ossia in forme illegali o comunque non legali. Ogni modificazione costituzionale attuata in forme legali, per quanto profondamente può incidere sulla costituzione, è mera **revisione**. Ogni modificazione attuata in forme illegali, per quanto marginale possa essere il mutamento, è instaurazione di una costituzione nuova. Il mutamento legale della costituzione è esercizio di un potere costituito, il suo mutamento illegale è esercizio di potere costituente.

3. Gerarchie di norme

Gerarchia formale o strutturale: tra norme sulla produzione giuridica e norme prodotte in conformità ad esse.

Gerarchia materiale o sostanziale: una prima norma è materialmente sovraordinata ad una seconda norma, allorché una terza norma stabilisca che la seconda non possa validamente contraddire la prima.

Questi due tipi di relazioni gerarchiche modellano il concetto di **validità**: la validità infatti esige la conformità alle norme **formalmente superiori** e la compatibilità con le norme **materialmente superiori**.

Gerarchia logica: tra norme e meta-norme in senso stretto. **Metanorma in senso stretto** è una norma che ha ad oggetto un'altra norma e/o la disposizione che la esprime.

Gerarchia assiologica: ossia concernente il **valore** delle norme di cui trattasi.

4. Complessità

Semplice è un ordinamento caratterizzato da un'unica autorità normativa (il sovrano) e da un'unica fonte normativa (diciamo la legge).

Relativamente complesso è un ordinamento caratterizzato da una pluralità di autorità normative gerarchicamente ordinate (per esempio il Legislativo e l'Esecutivo), ciascuna delle quali abbia il potere di emanare fonti di tipo diverso (ad esempio leggi e regolamenti) egualmente gerarchizzate (in senso materiale).

Altamente complesso è un ordinamento caratterizzato non solo da una pluralità di autorità normative gerarchizzate, ma anche da una pluralità di autorità normative pariordinate, collocate cioè all'interno di un medesimo grado gerarchico (ad esempio una pluralità di organi legislativi), ciascuna delle quali abbia la competenza esclusiva ad emanare norme su materie diverse e/o in ambiti territoriali diversi. Il regime giuridico di ogni singola fonte del diritto si caratterizza per i due tratti seguenti:

- a ciascuna **fonte** è assegnato un **ambito di competenza definito**, sicché quella fonte è competente a disciplinare certe materie e non altre, ovvero è competente ad emanare norme in un dato ambito territoriale e non in altri;
- a ciascuna **fonte** è assegnata una determinata **forza**, una peculiare collocazione nella gerarchia materiale dell'ordinamento, sicché quella fonte non può contenere norme incompatibili con quelle espresse da fonti materialmente sovraordinate.

5. Dimensione sincronica e dimensione diacronica

Sincronico è il punto di vista di chi osserva un ordinamento in un istante determinato della sua esistenza storica facendo astrazione dal suo mutare nel tempo. Sotto il profilo **sincronico**, un ordinamento si presenta come un **insieme (statico) di norme**.

Questo insieme di norme è destinato a mutare nel tempo, esso muta ogniqualvolta:

- una norma preesistente venga espulsa (mediante abrogazione o annullamento) dall'ordinamento;
- una norma nuova venga in esso introdotta;
- una norma esistente venga in esso sostituita.

Diacronico è il punto di vista di chi osserva un ordinamento nella sua evoluzione storica.

Sotto il profilo **diacronico** un ordinamento si presenta come una **sequenza dinamica di insiemi (statici o sincronici) di norme**.

Nell'uso comune la locuzione **ordinamento giuridico** è ambigua: talvolta designa un insieme sincronico di norme, talaltra designa una sequenza diacronica di insiemi normativi sincronici.

Se dal punto di vista sincronico ogni ordinamento appare come un insieme statico di norme, dal punto di vista diacronico ogni ordinamento appare come il risultato di una successione dinamica di atti normativi, ossia di atti che modificano l'insieme di norme, quale esiste in un istante dato, aggiungendo sottraendo e sostituendo norme. Sono **atti normativi** in questo senso lato, non solo gli atti che producono norme nuove, ma anche gli atti che abrogano norme preesistenti, così come quelli che annullano norme preesistenti.

6. Dimensione statistica e dimensione dinamica

Gli **ordinamenti giuridici moderni** hanno carattere **dinamico**, nel senso che sono il frutto di un processo ininterrotto di produzione normativa, ma sarebbe sbagliato pensare che essi siano puramente dinamici: tutti gli ordinamenti moderni sono misti, statici e dinamici al tempo stesso.

Possiamo convenire che sia puramente dinamico ogni ordinamento nel quale i criteri di esistenza e/o validità delle norme siano esclusivamente **formali**. E' **formale** ogni criterio che prescindendo dal contenuto delle norme, facendo riferimento esclusivamente al modo di produzione delle norme stesse. Nessun ordinamento giuridico moderno è puramente dinamico per almeno due ragioni:

- Tutti gli ordinamenti moderni includono un criterio di **invalidità** che fa riferimento al **contenuto** delle norme. In virtù di tale criterio sono norme invalide non solo quelle prodotte in modo difforme dalle norme che disciplinano i procedimenti di produzione di altre norme (**invalidità formale**), ma anche quelle incompatibili con norme **materialmente sovraordinate (invalidità materiale)**.
- Tutti gli ordinamenti giuridici moderni includono un criterio di **validità** che fa riferimento al **contenuto** delle norme. In virtù di tale criterio sono norme valide dell'ordinamento non solo le norme **esplicite**, ossia le norme espressamente formulate da un'autorità normativa competente secondo i procedimenti appropriati, ma anche tutte quelle che, pure inesprese, sono **implicite** (in senso lato: logico o pseudo-logico) nelle prime. Gli ordinamenti giuridici si presentano affollati di norme inesprese, elaborate dai giuristi e dagli organi dell'applicazione, malgrado che la dottrina e la giurisprudenza non siano fonti formali, cioè legali del diritto. Da questo punto di vista la caratterizzazione degli ordinamenti giuridici come sistemi essenzialmente dinamici sembra trascurare la dimensione lato sensu normativa, produttiva di norme, che è propria della dogmatica e della giurisprudenza.

7. Accentramento e decentramento

Sulle tracce di Kelsen occorre distinguere due tipi fondamentali di ordinamenti:

- **ordinamenti accentrati**: è accentrato ogni ordinamento che, come lo stato moderno, istituisca **organi specializzati** (legislativi, esecutivi, giurisdizionali) per la **produzione** e l'**applicazione** delle sue stesse norme;
- **ordinamenti decentrati**: è decentrato un ordinamento che, come l'ordinamento internazionale, affidi interamente la **produzione** e l'**applicazione** delle sue norme ai **destinatari** delle norme stesse (gli stati nel caso dell'ordinamento internazionale).

Secondo Kelsen ogni ordinamento accentrato è uno stato.

Dicendo che certi ordinamenti sono stati ci si allontana non poco dal linguaggio comune che identifica lo stato:

- a volte con l'insieme dei suoi organi centrali, competenti a creare ed applicare il diritto;
- altre volte con la comunità politica soggiacente.

E' innegabile però che l'esistenza di un ordinamento giuridico accentrato sia, anche dal punto di vista del diritto internazionale, condizione necessaria per l'esistenza di uno stato.

8. Due possibili relazioni tra ordinamenti

Due **ordinamenti** possono intrattenere tra di loro due tipi di relazioni:

- una **relazione di sovraordinazione-subordinazione**: un ordinamento è subordinato ad un altro ordinamento, allorché la sua norma suprema - ossia la sua prima costituzione - è al contempo una norma appartenente all'altro ordinamento. Un ordinamento subordinato è un **ordinamento parziale**: è parte di un altro ordinamento. Un ordinamento sovraordinato è l'ordinamento totale che ingloba in sé l'ordinamento subordinato;
- una **relazione di reciproca indipendenza**: due ordinamenti sono reciprocamente indipendenti allorché non intrattengono un rapporto di sovraordinazione-subordinazione.

VI. Conflitti tra norme

1. Nozione di antinomia

Antinomia: quando due norme statuiscono per una medesima fattispecie singolare e concreta conseguenze giuridiche tra loro incompatibili.

Si dice **coerente** un insieme di norme privo di antinomie, si dice **incoerente** un insieme di norme che presenti anche una sola antinomia.

2. Tipi di antinomie

Antinomie in astratto: si ha un'antinomia in astratto ogniqualvolta due norme connettono conseguenze giuridiche incompatibili a fattispecie astratte (ossia a classi di fattispecie concrete) che si sovrappongono concettualmente. Questa antinomia può essere identificata già in sede di interpretazione testuale, in astratto, cioè senza che occorra rappresentarsi una fattispecie concreta.

Antinomie in concreto: si ha un'antinomia in concreto allorché, in sede d'applicazione, ci si avvede che due norme, pure non confliggenti in astratto, connettono conseguenze giuridiche incompatibili ad una medesima fattispecie concreta. Ciò accade ogniqualvolta una fattispecie concreta ricada simultaneamente in due classi di fattispecie concettualmente indipendenti per le quali il diritto statuisca conseguenze giuridiche incompatibili.

Le antinomie **in astratto** dipendono dalla **struttura concettuale** del discorso delle fonti, mentre le **antinomie in concreto** dipendono da quel che accade nel mondo, cioè dalle **circostanze di fatto**.

Le classi di fattispecie disciplinate dalle due norme antinomiche possono sovrapporsi completamente o parzialmente. Avremo dunque:

- **antinomie totali:** si ha sovrapposizione totale allorché le due norme connettono conseguenze incompatibili alla medesima classe di fattispecie;
- **antinomie parziali:** la sovrapposizione parziale può essere di due tipi:
 - **antinomie parziali unilaterali:** quando la classe di fattispecie disciplinata da una norma sia interamente inclusa nella classe di fattispecie disciplinate dall'altra;
 - **antinomie parziali bilaterali:** quando le due classi di fattispecie si intersechino, sicché alcune delle fattispecie disciplinate da una norma coincidano con alcune delle fattispecie disciplinate incompatibilmente dall'altra.

3. Antinomie e interpretazione

Le disposizioni normative sono equivoche: ammettono più interpretazioni; ogni diversa interpretazione ricava da una medesima disposizione una diversa norma.

- Un'antinomia può essere evitata o prevenuta per mezzo di opportuni accorgimenti interpretativi, poiché i testi normativi possono essere interpretati come espressioni norme tra loro compatibili, cosicché nessuna antinomia si presenti. Ad una prima interpretazione (o interpretazione prima facie) due disposizioni esprimono norme antinomiche. Tuttavia è possibile rivedere e scartare questa prima interpretazione, procedendo ad una seconda e diversa interpretazione, tale che nessuna antinomia si presenti.
- Un'antinomia può anche essere prodotta mediante interpretazione, nel senso che i testi normativi possono essere interpretati come espressioni norme incompatibili.
- L'identificazione di un'antinomia presuppone l'interpretazione: non si danno antinomie prima dell'interpretazione; un'antinomia può solo presentarsi ad interpretazione ormai avvenuta.
- Poiché le antinomie sono frutto d'interpretazione, o comunque seguono, non precedono l'interpretazione, ogni antinomia dischiude non propriamente un problema interpretativo, ma un problema di altra natura. Un'antinomia non può essere risolta per via d'interpretazione (altro è risolvere un'antinomia, altro prevenirla o evitarla):
 - da un lato per la ragione che, se l'antinomia si presenta, si presenta solo quando l'interpretazione è ormai conclusa;
 - dall'altro lato per la ragione che, per risolvere un'antinomia occorre eliminare o almeno derogare ad una delle due norme in conflitto e la eliminazione, come pure la deroga, di una norma sono cose che attengono alla produzione del diritto, piuttosto che all'interpretazione.

4. Modi di soluzione delle antinomie

Un'antinomia può presentarsi in almeno quattro circostanze diverse:

1) Antinomie tra norme provenienti da due fonti distinte, ma appartenenti alla **medesima classe di fonti: criterio cronologico**.

2) Antinomie tra norme provenienti da **fonti di tipo diverso**:

- Se le due fonti sono tra loro in **relazione gerarchica**, cioè che una di esse è materialmente subordinata all'altra, cioè che non le è consentito contraddirla: deve essere applicato il **criterio gerarchico**. Viene applicata la norma superiore, la norma inferiore è invalida: se è una norma di **rango legislativo** deve essere annullata dalla **Corte costituzionale**, se è di **rango regolamentare** deve essere disapplicata dai giudici civili e annullata dai **giudici amministrativi**.
- Se le due fonti, pur prive di relazioni gerarchiche, hanno **ambiti di competenza distinti** e una delle due ha invaso la competenza dell'altra: si applica il **principio di competenza**, deve essere applicata la norma che proviene dalla fonte competente e l'altra norma è invalida.
- Se le due fonti sono pari-ordinate nella gerarchia delle fonti e, pur avendo ambiti di competenza parzialmente diversi, di fatto ciascuna di esse ha disposto nel suo ambito di competenza: si applica il **principio cronologico**.

3) Antinomie tra **norme statali e norme comunitarie (o meglio europee)**. Devono essere analizzate due tipi di antinomie:

- Antinomia tra una **norma comunitaria** e una **norma di rango legislativo**: secondo la giurisprudenza costituzionale deve essere **applicata la norma comunitaria** e dev'essere disapplicata quella interna, che però resta nell'ordinamento, potrebbe riacquistare valore in caso la norma comunitaria venga abrogata.
 - Antinomia tra una **norma comunitaria** e una **norma costituzionale**:
 - In generale nel conflitto tra norme comunitarie e norme costituzionali, secondo la giurisprudenza costituzionale, la **norma comunitaria prevale**, sicché la norma costituzionale deve essere accantonata e disapplicata: risulta **derogata**.
 - La norma comunitaria soccombe quando sia in conflitto con i **principi costituzionali supremi** o con le **norme costituzionali che garantiscono diritti inviolabili**: principi e norme che sono, secondo la Corte costituzionale, assolutamente **inderogabili**.
- 4) Antinomia tra **principi costituzionali**: si applica la **tecnica della ponderazione (o bilanciamento) dei principi** e consiste nell'istituire tra i due principi coinvolti una **gerarchia assiologica e mobile**.
- Una **gerarchia assiologica** è una relazione di valore istituita dall'interprete mediante un suo giudizio comparativo di **valore**. La norma dotata di maggior valore prevale e viene applicata, l'altra viene accantonata, disapplicata.
 - Una **gerarchia mobile** è una **relazione instabile**, mutevole che vale per il caso concreto, ma che potrebbe rovesciarsi all'occasione di un caso concreto diverso.

5. Il criterio di specialità

Esistono due varianti del **criterio di specialità**:

- In una prima variante è una **tecnica di composizione delle antinomie** che si applica in presenza di un'antinomia tra due norme contigue, o comunque pari-ordinate nella gerarchia delle fonti, che intrattengano tra di loro un rapporto di regola ed eccezione: un'antinomia del tipo **parziale unilaterale**. In virtù del criterio di **specialità** si ritiene che una di esse, la norma più generale, sia derogata ad opera dell'altra.
- In una seconda variante è una **tecnica di composizione delle antinomie** che si applica in presenza di un'antinomia tra due norme contigue o comunque pari-ordinate nella gerarchia delle fonti, i cui campi di applicazione si sovrappongano parzialmente: un'antinomia del tipo **parziale bilaterale**. Viene applicato il criterio di **specialità**, ma prima viene istituito tra le due norme una **relazione gerarchica assiologica**.



VII. Il tempo delle norme

1. La dimensione temporale delle norme

Ogni norma ha almeno cinque dimensioni temporali:

- la sua **esistenza giuridica** o appartenenza all'ordinamento;
- la sua **vigenza**;
- la sua **validità**;
- la sua **applicabilità** da parte degli organi giurisdizionali e amministrativi;
- la sua **efficacia**.

2. Il tempo dell'appartenenza

Il tempo di appartenenza di una norma ad un ordinamento ha inizio nel momento in cui la norma acquista esistenza giuridica. Una norma esiste in un ordinamento giuridico se è stata formulata, deliberata ed emanata o promulgata, in accordo con almeno alcune delle norme sulla produzione giuridica proprie dell'ordinamento e pubblicata.

L'appartenenza di una norma ad un ordinamento cessa allorché la norma viene riconosciuta, o comunque ritenuta, invalida dall'organo a ciò competente e conseguentemente annullata.

3. Il tempo della vigenza

Vigente è una norma esistente nell'ordinamento e non abrogata.

Non vigente è una norma abrogata.

Il **tempo di vigenza** di una norma ha inizio nel momento in cui la norma acquista esistenza giuridica nell'ordinamento.

La vigenza di una norma cessa nel momento in cui essa viene abrogata. Le norme abrogate continuano ad appartenere all'ordinamento e pertanto possono ancora essere espulse (mediante annullamento) qualora se ne riconosca l'invalidità. Ciò vale in tutti quegli ordinamenti, come quello italiano vigente, nei quali abrogazione e annullamento sono fenomeni giuridicamente diversi e per tutte quelle norme che non siano abrogate con effetto retroattivo.

Ad esempio nell'ordinamento italiano vigente l'abrogazione normalmente non ha effetto retroattivo: sicché una norma di rango legislativo ormai abrogata può tuttavia essere ancora applicata in sede giurisdizionale a fattispecie sorte anteriormente all'abrogazione. Nel corso del giudizio in cui la norma deve essere applicata, il giudice può dubitare della sua legittimità costituzionale e pertanto rimettere la relativa questione alla Corte costituzionale. La questione di legittimità costituzionale concernente una norma che deve essere applicata nel giudizio a quo è una questione rilevante (nel senso dell'art. 23 comma 2 legge 87/1953) sicché la Corte costituzionale, ove ritenga quella norma invalida, dovrà dichiarare fondata la questione, con esiti di annullamento della norma stessa. Dopo l'espulsione la norma non può essere più applicata nemmeno in controversie sorte anteriormente all'abrogazione.

4. Il tempo della validità

Una norma è **valida** se:

- è stata prodotta conformemente alle norme (strutturalmente sovraordinate) che ne regolano la produzione;
- è compatibile con le norme (materialmente sovraordinate) che ne limitano il possibile contenuto.

In costanza delle norme ad essa strutturalmente e materialmente sovraordinate, ogni norma è valida o invalida. Non può acquistare validità né perderla. Tuttavia possono cambiare nel tempo le norme di riferimento: le norme cioè strutturalmente e materialmente sovraordinate alla norma di cui si tratta:

- il mutamento delle norme **strutturalmente sovraordinate**, le norme sulla produzione giuridica in senso stretto, non incide sulla validità (formale) della norma di cui si tratta.
- Il mutamento delle norme **materialmente sovraordinate** provoca l'invalidità materiale della norma. E' questo il fenomeno dell'**invalidità successiva o sopravvenuta**.

5. Il tempo dell'applicabilità

Per **applicabilità** si intende l'obbligo di applicarla da parte degli organi giurisdizionali e amministrativi. Applicare una norma significa invocarla quale premessa nella motivazione di un provvedimento giurisdizionale o amministrativo per inferirne una decisione singolare.

Il **tempo di applicabilità** di una norma ha inizio nel momento in cui sorge, in capo agli organi giurisdizionali e amministrativi, l'obbligo di applicare la norma in questione e cessa nel momento in cui tale obbligo viene meno e/o sorge l'obbligo opposto. L'inizio del tempo di applicabilità è ciò che si usa chiamare **entrata in vigore** (art. 73 comma 3 cost.) o anche **obbligatorietà** (art. 10 comma 1 e 2 disp. prel. cod. civ.).

L'**applicabilità** di una norma è statuita da meta-norme, si possono distinguere:

- le meta-norme che si riferiscono al tempo di applicabilità di tutte le norme derivanti da un certo tipo di fonte (o delle norme giuridiche in genere);
- le meta-norme che circoscrivono nel tempo l'applicabilità di uno specifico testo normativo o di singole norme determinate.

6. Il tempo dell'efficacia

Per **ambito di efficacia** di una norma si intende l'insieme di fattispecie alle quali essa connette conseguenze giuridiche.

Parlando di **efficacia di una norma nel tempo** ci si riferisce all'arco di tempo in cui deve verificarsi la fattispecie prevista perché ne conseguano quei dati effetti giuridici.

7. Norme retroattive, ultrattive, transitorie

Retroattiva: è una norma che connette conseguenze giuridiche a fatti antecedenti la sua entrata in vigore.

Ultrattiva: è una norma che connette conseguenze giuridiche a fatti successivi alla sua abrogazione (ogni norma abrogata, ma non abrogata retroattivamente, è ultrattiva).

Di **norme transitorie** si può parlare:

- In **senso funzionale** si dicono **transitorie** quelle norme dettate espressamente allo scopo di **regolare il passaggio da una disciplina ad un'altra**, in modo che sia più facilmente individuabile la regola giuridica che deve essere applicata a tutte quelle situazioni che non si sono ancora esaurite al momento dell'entrata in vigore del nuovo diritto e che si sono venute a trovare a cavallo nel momento del passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina normativa. Spesso le norme transitorie in senso funzionale sono meta-norme il cui contenuto consiste nel conferire ultrattività alle norme della vecchia disciplina e/o a conferire retroattività alle norme della disciplina nuova.
- In **senso strutturale** si dicono **transitorie** quelle norme che hanno una **efficacia circoscritta nel tempo**, essendo per esse previsto ab origine un termine finale di efficacia. A questo riguardo occorre registrare un concetto diverso di ultrattività: qualora una norma abbia all'origine un termine finale di efficacia e questo termine sia poi prorogato si dice che la norma in questione è **ultrattiva**. E' ultrattiva in questo senso una norma transitoria che connetta effetti giuridici a fattispecie realizzatesi in un momento successivo a quello della sua originaria scadenza.

8. Due tipi di norme retroattive

Retroattiva in senso debole: una norma che determini la soluzione di controversie nate antecedentemente alla sua entrata in vigore, ma non ancora decise in sede giurisdizionale.

Retroattiva in senso forte: una norma che determini una diversa soluzione di controversie nate antecedentemente alla sua entrata in vigore e ormai decise e che pertanto travolga decisioni giurisdizionali ormai passate in giudicato. Nell'ordinamento vigente queste norme, con l'**eccezione delle norme penali di favore**, devono ritenersi costituzionalmente illegittime. Norme siffatte sarebbero lesive della riserva di funzione giurisdizionale implicitamente statuita dall'art. 102 comma 1 cost.

9. Tre enunciazioni del principio di irretroattività

Nell'ordinamento vigente, l'**ambito temporale di efficacia** delle leggi è fissato da non meno di 3 disposizioni:

- **L'art. 11 comma 1 disp. prel. cod. civ.**
- **L'art. 2 comma 1 cod. pen.**
- **L'art. 25 comma 2 cost.**

Precisiamo:

- **L'art. 11 comma 1 si riferisce a tutte le leggi, senza specificazioni.**
- **L'art. 2 comma 1 e l'art. 25 comma 2 cost. si riferiscono assolutamente alle leggi penali**

Sotto il profilo dell'efficacia, l'art. 11 e l'art. 2 sono disposizioni di rango legislativo, hanno forza di legge. L'art. 25 cost. è una disposizione di rango costituzionale. Ne segue che il principio generale di irretroattività è un principio meramente legislativo; il principio di irretroattività della sola legge penale è un principio costituzionale.

10. Cenni alla successione nel tempo di norme penali

Sono **norme penali sfavorevoli** tutte quelle che introducono una pena nuova, cosiddette **norme incriminatrici**, per una condotta che in passato era penalmente irrilevante e quelle che inaspriscono una pena precedente.

Sono **norme penali di favore** tutte quelle che riducono od eliminano una pena preesistente.

Se in un momento dato una condotta costituisce reato ed è pertanto fattispecie di una conseguenza penale qualsivoglia, sono norme penali di favore:

- sia quella che si limita a abrogare meramente ed espressamente la norma penale preesistente;
- sia quella che abroga tacitamente la norma penale preesistente sostituendola:
 - o con una norma che semplicemente elimina la sanzione penale,
 - o con una norma che connette alla medesima condotta una sanzione non penale,
 - o con una norma che riduce la misura la gravità della sanzione penale connessa a quella condotta.

Nell'ordinamento vigente la materia della **successione nel tempo di norme penali** è governata da **quattro principi**:

- 1) Il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli, in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non costituisse reato per la legge vigente nel momento in cui fu commesso (art. 25 cost. e art. 2 cod. pen.).
- 2) Il connesso principio di ultrattività delle norme penali di favore, in virtù del quale tali norme devono essere applicate in sede giurisdizionale a fatti commessi al tempo della loro vigenza anche dopo che siano state abrogate o sostituite da norme sfavorevoli (si desume dall'art 2 cod. pen.).
- 3) Il principio di retroattività delle norme penali di favore, in virtù del quale tali norme producono effetti anche in relazione a fatti commessi prima della loro entrata in vigore (art. 2 cod. pen.).
- 4) Il connesso principio di non ultrattività delle norme penali sfavorevoli, in virtù del quale le norme in questione non possono essere applicate in sede giurisdizionale dopo che siano state abrogate o sostituite con norme di favore (si desume dall'art 2 cod. pen.).

Se una fattispecie penale è disciplinata da due norme diverse succedutesi nel tempo, si applica comunque la norma più favorevole, giacché quella favorevole è comunque ultrattiva e retroattiva mentre quella sfavorevole in nessun caso può retroagire né essere applicata ultrattivamente.

Qualora intervenga una legge di interpretazione autentica di una preesistente disposizione penale, sicché la norma penale debba essere identificata combinando le disposizioni interpretative con quelle interpretate occorre distinguere due circostanze:

- Qualora l'interpretazione autentica sia costitutiva di una norma sfavorevole, tale norma (risultante dalla combinazione di una disposizione penale e di una successiva disposizione di interpretazione autentica) non può essere applicata in un giudizio che abbia ad oggetto fatti anteriori all'entrata in vigore della disposizione interpretativa.
- Qualora l'interpretazione autentica sia costitutiva di una norma di favore tale norma (risultante dalla combinazione di una disposizione penale e della successiva disposizione interpretativa) deve essere applicata in un giudizio che verta su fatti anche anteriori all'entrata in vigore della disposizione interpretativa.

BetaOmegaChi

Parte Sesta Interpretazione

I. Interpretazione: un termine ambiguo

Nel linguaggio giuridico il vocabolo interpretazione è ambiguo almeno sotto quattro profili:

1) processo v. prodotto

con il vocabolo interpretazione ci si riferisce talvolta ad una **attività** (o processo), talaltra al **prodotto** di tale attività.

L'**interpretazione** in quanto **attività** è un **processo mentale**, l'**interpretazione** in quanto **risultato** di tale processo è un **discorso**.

2) astratto v. concreto

si distingue tra:

- **interpretazione in astratto**: identificare il contenuto di senso espresso da un testo normativo; consiste nell'attribuire significato ad enunciati normativi completi;
- **interpretazione in concreto**: assumere una fattispecie concreta nel campo di applicazione di una norma identificata in astratto, consiste nel determinare il significato di predicati in senso logico.

3) cognizione v. decisione

bisogna distinguere:

- **interpretazione cognitiva** consiste nell'identificare i diversi possibili significati di un testo normativo senza sceglierne alcuno;
- **interpretazione decisoria** consiste nello scegliere un significato determinato, scartando i rimanenti; se ne possono distinguere 2 tipi:
 - **interpretazione decisoria standard**: la decisione interpretativa consiste nello scegliere un significato nell'ambito dei significati identificati per mezzo dell'interpretazione cognitiva;
 - **interpretazione creativa**: la decisione interpretativa consiste nell'attribuire ad un testo un significato nuovo.

L'**interpretazione cognitiva** è in tutto analoga alla definizione lessicale.

L'**interpretazione decisoria** è analoga alla **ridefinizione**.

L'**interpretazione creativa** è analoga alla **definizione stipulativa**.

L'**interpretazione cognitiva** è un'operazione puramente scientifica, mentre quella decisoria e creativa sono operazioni politiche. Solo l'interpretazione compiuta da un organo dell'applicazione è autentica, nel senso kelsiano, ossia provvista di conseguenze giuridiche.

4) interpretazione v. costruzione giuridica

L'attività di costruzione giuridica include una vasta serie di operazioni caratteristiche della dottrina **molto** vaste; si possono menzionare: la creazione di **lacune assiologiche**, la creazione di **gerarchie assiologiche** tra norme. Tra queste operazioni, la elaborazione di norme inesprese riveste un ruolo speciale.

Nella maggior parte dei casi l'**interpretazione creativa** consiste nel costruire norme inesprese.

E' **espressa** ogni norma che possa essere imputata ad una precisa disposizione come uno dei suoi significati.

E' **inespressa** ogni norma di cui non si possa dire che costituisce il significato di una data disposizione.

II. La duplice indeterminatezza del diritto

1. L'equivocità dei testi normativi

L'**ordinamento giuridico** è duplicemente indeterminato: l'indeterminatezza concerne per un verso l'ordinamento giuridico in quanto tale, per un altro verso ciascuno dei suoi componenti, ciascuna norma.

2. Disposizioni e norme

L'equivocità dei testi normativi impone di distinguere tra gli enunciati normativi formulati nelle fonti del diritto (**le disposizioni**) e le **norme**. Ciò per tre ragioni principali:

- molti enunciati normativi sono ambigui: esprimono due o più norme alternativamente;
- molti enunciati normativi hanno un contenuto di senso complesso: esprimono/implicano una pluralità di norme congiuntamente;
- ogni sistema giuridico è affollato di norme **inespresse**, cioè a cui non corrisponde alcun enunciato normativo, poiché non sono state formulate da alcuna autorità normativa.

3. Le fonti dell'equivocità

L'equivocità dei testi normativi dipende anche da:

- **molteplicità dei metodi interpretativi**: nella maggior parte dei casi un enunciato normativo esprime significati diversi a seconda di quale metodo interpretativo sia sottoposto:
 - **argomento a contrario**: produce un'**interpretazione letterale**;
 - **argomento della dissociazione**: produce un'**interpretazione restrittiva**;
 - **argomento analogico**: produce un'**interpretazione estensiva**;
- **dogmatica giuridica**: ogni interprete si accosta ai testi normativi provvisto di una serie di presupposizioni teoriche, che sono le costruzioni dogmatiche elaborate dai giuristi in un momento logicamente antecedente e indipendente dall'interpretazione di qualunque specifico enunciato normativo. Ogni costruzione dogmatica condiziona l'interpretazione; inoltre, ogni costruzione dogmatica è una matrice di norme inesprese, che si pretendono implicite nell'ordinamento ed elaborate dagli interpreti per mezzi argomentativi non logicamente stringenti.
- **sentimenti di giustizia degli interpreti**

4. La vaghezza delle norme

Ogni norma vigente è **indeterminata**, nel senso che non si sa quali fattispecie ricadano nel suo campo di applicazione; ciò dipende dalla vaghezza dei predicati in ogni linguaggio naturale.

Si dicono **predicati** tutti i termini che denotano una **classe**.

Il **significato** dei **predicati** può essere analizzato in due componenti:

- il **senso**: insieme degli attributi che un oggetto deve avere perché il predicato possa essergli applicato;
- il **riferimento**: la classe di oggetti ai quali il predicato è applicabile.

La **vaghezza** (open texture) è una proprietà oggettiva del linguaggio; non dipende dalle tecniche interpretative o dalla dogmatica: essa non può essere soppressa.

L'interpretazione in concreto riduce l'indeterminatezza delle norme.

III. Lacune

1. Lacune

Se si concepiscono le **norme** come **enunciati** che connettono **fattispecie** a **conseguenze giuridiche**, le **lacune** si presentano come **fattispecie** per le quali non è disposta alcuna **conseguenza giuridica**.

L'espressione **lacuna** del diritto può denotare tre fenomeni diversi: **lacune normative**, **lacune tecniche** e **lacune assiologiche**:

Lacune normative: può accadere che il legislatore disciplini una serie di fattispecie, ma ometta di disciplinare una o più d'una delle loro possibili combinazioni. L'interpretazione produce le lacune e, come le produce, può anche evitarle o prevenirle. Il problema se vi sia e quale sia la norma applicabile al caso è un problema di interpretazione testuale (**interpretazione in astratto**) e/o di sussunzione della fattispecie concreta sotto una fattispecie astratta (**interpretazione in concreto**). Un problema siffatto può essere risolto in 2 modi:

- decidendo che la fattispecie ricade nel campo di applicazione di una norma: in questo caso il diritto non presenta lacuna;
- decidendo che non vi è alcuna norma applicabile a quella fattispecie: in questo caso presenta una lacuna.

Spesso entrambe le decisioni sono praticabili: è l'**interprete** a decidere se una lacuna vi sia o non vi sia.

L'**interpretazione** può prevenire una lacuna: i testi normativi a disposizione possono essere interpretati in modo tale che la lacuna neppure si presenti.

L'**interpretazione**, come può evitare le lacune, può anche produrle: i testi normativi a disposizione possono essere interpretati in modo tale che una lacuna si presenti.

L'**interpretazione** non può colmare le lacune: la lacuna, se si presenta, si presenta solo ad interpretazione ormai avvenuta; per colmarla non resta che integrare il diritto.

Lacune tecniche: un ordinamento presenta una lacuna tecnica quando manca in esso una norma la cui esistenza è condizione necessaria per l'efficacia e/o l'effettività di un'altra norma.

Lacune assiologiche: si dice **lacuna assiologica** la mancanza di una norma che, secondo le soggettive preferenze etico-politiche dovrebbe esserci. Ve ne sono due tipi:

- accade che una fattispecie sia disciplinata da una norma, ma tale disciplina appare all'interprete **insoddisfacente**, sicché a suo giudizio manca nell'ordinamento una norma **giusta**, la norma che sarebbe richiesta dal suo sentimento di giustizia;
- accade che una fattispecie sia disciplinata da una norma, ma che tale disciplina non sia conforme a quanto richiesto da un'altra norma positiva, in particolare da una norma materialmente o assiologicamente superiore.

2. Il diritto come insieme di norme finito

Il diritto non disciplina qualsivoglia fattispecie. Nella totalità di fattispecie possibili si possono distinguere 2 sottoinsiemi:

- l'insieme delle fattispecie cui una norma riconnette una qualche conseguenza giuridica
- l'insieme delle fattispecie non disciplinate in alcun modo, lo **spazio vuoto** di diritto.

Ogni fattispecie non disciplinata costituisce una lacuna, ma di che tipo? Vi sono due risposte:

- si ha a che fare con una lacuna normativa; anche in questo caso vi è una fattispecie cui nessuna norma espressa riconnette una qualsiasi conseguenza giuridica
- si ha a che fare con una lacuna assiologica, la mancanza di una norma che, a giudizio dell'interprete, dovrebbe disciplinare una fattispecie di fatto non disciplinata.

E' idea diffusa che l'esistenza di una lacuna non comporti altresì l'esistenza di controversie indecidibili in sede giurisdizionale.

Si pensa infatti che qualsivoglia controversia possa essere decisa dal giudice o:

- ricavando **norme inesprese**, essenzialmente nei modi prescritti, nell'ordinamento vigente, dall'art. 12 comma 2 disp. prel. cod. civ. (**analogia e principi generali**);
- o argomentando **a contrario** a partire dalla totalità delle norme espresse: se nessuna norma qualifica deonticamente in alcun modo la condotta del convenuto, la domanda dell'attore non può che essere respinta.

3. Dogma della completezza e stato di diritto

I legislatori sovente prevedono l'esistenza di lacune e prescrivono ai giudici tecniche per colmarle.

Dogma della completezza: modo di vedere, diffuso soprattutto nell'800, secondo cui il diritto sarebbe un insieme di norme necessariamente completo. Il dogma della completezza è strettamente legato al **liberalismo giuridico**, cioè allo **stato di diritto**: quest'ultimo infatti è governato dal **principio di legalità**, che obbliga il giudice a fondare ogni sua decisione sopra una norma giuridica preesistente. Se il diritto fosse incompleto, vi sarebbero controversie non decidibili sulla base di norme positive vigenti.

Per decidere queste controversie il giudice avrebbe due possibilità:

- denegare giustizia (rifiutarsi di giudicare);
- creare una norma nuova a suo arbitrio.

Nessuna delle due cose sembra accettabile: nello stato di diritto il giudice ha l'obbligo di decidere qualunque controversia a lui sottoposta, gli è vietato denegare giustizia. Inoltre, vige il principio della divisione dei poteri per cui la creazione del diritto è monopolio degli organi legislativi, i i giudici non sono autorizzati a creare diritto. Inoltre la creazione giurisprudenziale di diritto è in conflitto con il valore della certezza del diritto, in virtù del quale ciascuno deve avere la possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni e dunque le di prevedere le decisioni giurisdizionali. Inoltre la creazione giurisprudenziale è in conflitto con il principio di irretroattività delle leggi.

In favore del dogma della completezza sono stati addotti diversi argomenti tra cui:

- La **norma generale esclusiva**: una prima dottrina sostiene che tutti gli ordinamenti necessariamente includano una **norma di chiusura**: il **principio di libertà** o **norma generale esclusiva**: tutto ciò che non è espressamente vietato, è tacitamente permesso. Questo modo di vedere non persuade: questa norma non è una verità necessaria, ma un principio giuridico contingente. Si può dire che questa norma valga solo in alcuni ordinamenti liberali.
- Lo **spazio giuridicamente vuoto**: una seconda dottrina fonda il dogma della completezza sull'argomento dello spazio vuoto. Secondo questa dottrina ogni condotta non qualificata è giuridicamente indifferente. Questa dottrina non risolve il problema delle lacune, ma lo dissolve; essa sostiene che il diritto sia un insieme di norme finito, limitato. La dottrina dello spazio vuoto di diritto si regge su un duplice presupposto:
 - in natura gli uomini sono liberi, ogni comportamento è permesso;
 - il diritto positivo è un insieme di comandi, norme imperative che impongono obblighi.

BetaOmegaChi

IV. Costruzione giuridica

Appartengono al dominio della **costruzione giuridica** una vasta serie di operazioni dottrinali e giurisprudenziali tra cui la creazione di lacune assiologiche, la creazione di gerarchie assiologiche, la soluzione di antinomie, la elaborazione di norme inesprese e la concretizzazione di principi.

1. Norme inesprese

Ciò che abbiamo chiamato **interpretazione creativa** consiste, nella maggior parte dei casi, nel costruire, a partire da norme esplicite, cioè espressamente formulate dalle autorità normative, **norme inesprese**: norme che nessuna autorità normativa ha mai formulato.

Una **norma inespressa** non può essere riferita ad alcun testo normativo come suo significato. E' ricavata da una o più norme espresse mediante un **ragionamento**.

Un ragionamento è una sequenza di enunciati, entro cui almeno un enunciato svolge la funzione di tesi o conclusione e i rimanenti svolgono la funzione di premesse o argomenti in favore di quella tesi o conclusione. I ragionamenti mediante i quali i giuristi elaborano una norma inespressa presentano solitamente la seguente struttura: una o più norme espresse costituiscono **premesse** del ragionamento, mentre la **norma inespressa** è la **conclusione**.

Occorre distinguere **tre tipi di norme inesprese**, a ciascuno dei quali corrisponde un diverso tipo di ragionamento:

- Vi sono norme inesprese che sono ricavate da norme espresse mediante ragionamenti logicamente validi, in cui non compaiono premesse che non siano norme espresse. La formulazione di tali norme, da parte di giuristi, è frutto di un'operazione intellettuale puramente cognitiva.
- Vi sono norme inesprese che sono ricavate a partire da norme espresse secondo schemi di ragionamento non deduttivi, logicamente invalidi. Quindi una nuova norma inespressa risulta aggiunta all'ordinamento.
- Vi sono norme inesprese che sono derivate o da congiunzione di norme espresse e di assunzioni dogmatiche, o direttamente da sole assunzioni dogmatiche, cioè da tesi teoriche costruite dai giuristi indipendentemente dall'interpretazione di qualsiasi enunciato normativo.

Le norme inesprese del primo tipo possono essere considerate implicite in senso stretto, e quindi positive; sono frutto di attività puramente cognitiva. Le norme degli altri due tipi sono frutto di attività nomopoietiche, creative di norme.

3. Concretizzazione dei principi

I principi costituzionali possono essere applicati essenzialmente in due tipi di circostanze:

- dal giudice costituzionale, per decidere della conformità a costituzione di una norma di legge;
- dal giudice comune per colmare una lacuna nella legge.

In entrambi i casi i principi costituzionali non sono suscettibili di applicazione senza una previa concretizzazione. Questo significa usarlo come premessa di un ragionamento la cui conclusione è la formulazione di una regola.

La concretizzazione di un principio è un ragionamento che:

- ha tra le premesse il principio di questione
- ha come conclusione una regola (inespressa).

V. Scienza giuridica

La locuzione **scienza giuridica** si trova usata in riferimento a due oggetti diversi:

- per denotare la scienza (conoscenza) del diritto, ossia un discorso sul diritto puramente descrittivo, a-valutativo, assiologicamente neutro;
- per denotare la dottrina giuridica realmente esistente, cioè il discorso dei giuristi così com'è.

1. La scienza giuridica propriamente intesa

Accade talvolta di incontrare il vocabolo diritto usato in luogo dell'espressione scienza giuridica, o come suo sinonimo. Questo modo di esprimersi è censurabile, giacché omettono di distinguere tra la scienza giuridica ed il suo oggetto, ossia il diritto: tra il discorso dei giuristi e il discorso delle fonti.

Diremo dunque che la scienza giuridica va tenuta accuratamente distinta dal diritto. Per illustrare la distinzione, possiamo convenire che tanto il diritto quanto la scienza giuridica siano discorsi, ossia sequenze di enunciati formulati nell'una o nell'altra lingua naturale. Tuttavia il diritto è un insieme di norme. La scienza giuridica è un insieme non di norme, ma di proposizioni concernenti il diritto.

Il diritto e la scienza giuridica sono discorsi logicamente distinti sotto almeno due profili:

- diritto e scienza sono discorsi che appartengono a due tipi di linguaggio differenti: il diritto è un discorso **prescrittivo**, mentre la scienza giuridica è un discorso **descrittivo**;
- diritto e scienza sono discorsi che si collocano su due tipi di livelli: la scienza giuridica verte sul diritto ed è un **meta-linguaggio**, il diritto è ciò di cui la scienza parla, cioè il suo **linguaggio-oggetto**.

2. Concezioni della scienza giuridica

La scienza giuridica è una descrizione a-valutativa del diritto. Ma in che consiste la descrizione del diritto?

Questa domanda ammette diverse risposte. Ciascuna di esse suppone una diversa concezione del **diritto**:

Normativismo: diritto è l'insieme delle norme generali prodotte dai legislatori;

Realismo: il diritto è ciò che i giudici, o più in generale gli organi di applicazione, decidono.

Per l'una concezione, descrivere il diritto è descrivere norme;

Per l'altra descrivere il diritto è descrivere decisioni giurisdizionali.

Secondo la **concezione normativistica** della scienza giuridica, descrivere il diritto è descrivere **norme**. Gli enunciati della scienza giuridica esprimono proposizioni normative. Per descrizione **norme** si possono intendere almeno due cose:

- può consistere nel descrivere il contenuto di significato dei testi normativi; allora la descrizione del diritto necessariamente si rivolge in ciò che abbiamo chiamato **interpretazione cognitiva**, l'enumerazione dei diversi significati possibili dei testi normativi;
- può consistere nel descrivere la **interpretazione vigente**, il modo in cui i testi normativi sono effettivamente interpretati ed applicati.

Secondo la **concezione realistica** della scienza giuridica, descrivere il diritto è descrivere fatti: cioè le decisioni dei giudici.

Può essere delineato in due modi diversi:

- secondo alcuni (**realisti americani**) il compito della scienza giuridica si risolve nella descrizione della giurisprudenza;
- secondo altri il compito della scienza giuridica è descrivere le norme effettivamente applicate dai giudici; dunque non solo le decisioni delle controversie, ma le norme cui tali decisioni danno applicazione (questo modo di vedere ricorda l'interpretazione vigente).

3. La dottrina

Il **lavoro dottrinale**, da non confondere con la scienza del diritto strettamente intesa, non può considerarsi un'impresa genuinamente scientifica. La dottrina si risolve nel **modellare il diritto** in due modi diversi:

- determinando, per interpretazione decisoria e/o creativa, il contenuto di significato dei testi normativi;
- elaborando norme nuove.

Nel discorso dei giuristi si possono distinguere almeno **tre tipi di enunciati**:

- **genuine proposizioni normative**: enunciati (veri o falsi) descrittivi del diritto in vigore (e/o dell'interpretazione vigente);
- **enunciati interpretativi decisori**;
- **formulazioni di norme**: producono norme inesprese.

La **formulazione di norme inesprese** è il nocciolo del lavoro dottrinale.

4. Lacune immaginarie e norme apocriefe

Con qualche rara eccezione, le lacune del diritto, fattispecie che nessuna norma disciplina, sono **lacune assiologiche**: consistono nella mancanza di una norma che, secondo chi parla, dovrebbe esserci. Formulare norme inesprese, idonee a colmare lacune assiologiche, non è genuina descrizione del diritto vigente, ma creazione di diritto nuovo.

5. La dottrina come parte del diritto

E' impossibile tracciare una distinzione netta tra il **linguaggio del diritto** e il **linguaggio dei giuristi**.

L'**interpretazione** (decisoria e/o creativa) e la **costruzione giuridica** sono non già la scienza giuridica, ma parte del diritto stesso, quindi parte dell'oggetto di studio della scienza giuridica propriamente intesa. La descrizione del diritto in vigore esige che si prenda in considerazione la dottrina in quanto parte integrante del diritto stesso.

Secondo parziale

I. Conflitti normativi

Cos'è un conflitto normativo?

1. Comportamenti guidati da norme

Dato un qualsiasi comportamento umano, è sempre possibile individuare una o più norme che esprimono la pretesa di guidarlo.

Tali norme esprimono la pretesa di guidare i comportamenti dei loro destinatari, ovvero di condizionare le azioni umane in modo tale che queste consistano nell'osservanza delle norme che li regolano. Si tratta di una pretesa che i destinatari delle norme possono soddisfare o meno: i nostri comportamenti possono consistere nell'osservanza oppure nella violazione delle norme che pretendono di guidarli. Questa considerazione, tuttavia, costituisce semplicemente una conferma del fatto che tali norme esistono e avanzano la pretesa di condizionare le azioni umane.

Un diverso modo per descrivere la funzione svolta dalle norme nella vita quotidiana è il seguente: le norme rendono sensate le valutazioni dei nostri comportamenti e dei comportamenti altrui. In assenza di una norma che regola un certo comportamento, detto altrimenti, qualsiasi giudizio valutativo che lo riguardi sarebbe privo di senso. L'esistenza di una norma è una condizione necessaria per formulare giudizi ben formati intorno alla bontà, correttezza, giustizia della condotta che tale norma regola. I predicati valutativi "buono", "corretto", "giusto", infatti, si riferiscono alla classe delle azioni che consistono nell'osservanza di una norma. Nel caso tale norma non esistesse, la condotta corrispondente non potrebbe dirsi né buona né cattiva, né corretta né scorretta, né giusta né ingiusta. Si tratterebbe di una condotta indifferente alle valutazioni che hanno per oggetto le azioni umane.

Se tutto ciò risulta per molti versi ovvio, assai meno chiaro appare in che cosa consista una norma.

2. Cos'è una norma?

La teoria e la filosofia del diritto contemporanee descrivono le norme in due modi distinti, che non sono alternativi tra di loro. Tali descrizioni rappresentano semplicemente il medesimo oggetto, le norme, da due punti di vista diversi.

In primo luogo, le **norme in senso stretto** si prestano ad essere descritte come il **contenuto di enunciati prescrittivi** che obbligano a tenere o a non tenere una certa condotta. Il vantaggio offerto da questo tipo di descrizione è evidente: se concepite in questo modo, le norme possono essere analizzate facendo uso degli strumenti messi a disposizione dalla logica, dalla linguistica e dalla filosofia del linguaggio. Si tratta di **strumenti conoscitivi assai sofisticati**, che hanno consentito, nel corso del Novecento, di far chiarezza su molti aspetti della forma logica degli enunciati normativi, sul loro **contenuto semantico**, sulla **funzione pragmatica** che la loro enunciazione svolge nei processi comunicativi. Questa descrizione delle norme ha tuttavia alcuni difetti. In primo luogo privilegia le norme che assumono forma linguistica. Ma non tutte le norme costituiscono il contenuto di enunciati linguistici né sono formulate in un linguaggio: la formulazione linguistica, in altri termini, non costituisce una proprietà necessaria delle norme. Questa descrizione, inoltre, non consente di far luce sul modo in cui le norme condizionano concretamente i comportamenti sociali. Se è opinione unanimemente condivisa che le norme abbiano la funzione di indirizzare le condotte degli individui, lo studio delle norme intese come contenuti di enunciati prescrittivi non fornisce alcuna indicazione circa come e perché ciò avvenga.

Per ovviare a questo deficit esplicativo, è opportuno descrivere le norme muovendo da un diverso angolo visuale, vale a dire considerandole come **ragioni per agire**. In base a questa descrizione, le norme non sono semplicemente il contenuto di enunciati prescrittivi ma costituiscono una delle premesse del ragionamento pratico, quel ragionamento che determina come dobbiamo agire in una certa situazione. La distinzione tra queste due descrizioni delle norme può essere esemplificata nel modo seguente. Se concepita come una ragione per agire, al contrario, questa medesima norma viene descritta come parte del ragionamento pratico che motiva o giustifica coloro che agiscono. La descrizione di questa norma risponderà cioè al quesito "perché ho agito così?", esplicitando i motivi che hanno indotto ad agire in un certo modo, al fine di spiegare la loro azione. Questa medesima descrizione risponderà parimenti al quesito "perché dovevo agire così?", fornendo, in tal modo, una giustificazione dell'azione compiuta. In quest'ultimo caso, il ragionamento nel quale la norma entra a far parte svolge la funzione di convincere gli interlocutori che l'azione compiuta è buona, corretta, giusta. La norma in questione viene concepita come parte di un argomento pro o contro una certa azione. Questo è il tipo di descrizione delle norme che prediligeremo nel corso delle seguenti lezioni. Le norme che analizzeremo verranno descritte come ragioni per agire che entrano in gioco nella deliberazione pratica degli individui, laddove si tratti, in particolare, di scegliere la condotta che deve essere tenuta o evitata in una certa situazione, e di giustificarla agli occhi degli altri.

Questo approccio allo studio delle norme è stato introdotto nella filosofia del diritto da **Herbert Hart** (Il concetto di diritto, 1961) e ha trovato in seguito un articolato sviluppo nell'opera di Joseph Raz, entrambi professori di **Jurisprudence** presso l'università di **Oxford**. Hart chiama tale approccio "**punto di vista interno**" sul diritto: il diritto viene osservato dal punto di vista di chi "accetta e usa le norme come criteri di condotta" nel contesto dell'interazione razionale tra gli individui. Secondo Hart per spiegare e giustificare le condotte umane che sono guidate da norme non è sufficiente fornire un resoconto dei fatti osservabili dall'**esterno**. Una spiegazione o giustificazione esauriente delle condotte sociali deve tener conto di come una certa situazione viene rappresentata e compresa da chi agisce, e del ragionamento che questi compie, o è plausibile che compia, per decidere quale condotta tenere. I fatti osservabili dall'esterno costituiscono semplicemente un indizio di questi desideri, credenze, intenzioni e ragionamenti, che devono essere ricostruiti razionalmente per spiegare o giustificare l'azione. Una compiuta descrizione dei comportamenti sociali richiede pertanto di considerare il punto di vista interno dei destinatari delle norme.

E' possibile chiarire ulteriormente quanto detto richiamando un famoso esempio proposto dallo stesso Hart, noto come "**la situazione del bandito**": immaginiamo che Giorgio stia camminando per strada e all'improvviso sia bloccato da un rapinatore, il quale, brandendo una pistola, gli intima di consegnargli il denaro che ha con sé. La norma in forma di comando espressa dal rapinatore può essere descritta come il contenuto dell'enunciato prescrittivo "consegnami il denaro altrimenti ti uccido!" Se tuttavia assumiamo il punto di vista del destinatario della norma, vale a dire, di colui che si pretende utilizzi la norma come criterio di condotta, questa stessa norma si presta ad essere descritta come parte del seguente ragionamento pratico:

Voglio evitare di essere ucciso /
A meno che non consegna il denaro al rapinatore verrò ucciso //
Devo consegnare il denaro al rapinatore.

Nella situazione del bandito, Giorgio si trova a dover scegliere tra due opzioni: consegnare o non consegnare il denaro al rapinatore. Il ragionamento pratico che è presumibile egli effettuerà al fine di decidere cosa fare può essere descritto, seguendo una intuizione di **David Hume**, come l'unione di ciò che Giorgio desidera ("voglio evitare di essere ucciso") e di ciò che Giorgio crede o ritiene vero ("se non consegno il portafoglio al rapinatore verrò ucciso"). L'unione di questo desiderio e di questa credenza ha la capacità, secondo Hume, di motivare l'azione prescritta dalla norma posta a conclusione del ragionamento ("devo consegnare il denaro al rapinatore"). La forma standard del ragionamento pratico è cioè la seguente:

Desidero realizzare lo scopo S /
Solo se faccio M realizzerò S //
Devo fare M.

Inserita in un ragionamento di questo tipo, una norma opera modificando l'ordine delle preferenze dell'agente: una certa azione (nell'esempio considerato: consegnare il proprio denaro a uno sconosciuto) che Giorgio non avrebbe scelto di compiere poiché occupava nell'ordine delle sue preferenze una posizione subordinata rispetto ad altre opzioni, diviene l'azione preferita da Giorgio: essa si sposta all'apice dell'ordine delle preferenze, al punto che diventa necessario razionalmente compiere questa azione in quella circostanza. In questa prospettiva, seguire una norma costituisce dunque il risultato di una scelta tra più alternative d'azione, una scelta che può essere descritta come la conclusione di un ragionamento pratico.

Nel dibattito filosofico contemporaneo sulle ragioni per agire, alle **ragioni** viene spesso attribuita la capacità di motivare, di spiegare e di giustificare l'**azione**. Occorre tuttavia fare maggiore chiarezza sul significato che assumono questi termini. Per **motivo** si intende il fattore o l'insieme dei fattori psicologici che spingono l'agente ad agire in un certo modo. Le norme, in quanto ragioni per agire, godranno di una capacità motivazionale qualora spingano i loro destinatari a seguire la condotta da esse prescritta; allo stesso modo, le **norme** così intese godranno di una capacità esplicativa qualora diano conto sia dei fattori che hanno spinto i loro destinatari a compiere una certa azione, sia dei rapporti che intercorrono tra questi fattori. Nel caso riconosciamo alle norme una capacità motivazionale, dunque, ne seguirebbe, con riferimento alla "situazione del bandito", che laddove fosse giustificato razionalmente, sulla base delle ragioni considerate, consegnare il denaro al rapinatore al fine di preservare la vita, tale ragione sarebbe sufficiente per spingere colui che è minacciato a consegnare il denaro.

Va notato, tuttavia, che i motivi delle nostre condotte sono costituiti da stati mentali non riducibili alle ragioni per fare o non fare qualcosa. Tali stati includono impulsi, emozioni, atteggiamenti e sentimenti non catturati dal ragionamento pratico. Accade così, ad esempio, che un soggetto razionale, in grado di individuare i mezzi più adeguati per raggiungere i propri scopi, finisca talora per non agire secondo quanto la sua razionalità pratica gli suggerisce perché sopraffatto dall'impulso, dalla **debolezza della volontà (akrasia)** o da motivi psicologici profondi che sfuggono alla sua consapevolezza. Sebbene io abbia buone ragioni per consegnare il denaro al rapinatore, poiché non desidero essere ucciso e credo che questo accadrebbe nel caso mi comportassi diversamente, può darsi il caso che io decida di fuggire o di aggredire incautamente il rapinatore, sotto la spinta di un impulso irrazionale e imprevedibile.

Le ragioni cioè non sembrano costituire il motivo determinante delle nostre azioni in molte situazioni della vita quotidiana. Se così stanno le cose, va revocata in dubbio anche la loro supposta capacità esplicativa, la capacità cioè di fornire un resoconto attendibile ed esaustivo dei fattori mentali che inducono un individuo ad agire in un certo modo. Una spiegazione meramente razionale dell'azione, risulta nella maggior parte dei casi soltanto parziale. Il ragionamento pratico, in questo senso, non spiega perché concretamente agiamo, ma si limita a fornire una rappresentazione di come dovremmo agire nel caso fossimo dei soggetti perfettamente razionali. Il modello di ragionamento pratico formulato in precedenza costituisce quindi un modello ideale, che non è in grado di dar conto in maniera compiuta dei reali motivi dell'azione, ma che può essere utilizzato per formulare previsioni circa le condotte che verranno tenute in un certo contesto d'azione, ovvero per prescrivere cosa dobbiamo fare affinché la nostra condotta possa dirsi razionale. In questo secondo caso, la **spiegazione** dei comportamenti che si avvale delle ragioni per agire assume dunque un contenuto prescrittivo. Nel proseguo della nostra trattazione riconosceremo quindi alle **ragioni per agire** soltanto la capacità di giustificare **ex post** una scelta pratica.

Per **ragionamento** intenderemo quindi un discorso formulato per avvalorare una certa scelta d'azione di fronte a un uditorio. Le **ragioni**, infatti, si presentano concretamente sotto forma di **enunciati** utilizzati per giustificare una certa condotta o decisione, in modo tale che questa venga accolta dai nostri interlocutori come corretta, valida, giusta, ecc. Ne costruiscono un esempio tipico la motivazioni delle sentenze giudiziali, mediante le quali il giudice giustifica la soluzione del caso di fronte alle parti in causa, agli altri giudici e alla società nel suo complesso, come pure le giustificazioni fornite talora dal legislatore a sostegno di un certo provvedimento legislativo, o gli argomenti proposti dallo studioso del diritto per avvalorare una certa soluzione legislativa o per proporre ai giudici un certa **interpretazione** di una disposizione normativa. Dicendo questo, non escludiamo che in molti casi le norme godano di una effettiva capacità motivazionale nei confronti dei loro destinatari; più semplicemente, assumiamo che le norme, intese come ragioni per agire, non siano sufficienti, in innumerevoli situazioni, per motivare in modo conclusivo l'azione dei loro destinatari.

3. Tipi di norme

Le norme si lasciano distinguere sia con riguardo alla loro **struttura e funzione specifica**, sia con riguardo alla loro **origine**. Sotto il profilo e funzionale è opportuno distinguere le **norme in senso stretto** (norme di condotta) dalle **norme in senso lato** (norme permissive, norme interpretative, norme che conferiscono poteri, ecc.); in **norme espresse** (enunciate da disposizioni normative) e **norme inesprese** (ricavate da altre norme); in **norme in senso generico, metanorme e norme costitutive**.

Rispetto all'**origine** possiamo distinguere le **norme interne** dalle **norme esterne**:

- **norme interne**: sono le norme che ciascun individuo indirizza a sé medesimo per guidare le proprie azioni. Tali norme esprimono in forma linguistica l'esercizio da parte degli esseri umani della facoltà di guidare intenzionalmente i loro comportamenti sulla base di stati mentali che chiamiamo desideri e credenze, i quali, secondo alcuni filosofi, avrebbero la capacità di motivare l'agire individuale. Se così fosse, tali norme sarebbero utili per spiegare il comportamento degli esseri umani, vale a dire per rendere intellegibile ad un osservatore esterno perché ho agito in un certo modo anziché in un altro, rendendo esplicite le cause della mia condotta. Abbiamo tuttavia evidenziato che la capacità esplicativa delle ragioni è perlomeno dubbia e che la ricostruzione razionale delle condotte

umane viene in realtà utilizzata non a scopi esplicativi ma per formulare previsioni, ovvero per indicare agli individui come devono agire per raggiungere i loro scopi. Le norme interne costituiscono inoltre la manifestazione di un'ulteriore facoltà degli esseri umani: la facoltà di valutare le azioni proprie e altrui;

- **norme esterne o sociali:** una delle caratteristiche distintive dell'agire umano è costituita dal fatto che gli uomini vivono in società: l'agire di un individuo è sempre condizionato, e spesso condiziona, l'agire di altri individui. La socialità, come già osservava Aristotele, costituisce una proprietà essenziale della vita umana. La vita degli uomini in società si caratterizza per un aspetto fondamentale: il fatto che essa è **regolata da norme** che disciplinano l'interazione tra gli uomini. Tali norme costituiscono il contenuto di consuetudini, convenzioni, accordi, atti autoritativi che non sono determinati da un singolo individuo, ma dipendono e hanno per oggetto l'interazione tra gli individui.

Una prima distinzione rilevante, sotto questo profilo, è quella tra **norme sociali e regolarità sociali**: una **regolarità sociale** è quando più individui si comportano generalmente allo stesso modo in una data situazione.

Cosa differenzia una regolarità sociale come questa da una norma sociale? Tre sono le differenze rilevanti secondo Hart:

- in primo luogo il comportamento convergente dei membri di un gruppo costituisce non solo una regolarità ma testimonia l'esistenza di una norma sociale quando le condotte difformi sono generalmente oggetto di critica;
- in secondo luogo, i comportamenti devianti sono generalmente oggetto di critica per buone ragioni: la critica ai comportamenti devianti è considerata cioè giustificata.
- i comportamenti devianti vengono criticati sulla base di una o più **ragioni per agire**, ovvero sia del ragionamento pratico dei membri del gruppo sociale: "per l'esistenza di una norma sociale è necessario che alcuni considerino il comportamento in questione come un criterio generale di condotta che il gruppo nel suo complesso deve seguire". Una **norma sociale** esiste se può essere rappresentata come la premessa di un **ragionamento**: quel ragionamento che giustifica una condotta all'interno di un gruppo sociale poiché essa consiste nell'osservanza della norma.

Per distinguere le mere **regolarità sociali** dalle **norme** occorre considerare l'agire sociale dal "punto di vista interno" di chi agisce. Così come le norme interne, anche le norme esterne vengono usate per indirizzare le condotte degli individui, per spiegarle a fini predittivi, per valutarle e giustificarle. Pur facendo salve le avvertenze richiamate in precedenza, anche alle norme esterne o sociali viene cioè attribuita una funzione motivazionale, esplicativa e giustificatoria.

Le **norme esterne o sociali** sono di molti tipi, possiamo distinguere:

- le **norme consuetudinarie**: sorgono sulla base del ripetersi di una medesima condotta in un certo contesto sociale, in modo da consentire la coordinazione tra gli individui e dunque il raggiungimento dei loro scopi;
- le **norme deontologiche**: individuano i criteri di condotta degli individui che svolgono una particolare attività o professione;
- le **norme religiose**: avanzano la pretesa di guidare le condotte di chi aderisce ad un certo credo religioso;
- le **norme giuridiche**: appartengono ad un determinato ordinamento giuridico sulla base dell'autorità che le ha emanate e della procedura che disciplina tale emanazione.

E' il caso di notare come le norme sociali abbiano un carattere più o meno istituzionalizzato, nel senso che la loro creazione e applicazione si presta ad essere regolata, in misura maggiore o minore, da norme secondarie, ovvero sia da norme che attribuiscono il potere di emanare, modificare, abrogare e applicare le norme primarie. Con riferimento alla loro origine i tipi di norma appena richiamati possono essere descritti come distinti sistemi di norme. Vi sono sistemi di norme interne ed esterne, e tra questi ultimi, sistemi di norme consuetudinarie, deontologiche, religiose, giuridiche, ecc. Tali sistemi hanno caratteristiche distinte: utilizzando il lessico di **Kelsen**, taluni presentano una **struttura statica**, vale a dire i rapporti tra le norme che li compongono sono di tipo **deduttivo**. Questo è tipicamente il caso dei sistemi di **norme morali**. Altri hanno una **struttura dinamica**: i rapporti tra le norme che ne fanno parte si configurano come **rapporti di delegazione** del potere di produrre norme. Altri ancora presentano entrambe le caratteristiche strutturali.

In questo corso chiameremo **norma morale** qualsivoglia norma esterna di tipo **non giuridico**. Nel linguaggio ordinario il termine **norma morale** viene usato per riferirsi alle norme di condotta che sono orientate al bene o alla giustizia. In base a questo uso linguistico, si dà il caso di norme immorali, che non sono cioè orientate al bene o alla giustizia, che parimenti non sono norme giuridiche. Ne deriverebbe che non tutte le norme non giuridiche sono norme morali. Allo stesso tempo, si dà il caso di norme giuridiche che hanno lo stesso contenuto di norme morali. Per alcuni filosofi del diritto, ciò evidenzerebbe come non tutte le norme giuridiche non sono anche norme morali. Queste perplessità, tuttavia, derivano essenzialmente dall'ambiguità del termine **morale**. Questo termine può essere usato in due modi diversi:

- per **valutare** una certa **norma**: una **norma** è **morale** quando è buona e giusta, vale a dire se in base alla nostra valutazione seguire questa norma realizza un certo bene o valore;
- per **classificarla**: una **norma** è **morale** quando appartiene a un sistema di norme dotato di certe caratteristiche, indipendentemente dal valore che essa aspira a realizzare.

Nel contesto del nostro corso useremo il termine **norma morale** nel secondo senso, a fini meramente classificatori e non valutativi: con questo termine ci riferiremo a qualsiasi norma in grado di giustificare le condotte umane che non sia dotata del peculiare carattere autoritativo che caratterizza le norme giuridiche.

4. Conflitti tra norme

Accade che norme appartenenti al medesimo sistema normativo, o a sistemi normativi distinti, guidino la stessa condotta in modi tra loro incompatibili; individuino obiettivi da perseguire, o mezzi per perseguirli, tra loro alternativi; configurino in modo diverso un certo fatto istituzionale; affermino dei principi che si escludono a vicenda. In questi casi siamo di fronte a dei **conflitti normativi**.

In queste lezioni chiameremo **conflitto normativo** la situazione nella quale due o più norme, dotate di contenuto incompatibile,

esprimono la pretesa di regolare la medesima condotta. Due **norme** sono **incompatibili** quando non è possibile comportarsi in funzione di quanto tali norme stabiliscono in un unico e stesso caso che entrambe disciplinano.

Se non ci limitiamo a considerare le norme giuridiche ma allarghiamo il nostro sguardo anche alle norme non giuridiche, è facile notare come i conflitti normativi caratterizzino diffusamente la nostra esperienza quotidiana. Data una norma, è assai facile immaginare una situazione nella quale un'altra norma avanza la pretesa di guidare la medesima condotta in maniera incompatibile con la prima.

I **conflitti normativi** hanno caratteristiche distinte. Ai fini del nostro corso è opportuno distinguerli sulla base di due criteri:

- il tipo di **incompatibilità** di volta in volta istanziata;
- il grado di **difficoltà** che comporta la loro soluzione, dal quale spesso dipende il grado di conflittualità che tali situazioni generano in ambito sociale.

E' utile distinguere i seguenti tipi di **incompatibilità** tra norme:

- **incompatibilità logica**: due norme sono logicamente incompatibili se connettono alla medesima fattispecie conseguenze giuridiche tra loro incompatibili;
- **incompatibilità strumentale**: due norme sono strumentalmente incompatibili se la prima è inadeguata a realizzare quanto prescritto dalla seconda;
- **incompatibilità teleologico-assiologica**: due norme sono teleologicamente incompatibili se perseguono fini o proteggono **valori** tra loro incompatibili.

Questa distinzione è utile nello studio dei conflitti normativi poiché consente di precisare quale sia l'oggetto di tali conflitti e di adottare il metodo più idoneo per risolverli:

- nel caso di un **conflitto logico** una delle due norme dovrà essere eliminata o disapplicata al fine di individuare la condotta prescritta;
- nel caso di un **conflitto strumentale** tra una prima norma, che individua il fine da perseguire, e una seconda norma, che individua il mezzo per perseguirlo, la seconda norma dovrà essere eliminata e sostituita da una diversa norma;
- nel caso di un **conflitto teleologico assiologico-teleologico** una delle due norme dovrà essere disapplicata.

Ancor più problematica è ad ogni modo la situazione nella quale il conflitto tra due o più norme assume la forma di un **dilemma normativo**. Si dà il caso di un **dilemma normativo** quando due norme sono tra loro incompatibili ma nessuna delle due può essere eliminata o disapplicata; l'osservanza di una consisterà inevitabilmente nella violazione dell'altra.

Sotto il profilo **soggettivo**, la situazione creata da un dilemma normativo è pertanto la seguente: un agente ha l'obbligo di compiere due (o più) azioni, ha la possibilità di compiere entrambe, ma non può farlo contemporaneamente. Qualunque cosa l'agente decida di fare, la sua azione comporterà dunque la violazione di un obbligo e non potrà dirsi giustificata. Mentre la soluzione di un conflitto normativo consiste tipicamente nell'applicazione di una delle norme configgenti e nella eliminazione o disapplicazione delle altre, nel caso di un dilemma normativo la disapplicazione di una o più norme, comunque giustificata, non consente la soluzione del conflitto, che rimane intatto a prescindere dalla deliberazione dell'agente.

A prescindere dall'oggetto del conflitto e dal grado di difficoltà che presenta la sua soluzione, di particolare interesse per la filosofia del diritto appaiono i conflitti tra **norme giuridiche e norme morali**.

In primo luogo, il rapporto tra diritto e morale costituisce uno dei principali terreni di scontro tra le diverse correnti della filosofia del diritto contemporanea, che proprio mediante il chiarimento di questo rapporto hanno costruito la loro identità.

In secondo luogo, accade che taluni conflitti tra norme giuridiche e norme morali assumano grandissimo rilievo in ambito sociale, scatenando divisioni radicali nell'opinione pubblica e prese di posizione opposte da parte delle istituzioni politiche e giuridiche. E' questo il caso, ad esempio, dei conflitti normativi scatenati dal problema dell'**eutanasia**, dalla **regolamentazione dei flussi migratori**, della **guerra**, dell'**aborto**, della **pena di morte**, della **tutela dell'ambiente**, della **presenza di simboli religiosi nei luoghi pubblici**, del **matrimonio omosessuale**, dei **diritti delle generazioni future**, etc.

Il ciascuno di questi casi norme giuridiche e norme non-giuridiche entrano in conflitto tra loro, un conflitto che, come vedremo, sembra spesso generare dei veri e propri dilemmi normativi.

L'esistenza, le caratteristiche distintive come pure le possibili soluzioni dei conflitti normativi dipendono dalle concezioni del diritto e dalle concezioni della morale fatte proprie da chi agisce. Queste concezioni forniscono infatti definizioni diverse, e tra loro alternative, sia del termine **diritto** sia del termine **morale**. La descrizione del rapporto che sussiste tra norme giuridiche e norme morali non potrà quindi che dipendere da esse.

II. Concezioni del diritto

1. Conflitti normativi e concezioni del diritto

Il modo descrivere e di risolvere i conflitti tra norme giuridiche e norme morali dipende dalla concezione del diritto accolta da chi è chiamato a risolvere tali conflitti. Per concezioni del **diritto** si intendono le principali posizioni della filosofia del diritto che si confrontano nel dibattito contemporaneo: **giusnaturalismo, giuspositivismo e neo-costituzionalismo**. Le tre posizioni giusfilosofiche appena richiamate rispondono in modo diverso ai quesiti fondamentali che tradizionalmente occupano l'attenzione dei filosofi del diritto: che cos'è il diritto? perché il diritto esiste? a quali condizioni il diritto è giusto? A seconda delle risposte fornite a tali quesiti, muterà il modo di concepire il rapporto tra diritto e morale, e di conseguenza i criteri che possiamo o dobbiamo adottare per risolvere i conflitti che coinvolgono questi due tipi di norme.

Per presentare le tesi distintive del giusnaturalismo, del giuspositivismo e del neo-costituzionalismo, muoveremo da un caso concreto che costituisce un esempio paradigmatico di conflitto tra norme giuridiche e norme morali.

2. Il caso delle sentinelle del muro

Il primo dicembre 1984 un cittadino della Repubblica Democratica Tedesca (ex-DDR) di 20 anni tentò di superare il muro di confine che divideva Berlino est da Berlino ovest con l'ausilio di una scala. Subito dopo aver scavalcato il muro, il fuggitivo venne scoperto da due sentinelle di guardia, che gli intimarono di fermarsi immediatamente. Il fuggitivo ignorò l'ordine e continuò la sua fuga. Dopo aver sparato alcuni colpi di avvertimento in aria, senza ottenere alcun risultato, le due sentinelle spararono al fuggitivo colpendolo al torace e ad un ginocchio. Il ferito non venne subito soccorso, nonostante le sue richieste di aiuto. Venne infine trascinato da una sentinella in una torre di osservazione posta lungo il muro di Berlino, ma anche qui gli venne rifiutato qualsiasi soccorso. Dopo due ore venne portato da una ambulanza in un ospedale militare, dove morì subito dopo l'arrivo per le ferite riportate. Alle due sentinelle intervenute per bloccare la fuga fu in seguito attribuita una onorificenza per l'atto compiuto. Non si trattò di un caso isolato nella storia delle relazioni di confine tra Germania Est e Germania Ovest. Dalla costruzione del muro di Berlino, avvenuta nel 1960, molti cittadini della ex-DDR tentarono senza successo di superarlo per raggiungere la parte ovest della città. In base alle statistiche disponibili, almeno 600 persone morirono tra il 1960 e il 1989 a causa di un fallito tentativo di fuga verso i paesi occidentali.

Successivamente all'unificazione tedesca, il caso venne portato all'attenzione del tribunale penale di Berlino, che condannò le due sentinelle del muro a sette anni di reclusione per omicidio volontario. Le sentinelle avrebbero infatti deliberatamente cagionato la morte del fuggitivo, violando così la norma del Codice penale tedesco che sanziona l'omicidio volontario con la pena carceraria.

Successivamente al giudizio di primo grado, gli avvocati difensori delle due sentinelle presentarono ricorso presso la Corte di cassazione federale (Bundesgerichtshof) e quindi davanti alla Corte Costituzionale Federale (Bundesverfassungsgericht).

Secondo la **Corte di Cassazione Federale**, la quale riprese gli argomenti già sviluppati dal Tribunale penale di primo grado, le condotte delle due sentinelle costituivano una chiara violazione del diritto penale tedesco. Sotto un primo profilo, era certo vero che le sentinelle avevano agito seguendo gli ordini impartiti dai loro superiori, i quali avevano intimato loro di impedire, anche facendo ricorso all'uso delle armi, la fuga di un cittadino della Germania est verso la Germania ovest. La condotta delle sentinelle era altresì giustificata in base all'art. 25, Il comma, della Legge sulla difesa dei confini (GDR Grenzgesetz) che recitava: "L'uso di armi da fuoco [da parte dei funzionari di sorveglianza] è autorizzato per impedire il superamento attuale del confine o per impedire il compimento di un atto che, date le circostanze del caso, si configuri come un reato".

Secondo la **Corte di Cassazione Federale**, questa disposizione normativa introduceva nell'ordinamento giuridico della ex-DDR una causa di esclusione della colpevolezza che rendeva la condotta degli imputati non punibile penalmente. La norma ricavabile da questa disposizione configurava cioè una eccezione esplicita all'applicazione della norma che punisce l'omicidio. L'art. 25, Il comma, GDR costituiva tuttavia una disposizione che violava le più elementari principi di giustizia universalmente accettati negli Stati democratico-costituzionali, poiché negava il diritto alla vita, alla dignità e alla libertà del fuggitivo. Si trattava di una disposizione intollerabilmente ingiusta. Il caso faceva sorgere, sotto questo punto di vista, un vero e proprio conflitto normativo. In base ai principi di giustizia richiamati dalla Corte, la legge penale della Germania riunificata non autorizzava l'uccisione del fuggitivo, la quale doveva essere quindi sanzionata penalmente; in base al diritto positivo vigente nella ex-DDR al momento della commissione del fatto, tuttavia, tale condotta non era punibile. La **Corte di Cassazione Federale**, per risolvere questo conflitto normativo, si appellò alla cosiddetta **Formula di Radbruch**. Si tratta di un principio formulato nel 1946 dal filosofo del diritto tedesco **Gustav Radbruch** con riferimento alle disposizioni giuridiche emanate dal regime nazional-socialista prima e durante la II guerra mondiale. Secondo Radbruch "il conflitto tra giustizia e certezza del diritto potrebbe essere risolto nel modo seguente: il diritto posto dall'autorità legittima deve prevalere anche quando ha un contenuto ingiusto o non è coerente col fine perseguito. In talune situazioni accade tuttavia che il conflitto tra il diritto positivo e la giustizia diventi a tal punto intollerabile che la legge, in quanto diritto ingiusto, deve lasciar posto alla giustizia. Non è possibile tracciare una linea di demarcazione netta tra la situazione in cui una legge è contraria al diritto e quella in cui una legge, sebbene dotata di un contenuto ingiusto, rimane non di meno una legge valida. Una diversa distinzione, questa volta assai netta, può essere tuttavia tracciata: nei casi in cui la giustizia non venga in alcun modo perseguita e l'**uguaglianza**, che costituisce il nucleo fondamentale della **giustizia**, venga consapevolmente negata, la legge non solo diventa diritto **ingiusto** ma **perde** la sua stessa **natura di diritto**. Ne segue che non si può definire il diritto, compreso il diritto positivo, se non come un ordine e una statuizione che, in base al senso che gli è proprio, è orientato a servire la giustizia.

Secondo la **Corte di Cassazione Federale**, l'art. 25, Il comma, GDR **superava il limite di tollerabilità** oltre il quale una norma giuridica, oltre ad essere ingiusta, cessa di essere valida, applicabile e obbligatoria. Le norme ricavabili da questa disposizione non potevano dunque essere applicate da un giudice in giudizio né produrre alcun effetto giuridico, dal momento che non erano affatto norme giuridiche. E ciò, si badi bene, sulla base di quanto prescritto da un ordine giuridico sovra-positivo, il quale fissa i principi di giustizia ai quali ciascun ordinamento giuridico positivo si deve in ultima istanza conformare. Se così stanno le cose, le sentinelle, al pari di chi aveva impartito l'ordine di sparare, dovevano essere condannate in base a quanto previsto dalla legge penale tedesca.

Diverso il punto di vista sostenuto dalla **difesa delle due sentinelle**: sebbene l'atto compiuto potesse apparire particolarmente odioso dal punto di vista morale, e sotto questo profilo senz'altro censurabile, andava sottolineato come una corte di giustizia sia chiamata a decidere il caso sulla base di quanto prescritto dalle norme giuridiche positive vigenti in un certo momento storico e non sulla base di

astratti principi di giustizia che non trovano alcun riscontro nei testi normativi. In base al diritto vigente nella Repubblica Democratica Tedesca al tempo in cui fu commesso il fatto, la condotta degli accusati non era anti-giuridica. Per un verso le sentinelle avevano semplicemente obbedito a un ordine loro impartito dai superiori. Nel ferire a morte il fuggitivo esse avevano assolto un loro dovere. In base all'art. 25, II comma, GDR la loro condotta era inoltre permessa. Come osservato sopra, la norma ricavabile da questa disposizione istituiva un'eccezione all'applicazione della norma che sanziona l'omicidio. Secondo i difensori, questo articolo di legge era perfettamente valido, in quanto emanato da un organo autorizzato (il Parlamento della ex-DDR) in base alla procedura prevista e compatibile con le altre norme di grado superiore appartenenti all'ordinamento. La norma in questione era dunque valida e applicabile. Qualora gli accusati fossero stati condannati inoltre sarebbe stato violato il **principio di stretta legalità** (nullum crimen sine lege) sancito dall'art. 102, II comma, della Legge Fondamentale tedesca, in base al quale un'azione è punibile penalmente solo nel caso in cui la punibilità sia stata stabilita per legge prima che l'azione fosse commessa.

I due accusati sarebbero cioè stati condannati in base a una norma penale entrata in vigore dopo l'unificazione della Germania e dunque successivamente alla commissione del fatto. La condotta degli accusati non era quindi censurabile penalmente, sebbene essa restasse senz'altro riprovevole sotto il profilo morale, anche alla luce del contesto politico e sociale che caratterizzava i paesi dell'ex blocco sovietico.

La **Corte Costituzionale Federale** accolse la tesi della difesa in base alla quale il caso doveva essere deciso sulla base del diritto vigente e non facendo appello ad astratti principi di giustizia posti al di sopra dell'ordinamento positivo. Compito della Corte era verificare se la sentenza di condanna emessa e confermata nei precedenti gradi di giudizio violasse le norme costituzionali della Germania riunificata. La Corte osservò come l'ordinamento costituzionale contenga alcuni principi supremi, come il principio di inviolabilità della vita umana, il principio di dignità e il principio di libertà individuale, che per un verso corrispondono a precetti morali ampiamente condivisi, per altro verso costituiscono delle norme giuridiche valide.

Se il parametro di legittimità costituzionale scelto per valutare la sentenza di condanna era costituito da tali principi, la sentenza risultava legittima per le ragioni sostenute dalla Corte di Cassazione. Se il parametro costituzionale scelto per valutare la legittimità della sentenza era invece costituito dal principio di stretta legalità, allora la sentenza di condanna risultava illegittima per le ragioni sostenute dalla difesa. La Corte doveva quindi procedere in due fasi: in prima battuta, occorreva valutare se i principi appena richiamati fossero congiuntamente applicabili al caso di specie. In caso di risposta affermativa, il conflitto normativo sollevato dal caso assumeva la forma di un conflitto tra principi costituzionali. Per risolverlo, la Corte avrebbe quindi dovuto effettuare un bilanciamento tra i principi in esame, sulla base del quale stabilire, in rapporto al caso di specie, quale tra essi fosse più importante e dovesse quindi prevalere sugli altri in sede decisionale. La Corte non ritenne tuttavia che in rapporto al caso di specie si configurasse un conflitto tra principi costituzionali. A giudizio della Corte non era necessario quindi operare alcun bilanciamento. I giudici costituzionali giudicarono infatti inapplicabile al caso delle sentinelle il principio di irretroattività della legge penale. La Corte cercò di determinare quale fosse il contenuto dell'art. 103, II comma, della Legge Fondamentale tedesca, richiamato in precedenza. In base alla lettera del testo, il II comma dell'art. 103 permette di sanzionare penalmente una condotta soltanto nel caso questa sia riconducibile, al tempo in cui essa è stata tenuta, all'interno di una fattispecie penale fissata dal legislatore. La Corte sostenne tuttavia che questa disposizione costituzionale non andava interpretata in modo letterale ma in modo sistematico, alla luce cioè delle altre disposizioni che compongono il testo costituzionale. Il principio di irretroattività della legge penale svolge infatti la funzione precisa sotto il profilo sistematico: esso garantisce la tutela di alcuni principi supremi dello Stato costituzionale di diritto, e alla luce di tali principi l'art. 103, II comma, va dunque interpretato. La Corte richiamò innanzitutto il **principio democratico**, in base al quale la legge è espressione della sovranità popolare; il **principio di separazione dei poteri**, in base al quale il giudice e il funzionario amministrativo non possono assumere il ruolo di legislatore né il legislatore svolgere la funzione giurisdizionale; il **principio di soggezione** del legislatore alla Costituzione, in base al quale laddove una norma di rango legislativo entri in conflitto coi principi costituzionali, tale legge risulta invalida sotto il profilo materiale. Ora, la forma politica della Repubblica Democratica Tedesca non era assimilabile a quella di uno Stato costituzionale di diritto quanto piuttosto a quella di uno Stato autoritario, nel quale i diritti fondamentali non erano tutelati, non vigeva il principio democratico né tanto meno il principio di separazione dei poteri. Il rivendicare il principio di irretroattività della legge penale a salvaguardia delle disposizioni di uno Stato autoritario, pertanto, avrebbe finito col rinnegare la funzione svolta da tale principio e col fare di esso uno strumento di ingiustizia e di prevaricazione. Alla luce di queste considerazioni, la Corte Costituzionale sostenne che la decisione della Corte di Cassazione Federale non era in conflitto con l'art. 103, II comma, della Legge Fondamentale tedesca ed era quindi del tutto legittima. L'art. 25, II comma, GDR violava al contempo i principi fondamentali di sacralità della vita e di libertà individuale sanciti a livello sovranazionale dopo la fine della II guerra mondiale. Tale disposizione non era quindi da ritenersi materialmente valida già all'epoca in cui si svolsero i fatti oggetto della controversia. Sulla base di tali considerazioni, fu confermata la condanna nei confronti delle sentinelle del muro. Le argomentazioni proposte, rispettivamente, dalla Corte di Cassazione, dalla difesa e dalla Corte Costituzionale riflettono concezioni del diritto tra loro distinte: le tesi della Corte di Cassazione si fondano su una concezione **giusnaturalista** del diritto; le tesi della difesa su una concezione **giuspositivista**; mentre le tesi della Corte Costituzionale sono coerenti con una concezione **neo-costituzionalista**.

3. Giusnaturalismo

Una **concezione giusnaturalista** del diritto sostiene le seguenti tesi fondamentali:

- il diritto dipende da un **ordine giuridico naturale** non riconducibile alla volontà umana, il quale fissa le condizioni di validità e obbligatorietà delle norme giuridiche positive;
- esiste una **connessione necessaria tra diritto e morale**, dove per **morale** si intende l'insieme delle norme di **diritto naturale**;
- le **norme giuridiche** sono **vere** o **false**;
- l'**attività interpretativa** consiste nella **conoscenza** del significato delle disposizioni giuridiche positive ricavabile dalle norme di diritto naturale.

In base alla prima tesi esiste un insieme di norme giuridiche naturali sovraordinate a quelle emanate da una autorità legittima (come ad esempio il legislatore) o comunque create dagli uomini mediante accordi, convenzioni, consuetudini. Queste norme hanno un contenuto **morale** e determinano a quali condizioni il diritto positivo è giusto: se una norma positiva è coerente con le norme di diritto naturale, nel senso che può essere dedotta da esse o che consente di realizzare il fine da queste prescritto, allora tale norma è giusta. Se una norma positiva non soddisfa invece queste condizioni, oltre a essere ingiusta **cessa di essere diritto**: tale norma si trasforma in torto, ovverosia in un atto di arbitrio e prevaricazione.

Per il giusnaturalismo sussiste una **connessione necessaria tra diritto e morale**: non è possibile che una norma giuridica sia indipendente dalle norme morali che costituiscono il contenuto del diritto naturale. Questa tesi assume molteplici significati nelle dottrine giusnaturaliste, può infatti avere ad oggetto:

- la **validità** delle norme giuridiche;
- la loro **obbligatorietà**;
- il **modo** in cui le disposizioni normative devono essere **interpretate**.

Riguardo alla validità delle norme giuridiche: se intesa come una tesi attorno alla **validità delle norme giuridiche**, essa afferma che il diritto positivo ingiusto, in quanto non conforme al diritto naturale, è invalido sia dal punto di vista sostanziale sia dal punto di vista formale.

Sotto il profilo **materiale**, se la condotta prescritta da una norma positiva consiste in una violazione di quanto prescritto da una norma di diritto naturale, la norma di diritto naturale prevale, rendendo invalida la norma di diritto positivo.

Sotto il profilo **formale** l'autorità che emette una norma ingiusta cessa di essere una autorità legittima: i suoi atti dunque non producono alcun effetto giuridico.

Nella discussione giusfilosofica sono presenti tuttavia tre versioni di questa tesi, che potremmo definire, rispettivamente, forte, moderata e debole. Esse riconoscono infatti una diversa intensità al vincolo che il diritto pone nei confronti della validità del diritto positivo:

- In base alla versione **forte**, qualsivoglia incompatibilità tra una norma di diritto positivo e una norma di diritto naturale rende invalida la norma di diritto positivo. Non si darebbe quindi il caso di norme immorali, in quanto confliggenti col diritto naturale, che siano nondimeno norme giuridicamente valide e dunque suscettibili di essere applicate in giudizio dai giudici o applicate dai funzionari amministrativi per dare attuazione alle scelte del legislatore. Il diritto ingiusto cessa di essere per ciò stesso diritto.
- In base a una versione **moderata** della medesima tesi una norma giuridica, per il fatto di essere ingiusta, non è per ciò stesso invalida. La connessione necessaria tra diritto e morale concerne non le singole norme ma l'ordinamento giuridico al quale la norma appartiene, inteso nel suo complesso. Soltanto se l'ordinamento giuridico positivo risulta nel suo complesso ingiusto, allora le norme che ne fanno parte smarriscono la loro validità.
- In base ad una versione **debole** di questa tesi soltanto le norme giuridiche che appartengono ad un ordinamento ingiusto e che costituiscono una violazione intollerabile della morale, così come previsto dalla Formula di Radbruch, perdono la loro validità e obbligatorietà. Tali norme non generano una ragione per agire di tipo giuridico in capo ai loro destinatari.

Riguardo alla obbligatorietà delle norme giuridiche: la tesi della connessione necessaria tra diritto e morale può concernere la loro **obbligatorietà**, il fatto cioè che tali norme debbano essere obbedite. In base a questa tesi, la condotta che consiste nell'obbedienza a una norma ingiusta non è giuridicamente giustificata. Anche ammettendo che una norma ingiusta appartenga all'ordinamento giuridico, tale norma non sarebbe comunque obbligatoria. La sua formulazione da parte di una autorità legittima sulla base delle procedure previste dall'ordinamento non farebbe sorgere alcun obbligo all'obbedienza in capo ai suoi destinatari.

Riguardo al modo in cui le disposizioni devono essere interpretate: la tesi della connessione necessaria può essere infine concepita come una connessione di tipo **interpretativo**: le disposizioni giuridiche positive devono essere interpretate in modo conforme alle norme di diritto naturale. Ammettendo cioè che alle disposizioni giuridiche emanate dal legislatore siano attribuibili più significati, il giudice dovrà adottare l'interpretazione coerente con le norme di diritto naturale. Solo le norme ricavate per via interpretativa che soddisfano questa condizione saranno, al contempo, valide e obbligatorie.

Quanto appena osservato in merito alla connessione necessaria tra diritto e morale consente di chiarire il contenuto delle altre tesi che caratterizzano le teorie del diritto naturale. Consideriamo la tesi in base alla quale le norme giuridiche sono vere o false: ciò equivale a dire che norme giuridiche individuali proferiti da un giudice in giudizio si riferiscono ad un fatto normativo o morale indipendente dalla volontà umana. Si tratta di un fatto, cioè, che manifesta una caratteristica intrinseca e indisponibile della natura stessa e che è dotato di proprietà normative: la sua sussistenza è in grado di per sé di guidare le condotte degli uomini. Questo fatto morale è espresso da una norma di diritto naturale. Se la norma positiva corrisponde ad un fatto morale, allora essa è vera; nel caso tale norma non corrisponda al fatto morale al quale si riferisce, si tratta di una norma falsa e dunque invalida e non obbligatoria (qualora, ovviamente, si sostenga la sussistenza di una connessione necessaria tra diritto e morale che concerne la validità delle norme in senso forte). Questa tesi presuppone la possibilità di conoscere i fatti morali naturali ai quali le norme giuridiche si riferiscono. Il fatto morale espresso dalle norme non costituisce in altri termini il frutto delle inclinazioni e delle preferenze soggettive, le quali mutano nel tempo e sono accidentali. Tale fatto non dipende neppure da convenzioni stipulate tra gli uomini o dalla statuizione di una autorità giuridica. Esso sussiste ed ha un contenuto determinato a prescindere da qualsiasi considerazione soggettiva. La sua conoscenza, ovviamente, potrà essere più o meno adeguata. Nel conoscere le norme di diritto naturale potremmo cioè cadere in errore: potremmo sbagliarci in merito all'esistenza e alle caratteristiche distintive di un certo fatto morale. Non di meno, la verità o falsità delle norme che descrivono questi fatti non dipende dalla conoscenza che di essi abbiamo.

Ciò consente di precisare quali sono le caratteristiche dell'interpretazione giuridica secondo gli esponenti delle teorie del diritto naturale. L'**interpretazione è un'attività di tipo conoscitivo**: consiste nella **conoscenza** del contenuto delle disposizioni giuridiche corrispondente ai fatti morali che garantiscono la validità e l'obbligatorietà del diritto. Si potrà quindi dire che l'interpretazione di una disposizione giuridica è vera o falsa, corretta o errata, sulla base della corrispondenza tra i suoi risultati e le norme morali.

Vi sono **vari tipi di giusnaturalismo** ai quali ciascun individuo, studioso del diritto o soggetto autorizzato può aderire. Un modo per dar conto delle diverse versioni del giusnaturalismo consiste nel concentrare l'attenzione sul termine **natura**. Abbiamo visto come in base a questa concezione, il diritto dipende da un ordine naturale non riducibile alla volontà umana. In cosa consista questo **ordine naturale** e quali siano le sue **caratteristiche distintive**, è questione tuttavia controversa in seno alle posizioni giusnaturaliste.

Distingueremo quattro tipi di giusnaturalismo:

- **il giusnaturalismo antico**;
- **il giusnaturalismo medioevale**;
- **il giusnaturalismo moderno**;
- **il neo-giusnaturalismo** (Gustav Radbruch)

Giusnaturalismo antico: prima del V secolo a.c. non è rinvenibile, nelle fonti della cultura occidentale a nostra disposizione, alcun riferimento a un diritto naturale inteso come ordine giuridico parallelo e potenzialmente in conflitto con l'ordine giuridico stabilito da un'autorità umana. Nella filosofia presocratica, ad esempio, il **giusto per natura** (dikaion phisei) e il **giusto per legge** (dikaion thesei) sono l'uno specchio dell'altro. Le **leggi** (nomoi) sono una delle **espressioni del modo naturale** (physis) e non sono concepibili in opposizione ad esso. Con la crisi politica e sociale nell'Atene del V secolo a.c. la corrispondenza tra vita naturale e vita nella polis si

interrompe: si manifesta la **possibilità di una legge umana che entra in conflitto con la legge naturale**. Uno dei documenti più emblematici di questa crisi è rappresentato dall'Antigone di Sofocle, un'opera teatrale che costituisce uno dei primi esempi di riflessione filosofico-giuridica nel contesto della cultura occidentale. Secondo la narrazione di Sofocle, Creonte era diventato re di Tebe dopo che gli eredi al trono si erano vicendevolmente uccisi in battaglia: da un lato Eteocle, in qualità di difensore della patria, dall'altro Polinice, in qualità di invasore alla testa di un esercito straniero. Il primo dovere del nuovo re consisteva nel prestare adeguata cura a coloro che erano morti in battaglia. Creonte fa quindi ricoprire di terra Eteocle mentre il corpo di Polinice viene lasciato insepoltito in pasto ai rapaci, poiché a lui, in quanto nemico invasore, non spettano gli onori della città. Antigone, sorella dei due fratelli, si indigna tuttavia per la decisione di Creonte, e sfidando quest'ultimo dà sepoltura a Polinice. Per questa ragione, Antigone viene condannata a morte per aver violato il decreto emanato dal re. Assistiamo qui al conflitto tra due ordini normativi: da una parte la legge umana impersonata da Creonte, il quale si propone legittimamente, col suo decreto, di rafforzare la coesione sociale e la propria autorità, onorando i difensori della patria e stigmatizzando i traditori; dall'altra parte, la legge naturale impersonata da Antigone, la quale sta a fondamento della pietas familiare e del rispetto per i morti. Richiamando le parole di Sofocle:

Creonte: "E tu hai osato sovvertire le leggi della città?"

Antigone: "Sì, perché non fu Zeus a impormele. Né la Giustizia, che siede laggiù tra gli dèi sotterranei, ha stabilito queste leggi per gli uomini. Io non credevo, poi, che i tuoi divieti fossero tanto forti da permettere a un mortale di sovvertire le leggi non scritte, inalterabili, fissate dagli dèi: quelle che non da oggi, non da ieri vivono, ma eterne: quelle che nessuno sa quando comparvero. Potevo io, per paura di un uomo, dell'arroganza di un uomo, venir meno a queste leggi davanti agli dèi?"

Il conflitto tra Antigone e Creonte è stato spesso interpretato come la prima testimonianza del conflitto tra diritto positivo e diritto naturale, nell'accezione odierna dei due termini: gli elementi in conflitto sono da un lato le disposizioni normative emanate dal legislatore, dall'altro le disposizioni eterne e indisponibili del diritto naturale. Si tratta, tuttavia, di una interpretazione erranea.

Assumendo la prospettiva del pensiero antico, nella tragedia di Sofocle assistiamo piuttosto al conflitto tra due ordini giuridici naturali.

Le norme che presiedono al governo della città non dipendono infatti dall'arbitrio del legislatore: esse sono orientate al conseguimento del bene della città, inteso come fine naturale di quest'ultima. Nella narrazione sofoclea trova cioè rappresentazione un conflitto tra natura umana e natura divina, tra il bene secondo gli uomini e il bene dettato dagli dei, un conflitto che proprio perché interno alla natura stessa, non può che trovare un esito tragico. Antigone viene condannata a morte per la sua condotta, ma questo evento si accompagna alla rovina di Creonte e a quella della città di Tebe.

Il tema del conflitto tra questi due ordini giuridici naturali trova ampio sviluppo nella filosofia greca antica, in particolare nel pensiero di Platone ed Aristotele. Si potrebbe addirittura dire che tale conflitto decreta la nascita del pensiero filosofico, inteso come esercizio della ragione orientato al conseguimento del bene. Tanto in Platone che in Aristotele, il conflitto latente tra physis e nomoi, tra legge divina e legge umana, è infatti mediato dal **logos** (pensiero, discorso, ragione), dal confronto tra tesi contrastanti, teso a confutare le opinioni contraddittorie in ordine a ciò che è giusto fare. Esempio risulta, sotto questo profilo, la posizione aristotelica. Per un verso Aristotele osserva che giusto è chi rispetta la legge formulata dagli uomini: "E' chiaro che tutto ciò che è conforme alla legge è in qualche modo giusto: infatti, ciò che è definito dalla legislazione è conforme alla legge (nomos), e ciascuna delle cose così definite noi diciamo che è giusta." Non vi è pertanto un ordine giuridico della natura che possa essere contrapposto all'ordine giuridico stabilito dagli uomini. Nella Retorica, non a caso, Aristotele fa riferimento a un "giusto e ingiusto comune per natura", che deve guidare le scelte del giudice così come quelle del legislatore. La distinzione tra il giusto e l'ingiusto risulta spesso, tuttavia, indeterminata, al punto che ciascuno fa congetture su di essa e la ricostruisce a modo proprio. Secondo Aristotele: "se la legge scritta è sfavorevole alla causa, bisogna ricorrere alla legge che è comune a tutti e ad argomenti più equi e giusti. E servirsi del miglior senso significa non attenersi letteralmente alle leggi scritte. Perché il giusto resta sempre e non cambia mai, e neppure la legge comune, giacché è secondo natura." E' adattando il contenuto della legge prodotta dagli uomini al giusto secondo natura, con riferimento al caso concreto, che la giustizia può dunque essere garantita e il conflitto venir meno. Il giusto secondo natura, inoltre, emerge attraverso l'argomento migliore, l'argomento cioè garantisce per un verso il perseguimento del bene comune, per altro verso la giustizia del caso concreto. L'uomo giusto è dunque l'uomo dotato della virtù, colui che è capace equilibrare il rapporto tra leggi umane e leggi eterne nelle situazioni particolari senza perdere di vista il bene comune.

Giusnaturalismo cristiano-medioevale: un passaggio capitale nello sviluppo storico del giusnaturalismo è costituito dalla rielaborazione del concetto aristotelico di legge naturale messo a punto dalla **Scolastica medioevale**, dall'attività scientifica di scuola basata sui dogmi della religione cristiana, una rielaborazione resa possibile dalla reintroduzione delle opere aristoteliche in Europa durante il XII e XIII secolo d.C. Il tema platonico e aristotelico della **ragione (logos)** come **facoltà** che consente di ristabilire continuità e armonia tra la legge naturale e la legge degli uomini in caso di conflitto viene ricondotto alla volontà e alla parola del Dio cristiano. Come si legge nel Vangelo di Giovanni, "Il principio era il Verbo (logos), e il Verbo era presso Dio, il Verbo era Dio".

Il fatto che la fonte del diritto naturale sia costituita da un Dio creatore del mondo e degli uomini consente di istituire una gerarchia necessaria e immutabile tra i vari tipi di legge ai quali l'uomo può fare appello per orientare e giustificare le proprie condotte.

Il maggior esponente della **Scolastica medioevale**, **S. Tommaso d'Aquino**, distingue quattro tipi di norme giuridiche:

- 1) **la lex aeterna:** che fissa le regole che governano il creato e con esso le inclinazioni e i fini dell'agire umano;
- 2) **la lex divina:** che consiste nel messaggio di Dio quale esso è rivelato all'uomo dalle sacre scritture;
- 3) **la lex naturalis:** che è il risultato della partecipazione degli esseri dotati di ragione alla lex aeterna grazie all'aiuto fornito dalla lex divina, vale a dire le Sacre Scritture, le quali rivela loro come discernere il bene dal male;
- 4) **la lex humana:** costituita dalle disposizioni giuridiche emanate dal legislatore terreno.

La legge umana che contraddice la legge naturale, così come questa è stata formulata, mediante l'uso della ragione, alla luce dell'interpretazione delle Sacre Scritture, è una legge ingiusta. Le norme positive che entrano in conflitto con le norme di diritto naturale sono dunque **invalidi** e non obbligatorie. La **connessione necessaria tra diritto e morale** si configura nei termini di un **primato assoluto della seconda sul primo**. Non vi è altro diritto se non il diritto naturale, specchio della volontà di Dio; il diritto positivo possiede un carattere giuridico soltanto se i suoi contenuti consistono in una specificazione di tale volontà. Va inoltre notato che il diritto naturale, benché di origine divina, è formulato dagli **uomini**. Assume sotto questo profilo un'importanza cruciale il metodo seguito per individuare le norme di diritto naturale e chi è autorizzato a procedere a questa formulazione. Successivamente alla sistematizzazione concettuale operata dalla Scolastica, questo secondo aspetto diventerà via via più importante, contribuendo a giustificare il potere terreno delle **autorità ecclesiastiche**: queste erano le uniche autorizzate a interpretare la parola di Dio e a determinare se le leggi formulate dalle autorità politiche erano in conflitto con i precetti del diritto naturale.

Il richiamo alla ragione umana, come facoltà idonea a individuare i contenuti del diritto naturale e all'autorità terrena, quale soggetto cui spetta garantire la coerenza tra diritto e morale, trova uno sviluppo ulteriore e conseguente nel giusnaturalismo moderno.

Giusnaturalismo moderno: in età moderna la concezione antica e medioevale del diritto naturale entra radicalmente in crisi. Si tratta di una crisi segnata da numerosi eventi politici e culturali, tra i quali lo scoppio dei conflitti religiosi nell'Europa continentale e la nascita della scienza moderna. Per quanto riguarda il primo fenomeno, le guerre di religione che insanguinarono i nascenti Stati europei agli albori dell'età moderna revocarono in dubbio l'esistenza di un'unica legge naturale ricavabile dalla parola di Dio. I contenuti della legge naturale e le loro implicazioni sull'ordine giuridico e politico terreno divennero controversi e fonte essi stessi di conflitti insanabili. La natura, da entità intrinsecamente ordinata, nella quale gli individui trovano la loro collocazione per grazia di Dio, diviene luogo di conflitto e prevaricazione. Spetta all'uomo trovare da sé la soluzione a questo conflitto, ristabilendo l'ordine nella vita sociale mediante la facoltà che Dio gli ha dato, vale a dire mediante l'esercizio della ragione. Si tratta di un mutamento culturale di portata epocale. Il pensiero giusfilosofico antico e medioevale era caratterizzato dal primato del tutto sulla parte: per Aristotele la polis è il bene supremo per i cittadini, nel quale ciascuno di essi trova la sua collocazione naturale e la fonte del proprio bene; allo stesso l'ordine del creato stabilito da Dio possiede secondo S. Tommaso il primato nei confronti dei singoli individui, i quali potranno trovare il proprio bene e la propria salvezza eterna solo adeguandosi ad esso. In **età moderna** l'individuo viene concepito come l'elemento originario dell'ordine sociale, il quale si configura come un'insieme di relazioni tra individui singoli costituite dagli individui stessi.

La scienza sperimentale moderna corre in soccorso delle dottrine del diritto naturale nella progettazione di questo nuovo ordine sociale. Come ammonisce **Descartes**, non è mediante l'interpretazione delle Sacre Scritture fornita da una autorità che ci è dato di conoscere la natura delle cose. Per far questo, occorre seguire quattro regole fondamentali:

- 1) considerare vero solo ciò che si conosce in modo chiaro e distinto, in modo tale cioè che non si possa dubitare di quanto si afferma;
- 2) dividere ogni problema o oggetto di conoscenza nei diversi aspetti o fenomeni che lo costituiscono;
- 3) ricostruire la connessione dei fenomeni indagati, in modo da chiarire prima le questioni più semplici e poi quelle più complesse;
- 4) essere sicuri, per mezzo di una descrizione più completa possibile dei fenomeni osservati, di non aver omesso alcun problema.

L'applicazione di questo metodo per un verso conduce i teorici del diritto naturale a concepire la natura come un insieme di fatti oggettivi che non hanno un valore morale intrinseco, per altro verso a concentrare l'attenzione sulle caratteristiche costitutive dell'individuo. Per conoscere le norme del diritto naturale l'uomo deve indagare scientificamente la propria natura, vale a dire le caratteristiche che lo contraddistinguono in quanto individuo.

Un esempio paradigmatico di questo nuovo metodo per ricercare i contenuti del diritto naturale è fornito da **Thomas Hobbes**. Lo studio del diritto naturale prende le mosse in Hobbes dallo studio delle caratteristiche fisiche e psicologiche degli esseri umani. Partendo dall'osservazione empirica dei comportamenti degli individui, Hobbes giunge ad affermare che tali comportamenti sono dominati dalle **passioni**: gli individui seguono per natura l'utile e rifuggono da ciò che è dannoso, perché mossi in primo luogo dall'istinto di sopravvivenza. Ne segue che il **diritto naturale** consiste: "Nella libertà che ha ogni uomo di utilizzare il proprio potere come vuole per la preservazione della propria natura, vale a dire della propria vita e, di conseguenza, nel fare tutto ciò che nel suo giudizio e nella sua ragione concepirà come i mezzi più adatti a questo scopo".

Da questa caratteristica fondamentale della natura umana segue l'instaurarsi di una potenziale guerra di tutti contro tutti, di un conflitto generalizzato mediante il quale ciascuno cerca di preservare la propria vita appropriandosi di tutto quanto gli è utile. La prima norma del diritto naturale afferma quindi che l'uomo deve difendersi con tutti i mezzi possibili e al contempo ricercare la pace, che è condizione essenziale della sua sopravvivenza. Per osservare questo precetto del diritto naturale, l'individuo deve stipulare un patto con gli altri individui, mediante il quale ogni suo diritto è trasferito ad un corpo comune (Stato, *societas civilis*) che lo eserciterà in suo nome. Per difendere e preservare la propria natura gli **individui devono uscire dello stato naturale**, caratterizzato dal pericolo di una guerra di tutti contro tutti, per entrare nello Stato civile.

In seguito alla nascita dello Stato, le norme che indirizzano l'agire individuale non saranno più determinate dalla natura delle cose, dall'idea di bene o dall'ordine celeste, ma dalla stessa libertà individuale, ovverosia dalla libera sottomissione ad un potere comune costituito dallo Stato. Sotto questo profilo, sarà soltanto l'accordo delle libertà individuale a stabilire ciò che è giusto e ciò che invece è ingiusto. In primo luogo, con l'entrata degli individui nella società civile il diritto viene concepito come un insieme di norme positive promulgate dal sovrano, colui che rappresenta il corpo sociale esprimendone la volontà in nome e per conto dei consociati. In secondo luogo, il diritto positivo cessa di costituire una specificazione del diritto naturale. Quest'ultimo prescrive semplicemente agli individui di accordarsi tra loro per costituire lo Stato, al quale si dovranno sottomettere completamente per veder garantita la loro sopravvivenza e la loro libertà. Le norme del diritto positivo esistono, sono valide e obbligatorie perché vengono create dal soggetto liberamente autorizzato dagli individui a esercitare il potere in loro nome. Il diritto è valido non perché è giusto, ma il diritto sarà giusto, in quanto coerente con la natura degli uomini, solo in quanto valido. Il diritto naturale finisce con l'essere privato di qualsiasi forza precettiva all'interno dello Stato. La sua funzione si esaurisce nel legittimare la nascita della compagine sociale e l'esercizio del potere da parte del sovrano. Verso il finire del Settecento il diritto naturale perde di interesse per gli studiosi di diritto e cessa di costituire una materia di insegnamento nelle facoltà di giurisprudenza laiche. Esso diventa una sorta di dottrina filosofica del diritto positivo, che ne spiega la genesi e ne legittima la validità esclusiva all'interno dello Stato. Predisponendo le basi concettuali degli ordinamenti giuridici degli Stati moderni, la dottrina del diritto naturale prepara in questo modo i presupposti della propria dissoluzione. L'interesse e la rilevanza del diritto naturale rinasce solo dopo la seconda guerra mondiale, in seguito all'esperienza traumatica dei crimini nazisti. L'esperienza del male assoluto a cui un regime politico fondato su basi giuridiche poteva da corso, come testimoniato dall'opera di Radbruch, risvegliò l'esigenza di porre un argine a quelle situazioni nella quali le norme giuridiche, per quanto validamente prodotte, entrano in conflitto con la nostra percezione profonda e diffusa di ciò che è **giusto**. Sotto il profilo concettuale, questa rinascita del diritto naturale assume caratteristiche assai diverse da quelle che caratterizzavano le accezioni di questo termine nel passato: il diritto naturale non viene concepito come un insieme di fatti normativi che caratterizzano la natura dei rapporti umani, determinano la posizione dell'uomo nel creato, oppure legittimano l'esercizio della sovranità. Il **diritto naturale** assume la forma di un argine invalicabile posto a salvaguardia della dignità della persona, che entra in azione laddove l'esercizio del potere si tramuta palesemente in torto legalizzato. L'esigenza di salvaguardare la dignità umana al di là della statuizioni dei singoli Stati sovrani si concretizza, nel secondo dopoguerra, in una serie di dichiarazioni a carattere sovranazionale che non hanno un immediato potere precettivo, ovverosia che non sono immediatamente valide e vincolanti all'interno degli ordinamenti statali, ma che fungono da monito nei confronti di questi ultimi. Si pensi ai primi due articoli della **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo** (1948) che recitano:

Art. 1: Tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza.

Art. 2: Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di ordine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione.

Un altro esempio è costituito dalla **Convenzione europea dei diritti dell'uomo** (1950), la quale stabilisce:

Art. 2: Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge.

Art. 3: Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamento inumani o degradanti.

Art. 4: Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù.

Art. 5: Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza.

Tali **principi**, sebbene originariamente dotati di un valore meramente simbolico, hanno avanzato la pretesa di fissare i contenuti minimi di una **morale** condivisa **universalmente**, la quale dovrebbe essere rispettata tanto dal legislatore nella predisposizione delle disposizioni normative, quanto dal giudice in sede di interpretazione. Tale pretesa è stata recepita dalle carte costituzionali dei paesi occidentali nel secondo dopoguerra e da numerosi trattati internazionali: le norme della morale minima universale, sorte dall'esperienza bellica, sono state in tale modo progressivamente positivizzate all'interno degli ordinamenti giuridici statali e sovranazionali. Questo fenomeno costituisce il **trait d'union** tra le dottrine giusnaturaliste considerate fino a questo momento e una diversa concezione del diritto, quella **neo-costituzionalista**.

4. Giuspositivismo

Una **concezione giuspositivista** del diritto sostiene le seguenti tesi fondamentali:

- il **diritto è fatto sociale che dipende esclusivamente dai comportamenti umani**, i quali determinano le condizioni di **esistenza, validità e obbligatorietà** delle **norme giuridiche**;
- il **diritto non intrattiene una connessione necessaria con la morale**;
- le **norme giuridiche non sono vere o false**;
- l'**interpretazione** consiste nella **determinazione del significato delle disposizioni normative** ed è un'attività di tipo **discrezionale**.

In base alla prima tesi l'esistenza delle norme giuridiche positive non è subordinata ad un ordine naturale. Non vi è altro diritto che quello creato dagli uomini. Il modo in cui le norme giuridiche iniziano ad esistere ed acquistano validità viene descritto in modi diversi dagli esponenti del positivismo giuridico:

- secondo **Austin** le norme giuridiche sono comandi sanzionati formulati dal sovrano, vale a dire dal soggetto istituzionale che viene generalmente obbedito dai consociati e non è tenuto ad obbedire ad alcun superiore;
- secondo **Hans Kelsen** la norma giuridica può essere concepita come un semplice **schema formale**, che imputa una conseguenza giuridica a una certa condotta umana e acquista validità nel momento in cui è emanata da un soggetto autorizzato a farlo dall'ordinamento giuridico;
- secondo **Herbert Hart** l'esistenza delle norme giuridiche dipende da una pratica sociale di tipo convenzionale esercitata dai funzionari pubblici, in forza della quale vengono identificate le fonti del diritto valido, i soggetti autorizzati a creare le norme e quelli che hanno il potere di applicarle. A prescindere da queste diverse ricostruzioni teoriche, ciò che rileva notare è che secondo il giuspositivismo l'esistenza e la validità della norme giuridiche non dipende dal loro contenuto, ma dall'autorità e/o dalla procedura che presiede alla loro formulazione.

Non sussiste una connessione necessaria tra diritto e morale. La morale pubblica e il sentimento di giustizia dei consociati influenza i contenuti del diritto sotto il profilo **empirico**. Moltissime norme giuridiche che fanno parte di un ordinamento sono create per rispondere a problemi o esigenze di tipo morale, a seconda dei contesti sociali e dei periodi storici considerati. Sebbene sussistano evidenti connessioni **contingenti** tra il diritto e la morale, tali connessioni **non hanno un carattere necessario**: esistono norme giuridiche immorali che esistono e sono valide sotto il profilo formale.

Quali vantaggi offre questa concezione del diritto rispetto a quella giusnaturalista?

In primo luogo, il diritto non viene confuso con la morale: sussiste una distinzione categorica tra questi due tipi di norme o ragioni per agire. Si dà ovviamente il caso che una norma giuridica corrisponda a una norma morale. Non di meno, le fonti di produzione, i criteri di validità oltre che le condizioni di obbligatorietà di questi due tipi di norme sono chiaramente distinti. Questa presa di posizione, secondo i giuspositivisti, consente di descrivere in modo oggettivo i fenomeni giuridici. In base alla nostra esperienza quotidiana e alle osservazioni che possiamo compiere dei fenomeni sociali, un ordinamento giuridico esiste e ha di fatto la capacità di indirizzare le condotte dei consociati, fornendo ad essi ragioni per agire, se esistono soggetti istituzionali autorizzati a produrre norme (i **legislatori**), ad applicarle per risolvere le controversie (i **giudici**) e a dare ad esse attuazione per realizzare politiche pubbliche (i **funzionari amministrativi**), anche qualora le norme giuridiche siano ingiuste. Se si negasse tale possibilità, innumerevoli fenomeni sociali resterebbero senza spiegazione alcuna e non potremmo dar conto in modo attendibile del funzionamento delle istituzioni pubbliche. Ciò non equivale ad assumere un atteggiamento di passiva accettazione nei confronti del diritto ingiusto. Vale piuttosto il contrario, secondo il giuspositivista. L'atteggiamento teorico appena descritto muove infatti dall'assunto in base al quale il diritto è uno strumento creato e amministrato dagli individui per coordinare le loro condotte e rispondere alle loro esigenze all'interno della società. Come tutti gli strumenti creati dagli uomini, il **diritto** può essere usato **bene o male**. L'uso che del diritto viene fatto non modifica le sue caratteristiche distintive: il fatto che gli strumenti giuridici vengano usati in modo giusto o ingiusto, dipende esclusivamente dalla responsabilità degli individui. Se le cose stessero diversamente, come sostenuto dai giusnaturalisti, verrebbe meno la responsabilità degli individui nei confronti del diritto, che costituirebbe un oggetto che sfugge al loro dominio e verrebbe meno la possibilità di criticare il diritto dal punto di vista morale e di stigmatizzare le norme giuridiche ingiuste. Secondo il giusnaturalista infatti il diritto ingiusto semplicemente non è diritto: i contenuti del diritto naturale non sono in tal senso criticabili: possono essere soltanto accettati come criteri oggettivi di validità del diritto positivo. Sotto questo profilo, è privo di senso ritenere che le norme giuridiche siano vere o false. Secondo il giuspositivista, infatti, il fatto che esistano o meno dei fatti morali di tipo normativo, comunque questi vengano concepiti, non influenza necessariamente l'identificazione delle norme giuridiche valide. Secondo questa prospettiva, il diritto positivo può sorgere e fornire ragioni per agire ai suoi destinatari senza che questo dipenda da fatti morali preesistenti, ai quali le norme giuridiche farebbero in realtà riferimento per fornire agli individui genuine ragioni per agire.

Questa presa di posizione trova spesso riscontro nella rigida distinzione, adottata da alcuni esponenti del giuspositivismo, tra **linguaggio descrittivo** e **linguaggio prescrittivo**. Gli enunciati che descrivono il mondo sono veri o falsi, a seconda che la descrizione da essi fornita corrisponda o meno all'oggetto descritto. Gli enunciati che prescrivono come dobbiamo agire non sono né veri né falsi. Ciò non esclude, tuttavia, che gli enunciati che descrivono le norme giuridiche siano veri o falsi. Le norme possono dunque essere descritte, così come ogni altro fenomeno sociale; occorre tuttavia fare attenzione a non confondere le norme, e la loro funzione

prescrittiva, con gli enunciati che le descrivono, che hanno invece una funzione descrittiva. L'idea che non esistano dei fatti morali e che le norme non abbiano un valore di verità, idea spesso sostenuta dai **giuspositivisti**, non costituisce tuttavia una tesi che necessariamente il giuspositivista, per essere tale, deve far propria. Per il giuspositivista vale quanto segue: anche se si ammettesse che i fatti morali esistono e che le norme che ad essi si riferiscono siano vere o false, il diritto potrebbe tranquillamente esistere ed essere valido a prescindere da qualsivoglia realtà morale soggiacente. Per il **giuspositivista** anche nel caso i fatti morali esistessero davvero una norma potrebbe essere moralmente falsa ma perfettamente valida.

Jeremy Bentham sostiene che è dovere di ciascun consociato "obbedire puntualmente e criticare liberamente" il diritto. Il diritto è uno strumento necessario per la sussistenza della società, perché consente di coordinare tra loro le libertà degli individui e di risolvere i conflitti che tra loro nascono. Sotto questo profilo, il diritto andrebbe sempre obbedito a prescindere dai suoi contenuti, perché questa è una condizione della sussistenza stessa della compagine sociale. Non di meno, di fronte a norme giuridiche ingiuste o inopportune, i consociati hanno il dovere di esercitare la loro critica, non disobbedendo al diritto o affermando che esso non è valido, ma esercitando una pressione sul legislatore affinché questi modifichi le norme ingiuste, in modo che queste rispondano in modo più adeguato alle esigenze di giustizia sociale. Il dovere di obbedienza non costituisce tuttavia una tesi distintiva di tutte le posizioni teoriche riconducibili alla concezione giuspositivista. E' opportuno richiamare una distinzione proposta da **Norberto Bobbio** che distingue tre tipi di giuspositivismo giuridico:

- **Giuspositivismo come teoria del diritto:** il giuspositivismo è quella concezione che descrive il diritto come l'insieme delle norme giuridiche positive: sono positive le norme giuridiche dotate di **forza coattiva**, che si impongono ai consociati a prescindere dalla loro volontà, poste da un'autorità legittima all'interno dell'organizzazione istituzionale dello Stato. Il giuspositivismo come teoria del diritto sarebbe una concezione dei fenomeni giuridici strettamente legata alla nascita e all'evoluzione dello Stato di diritto moderno. In base al modello classico dello Stato di diritto, la fonte primaria delle norme giuridiche è la legge, esito dell'esercizio del potere sovrano da parte del legislatore. Le leggi compongono un sistema giuridico completo e coerente, in grado di regolare qualsiasi condotta e privo di conflitti tra norme. Compito del giudice, all'interno di questo modello, è applicare le norme giuridiche per risolvere le controversie senza alterare il contenuto ad esse attribuito dal legislatore.
- **Giuspositivismo come metodo per conoscere il diritto:** dal punto di vista metodologico il positivismo giuridico afferma che il diritto deve essere considerato per quello che esso è e non per quello che dovrebbe essere. Il giuspositivismo impone uno studio dei fenomeni giuridici di tipo **avalutativo**: compito della **scienza del diritto è descrivere** le caratteristiche distintive delle norme e degli ordinamenti giuridici a prescindere qualsiasi scelte di valore. Spetta alla **dottrina giuridica** suggerire al legislatore quali interventi legislativi intraprendere e al giudice quale interpretazione effettuare delle disposizioni giuridiche, sulla base di valutative di tipo economico, sociale, culturale, ecc. Jeremy Bentham distingueva l'**expository jurisprudence**, lo studio avalutativo del diritto, che si propone un compito meramente descrittivo, dalla **censory jurisprudence**, la critica nei confronti dei contenuti delle norme.
- **Giuspositivismo come ideologia del diritto:** è la tesi normativa in base alla quale il diritto, in quanto posto dall'autorità legittima, deve essere obbedito a prescindere dai suoi contenuti. Questa tesi assume tre declinazioni distinte nella letteratura filosofico-giuridica. In una prima accezione, che potremmo denominare **forte**, essa afferma che il diritto è sempre giusto soltanto per il fatto di essere stato posto dal sovrano. La giustizia non è la misura del diritto, ma è il diritto ad essere la misura della giustizia. Si tratta di una tesi spesso richiamata mediante l'etichetta di **legalismo etico**: essa sottende l'idea che poiché non esiste un criterio di giustizia diverso dagli appetiti dei singoli individui, l'unico modo per garantire la giustizia sociale, intesa come possibilità per i singoli di esercitare la loro libertà, è affidarsi alla legge dello Stato. Questa tesi è stata sostenuta da Thomas Hobbes, uno dei principali esponenti del giusnaturalismo moderno. Essa si fonda quindi una certa descrizione della natura umana e non sulle caratteristiche distintive del diritto positivo. Si può in tal senso dubitare che tale tesi sia ascrivibile al positivismo giuridico. In una seconda accezione, che potremmo definire **moderata**, questa tesi assume il seguente significato: le norme giuridiche non sono sempre giuste, ma non di meno consentono di salvaguardare importanti valori sociali, come l'ordine e la sicurezza. Questa è la giustificazione del dovere di obbedienza al diritto positivo formulata da Bentham. Infine possiamo individuare una versione **debole** di questa tesi: il diritto deve essere obbedito a meno che non violi in maniera grave le norme e i principi della morale. Si tratta di una tesi assai vicina a quella sostenuta da **Gustav Radbruch** e dal giusnaturalismo contemporaneo. Non di meno, sussiste una distinzione rilevante tra la posizione giusnaturalista e quella giuspositivista sotto questo profilo: mentre il giusnaturalista afferma che il diritto che viola in maniera intollerabile la morale cessa di essere diritto, e quindi non è valido né obbligatorio, il giuspositivista non nega che il diritto intollerabilmente ingiusto perda la sua validità. Egli nega semplicemente che le norme giuridiche debbano in questo caso essere obbedite dai loro destinatari.

Per concludere, il giuspositivismo non considera l'interpretazione delle disposizioni giuridiche un'attività conoscitiva, mediante la quale il giudice giunge a dichiarare il significato che le disposizioni formulate dal legislatore di per sé hanno. Secondo **Herbert Hart**, uno dei principali esponenti del giuspositivismo nei paesi anglosassoni, quando un caso giuridico è facile, vale a dire è chiaramente disciplinato da una disposizione giuridica, il giudice si limita ad applicare la norma senza dover ricorrere all'interpretazione. Qualora invece il caso sia difficile, ovverosia non sia chiaramente disciplinato dal legislatore, il giudice è costretto ad **interpretare**, vale a dire a determinare il significato della disposizione ricorrendo operando una scelta di tipo discrezionale, basata su considerazioni **extra-giuridice**. Nei casi difficili i giudici partecipano secondo Hart alla creazione del diritto.

Sono individuabili diverse declinazioni delle tesi che abbiamo appena considerato e dunque vari tipi di positivismo giuridico. Sotto il profilo storico, tuttavia, va sottolineato che il giuspositivismo costituisce un movimento di pensiero nato parallelamente allo sviluppo dello Stato moderno che ha assunto una connotazione precisa solo all'inizio del XIX secolo. Distingueremo alcuni tipi di positivismo giuridico che caratterizzano il dibattito giusfilosofico contemporaneo.

Positivismo giuridico esclusivo: secondo questa versione del positivismo giuridico contemporaneo, che trova in **Joseph Raz** il suo principale esponente, l'esistenza del diritto riposa esclusivamente su dei fatti che concernono il comportamento umano, i quali possono essere descritti dalla scienza giuridica in modo avalutativo e spiegati senza ricorrere alla morale. Sussiste pertanto una **necessaria separazione tra diritto e morale**: il valore morale di una norma giuridica non può mai essere considerato un criterio della sua esistenza, validità e obbligatorietà. Per Raz tale rigida separazione è implicita nel concetto stesso di autorità giuridica. A quali condizioni un individuo esercita un'autorità nei confronti di un altro individuo? Ciò accade quando il primo individuo avanza la pretesa di fornire al secondo ragioni per agire che gli consentono di perseguire i propri fini meglio di quanto egli sarebbe in grado di fare da solo. Tale pretesa può essere soddisfatta o meno: le direttive impartite dalla guida potranno dimostrarsi più o meno adeguate, ma ciò non toglie che l'esercizio dell'autorità dipenda dalla capacità delle ragioni per agire formulate dalla guida di prevalere su ogni altra. Lo stesso accade nel campo del diritto. Un'autorità giuridica legittima fornisce ai consociati delle ragioni per agire (norme) per risolvere i loro conflitti morali e orientare le loro scelte, ragioni che avanzano la pretesa di indirizzare le condotte sociali meglio di quanto gli individui

potrebbero fare sulla base delle loro sole ragioni morali. L'**autorità giuridica svolge una funzione di servizio nei confronti dei consociati**: una volta che essa ha stabilito le norme che guidano il loro agire, i consociati vedono sciolti i loro dilemmi e conflitti morali e non sono più costretti ad interrogarsi su di essi. Se l'esistenza o la validità delle norme giuridiche dipendessero dalla morale l'autorità giuridica verrebbe meno poiché non potrebbe più svolgere la propria funzione di servizio, né il diritto potrebbe dunque svolgere la funzione per la quale è stato creato dagli uomini. Le ragioni di tipo morale possono essere convertite in norme giuridiche per iniziativa del legislatore. Quando ciò accade le norme morali perdono il loro carattere morale per trasformarsi in norme giuridiche a tutti gli effetti.

Positivismo giuridico inclusivo: è possibile che il diritto intrattenga un rapporto con la morale. Si pensi agli ordinamenti costituzionali contemporanei, nei quali molte norme morali sono state incorporate nel diritto mediante la formulazione dei principi costituzionali fondamentali. Non è necessario tuttavia che ciò accada affinché le norme giuridiche inizino ad esistere e siano valide. Possiamo immaginare un ordinamento giuridico che non intrattiene alcuna connessione con le norme morali, qualunque esse siano, senza che ciò impedisca al diritto di esistere e di assolvere alla sua funzione sociale. Non di meno, la maggior parte degli ordinamenti contemporanei incorpora al suo interno delle norme morali. Il fatto che un ordinamento giuridico possa includere delle norme morali al suo interno, sembra revocare in dubbio la tesi fondamentale del positivismo giuridico, in base alla quale il diritto sarebbe un fatto sociale che dipende soltanto da comportamenti umani di tipo autoritativo o convenzionale. Se una regola morale di origine, ad esempio, religiosa venisse incorporata all'interno dell'ordinamento, configurandosi come una norma giuridica valida, il carattere meramente autoritativo o convenzionale del diritto verrebbe per ciò stesso meno. Il positivismo giuridico inclusivo si rivelerebbe una forma malcelata di giusnaturalismo. Secondo **Jules Coleman**, il principale esponente di questo indirizzo teorico, tale obiezione non coglie nel segno: una norma morale può essere incorporata nell'ordinamento giuridico soltanto se viene identificata sulla base di una convenzione tra gli operatori giuridici, in particolare i giudici, come una fonte del diritto valido. Una norma morale viene incorporata nell'ordinamento soltanto se è l'ordinamento stesso, mediante le norme che identificano le fonti del diritto, ad ammettere questa possibilità a prescindere da qualsiasi considerazione di tipo morale.

Realismo giuridico: viene solitamente considerato dalle letterature giusfilosofiche come un indirizzo teorico autonomo, sorto negli Stati Uniti e nei paesi scandinavi sul finire dell'Ottocento, distinto dal giuspositivismo. Questo indirizzo condivide col giuspositivismo gran parte delle sue tesi fondamentali, al punto da poter essere considerato una sua semplice variante. I filosofi del diritto che aderiscono a questo indirizzo concentrano tradizionalmente la loro attenzione sull'ultima tesi formulata in apertura, vale dire sulle caratteristiche distintive dell'interpretazione giuridica. Secondo i realisti, il **diritto è un prodotto dell'attività di giudici**. Le disposizioni giuridiche formulate dal legislatore, al pari dei precedenti giudiziari nei sistemi di common law, si prestano ad assumere innumerevoli significati. Data una disposizione giuridica è sempre possibile ricavare da essa più norme per disciplinare un caso. La discrezionalità dei giudici nell'individuazione delle norme giuridiche è un **fenomeno pervasivo**, non riducibile ai soli casi difficili. La **giurisprudenza**, intesa come l'insieme delle decisioni giudiziali, costituisce una **fonte del diritto**. Vi può essere una connessione tra diritto e morale, sebbene a carattere **contingente**. Per scegliere la norma da applicare al caso tra quelle che possono essere ricavate dalle disposizioni giuridiche, il giudice può essere guidato da considerazioni di opportunità politica, economica e sociale, vale a dire da direttive di tipo morale. Le direttive morali che condizionano l'agire del giudice sono considerate dai giusrealisti come un **fenomeno empirico** oggetto di studio della psicologia e della sociologia: costituiscono dei fatti sociali che non spetta alla teoria del diritto indagare. La morale è concepita come un insieme di valutazioni ed emozioni soggettive condizionate dall'ambiente sociale in cui gli operatori giuridici vivono. Questa caratterizzazione in termini psicologici e sociologici del rapporto tra diritto e morale conduce il realismo giuridico ad aderire alla tesi delle fonti sociali, caposaldo del positivismo giuridico. Il diritto è un fatto sociale che dipende dai comportamenti umani. L'insieme dei fatti sociali rilevanti per la validità del diritto non è riducibile alle decisioni del legislatore o a un insieme di convenzioni tra chi esercita poteri pubblici. I fatti che determinano la validità delle norme giuridiche sono innanzitutto le decisioni giudiziali, dalle quali il contenuto del diritto dipende. Sotto il profilo metodologico, il giusrealismo condivide con le altre correnti del positivismo giuridico la predilezione per lo studio avalutativo del diritto, teso ad evidenziare i condizionamenti ideologici che guidano le scelte dei giudici.

5. Neo-costituzionalismo

Una **concezione neo-costituzionalista** del diritto sostiene le seguenti tesi fondamentali:

- il diritto è una pratica sociale orientata alla promozione del bene comune e alla protezione di un insieme di valori sociali condivisi espressi dai principi costituzionali. Le norme giuridiche positive sono quindi valide e obbligatorie soltanto se conformi a tali principi;
- il diritto intrattiene una connessione necessaria con la morale all'interno degli Stati costituzionali di diritto;
- le norme giuridiche sono vere o false;
- l'interpretazione non è un'attività discrezionale e consiste nell'individuazione del significato delle disposizioni normative conformi ai principi costituzionali.

Come posto in evidenza dalla prima tesi, il neo-costituzionalismo è una concezione del diritto che si sviluppa nel Novecento in seguito all'affermarsi degli Stati costituzionali di diritto. Nel Novecento prevalgono le costituzioni rigide, la cui modificazione può avvenire mediante una procedura complessa e maggioranze parlamentari qualificate e che sono garantite mediante un controllo di legittimità costituzionale, effettuato in modo diffuso dai giudici e/o riservato a una corte costituzionale. Questa modificazione dell'assetto costituzionale degli Stati ha fatto sì che l'ordinamento giuridico ponesse vincoli non solo all'attività dei giudici e dei funzionari amministrativi ma anche a quella del legislatore, la cui azione politica può svolgersi nei limiti delle disposizioni normative formulate dalla Costituzione. Tali disposizioni, in particolare, includono dei principi, come quelle formulati nelle dichiarazioni dei diritti fondamentali, che esprimono dei valori ampiamente condivisi nella comunità politica e sociale. Si pensi agli articoli della Costituzione italiana che affermano il principio di tutela della dignità umana (art. 2), il principio di uguaglianza (art. 3), il principio di libertà religiosa (art. 8), il diritto alla libertà personale (art. 13), il diritto alla salute (art. 32): si tratta di disposizioni normative che affermano dei valori sociali condivisi e irrinunciabili, dotati di un contenuto morale. Compito dell'ordinamento giuridico, inteso sia come insieme di norme positive sia come complesso di funzioni istituzionali, è proteggere e promuovere tali valori, in modo da garantire il bene della collettività. Le norme giuridiche positive sono valide e devono essere obbedite dai loro destinatari soltanto se si configurano come un mezzo per raggiungere il fine appena descritto. Una norma giuridica, sebbene prodotta da un'autorità legittima secondo le procedure previste dall'ordinamento, non è per ciò stessa valida, la sua validità è condizionata da una componente sostanziale oltre che da una componente formale, vale a dire dalla conformità ai principi sanciti dalla Costituzione.

Il diritto è necessariamente connesso con la morale. Questa tesi ha un contenuto diverso, tuttavia, da quella formulata dal giusnaturalismo. Secondo quest'ultimo, diritto e morale sono connessi tra loro in termini assoluti. Esisterebbe infatti un ordine giuridico

naturale, eterno e immutabile, che condizionerebbe i criteri di validità e obbligatorietà di qualsiasi norma giuridica storicamente determinata, al punto che non sarebbe neppure pensabile un diritto indipendente dalla morale: un diritto di tal sorta non sarebbe, in realtà, diritto. Secondo il neo-costituzionalismo diritto e morale sono connessi tra loro in termini relativi: nel contesto degli Stati costituzionali contemporanei si sono affermati dei valori e dei principi morali ampiamente condivisi che necessariamente condizionano i criteri di validità e obbligatorietà delle norme positive. Si tratta, tuttavia, di una necessità relativa: in contesti diversi da quello degli Stati costituzionali di diritto è pensabile che il diritto non intrattenga un rapporto con la morale, come ancor oggi accade in molte comunità umane. Ma non è questo il caso degli ordinamenti giuridici costituzionali nei quali noi viviamo.

Ciò rende possibile affermare che le norme giuridiche hanno un valore di verità: una norma può dirsi, cioè, vera o falsa. Esistono, secondo i neo-costituzionalisti, dei fatti morali fondamentali che stanno alla base dei valori e dei principi che informano le costituzioni, i quali hanno un carattere oggettivo: essi non dipendono dagli stati emotivi e dalle inclinazioni individuali e possono essere conosciuti in maniera obbiettiva. Si pensi, ad esempio, alla libertà di perseguire il proprio progetto di vita indipendentemente dai condizionamenti degli altri individui, e all'esigenza di limitare tale libertà quando questa è di ostacolo al perseguimento del progetto di vita altrui. Quelli appena descritti sono dei "fatti morali" nel senso che se non ammettessimo queste verità normative, non potremmo dar senso alla nostra vita né spiegare le caratteristiche della società e degli ordinamenti giuridici contemporanei. Se una norma giuridica corrisponde a tali fatti, sui quali riposano i valori e i principi costituzionalmente garantiti, allora essa è vera e da tale verità dipende la sua validità e obbligatorietà. Si tratta di fatti morali storicamente contingenti, che contraddistinguono le relazioni umane all'interno delle compagini sociali che si sono dotate di un ordinamento giuridico democratico-costituzionale. Anche in questo caso, possiamo quindi immaginare contesti sociali nei quali tali fatti normativi non si verificano, ma si tratta di una ipotesi priva di rilevanza per chi è interessato a conoscere il modo sociale in cui noi viviamo.

Questa presa di posizione ha delle implicazioni rilevanti sul metodo per conoscere il diritto. Secondo la prospettiva neo-costituzionalista, lo scienziato del diritto non può conoscere il suo oggetto d'indagine in modo avalutativo. L'obbiettivo perseguito da una teoria neo-costituzionalista del diritto è dar conto del modo in cui il diritto funziona in coloro che adottano il suo punto di vista, ovvero sia che lo considerano come una ragione per agire. Tale punto di vista è inevitabilmente di tipo normativo: le condotte degli operatori giuridici e dei cittadini sono normativamente orientate al perseguimento di interessi e valori che possono corrispondere o meno a quelli costituzionali. Anche il discorso della teoria del diritto risulterebbe, di conseguenza, necessariamente normativo. Anche lo studioso che si propone semplicemente di descrivere il funzionamento di Stati di diritto costituzionali, formulerebbe in realtà un discorso teso a influenzare le condotte dei cittadini e degli organi istituzionali: sebbene convinto del contrario, egli contribuirebbe alla realizzazione dei principi e dei valori che caratterizzano questo tipo di ordinamenti.

Secondo gli esponenti del neo-costituzionalismo l'**interpretazione** del diritto non è un'attività di tipo discrezionale, o perlomeno non lo è nel senso forte inteso dai positivisti: secondo i neo-costituzionalisti l'interpretazione svolge un ruolo fondamentale negli ordinamenti contemporanei, poiché consente di adeguare il contenuto delle disposizioni normative ai principi e ai valori costituzionalmente garantiti. Essa è dunque un'attività **pervasiva**, non limitata ai soli casi difficili, poiché tale adeguamento entra in gioco in qualsiasi caso giuridico, imponendo al giudice di modellare le norme in modo che queste risultino compatibili con la Costituzione. Affinché ciò accada, il giudice deve godere di un margine di discrezionalità, dal momento che se il contenuto dei testi normativi fosse predeterminato in modo rigido dal legislatore, non sarebbe possibile alcun loro adeguamento ai contenuti costituzionali. Non di meno, si tratta di una discrezionalità in senso debole: nella sua opera di modellazione del diritto positivo, il giudice è guidato sia dalle norme contenute nella costituzione, che forniscono il parametro a cui egli si deve adeguare, sia dai valori morali oggettivi che presiedono all'ordinamento. La discrezionalità dell'interprete giuridico non apre in tal senso ad un "governo dei giudici" né ad altre forme di arbitrio giudiziale. Essa consente al contrario di garantire la corrispondenza tra le norme giuridiche positive e i fatti morali che stanno a fondamento dell'ordinamento.

Ronald Dworkin è uno degli esponenti più noti e influenti della concezione neo-costituzionalista del diritto. Secondo Dworkin il diritto non è composto soltanto da norme giuridiche positive, identificate sulla base dell'autorità che le crea e delle norme che attribuiscono a tale autorità il potere di creare norme. Il diritto si compone anche di **principi**, che hanno contenuto morale e vengono identificati in modo diverso. Per evidenziare questa circostanza, Dworkin si è avvalso di un esempio divenuto celebre, quello del caso **Riggs v. Palmer**. Francis Palmer, un ricco proprietario terriero vissuto nello Stato di New York, nominò nel 1880 suo erede il nipote Elmer. Due anni dopo, Francis decise di sposarsi, minacciando di lì a poco tempo di modificare il testamento in favore della moglie. Elmer, per evitare che ciò accadesse, decise di uccidere il nonno avvelenandolo. Elmer fu accusato e condannato per omicidio volontario. Successivamente alla condanna, si pose tuttavia il problema se Elmer potesse succedere al nonno nonostante egli ne avesse cagionato la morte affinché questo fosse possibile. La Corte d'Appello di New York fu chiamata a risolvere il caso nel 1889. In base al giudizio della Corte, non vi era alcun precedente che regolasse il caso nell'ordinamento giuridico dello Stato di New York. Non esisteva cioè alcuna norma giuridica che vietava a Elmer di succedere al nonno, pur considerando le circostanze del tutto peculiari nelle quali ciò sarebbe avvenuto. Non di meno, i giudici ritennero che tale risultato giuridico era inaccettabile e scorretto. Esisteva infatti un principio implicito nell'ordinamento, ricavabile da altri precedenti, in base al quale "nessuno può trarre vantaggio da un illecito". Poiché il diritto di successione acquisito da Elmer era in conflitto con questo principio, tale diritto veniva meno. Il nipote fu dunque privato dell'eredità del nonno. Il caso mostra, secondo Dworkin, come i giudici, per risolvere una controversia, non si avvalgano soltanto delle norme positive ricavate dai precedenti o dalle disposizioni normative promulgate dal legislatore. Nel caso in esame essi decisero la controversia mediante l'applicazione di un principio implicito nell'ordinamento e dotato di un contenuto morale. Nel fare questo, i giudici non abusarono della loro discrezionalità, disapplicando il diritto valido, ma la utilizzarono per adeguare l'ordinamento ai valori oggettivi che ne costituiscono il fondamento. Nella prospettiva di Dworkin il diritto si compone di norme e di principi. Mentre le norme si applicano oppure non si applicano al caso di specie, le condizioni di applicazione dei principi non sono definite in maniera precisa e vanno determinate dall'interprete adottando il criterio del peso e dell'importanza. In rapporto ad un caso concreto, va applicato il principio più rilevante e che gode dell'importanza maggiore. In caso di conflitto tra norme e principi, i principi prevalgono sempre; allo stesso modo, ad essi spetta il primato nel confronto delle **policies**, le scelte di politica pubblica effettuate dal legislatore. Tali caratteristiche accomunano i principi impliciti dell'ordinamento ai principi positivizzati all'interno delle costituzioni. Anch'essi hanno un contenuto morale e godono di un primato indefettibile nei confronti delle norme giuridiche positive di altro tipo. Essi devono essere interpretati dal giudice, in modo da realizzare i valori su cui si fonda la comunità politica.

6. Ancora su conflitti normativi e concezioni del diritto

Le diverse concezioni del diritto considerate individuano criteri distinti per identificare le ragioni per agire rilevanti in caso di conflitto normativo. Per il giuspositivista esclusivo un giudice che si appelli a ragioni morali per giustificare la propria decisione in giudizio non fornisce una giustificazione adeguata, perché una norma morale non può appartenere all'ordinamento; un giusnaturalista riterrà per converso che ciò può accadere laddove le norme positive, ad esempio, si rivelino intollerabilmente ingiuste, mentre un neo-

costituzionalista osserverà che se tale ragione morale è riconducibile a un principio costituzionale, essa è certo in grado di giustificare la decisione del giudice. Giusnaturalisti, giuspositivisti e neo-costituzionalisti e giusrealisti infatti hanno una diversa concezione delle fonti del diritto e trattano come fonte precetti normativi diversi.

In secondo luogo, le diverse concezioni del diritto esaminate fanno appello a criteri diversi per ponderare le ragioni per agire in conflitto tra loro. Mentre il giuspositivista userà tipicamente i criteri di soluzione delle antinomie per risolvere tali conflitti, il neo-costituzionalista farà ricorso ai criteri del peso e dell'importanza, il giusnaturalista costruirà una gerarchia dei valori naturali in gioco, facendo prevalere quello supremo, mentre il giusrealista sceglierà l'opzione migliore sulla base della valutazione delle conseguenze attese della decisione. Seguendo le indicazioni di **Mauro Barberis**, si potrebbe qui invero obiettare che una concezione teorica del diritto "genuina" descrive il diritto quale esso è, non quale esso dovrebbe essere. Bisogna cioè distinguere le teorie del diritto, come il giuspositivismo e il giusrealismo, le quali forniscono una descrizione del diritto quale esso è, dalle dottrine del diritto, come il giusnaturalismo e il neo-costituzionalismo, che prescrivono agli operatori giuridici e ai consociati di tenere certe condotte. In quanto insieme di conoscenze sul diritto, giuspositivismo e giusnaturalismo non guiderebbero né pretenderebbero in alcun modo di guidare l'agire degli operatori giuridici. Esse non condizionerebbero la soluzione dei conflitti normativi, mostrando come l'intuizione dalla quale siamo partiti sia erronea. Il modo in cui il giusnaturalismo e il neo-costituzionalismo, in virtù del carattere normativo delle loro tesi, condizionano l'agire degli operatori giuridici (e dei giudici in primo luogo) è in effetti più evidente. In quanto dottrine del diritto, tali posizioni si propongono di contribuire a plasmare i valori, i fini, i desideri degli operatori giuridici e dei cittadini. Ciò non esclude che anche l'assumere il punto di vista del giuspositivismo e del giusrealismo non finisca col condizionare il modo in cui vengono risolti i conflitti normativi. Una qualsivoglia teoria del diritto fornisce una serie di conoscenze e competenze di tipo concettuale che contribuiscono alla formazione delle credenze degli operatori giuridici, le quali, al pari dei desideri, guidano i loro processi deliberativi. Ciò che l'operatore giuridico considera come fonte del diritto, norma, sistema giuridico, antinomia, lacuna, direttiva interpretativa, legge, costituzione, parlamento, Stato condiziona le sue scelte pratiche allo stesso modo in cui la credenza che il rapinatore abbia in mano un'arma pericolosa, corredata dalla padronanza del concetto di arma, condiziona la scelta di Giorgio nella situazione del bandito.

Le conoscenze fornite dalle teorie del diritto non condizionano direttamente la deliberazione pratica dell'operatore giuridico: il loro condizionamento è indiretto e si realizza mediante i concetti di cui il giurista si serve per comprendere i problemi di cui si occupa e per ricercare la loro soluzione.

In definitiva, per dar conto di questi differenti atteggiamenti teorici, le posizioni che caratterizzano il dibattito filosofico-giuridico possono essere classificate con riguardo al modo in cui esse configurano il rapporto tra la validità e l'obbligatorietà del diritto. Sotto questo profilo, possiamo distinguere le teorie "**normativiste**", distinte a loro volta in "interne" ed "esterne", dalle teorie "**descrittiviste**":

- Sono **normativiste** le teorie che cercano di mostrare in che modo una norma giuridica valida genera o può generare un obbligo nel suo destinatario. La risposta a questo quesito offerta dalle teorie normativiste **esterne** è che l'obbligatorietà delle norme giuridiche, il fatto cioè che esse debbano essere obbedite, dipende dalla loro conformità ad un ordine normativo valido esterno al diritto, vale a dire da un ordine naturale o morale comunque caratterizzato. Per i normativisti **interni** l'obbligatorietà del diritto dipende dalle sue caratteristiche interne, che determinano la sua validità: il diritto avrebbe certe proprietà distintive tali da rendere una norma valida anche obbligatoria.
- Sono **descrittiviste** le teorie che sostengono che l'obbligatorietà del diritto non costituisce una conseguenza della sua validità. La validità dipende dal fatto che certe norme possiedono certe proprietà empiriche (ad esempio, dal fatto che sono state emanate da un soggetto autorizzato) e svolgono un certo ruolo all'interno della società. L'obbligatorietà delle norme dipenderebbe da atteggiamenti di adesione soggettiva al loro contenuto da parte dei destinatari.

Adottando questa classificazione, pertanto, le diverse versioni del giusnaturalismo costituiscono altrettante teorie normativiste esterne. A questa stessa categoria appartenerrebbe anche il giuspositivismo esclusivo: le norme create da un'autorità giuridica sono infatti obbligatorie, in questa prospettiva, solo se identificano le ragioni morali meglio di quanto non siano in grado di fare i loro destinatari. Al contrario, il giuspositivismo inclusivo e il neocostituzionalismo costituiscono delle teorie normativiste interne. Nel primo caso perché l'obbligatorietà delle norme dipende da certe convenzioni stipulate da chi partecipa alla pratica giuridica, in particolare dai giudici; nel secondo caso, perché i principi che rendono le norme giuridiche obbligatorie sono soltanto quelli che appartengono all'ordinamento degli Stati costituzionali di diritto.

Soltanto il realismo giuridico, da questo angolo visuale, costituirebbe dunque una teoria genuinamente descrittivista del diritto.

III. Concezioni della morale

1. Conflitti normativi e concezioni della morale

Anche il modo in cui concepiamo il discorso e le norme morali, la loro origine, le loro caratteristiche e funzioni, incide in modo rilevante sulla struttura dei conflitti che stiamo considerando. E' opportuno quindi concentrare l'attenzione sulle principali concezioni del discorso morale che si confrontano nel dibattito filosofico contemporaneo, per poi considerare le relazioni che possono sorgere tra concezioni del diritto e concezioni della morale. Giusnaturalismo, giuspositivismo e neo-costituzionalismo, nel caratterizzare il rapporto tra diritto e morale fanno spesso riferimento a concezioni diverse delle norme morali, vale a dire delle ragioni per agire di tipo non giuridico che pretendono di guidare le condotte individuali. Considereremo, in particolare, le due principali famiglie teoriche che polarizzano la discussione della filosofia morale di impostazione analitica, il **realismo** e l'**anti-realismo** morale. Queste due famiglie di teorie non corrispondono a dei sistemi morali sostantivi, ovverosia a un insieme determinato di norme morali esistenti all'interno di un certo gruppo sociale. Le concezioni della morale si propongono semplicemente di spiegare cosa siano le norme morali, quale sia la loro origine e quali caratteristiche le contraddistinguano.

2. Il realismo morale

Il **realismo morale** costituisce la posizione più di frequente assunta dai filosofi che partecipano al dibattito meta-etico contemporaneo, il dibattito filosofico che ha per oggetto le caratteristiche delle norme morali e del linguaggio che le esprime. Le teorie che si riconoscono come realiste condividono le seguenti tesi fondamentali:

- le norme morali sono vere o false;
- esistono fatti normativi dai quali dipende la verità delle norme morali;
- è possibile accertare il valore di verità delle norme morali, ovverosia conoscere se tali norme sono vere o false.

Enunciati del discorso morale sono delle asserzioni che si propongono di rappresentare dei fatti esistenti nel mondo. Essi non vengono proferiti per esprimere emozioni, desideri ma per dar conto della realtà che ci circonda. Una ragione per agire di tipo morale costituirebbe una conseguenza dell'esistenza di questi fatti, i quali avrebbero una intrinseca attitudine normativa, la capacità di orientare le condotte degli individui: una volta riconosciuto fatto morale, gli individui avrebbero il dovere morale di preservarlo e garantirlo, nel caso esso sia dotato di un valore positivo, oppure di evitare che esso accada, qualora il suo valore sia negativo. Dunque non tutti i giudizi morali sono veri.

La tesi appena descritta è di solito criticata sulla base della seguente considerazione: le pratiche sociali sono caratterizzate da innumerevoli disaccordi morali. Spesso non concordiamo in merito alla qualificazione morale che merita una certa condotta o siamo in disaccordo sulla validità delle norme morali che pretendono di regolarla. Ciò sembra suggerire che i giudizi circa ciò che è giusto o ingiusto, dipendano dalle preferenze, inclinazioni, stati d'animo individuali. Non vi sarebbero proprietà morali oggettive ma soltanto sentimenti o convinzioni morali soggettive, le quali costituirebbero il fondamento dei nostri giudizi circa il giusto e l'ingiusto. Il realista morale replica a tale obiezione notando come l'esistenza di disaccordi morali non dimostri affatto che i fatti morali non esistono o sono il prodotto di inclinazioni soggettive. Anzi, il disaccordo circa ciò che è giusto o ingiusto presuppone l'esistenza di quelle verità morali che si vorrebbero revocare in dubbio. Se tali verità non esistessero e dunque i nostri giudizi morali non corrispondessero a dei fatti oggettivi, non vi sarebbe ragione per discutere e le controversie morali non avrebbero senso alcuno. Il disaccordo acquista senso e può svilupparsi solo presupponendo l'esistenza di fatti morali oggettivi, che non dipendono dalla nostra mente e dunque dalle nostre inclinazioni individuali. I disaccordi morali sorgono il più delle volte per ragioni contestuali, che ben poco hanno a che fare con i valori in gioco. Essi sorgono per difendere degli interessi di parte, per il prevalere di stati emotivi o di impulsi irrazionali, o per la semplice incomprensione delle posizioni altrui. Sta di fatto che l'esistenza del disaccordo non confuta la tesi in base alla quale alcuni giudizi morali sarebbero veri e altri falsi.

Ciò conduce a considerare la seconda tesi distintiva della concezione realista: esistono dei fatti normativi dai quali dipende la validità e l'obbligatorietà delle norme morali. Si tratta della tesi più controversa e discussa all'interno del dibattito meta-etico contemporaneo. Il problema che si presenta è il seguente: i fatti morali o normativi non sembrano conoscibili mediante gli strumenti messi a disposizione dalle scienze empiriche. Non esistono leggi scientifiche in grado di spiegare le nostre preferenze e i nostri giudizi morali. Affinché una conoscenza di questo tipo fosse possibile, dovremmo poter definire i termini che ricorrono nei nostri giudizi morali ("bene", "male", "giusto", "ingiusto") utilizzando termini che si riferiscono a fatti empirici suscettibili di osservazione empirica. I fatti empirici sarebbero cioè inerti rispetto ai nostri giudizi morali, al punto che la definizione dei predicati morali basate su di essi resta inevitabilmente, richiamando le parole di Moore, una questione aperta, priva di qualsiasi soluzione plausibile. Dato un qualsiasi fatto empirico che consideriamo dotato di proprietà morali, dalle quali ricaviamo una norma morale corrispondente, è sempre possibile cioè che al verificarsi di questo fatto la norma morale ad esso associata risulti falsa.

Di fronte a questo problema, il realismo morale assume due atteggiamenti distinti, che caratterizzano due versioni di questa concezione:

- **Realismo morale in senso forte** (hard realism): le proprietà morali esistono davvero e sono di tipo psicologico oppure di tipo metafisico. Se intese in termini psicologici, le proprietà morali contraddistinguono alcuni fenomeni biochimici che hanno luogo nel cervello umano, ai quali si possono associare stati mentali come "approvazione", "disapprovazione", "adesione", "biasimo". La ricerca condotta nel campo delle scienze cognitive consentirebbe di associare ai predicati morali dei fatti mentali, che sono suscettibili di una conoscenza scientifica, in modo da superare lo spartiacque che sembra dividere il mondo dei fatti dal mondo delle norme. Si tratta tuttavia di un percorso di ricerca che al momento non ha condotto ai risultati sperati, al punto che molti dubitano, in campo filosofico, che il progetto esplicativo da esso perseguito sia plausibile oltre che concettualmente ben fondato. Se intese in **termini metafisici**, le proprietà morali non appartenerebbero al mondo dei fenomeni empirici ma ad un mondo di altro tipo, di tipo ideale o spirituale. L'accesso ai fatti morali situati in questa dimensione ideale o spirituale, tuttavia, non è consentito con gli strumenti conoscitivi messi a disposizione dalle scienze naturali. L'osservazione empirica e la logica non sono qui di alcun aiuto. L'accesso a tale mondo può avvenire con un atto di fede, ovvero mediante intuizioni non sottoposte al vaglio dell'esperienza. Il realismo morale acquista, in questo caso, un fondamento di tipo religioso ovvero una connotazione mistica o esoterica che lo allontana dai canoni tradizionali del discorso filosofico.
- **Realismo morale in senso debole** (soft realism e moral minimalism): i fatti morali non sono fatti naturali e non possono dunque essere conosciuti con l'ausilio degli strumenti messi a disposizione dalle scienze empiriche. Dobbiamo piuttosto presupporre

l'esistenza di questi fatti per spiegare i ragionamenti morali che compiamo tutti i giorni e le conclusioni che ne traiamo in merito alle condotte che dobbiamo tenere, oppure per concepire gli esseri umani come dei soggetti razionali, come tali in grado di compiere liberamente le loro scelte e di orientarle al conseguimento di un fine.

Nel primo caso, i fatti morali sarebbero delle assunzioni di fondo che, a ben vedere, accompagnano ogni nostra riflessione in merito a ciò che è bene o male, giusto o ingiusto, a prescindere dal punto di vista morale che assumiamo e difendiamo individualmente. Il ragionamento morale presupporrebbe cioè l'esistenza di beni ultimi di tipo assoluto, non derogabili in alcuna circostanza, in assenza dei quali il ragionamento stesso, al pari dell'esistenza umana, sarebbero privi di senso. Secondo **Grizes**, ad esempio, il principio secondo cui "il bene deve essere perseguito e il male deve essere evitato", insieme agli altri beni autoevidenti della legge morale naturale, non è derivato da alcun asserto di fatto. Tali beni morali sono cioè "principi non derivabili da principi antecedenti." Il valore di tali beni umani ultimi, tra quali sono ricompresi la vita, la dignità, la libertà, l'eguaglianza, sarebbe oggetto di una conoscenza immediata da parte degli esseri umani, poiché tale valore è presupposto da qualsiasi opinione morale arriviamo a sostenere. Secondo alcuni esponenti del realismo morale, il contenuto di questi beni o valori ultimi può certo mutare nel tempo e nello spazio: si tratterebbe di un contenuto relativo e non assoluto, soggetto alle trasformazioni storico-culturali che caratterizzano le società umane: i fatti morali, in altri termini, dipenderebbero non solo dalla natura umana, come sostenuto da Grizes, ma anche delle pratiche sociali alle quali gli individui partecipano. Non di meno, anche in questo caso dato un certo momento storico e una determinata compagine sociale, tali beni e valori ultimi sono oggettivamente individuabili e conoscibili.

Nel secondo caso, vi sarebbero degli imperativi morali fondamentali, la cui validità non è condizionata da alcuna considerazione ulteriore (imperativi categorici), i quali derivano immediatamente dal fatto che uomini sono essere viventi dotati di ragione, in grado di determinare autonomamente il corso delle loro azioni. Tali imperativi non riguardano il contenuto delle nostre azioni, quanto le condizioni che una norma morale deve soddisfare per risultare valida. Si pensi ad esempio all'imperativo categorico kantiano, in base al quale si deve agire soltanto sulla base delle norme morali che posso fungere da criteri universali di condotta: quei criteri, cioè, che ciascun essere umano potrebbe e dovrebbe adottare in una data situazione. Tali norme derivano immediatamente dal fatto che gli esseri umani sono soggetti dotati di ragione, un fatto che ha per sé stesso una portata pratica, ovvero si funge da guida nelle nostre scelte d'azione. Questa versione del realismo morale non offre una risposta concreta al quesito "cosa dobbiamo fare", ma fornisce non di meno un metodo per giungere a trovare tale risposta. Sarà corretta la soluzione dei conflitti morali che ciascun individuo razionale prenderebbe al nostro posto e che dunque ci rende soggetti autonomi, in grado di determinare il corso delle nostre azioni senza interferenze esterne e in modo compatibile con l'autonomia altrui.

Da ultimo, secondo i realisti è possibile conoscere se un giudizio morale è vero o falso: sarebbe possibile stabilire in modo oggettivo se una condotta possiede o meno una certa proprietà morale e può dunque essere giudicata corretta o errata. Come ha sottolineato **David Hume** da una mera constatazione di fatto non è possibile ricavare alcuna norma. Ecco quanto osserva il filosofo scozzese: "In ogni sistema di morale in cui finora mi sono imbattuto, ho sempre trovato che l'autore va avanti un po' ragionando nel modo più consueto, e afferma l'esistenza di un Dio, o fa delle osservazioni sulle cose umane; poi, tutt'a un tratto, scopro con sorpresa che al posto delle usuali copule 'è' e 'non è' [utilizzate fino a questo momento] incontro solo affermazioni in termini di 'deve' e 'non deve': cambiamento impercettibile, ma della più grande importanza. Infatti, dato che questo 'deve' o 'non deve' esprimono una nuova relazione o una nuova affermazione, è necessario [...] spiegarli: occorre cioè fornire una ragione per ciò che sembra del tutto inconcepibile, ovvero che una nuova relazione possa costituire una deduzione da completamente differenti. Poiché per altro gli autori non seguono questa precauzione, mi permetto di raccomandarla ai lettori: e sono convinto che un minimo di attenzione in proposito rovescerà tutti i comuni sistemi di morale."

Questo celebre passo viene solitamente considerato nella letteratura filosofica come la formulazione della cosiddetta **legge di Hume**: in base ad essa, non si possono ricavare enunciati normativi, che esprimono un dovere, da enunciati solamente descrittivi. Detto altrimenti, muovendo da semplici considerazioni di fatto, non possiamo giustificare alcuna norma. Tale giustificazione ha luogo quando aggiungiamo una premessa normativa al nostro ragionamento. Applicata al discorso del realista morale, la legge di Hume sottolinea come la sua pretesa di ricavare norme morali da considerazioni di fatto sia puramente illusoria. Quando ciò avviene, il realista sta semplicemente presupponendo alcuni principi o norme morali generali, che nei fatti non trovano giustificazione alcuna. Si tratterebbe, inoltre, di principi o norme morali a tal punto generali e astratte da consentire la giustificazione di qualsiasi conclusione normativa.

Il realista morale risponde a tale obiezione seguendo tre strategie alternative:

- Una prima strategia consiste nell'affermare che i fatti morali hanno di per sé una valenza pratica: essi incorporano un principio morale il cui contenuto prescrittivo è auto evidente e conoscibile immediatamente da qualsiasi individuo razionale. La legge di Hume, in questo senso, risulterebbe semplicemente erronea: i fatti sono in grado di giustificare le norme che da essi ricaviamo.
- Una seconda strategia consiste nel notare che anche la conoscenza morale, al pari della conoscenza che ha luogo nel campo delle scienze naturali, muove da ipotesi circa ciò che dobbiamo fare, condizionate dai bisogni e dalle credenze di cui disponiamo, ipotesi che sono poi messe alla prova dall'esperienza, alla luce delle conseguenze che derivano dalla loro applicazione e dei beni e valori che risultano garantiti attraverso di esse. Anche in ambito morale, così come in ambito scientifico, il processo conoscitivo avverrebbe per prove ed errori, specie qualora non vi fossero principi morali auto evidenti disponibili, o il loro carattere generale non consentisse di individuare la norma morale particolare da applicare nel caso concreto. Secondo questa versione del realismo la conoscenza delle proprietà morali non sarebbe fondamentalmente diversa dalla conoscenza delle proprietà fisiche del mondo. La legge di Hume, da questo punto di vista, non darebbe conto del mondo in cui realmente si sviluppa il ragionamento morale.
- Un'ultima strategia disponibile per rispondere alla legge di Hume consiste nell'evidenziare la sua irrilevanza. Si tratta semplicemente di un modo per ri-asserire la tesi appena enunciata. Se inteso in questa accezione, denominata in letteratura **moral minimalism**, il realismo morale rinuncia alle seconda tesi enunciati in apertura, per tradursi in una ricerca razionalmente fondata e dunque coerente, della norma di condotta da applicare nelle diverse situazioni nella quali dobbiamo decidere come agire.

3. L'anti-realismo morale

L'**anti-realismo morale** sviluppa le proprie tesi, tradizionalmente, in opposizione alle posizioni filosofiche sostenute dal realismo, assumendo un atteggiamento scettico nei loro confronti. All'anti-realismo morale è attribuito, nel dibattito contemporaneo, l'onere della prova nella confutazione delle tesi realiste, sebbene sia discutibile il fatto che sia più intuitivo, e dunque maggiormente plausibile, riconoscere l'esistenza di verità morali oggettive.

Le tesi sostenute da questa concezione del discorso morale sono le seguenti:

- le norme morali non sono né vere né false perché non si propongono di dar conto di fatti empirici;
- non esistono fatti normativi;
- non ha alcun senso cercare di stabilire il valore di verità delle norme morali, sebbene sia del tutto sensato ritenere che alcune di esse siano valide e altre invalide.

Considereremo tre versioni della concezione anti-realista: il **non-cognitivismo**, la **teoria dell'errore** e il **soggettivismo morale**.

Non-cognitivismo: i giudizi morali e i principi che li fondano non sono veri o falsi, poiché non esprimono delle credenze in merito a come è fatto il mondo ma mirano a indirizzare le condotte dei loro destinatari. Riprendendo un celebre esempio proposto da **Ayer**, se dico "rubare del denaro è un male" non sto formulando un'asserzione, non pretendo cioè di descrivere dei fatti, ma sto semplicemente dicendo "rubare del denaro!" con una intonazione di voce e un atteggiamento corporeo che esprimono disapprovazione. I giudizi morali, al di là della loro forma grammaticale superficiale, costituiscono la manifestazione linguistica di stati emotivi, inclinazioni o desideri tesi a indirizzare le condotte altrui. Come tali, essi potranno dirsi validi e obbligatori in funzione, rispettivamente, dell'autorità che li enuncia e degli effetti che producono sul loro destinatario. Allo stesso tempo, secondo il non-cognitivista non esistono fatti morali: la credenza che i valori o i principi di giustizia facciano riferimento a una realtà di fatto è una pura illusione, smentita continuamente dall'esperienza. Se così stanno le cose, questi presunti "fatti" non possono essere conosciuti: i giudizi e le norme morali possono essere soltanto fatte valere e obbedite all'interno della società.

Teoria dell'errore: i sostenitori di questa versione dell'anti-realismo assumono un atteggiamento nei confronti dei giudizi morali del tutto assimilabile a quello di colui che non crede nell'esistenza di Dio, in quella del flogisto o nell'astrologia. Il teorico dell'errore non crede in cose come il bene e il male, il giusto e l'ingiusto. Queste infatti sono mere fantasie, escogitate per condizionare le condotte altrui mediante espedienti ingannevoli, in modo da soddisfare i bisogni e realizzare gli interessi degli individui. I giudizi morali sono pertanto tutti falsi, non essendoci una realtà comunque concepita alla quale essi possano fare riferimento. A differenza del non-cognitivismo, pertanto, la teoria dell'errore non ritiene che i giudizi morali siano delle prescrizioni mascherate da enunciati descrittivi mediante l'ausilio della forma grammaticale della lingua. Il teorico dell'errore dice che tutti i giudizi morali sono "non-veri". Non esistono proprietà morali alle quali tali giudizi possano riferirsi, né dunque un metodo di conoscenza che ci consenta di accertare, in maniera affidabile, la loro verità. Vi è un ulteriore fraintendimento che spesso accompagna questa posizione teorica: ritenere che tutti i giudizi morali siano "non-veri" equivarrebbe ad assumere un atteggiamento accondiscendente nei confronti dell'ingiustizia. Come qualsivoglia giudizio morale, per il teorico dell'errore sarà infatti non-vero anche il giudizio in base al quale torturare un innocente è un male o è ingiusto sterminare un popolo per ragioni etniche. Ma ritenere che tutti i giudizi morali siano non-veri non implica accettare, in modo arrendevole, quei comportamenti che sono diffusamente ritenuti riprovevoli all'interno della società. Il teorico dell'errore nega semplicemente che la pulizia etnica o la tortura di un innocente, al pari della protezione incondizionata della vita, siano moralmente qualificabili. Ciò non impedisce all'anti-realista morale di combattere il male e l'ingiustizia, con la consapevolezza, tuttavia, che ciò che riteniamo giusto o ingiusto non è un fatto che sta di fronte ai nostri occhi ma soltanto l'espressione delle nostre inclinazioni individuali e dei nostri desideri, per i quali vale comunque la pena combattere.

Soggettivismo morale: per il soggettivismo morale, anche ammettendo che le proprietà morali esistano davvero e che i giudizi nei quali esse ricorrono siano veri o falsi, tali proprietà sono strettamente **soggettive**. Esse esprimono cioè stati emotivi o desideri individuali, **generati** da inclinazioni comportamentali innate così come dal contesto economico e sociale nel quale ciascuno vive, aspetti, questi, non riproducibili in modo standardizzato e tali da caratterizzare ogni individuo in modo almeno in parte diverso. I valori e i principi morali non vengono pertanto scoperti, al modo di leggi universali, ma costruiti dai singoli individui in modo più o meno consapevole. Se i fatti morali esistono e sono conoscibili, pertanto, essi risultano in linea di principio diversi per ciascun individuo, sebbene gli individui possano assumere le medesime inclinazioni o affermare i medesimi valori sulla base dei loro istinti innati o dei condizionamenti sociali ai quali sono sottoposti. Il soggettivismo morale delegittima la pretesa di oggettività tradizionalmente avanza dalle tesi realiste, perlomeno nella loro versione forte. Secondo queste ultime, infatti, le verità morali non dipendono dagli individui ma si fondano su proprietà che il modo possiede indipendentemente dai comportamenti o atteggiamenti umani, dotate di un carattere universale e conoscibili da qualsiasi osservatore. Ciò è invece recisamente negato dal soggettivista, il quale rifiuta qualsiasi forma di universalismo morale. Il soggettivismo può essere concepito come una variante del non-cognitivismo morale, qualora chi aderisce a questa posizione teorica neghi che le proprietà morali esistano davvero. Al pari del non-cognitivista, il soggettivista riterrà che i principi morali esprimano desideri, pulsioni e appetiti, non conoscenze intorno a come è fatto il mondo. Tali stati emotivi saranno tuttavia di tipo soggettivo: essi varieranno da individuo a individuo, sebbene gli atteggiamenti morali tendano ad assomigliarsi tra loro nei diversi contesti sociali, sulla base dei condizionamenti ambientali oltre che delle convenzioni che gli individui stipulano implicitamente tra di loro. Se si assume questo punto di vista, i **fatti morali** acquistano caratteristiche ben diverse da quanto sostenuto dai realisti: essi smarriscono qualsiasi carattere normativo. Gli unici fatti moralmente rilevanti che possiamo osservare sono costituiti dalle scelte concrete che gli individui compiono quando si tratta di decidere quale condotta tenere nelle diverse situazioni che si presentano nella vita quotidiana. I fatti morali non indirizzano in questo senso i comportamenti individuali, né risultano determinati prima che tali comportamenti vengano concretamente tenuti. Essi sono costituiti dalle conseguenze di tali comportamenti. La **moralità** diviene un fenomeno meramente sociologico, che come tale va indagato e descritto.

4. Il rapporto tra concezioni del diritto e concezioni della morale

Il rapporto tra concezioni del diritto e concezioni della morale può essere analizzato da molteplici punti di vista.

Sotto il profilo storico, è agevole osservare come i filosofi del diritto abbiano combinato tra loro le diverse opzioni disponibili nel dibattito filosofico in modo assai eterogeneo. E' ad ogni modo ricorrente, da parte dei giusnaturalisti, la difesa di una posizione realista in campo morale, sia essa intesa in senso forte o in senso debole. **Michael Moore**, filosofo e teorico del diritto statunitense contemporaneo, fonda i principi del diritto naturale su alcune verità morali che sarebbero conoscibili allo stesso modo delle proprietà dei fenomeni

naturali e che devono guidare le decisioni degli operatori giuridici in modo indefettibile. In virtù di questa presa di posizione, Moore non solo afferma che il diritto ingiusto non è in alcun caso valido e obbligatorio, ma anche che l'attività interpretativa consiste in un atto di scoperta delle norme positive che si riferiscono alle proprietà morali naturali. La posizione di Moore sembra riecheggiare, sono questo

profilo, quella del giusnaturalismo medioevale, aggiornato con gli strumenti messi a disposizione dalla teoria del linguaggio e dall'epistemologia contemporanea.

Per **Lon Fuller**, al contrario, i principi del diritto naturale non fanno riferimento a fatti morali situati in uno spazio diverso da quello del diritto positivo. Essi esprimono piuttosto dei requisiti di moralità interna a qualsivoglia ordinamento giuridico, requisiti che possiamo ricavare mediante l'uso della ragione: le decisioni giudiziali devono consistere nell'applicazione di una norma giuridica valida; le norme giuridiche devono essere chiare, conoscibili e pubbliche; non devono essere introdotte nell'ordinamento norme retroattive o contraddittorie; il diritto non deve esigere dai consociati più di quanto essi siano in grado di fare; le norme giuridiche devono essere sufficientemente stabili nel tempo, e non devono infine sorgere conflitti tra i diversi poteri dello Stato. Tali principi morali, come detto, non vengono ricavati da fatti morali extragiuridici ma costituiscono i presupposti formali ineliminabili affinché un ordinamento giuridico funzioni in modo adeguato. Pertanto, mentre il giusnaturalismo di Moore esemplifica l'adesione della filosofia del diritto al realismo morale in senso forte, quello di Fuller abbraccia una tesi metaetica realista in senso debole.

Più complessa appare la situazione per quanto riguarda il **giuspositivismo**. Se alcuni giuspositivisti continuano a dichiararsi soggettivisti o non-cognitivisti in ambito morale, incorporando addirittura questa tesi nella definizione di giuspositivismo, altri assumono invece posizioni di tipo realista.

Si pensi al caso di **John Raz**, il quale ritiene che i valori abbiano un contenuto oggettivo conoscibile universalmente, nonostante essi dipendano dal contesto sociale e non siano determinabili con l'ausilio degli strumenti messi a disposizione delle scienze naturali.

Oppure al caso di **Jules Coleman**, il quale ammette che alcuni valori morali stiano a fondamento delle pratiche sociali in campo giuridico, risultando sotto questo profilo oggettivi e conoscibili, sebbene essi abbiano un'origine di tipo convenzionale.

A prescindere dagli esempi appena richiamati, proveremo a considerare brevemente se sussista un rapporto necessario tra concezioni del diritto e concezioni della morale. Vedremo cioè se facendo propria una certa teoria del diritto, il giurista e il teorico del diritto si impegnino o meno, implicitamente, per una certa concezione della morale.

Prendiamo l'avvio dal **giusnaturalismo**. Se un giurista si dichiara giusnaturalista, può al contempo aderire a una concezione anti-realista del discorso morale? La risposta sembra essere negativa. Se si ritiene che i fatti morali non esistano, o consistano, banalmente, nella mera obbedienza ad una norma morale qualsivoglia, va da sé che tali fatti non si prestano a costituire un ordine giuridico sovraordinato a quello del diritto positivo, al quale fare riferimento per determinare se una norma giuridica è valida e obbligatoria. Nel caso del giusnaturalista, il realismo morale appare un'opzione obbligata sotto il profilo concettuale. Qualora la teoria morale accettata sia quella del realismo morale in senso forte, la norma giuridica ingiusta risulterà invalida e non obbligatoria in qualsivoglia circostanza concreta. Qualora invece si accolgano le tesi del realismo morale in senso debole, è possibile, sotto il profilo concettuale, che la norma giuridica ingiusta sia valida e obbligatoria, sebbene essa sia priva di validità e obbligatorietà morale. E' questo il caso delle situazioni nelle quali la legge ingiusta sia non di meno funzionale alla realizzazione di alcuni beni morali fondamentali (si pensi, ad esempio, alla concezione della morale sottesa alla cosiddetta "Formula di Radbruch"), oppure la sua promulgazione sia funzionale alla trasformazione dei cittadini in soggetti liberi, in grado cioè di scegliere autonomamente il corso delle loro azioni.

Per quanto concerne invece il **positivismo giuridico**, la tesi della separabilità tra diritto e morale rende tendenzialmente indipendente il discorso giuridico dal discorso morale, mancando una connessione necessaria tra di essi sotto il profilo concettuale. Se prendiamo in esame il **positivismo giuridico esclusivo** il diritto viene descritto come un insieme di norme del tutto indipendenti dalla morale: tale indipendenza costituisce la condizione affinché le norme giuridiche siano dotate di autorità e svolgano quindi la funzione per la quale sono state create. Qualsiasi concezione delle norme morali sembrerebbe pertanto compatibile con questa concezione del diritto. Si tratta tuttavia di un'impressione erronea. Come osservato in precedenza, secondo il giuspositivismo esclusivo le norme giuridiche entrano in gioco nella vita sociale perché le norme morali non sono in grado, da sole, di guidare gli individui a conseguire i beni che costituiscono il fine del loro agire. Il diritto esercita la sua autorità e può svolgere dunque la sua funzione, soltanto se le norme giuridiche rendono obbligatorie delle condotte che gli individui già riconoscono, o possono riconoscere, come propri doveri morali. L'autorità giuridica dev'essere in grado di identificare correttamente le norme morali applicabili ai suoi destinatari e di sostituirle con norme giuridiche, in modo da evitare conflitti inutili, così come l'esigenza, in capo agli individui, di individuare da sé la condotta da tenere. Il **giuspositivismo esclusivo** presuppone concettualmente una forma di realismo morale. Veniamo ora al **positivismo giuridico inclusivo**: secondo questa concezione, i principi morali possono costituire una fonte del diritto solo nel caso vengano convenzionalmente riconosciuti come tali dai funzionari pubblici, in particolare dai giudici. Quando l'ordinamento giuridico qualifica un insieme di norme morali come una fonte del diritto, tali norme devono poter essere conosciute per essere poi applicate dai funzionari. Il **positivismo giuridico inclusivo** ammette dunque la possibilità di una qualche forma di realismo morale, che entra in gioco nel discorso giuridico soltanto in casi determinati, vale a dire quando un certo set di norme morali è qualificato giuridicamente come una fonte del diritto. Jules Coleman, il più noto esponente del positivismo giuridico inclusivo, accoglie in particolare una forma di soft realism in ambito morale. Gli ordinamenti giuridici, secondo Coleman, spesso incorporano norme morali che non corrispondono a fatti normativi empiricamente osservabili; i fatti normativi qui rilevanti sono piuttosto costituiti da beni morali oggetto di una specifica tutela giuridica, i quali vengono di fatto presupposti dalle disposizioni normative, dalle decisioni dei giudici e dal ragionamento giuridico nel suo complesso, condizionando in tal modo la validità delle norme giuridiche positive. Diversa è la situazione per quanto riguarda il **realismo giuridico**. Questa corrente del giuspositivismo ha storicamente assunto una posizione radicalmente non-cognitivista in ambito morale, talora assimilabile alle teorie dell'errore contemporanee. Secondo **Alf Ross**, ad esempio, i termini giusto e ingiusto non hanno alcun significato descrittivo. E' tuttavia opportuno chiedersi se vi sia una relazione necessaria tra realismo giuridico e anti-realismo morale, vale a dire se sia possibile assumere una diversa concezione della morale pur tenendo ferme le tesi giusrealiste. La risposta a tale quesito è positiva: chi aderisce al realismo giuridico nel campo della teoria del diritto assume, necessariamente, una posizione anti-realista in campo morale. Per il **realismo giuridico** il mondo è costituito soltanto da fatti empirici, che possiamo conoscere utilizzando il metodo conoscitivo delle scienze naturali. Le norme morali, al contrario, esprimono semplicemente inclinazioni, pulsioni o desideri individuali, che non sono oggetto di conoscenza.

Per concludere, presuppungono concettualmente una forma di realismo morale anche le **posizioni neo-costituzionaliste**. Il contenuto morale delle carte costituzionali trova infatti fondamento, secondo questa prospettiva, in fatti morali fondamentali concepiti come beni o valori ultimi attorno ai quali si costituisce una comunità politica. Tali fatti giustificano il contenuto attribuito a precetti costituzionali in sede interpretativa: essi devono guidare l'interpretazione della costituzione così come l'adeguamento ad essa delle altre disposizioni giuridiche positive. Si tratta di fatti morali relativi e non assoluti: essi costituiscono il prodotto evolutivo di una certa cultura giuridica in un certo contesto storico, e sono dunque soggetti a mutamenti nel tempo e nello spazio. Nondimeno questi fatti morali sono **oggettivi**: le norme morali che da essi derivano possono essere conosciute dagli operatori giuridici e utilizzate per orientare le loro decisioni.

IV. Eutanasia

1. Il caso Welby

Nel 1964 fu diagnosticata a Piergiorgio Welby, allora diciottenne, una forma di distrofia muscolare, una malattia degenerativa che lentamente l'avrebbe portato alla morte. In seguito al progressivo aggravarsi della malattia e all'insorgere di una grave insufficienza respiratoria, il 14 luglio 1997, all'età di 52 anni, Welby perse i sensi ed entrò in coma. Si risvegliò alcuni giorni dopo in un letto d'ospedale sottoposto a ventilazione forzata e alimentazione artificiale, nonostante avesse precedentemente chiesto ai medici e ai propri familiari di non subire alcun trattamento medico nel momento in cui tale evento si fosse verificato. Una volta risvegliatosi dal coma, Welby, perfettamente in grado di intendere e di volere, chiese insistentemente ai familiari e ai medici che le cure alle quali era sottoposto venissero sospese. Il suo caso divenne oggetto di un acceso dibattito pubblico, anche in seguito ad una sua lettera inviata al Presidente della Repubblica nel 2006, che fece molto scalpore per la sua drammaticità. Il 24 dicembre 2009 il dottor Mario Riccio, contattato da Welby tramite i suoi familiari, decise di accogliere l'appello di Welby e si recò presso l'ospedale dove questi era ricoverato. Dopo aver sedato il malato, il dott. Riccio spense il respiratore che teneva Welby in vita, provocando la morte del malato. Il dott. Riccio viene accusato di omicidio doloso ex art. 579 c.p. (omicidio del consenziente).

Quali sono le ragioni per agire di tipo morale e le ragioni per agire di tipo giuridico che entrarono in conflitto nel caso Welby? Esaminiamo innanzitutto le ragioni morali pro e contro l'ascrizione del diritto di sospendere le cure ad un malato terminale.

2. Ragioni morali a favore dell'eutanasia

Argomento dell'autonomia

L'argomento dell'**autonomia** può essere ricostruito nel modo seguente:

- (1) Ogni persona ha il diritto di determinare il corso della propria vita.
- (2) Se (1) è principio valido, allora ogni persona ha anche il diritto di determinare il corso della propria morte.
- (3) Quindi, deve essere permesso al medico di soddisfare la richiesta di chi chiede, in modo consapevole e responsabile, che vengano sospese le cure anche se questo condurrà alla sua morte.

La premessa da cui prende le mosse questo argomento "ogni persona ha il diritto di determinare il corso della propria vita" costituisce una **norma morale** nella quale trova espressione il **principio di autonomia**, un principio che nel dibattito contemporaneo viene usualmente ricostruito nel modo seguente: l'autonomia personale si compone di due aspetti:

- (1) la libertà intesa come assenza di impedimenti esterni (liberty);
- (2) la capacità di agire conformemente alle proprie intenzioni (agency), ovvero di individuare da sé i fini del proprio agire e di scegliere i mezzi più adeguati per realizzarli.

Un individuo è autonomo se le sue azioni non sono sottoposte a condizionamenti materiali esterni e sono, o possono essere, il risultato delle sue scelte razionali. Con riferimento al caso dell'**eutanasia**, i sostenitori del principio di autonomia insistono sul fatto che le scelte dell'individuo autonomo vanno sempre rispettate, anche quando consistono nella scelta di morire.

Il ricorso all'argomento dell'autonomia è tradizionalmente oggetto di numerose critiche. Proviamo a considerare le principali:

- **Condizione del malato terminale:** la situazione peculiare nella quale si trova il malato, e in particolare il malato terminale, rende di rado possibile considerare quest'ultimo come un individuo pienamente autonomo. Da un lato molte delle scelte che si pongono di fronte al malato terminale sono influenzate dal contesto familiare e sociale, che finisce col plasmare le credenze e i desideri del paziente alla luce di una concezione inadeguata della malattia, intesa come rottura irreparabile del mondo di relazioni nel quale l'individuo vive. Per altro verso, il malato terminale è spesso vittima di stati depressivi o di altre alterazioni della volontà che pregiudicano i normali processi di scelta razionale. Secondo questa posizione, pertanto, non va messa in dubbio la validità del principio di autonomia in quanto tale quanto piuttosto il fatto che il malato terminale possa essere considerato un soggetto autonomo alla luce della situazione del tutto peculiare nella quale si trova a vivere, la quale giustificerebbe un atteggiamento paternalistico nei suoi confronti da parte del medico e dei familiari.
- **Suicidio razionale:** il suicidio assistito può essere considerato il risultato di una scelta razionale o costituisce piuttosto la manifestazione di uno stato depressivo o comunque di alterazione dei processi razionali? Chi sostiene la tesi in base alla quale il suicidio è un atto comunque irrazionale ricorre allora al seguente argomento. Un'azione è razionale se costituisce un mezzo per raggiungere il fine che l'agente intende perseguire. E' questa la formulazione standard del cosiddetto principio di razionalità strumentale, il quale individua una condizione necessaria, per quanto non sufficiente, di razionalità dell'agire individuale e collettivo. Nel caso del suicidio, e dunque anche del suicidio assistito, questa condizione non risulterebbe soddisfatta. Se, ad esempio, il fine che si propone il malato terminale è la fine delle sofferenze che sta patendo, ovvero il raggiungimento della vita eterna, il malato non sa se il suicidio costituisca un mezzo per raggiungere tali fini, poiché il raggiungimento di tali fini non è suscettibile di conoscenza né prima né dopo la morte. Nel caso del suicidio, pertanto, il principio di razionalità strumentale sarebbe violato. L'atto del suicidio sarebbe sempre un atto irrazionale, sotto questo profilo, e dunque un atto compiuto da un soggetto che non soddisfa i requisiti dell'autonomia individuale richiamati al punto precedente.
- **Moralità del medico:** è ammissibile, dal punto di vista morale, imporre al medico l'obbligo di sospendere le cure ovvero di accompagnare il malato alla morte? Uno dei principi fondamentali dell'etica medica (il c.d. principio di beneficenza e di non-maleficenza) prescrive al medico di adoperarsi in ogni circostanza per promuovere il benessere del paziente e dunque il dovere di non arrecare intenzionalmente alcun danno a quest'ultimo. In base a questo principio, pertanto, per il medico non è giustificato in alcun caso cagionare la morte di un malato, qualunque sia la sua condizione.

Tale principio trova formulazione negli articoli 36 e 37 del Codice deontologico dei medici italiani:

Art. 36: Il medico, anche su richiesta del malato, non deve effettuare né favorire trattamenti diretti a provocare la morte.

Art. 37: In caso di malattie a prognosi sicuramente infausta o pervenute alla fase terminale, il medico deve limitare la sua opera all'assistenza morale e alla terapia atta a risparmiare inutili sofferenze, fornendo al malato i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità di vita.

La validità di queste norme deontologiche è giustificata, nel dibattito bioetico contemporaneo, richiamando il valore e l'importanza dell'alleanza medico-paziente, la quale starebbe alla base della professione medica. L'attività medica, secondo questa prospettiva, può avere successo soltanto se il medico riesce a instaurare un rapporto di collaborazione e fiducia col malato, una collaborazione e una fiducia che da un lato sostengono il paziente dal punto di vista psicologico, dall'altro favoriscono l'individuazione delle strategie di cura più adeguate. Nel caso il medico fosse autorizzato, in certe circostanze, a favorire la morte del paziente, muterebbe radicalmente la sua funzione sociale e il modo in cui il suo ruolo verrebbe percepito dai pazienti. Secondo questo argomento, se fosse accettata moralmente l'eutanasia passiva, il malato inizierebbe a percepire nel medico un suo potenziale aguzzino, pronto a interrompere le cure qualora ciò fosse funzionale a interessi esterni, di tipo economico e sociale.

Si potrebbe tuttavia replicare a questo argomento nel modo seguente: l'iscrizione al malato terminale del diritto di morire non mina il rapporto di cura, facendo venir meno la fiducia nel medico, ma al contrario rinsalda tale fiducia. Il malato consapevole del fatto che il suo medico curante, in casi estremi, non lo sottoporrà a sofferenze inutili e sarà disposto ad accompagnarlo alla morte, laddove egli ne faccia esplicita richiesta, avrà sicuramente maggiore fiducia nel medico che lo sta curando.

Argomento dell'immoralità della sofferenza

L'argomento dell'immoralità della sofferenza si fonda sul principio in base al quale nessuno deve patire sofferenze inutili, sofferenze che non siano cioè funzionali al raggiungimento di un bene (la guarigione dalla malattia).

Qualora il medico non sia in grado di alleviare le sofferenze di un paziente terminale in modo per questi accettabile, e da tale sofferenza non sia possibile attendere alcuna forma di miglioramento delle condizioni di salute, allora il medico ha il dovere morale di aiutare il paziente a morire, laddove questi ne faccia autonomamente richiesta. Questo argomento ha costituito una delle ragioni fondamentali, a livello sociale, della progressiva accettabilità morale e giuridica del suicidio assistito, in particolar modo in Olanda. In questo paese l'eutanasia ("buona morte", nel senso di morte non accompagnata da sofferenze) e il suicidio medicalmente assistito sono stati progressivamente tollerati, anche sotto il profilo legislativo, con riferimento specifico ai casi di persone soggette a sofferenze che non potevano essere eliminate o alleviate in modo da renderle tollerabili al malato.

L'argomento dell'intollerabilità della sofferenza è tradizionalmente sottoposto alle seguenti obiezioni:

- **Medicina del dolore:** la tecnologia medica ha effettuato passi da gigante nel trattamento del dolore. In linea di principio, è possibile oggi trattare pressoché qualsiasi forma di dolore, riducendone la portata e rendendolo tollerabile al paziente. A ciò viene sovente replicato che restano moltissimi stati di dolore, specie nei malati terminali, che non sono trattabili medicalmente e dunque riducibili in modo accettabile. Questo contro-argomento si fonda dunque su considerazioni di fatto, oggetto di conoscenza da parte delle scienze mediche, a tutt'oggi controverse.
- **Sedazione:** chi critica la validità dell'argomento dell'immoralità della sofferenza, per converso, replica che è sempre possibile ricorrere a forme di sedazione locale o totale, le quali eliminano alla radice l'intollerabilità del dolore. Va tuttavia sottolineato che il ricorso alla sedazione comporta l'offuscamento delle funzioni mentali del paziente, sottoponendolo uno stato di dipendenza fisica e psichica che finisce col violare il principio di autonomia ricordato in precedenza.
- **Utilità morale della sofferenza:** alcuni ritengono, sulla base di ragioni etiche o religiose, che la malattia e la sofferenza possano costituire, perlomeno in certi casi, un processo positivo per la persona, che arricchisce il suo bagaglio di esperienze consentendogli di raggiungere una migliore comprensione e consapevolezza di sé.

Ragioni morali contro l'eutanasia

Argomento della sacralità della vita

In base a questo argomento, l'uccisione di un essere umano va giudicata come un male in qualsiasi circostanza. Si tratta di un principio che trova giustificazioni sia di tipo religioso sia di tipo antropologico-culturale e che è fonte di obblighi morali in pressoché tutti i sistemi sociali conosciuti. Sulla base di tale principio, poiché il suicidio medicalmente assistito costituisce una forma di uccisione, allora deve essere considerato un atto immorale. Sebbene in certe situazioni il favorire la morte del malato terminale possa essere ritenuto un atto "razionale" anche da chi sostiene il principio di intangibilità della vita umana, non di meno tale atto va comunque giudicato come contrario alla morale. Da ciò segue che deve essere fatto divieto al medico di soddisfare la richiesta del malato terminale di favorire o accelerare la propria morte, poiché tale atto costituirebbe una violazione del principio appena enunciato.

L'argomento dell'immoralità dell'uccisione di una persona è sottoposto alla seguente obiezione: in talune situazioni eccezionali, l'uccisione di una persona è permessa moralmente e giuridicamente. I casi più eclatanti sono quelli della legittima difesa, della pena di morte, dell'uccisione del nemico in guerra. Il contro-argomento assume dunque la seguente forma: se l'uccisione di una persona è giustificata nelle circostanze appena richiamate, a maggior ragione dovrà essere giustificato l'assistenza al suicidio nei casi di malati terminali che patiscono intollerabili sofferenze, considerato che l'atto medico sarebbe qui motivato da una richiesta espressa del malato terminale. Due sono state storicamente le repliche a tale argomento, con particolare riferimento alla dottrina morale della Chiesa cattolica, che più di ogni altra autorità morale ha preso una posizione netta su questi temi. La prima replica fa capo alla distinzione tra uccisione del colpevole e uccisione dell'innocente: l'uccisione di una persona è normalmente tollerata nei casi nei quali tale persona sia colpevole di azioni gravemente immorali. Non è questo il caso del malato terminale, il quale non è moralmente colpevole della situazione di malattia che lo affligge. Questa tesi produce tuttavia delle conseguenze controintuitive: in base a questo argomento, i malati terminali "innocenti" non potrebbero avvalersi del suicidio assistito per porre fine alle loro sofferenze qualora questo fosse il loro desiderio, mentre ciò potrebbe essere concesso ai malati moralmente "colpevoli", che avessero cioè commesso dei gravi crimini morali. In tempi più recenti, anche i sostenitori della sacralità incondizionata della vita hanno ammesso forme di limitazione di tale principio ricorrendo all'argomento del doppio effetto, il quale consente di distinguere concettualmente "l'uccidere" dal "lasciar morire". In base a questo argomento, un individuo è moralmente responsabile degli effetti negativi della propria condotta soltanto se tali effetti sono stati provocati intenzionalmente. Detto altrimenti, se un'azione viene compiuta con l'intenzione di produrre effetti positivi, pur nella consapevolezza che essa provocherà, presumibilmente, dei danni collaterali indesiderati e l'agente ha adottato tutte le precauzioni idonee a minimizzare tali danni, l'azione è giustificata. Nel caso dei malati terminali, la cui prognosi non lascia alcuna aspettativa positiva per il futuro, tale argomento giustifica la rinuncia a tecniche mediche particolarmente invasive per mantenere il paziente in vita, le quali si configurerebbero come una forma di accanimento terapeutico. Giustificato appare invece, in queste situazioni, minimizzare la sofferenza del paziente e consentire il decorso naturale della malattia. In questo caso, l'atto intenzionale del medico consiste nel

sollevare il malato dalla sofferenza, non nel provocare la sua morte. Poiché la morte costituisce, in queste situazioni, un effetto collaterale comunque non evitabile dell'atto medico, quest'ultimo risulta moralmente giustificato in base all'argomento del doppio effetto.

Argomento della china scivolosa

In base a questo argomento, consentire oggi al medico di aiutare il malato a morire sulla base della volontà espressa formulata da quest'ultimo, potrebbe condurre in futuro a situazioni nelle quali i pazienti verranno uccisi anche contro la loro volontà.

La struttura dell'argomento è la seguente:

- 1) Nel caso la condotta A venga permessa, è probabile venga tenuta la condotta B.
- 2) La condotta A è accettabile, date le circostanze attuali, ma la condotta B è assolutamente inaccettabile.
- 3) Si deve vietare la condotta A così da evitare la condotta B.

Con riferimento al problema dell'eutanasia e del suicidio assistito, la tesi sostenuta mediante tale argomento è che il permettere il suicidio assistito (eutanasia passiva) farebbe venir meno la barriera nei confronti dell'uccisione del soggetto debole, consentendo così a giudici di tipo discriminatorio, come pure ad interessi di tipo politico ed economico, di prendere il sopravvento, fino a giustificare in futuro l'eliminazione su vasta scala dei soggetti deboli, la cui sopravvivenza non sia funzionale al benessere della collettività.

Ora, è bene ricordare che l'argomento della china scivolosa costituisce una fallacia dal punto di vista logico: la condizione alla quale si fanno seguire le conseguenze inaccettabili non è né necessaria né sufficiente. Quando anche fosse stato riconosciuto a Welby il diritto a non essere curato, nulla avrebbe garantito che in futuro ciò avrebbe provocato un progressivo indebolimento del diritto alla vita. Al contempo, il nostro diritto alla vita potrebbe essere indebolito, o addirittura revocato in dubbio, anche qualora a Welby non fosse stato concesso il diritto di morire. Si potrebbe qui opportunamente replicare che l'argomento della china scivolosa costituisce tuttavia un importante strumento per formulare previsioni attendibili in situazioni di incertezza: è utile per determinare, sulla base delle informazioni disponibili, se la decisione A conduce ad aumentare la probabilità della decisione B. Quando anche si accordasse all'argomento questa funzione, ad ogni modo, le conseguenze attese dalla decisione sul caso Welby dovrebbero essere calcolate non soltanto con riferimento ai pericoli per il principio di tutela della vita ma anche con riferimento ad altri beni considerati rilevanti, come ad esempio le libertà personali costituzionalmente garantite, e al peso che attribuiamo loro. Negare a Welby il diritto a non essere curato, detto altrimenti, potrebbe costituire un primo, decisivo passo verso il progressivo smantellamento delle libertà fondamentali da parte del potere politico in nome di valori morali assoluti. Spetta agli attori in gioco e a ciascuno di noi valutare quale sia il pericolo più attuale. A prescindere da queste considerazioni, resta il fatto che l'argomento della china scivolosa trova ampia applicazione nella discussione filosofica e può essere invocato nella maggior parte dei conflitti normativi oggetto di questo corso. La sua validità si fonda innanzitutto su **evidenze empiriche**, a prescindere dalle quali perde gran parte del suo valore. Affinché il divieto della condotta A sia giustificato, detto altrimenti, occorre mostrare che la condotta A causerebbe la condotta inaccettabile B con un significativo grado di probabilità, ovvero che A costituirebbe un precedente in presenza del quale altri fattori causali motiverebbero la condotta inaccettabile B. L'argomento si basa infatti su una predizione che deve essere supportata dai fatti per essere considerata rilevante ai fini della giustificazione dell'azione.

Da qui le obiezioni alle quali è sottoposto l'argomento della china scivolosa.

- a) La predizione delle condotte future moralmente inaccettabili sono solitamente inaffidabili poiché si basano su intuizioni che potrebbero risultare false.
- b) Possono essere introdotte delle misure normative capaci di limitare gli abusi potenziali. Nel caso del suicidio assistito, il ricorso a questa misura in assenza di una volontà espressa del malato terminale potrebbe essere sanzionata sotto il profilo penale, limitando così l'incidenza degli abusi.
- c) Il ricorso al suicidio assistito potrebbe inoltre essere regolato in maniera molto rigida dal legislatore, in modo da ascrivere il diritto di morire ad una classe molto ristretta di malati terminali, la cui volontà di morire va provata e sottoposto a controlli rigorosi.

4. Ragioni giuridiche pro e contro l'eutanasia

In via preliminare va osservato che a differenza delle ragioni morali, le ragioni giuridiche a favore e contro l'eutanasia acquistano validità con riferimento ad un ordinamento giuridico determinato. In particolare, nel caso Welby tali ragioni hanno trovato formulazione nella motivazione di decisioni giudiziali che costituiscono il punto di riferimento della nostra analisi.

Queste le principali ragioni giuridiche adottate dai giudici italiani nel caso Welby.

Argomenti pro eutanasia passiva:

1. Principio di autodeterminazione (art. 3 e 13 Cost.)
2. Principio di tutela della salute (art. 32 Cost.)
3. Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere (art. 51 c.p.)

Argomenti contro l'eutanasia passiva:

1. Principio di tutela della vita (art. 2 Cost.)
2. Omicidio del consenziente (art. 579 c.p.)
3. Istigazione al suicidio (art. 580 c.p.)

Per quanto concerne le ragioni giuridiche di rango costituzionale, va innanzitutto ricordato il **principio di autodeterminazione** sancito dagli articoli 3 e 13 della Costituzione italiana, che costituiscono la principale ragione giuridica a favore dell'eutanasia passiva nel nostro ordinamento. Per un verso, l'art. 3 Cost. è posto a garanzia del "pieno sviluppo della persona umana" contro gli ostacoli che di fatto limitano la libertà e l'uguaglianza. Per altro verso, l'art. 13 Cost. afferma che "la libertà individuale è inviolabile" e il suo esercizio non può essere limitato dallo Stato se non nei casi previsti dalla legge. La Corte costituzionale e dalla Corte suprema di cassazione, in una serie di decisioni giudiziali che si sono succedute nell'ultimo ventennio, hanno interpretato queste disposizioni identificando il pieno sviluppo della persona umana col principio di autonomia: la persona umana trova piena realizzazione quando è messa nelle condizioni di determinare intenzionalmente il corso delle proprie azioni, vale a dire in modo consapevole e responsabile. L'affermazione del carattere inviolabile della libertà ex art. 13 Cost. si limiterebbe quindi a rafforzare il principio di autonomia, qualificando quest'ultima come un bene indisponibile e inalienabile nel nostro ordinamento giuridico.

Alla luce dell'interpretazione appena proposta di queste disposizioni, qualsiasi provvedimento legislativo, amministrativo e giurisdizionale dello Stato che costituisca una violazione del principio di autonomia risulta pertanto non conforme al dettato costituzionale.

A sostegno del diritto di morire in capo al malato terminale viene spesso invocato anche l'art. 32 Cost., il quale sancisce che "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo" (I comma) e "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" (II comma). Anche in questo caso due sono i profili rilevanti in riferimento alla fattispecie che stiamo considerando. Nell'interpretazione prevalente del testo costituzionale da parte della dottrina e della giurisprudenza, il termine **salute** non si riferisce alla semplice permanenza in vita dell'individuo, quanto piuttosto al suo "benessere psico-fisico", che va commisurato alle circostanze peculiari nelle quali un individuo si trova a vivere, al suo progetto di vita e alle sue aspettative per il futuro. Si tratta, in altri termini, di una interpretazione estensiva del termine "salute", tale da includere gli aspetti psicologici e sociali che condizionano il benessere individuale.

Sotto un secondo profilo, inoltre, l'art. 32 stabilisce una **riserva di legge per i trattamenti sanitari obbligatori** che conduce a privilegiare l'intenzione del paziente anche di fronte al rifiuto delle cure. Sotto questo profilo, l'art. 32 II comma specificerebbe quindi i contenuti del principio di autonomia con riferimento all'ambito dei trattamenti sanitari, configurando in capo a ciascun individuo il diritto alla sospensione delle cure.

La principale ragione giuridica di rango costituzionale invocata per giustificare la negazione del diritto a morire in capo al malato terminale è costituita dal principio di tutela della vita, implicitamente affermata dall'art. 2 della Costituzione. Tale principio dà formulazione non solo a un diritto umano intangibile e inalienabile, ma costituisce al contempo la precondizione per l'esercizio di qualsiasi altro diritto fondamentale di rango costituzionale. L'**eutanasia passiva**, poiché costituisce l'esito di una scelta dispositiva del malato nei confronti della propria vita, che trova realizzazione attraverso una condotta omissiva da parte del medico, costituirebbe dunque una violazione di tale principio.

Un'ulteriore ragione giuridica, questa volta di rango legislativo, spesso richiamata nei giudizi relativi alla richiesta di sospensione delle cure da parte di malati terminali è costituita dall'art. 579 del Codice penale, il quale **sanziona l'omicidio del consenziente**: "Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da 6 a 15 anni". Questa disposizione sancisce l'intangibilità del bene vita nel contesto dell'ordinamento penale. Si tratta di una tutela che opera a prescindere dalle eventuali determinazioni contrarie del soggetto passivo: essa manifesta l'interesse dello Stato alla sicurezza della persona fisica e alla difesa della vita come bene supremo indisponibile.

Di rilevanza analoga, sotto questo profilo, è l'art. 580 del Codice penale, in base al quale "Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni."

L'ordinamento penale prevede una causa di giustificazione che può essere invocata nelle fattispecie appena richiamate; in base ad essa, il giudice può decidere la non punibilità dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio. Si tratta dell'art. 51 del Codice penale, in base al quale "L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità". Se è possibile configurare, in base alle disposizioni presenti nell'ordinamento, un diritto a lasciarsi morire in capo al malato, sulla base del primato riconosciuto al principio di autodeterminazione, allora la condotta omissiva del medico che di fatto consente al malato di morire non è punibile penalmente. L'ascrizione di questo diritto al malato terminale si accompagna infatti ad un insieme di doveri in capo al medico, in particolare il dovere di sospendere le cure laddove il malato lo richieda. E' questa la ragione giuridica che è risultata determinata nel caso Welby.

5. Ancora sul caso Welby

Sulla base delle ragioni per agire di tipo giuridico appena ricordate, è possibile illustrare la soluzione del conflitto normativo scatenato dal caso Welby fornita dai giudici italiani che si sono pronunciati nel merito.

Successivamente al suo ricovero coatto in ospedale Welby chiese ai medici di sospendere delle cure, consapevole del fatto che tale intervento avrebbe cagionato la sua morte. I medici si rifiutarono tuttavia di interrompere il supporto vitale al paziente. Sulla base della sua volontà espressa, come previsto dal diritto costituzionalmente tutelato di rifiuto delle cure, essi avrebbero certo dovuto staccare la macchina che teneva in vita Welby, ma una volta intervenuta l'incoscienza del malato, ed in presenza di rischio di vita, sarebbe stato loro preciso dovere riattivare il respiratore artificiale. Welby decise allora di rivolgersi, tramite i suoi legali, al giudice civile affinché questi emettesse un provvedimento d'urgenza indirizzato ai medici affinché questi assolvessero il loro obbligo di interrompere le cure. Il giudice civile dichiarò il ricorso inammissibile, non pronunciandosi pertanto sulla richiesta di distacco del respiratore avanzata da Welby. Pur riconoscendo l'esistenza di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito all'interruzione delle cure mediche, il giudice asserì, infatti, che tale diritto era privo di tutela giuridica, dal momento che il legislatore non era intervenuto per dare ad esso concretizzazione mediante disposizioni a carattere secondario. L'ordinamento al contrario tutelava, secondo il giudice, il principio di sacralità della vita umana, alla luce di disposizioni normative come l'art. 5 del codice civile, che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo tali da provocare un danno permanente, nonché dagli articoli 575, 576, 577 III comma, 579 e 580 del codice penale, che puniscono, in particolare, l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio. In sintesi il giudice civile configurò l'esistenza di una lacuna tecnica nell'ordinamento, non colmabile per via analogica dal momento che casi simili erano disciplinati dalla legge in modo opposto. Welby decise a quel punto di ricorrere all'aiuto del medico Riccio, che pur in assenza di una ordinanza del giudice, decise di ascoltare le parole del paziente e di sospendere il supporto vitale.

Dopo la morte di Welby, il giudice per le indagini preliminari (GIP) del Tribunale di Roma chiese al pubblico ministero di formulare l'imputazione per omicidio del consenziente nei confronti del dott. Riccio, ex art. 579 c.p.

La vicenda processuale si conclude con la sentenza del Giudice per l'udienza preliminare (GUP), che dichiarò il non luogo a procedere nei confronti del dott. Riccio, scagionandolo dalle accuse formulate nei suoi confronti su iniziativa del GIP. Il GUP censurò le conclusioni a cui era giunto il giudice civile che si era pronunciato sull'istanza di sospensione delle cure presentata da Welby. Secondo il giudice penale, infatti, laddove si riconosca l'esistenza di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito, come il diritto alla sospensione delle cure, ma si dichiari, in assenza di disposizioni secondarie attuative, la sua concreta inattuabilità, alla luce di disposizioni normative di rango legislativo orientate in senso contrario, si incorre in una palese violazione dei "principi che presidono alla disciplina della gerarchia delle fonti, in quanto non è consentito disattendere l'applicazione di una norma costituzionale sulla scorta dell'esistenza di norme contrastanti di valore formale inferiore".

Secondo la corte, due sono le soluzioni prospettabili sul piano giuridico in una situazione come questa:

- 1) il giudice può interpretare le disposizioni normative in modo da garantire il principio costituzionale di sospensione delle cure, dando così ad esso immediata attuazione;

2) nel caso venga ravvisata una insuperabile antinomia tra l'art. 579 c.p. il principio costituzionale appena richiamato, il giudice deve sollevare una questione di legittimità di fronte alla Corte costituzionale.

Ciò che comunque non trova giustificazione alcuna nell'ordinamento, ad opinione del GUP, è l'ipotesi che un principio costituzionale rimanga inattuato e il diritto soggettivo che da esso discende risulti privo di tutela.

Il giudice penale decise, nel caso Welby, di seguire la prima via prospettata sopra. In base all'art. 51 del codice penale, infatti, "l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità". L'art. 51 c.p. costituisce cioè una disposizione di legge che configura una causa di esclusione della colpevolezza in ambito penale: chi tiene una condotta che costituisce una fattispecie di reato secondo l'ordinamento, ma agisce nell'esercizio di un proprio diritto ovvero nell'adempimento di un dovere derivante da un diritto altrui, non è punibile penalmente. Ora, laddove si configuri l'immediata applicabilità del diritto alla sospensione delle cure in capo a Welby, la condotta del dott. Riccio può essere qualificata come l'adempimento di un dovere, e dunque non è applicabile al medico la sanzione penale prevista dall'art. 579 c.p. così come previsto dall'art. 51 c.p. Sulla base di queste ragioni, il dott. Riccio venne scagionato dall'accusa rivolta nei suoi confronti.

6. Concezioni del diritto a confronto: due esempi

L'analisi appena condotta ha posto in evidenza quali sono le principali ragioni per agire di rango morale e di rango giuridico che entrano in gioco nella discussione sull'eutanasia, evidenziando come esse sono state utilizzate dalla giurisprudenza italiana nel caso Welby. Con riferimento al caso Welby il **giusnaturalista** riterrà valide le rispettive sentenze giudiziali che hanno concluso queste vicende. Per il giusnaturalista la norma particolare e concreta costituita dalla sentenza del giudice è valida soltanto se conforme al diritto naturale e dunque ai contenuti morali di quest'ultimo, i quali corrispondono a dei fatti morali fondamentali che caratterizzano la natura umana. Per determinare tale conformità, il giusnaturalista dovrà individuare i precetti di diritto naturale che fungono da parametro di validità, individuare il loro contenuto e quindi fissare la loro gerarchia. Anche il giusnaturalista non nega infatti che il mondo morale sia popolato da principi spesso in conflitto tra loro, ma ritiene altresì possibile identificare una gerarchia oggettiva tra di essi. Tale gerarchia dovrà essere fissata sulla base di un meta-criterio capace di individuare quali sono il principio o i principi morali ultimi, pertinenti per il giudizio di validità giuridica della sentenza in esame. Il contenuto di questi meta-criteri dipenderà, a sua volta, dal tipo di giusnaturalismo adottato. Ad esempio, nel caso del giusnaturalismo di tipo tomista - ispirato cioè all'opera di S. Tommaso d'Aquino, che ancora oggi sta a fondamento della dottrina della Chiesa cattolica sul tema che stiamo considerando - il meta-criterio sulla base del quale individuare i principi di diritto naturale pertinenti per valutare se la decisione del giudice è valida sarà costituito dalla parola di Dio, così come essa ci è rivelata dalle sacre scritture ed è da noi conosciuta per mezzo della ragione. Nella ricostruzione della gerarchia dei precetti di diritto naturale, in questo caso, il diritto indisponibile alla vita sarà posto in una posizione sovra-ordinata rispetto a qualsiasi altro principio morale o di diritto naturale. Nel caso di **giusnaturalismo moderno** di ispirazione razionalista come quello sviluppato da Thomas Hobbes, per converso, il meta-criterio per costruire una gerarchia delle norme o dei valori naturali è costituito dalle caratteristiche intrinseche della natura umana, le quali sono oggetto di conoscenza da parte delle scienze sperimentali, dalle quali si ritiene possibile dedurre le condizioni necessarie per il buon funzionamento della vita civile. Sotto questo profilo, la **tendenza** all'autoconservazione e alla continuazione della specie sarebbero intese non solo come un fatto naturale, ma anche come un valore che sta alla base di qualsiasi azione umana. Ricostruzioni analoghe potrebbero essere condotte muovendo dal punto di vista di altri tipi di giusnaturalismo, come quello di Radbruch o quello di Fuller considerati nella prima parte del corso.

Assai diversa è invece la risposta fornita dal **giuspositivista**: la validità di una sentenza giudiziale dipende da norme giuridiche e non da norme morali. Secondo il giuspositivista, occorre distinguere due profili della validità di una norma, sia essa generale e astratta oppure particolare e concreta: la validità **formale** e la validità **sostanziale**. La sentenza in oggetto è formalmente valida se è stata emessa da un organo a ciò autorizzato da altre norme dell'ordinamento. La sentenza è invece valida sotto il profilo materiale se i suoi contenuti non sono in conflitto con quelli delle norme dell'ordinamento ad essa sovraordinate. Nel caso Welby tale controllo coinvolge più norme di rango costituzionale (per un verso l'art. 2, che sancisce il principio di sacralità della vita, per altro verso gli art. 3, 13 e 32, che sanciscono il principio di sospensione delle cure), che sono in concorrenza tra loro per fungere da parametro di costituzionalità della norma applicata. La soluzione dei conflitti in esame coinvolge quindi il bilanciamento dei principi costituzionali coinvolti; una procedura, questo, che secondo il giuspositivista comporta un'attività interpretativa da parte del giudice, la quale conduce a determinare, in rapporto al caso concreto, una gerarchia tra i principi costituzionali. Sulla base di tale gerarchia, sarà considerata valida la sentenza i cui contenuti sono compatibili col principio giuridico considerato gerarchicamente superiore in considerazione del caso concreto. Il ragionamento del giudice penale che pronunciò l'ultima parola sul caso Welby è tuttavia coerente con una diversa concezione del diritto, quella **neo-costituzionalista**. In base alla sentenza emessa dal GUP romano, infatti, il principio di rifiuto delle cure è direttamente applicabile da parte del giudice di merito e deve ispirare l'interpretazione delle disposizioni di rango legislativo, in modo che le norme ricavate da queste ultime diano realizzazione al principio stesso. In questo senso, la Costituzione costituisce il parametro prevalente nella decisione del giudice di merito, cui spetta realizzare i valori costituzionali che corrispondono ai fatti morali più importanti, in un certo contesto sociale in un determinato momento storico, in rapporto al caso concreto.

V. Migrazioni

1. Il caso Myrtja

Myrtja A. è un albanese irregolarmente in Italia, sposato con una connazionale provvista invece di regolare permesso di soggiorno. La coppia ha due figli che frequentano la scuola elementare.

Myrtja A. chiede il permesso di rimanere in Italia, nonostante la sua posizione non consenta il riconoscimento del permesso di soggiorno, in nome del diritto al "sano sviluppo psicofisico" dei suoi figli, i quali sicuramente patirebbero delle conseguenze negative sotto il profilo materiale e psicologico nel caso il padre fosse costretto a lasciare la famiglia per tornare in Albania.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione antecedente al caso, Myrtja sembra godere di tale diritto in base all'art. 31 del D.Leg. 286/1998 (c.d. legge Bossi-Fini), il quale prevede che "per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore che si trova nel territorio italiano", il Tribunale dei minori può consentire la permanenza in Italia del genitore in deroga alle altre norme del T.U. sull'immigrazione.

Con la sentenza del 10 marzo 2010 n. 5856, tuttavia, la prima sezione della Cassazione civile negò a Myrtja A. tale diritto, poiché nel caso di specie non sussistevano, ad opinione dei giudici, i "gravi motivi" richiamati dalla disposizione. Dal momento che i figli di Myrtja frequentavano regolarmente la scuola elementare e non vi erano elementi per ritenere che vivessero in uno stato di disagio, appariva chiaro, secondo la Corte, che essi risultavano stabilmente integrati nel contesto sociale italiano, una situazione, questa, che l'allontanamento del padre dal nucleo familiare non avrebbe pregiudicato. Laddove fosse stata accolta la richiesta dell'immigrato clandestino, inoltre, si sarebbe corso il rischio di legittimare un uso strumentale dei bambini della coppia al fine di aggirare la legislazione in materia. A seguito della sentenza, venne quindi emanato il decreto di espulsione per Myrtja A. ai sensi dell'art. 13 del D.Leg. 286/1998.

La decisione della Corte è giustificata dal punto di vista morale e giuridico? Quali ragioni per agire di tipo morale e giuridico sono entrate in gioco in questa decisione?

2. Tipi di migrazione

Per rispondere a questi quesiti, occorre innanzitutto rivolgere un rapido sguardo alle caratteristiche generali dei fenomeni migratori e ai diversi problemi giuridici e morali che essi generano nel contesto contemporaneo.

Per **migrazione** intenderemo il movimento di una o più persone da uno Stato ad un altro Stato con lo scopo di risiedere sul territorio di quest'ultimo in modo permanente o temporaneo. La nozione di migrazione presuppone la nozione di Stato e di confine tra gli Stati.

Prima della nascita dello Stato in età moderna, infatti, i fenomeni migratori non esistevano così come li conosciamo oggi. Vi sono certo testimonianze storiche di innumerevoli trasferimenti di popolazioni da un territorio ad un altro territorio antecedenti all'età moderna, ma si tratta di **fenomeni** completamente diversi dal punto di vista istituzionale. Ciò diventa evidente se prendiamo in considerazione la nozione di confine pubblico, vale a dire di confine dello Stato. I confini di natura pubblicistica non esistevano prima dell'età moderna: non era pensabile infatti una linea di demarcazione tra due entità territoriali sovrane che si riconoscono reciprocamente come tali, una linea che istituisce vincoli reciproci tra tali entità, disciplinate da un comune diritto internazionale (*ius gentium*). Ancora nell'antichità classica e nel diritto romano, il superamento del confine esterno della civitas conduceva al nulla, al totalmente altro, al punto tale che erano concepibili soltanto confini interni, a carattere privatistico e dunque funzionali alla distinzione dei possedimenti privati di ciascuno. Ma se i confini pubblici non erano neppure pensabili prima dell'età moderna, altrettanto vale per i fenomeni migratori così come li concepiamo oggi. La rilevanza morale e giuridica di tali fenomeni nel dibattito pubblico dipende infatti, in modo considerevole, dagli aspetti istituzionali in gioco: dal regime giuridico che uno Stato riserva ad un cittadino di un altro Stato nel momento in cui questi passa il confine e chiede di risiedere nel territorio di arrivo.

Sotto questo profilo, è utile operare alcune distinzioni di base con riferimento al nostro oggetto di discussione, distinzioni che da un lato mostrano la complessità dei processi migratori e dall'altro lato condizionano i giudizi morali e giuridici concernenti l'ascrizione del diritto a migrare. A seconda del tipo di migrazione considerato, tali giudizi mutano infatti, così come la disciplina giuridica delle singole fattispecie da parte del diritto interno e del diritto internazionale.

I fenomeni migratori si distinguono tra loro, dal punto di vista istituzionale, sulla base di due criteri fondamentali. In primo luogo, la **volontarietà** dell'atto di migrare; in secondo luogo, lo status che il migrante desidera ottenere una volta superato il confine statale.

Con riferimento alla volontarietà dell'atto, il migrante si sposta da uno Stato ad un altro Stato secondo tre modalità fondamentali:

- **costrizione fisica**: i migranti vengono trasferiti da uno Stato ad un altro Stato con la forza, come nel caso delle deportazioni o della riduzione in schiavitù;
- **costrizione della volontà**: i migranti chiedono di entrare nello Stato di arrivo poiché la loro sopravvivenza è in pericolo nel loro Stato, oppure perché sono oggetto di minacce e persecuzioni. Si pensi al caso dei disastri naturali, delle guerre, dei conflitti etnici e, più in generale, delle situazioni nelle quali si verificano gravi violazioni dei diritti umani;
- **libera scelta**: i migranti decidono liberamente di trasferirsi in un nuovo Stato alla ricerca di migliori opportunità di vita. In quest'ultimo caso il trasferimento da uno Stato ad un altro Stato avviene per motivi di lavoro, di studio, per esigenze di tipo familiare.

Con riferimento allo **status** al quale il migrante aspira una volta giunto nel territorio dello Stato d'arrivo occorre distinguere i seguenti casi:

- il migrante aspira ad ottenere la **cittadinanza** dello Stato di arrivo. In questo caso il migrante decide di rinunciare ai diritti di cittadinanza dello Stato di origine in vista di una completa integrazione nel luogo d'arrivo, tale da includere non solo i diritti civili e sociali ma anche quelli politici;
- il migrante aspira ad ottenere la **doppia cittadinanza**. Non vi è nel migrante il desiderio di rinunciare a ogni tipo di appartenenza giuridicamente tutelata nello Stato di origine ma semplicemente di aggiungere a quest'ultima i diritti derivanti dal fatto di risiedere in maniera stabile in un altro Stato;
- il migrante aspira ad ottenere **asilo politico** nello Stato di arrivo alla luce delle peculiari condizioni di disagio e persecuzione alle quali è sottoposto in madrepatria; una volta venute meno queste condizioni, tuttavia, viene meno anche il diritto d'asilo e il migrante dovrà tornare nello Stato di partenza;
- il migrante desidera **soggiornare** per un tempo determinato nello Stato di arrivo per motivi di lavoro o di studio, per poi tornare in madrepatria; le sue pretese non includono quindi l'esercizio dei diritti di cittadinanza né oneri sociali a carico dello Stato di arrivo.

Le ragioni per agire che considereremo qui di seguito sono di natura diversa rispetto a quelle considerate nella discussione sull'eutanasia: nel caso dell'eutanasia si trattava di ragioni relative alla sfera della personalità dell'individuo e all'esercizio dei diritti fondamentali ad essa correlati. I destinatari di tali ragioni erano i singoli individui, considerati nella situazione peculiare nella quale può essere concessa loro la facoltà di decidere il corso della loro morte. Nel caso dei fenomeni migratori, invece, le ragioni in gioco sono di tipo politico. I destinatari di tali ragioni sono in primo luogo il legislatore, il quale disciplina i flussi migratori in entrata e in uscita dallo Stato in virtù dei poteri sovrani che gli sono propri, e i funzionari amministrativi, ai quali spetta attuare le politiche statali in materia di migrazione.

3. Ragioni morali contro il diritto a migrare

Le ragioni morali richiamate per giustificare la limitazione o addirittura il blocco dei flussi migratori nello Stato sono essenzialmente di due tipi: **ragioni economiche** e **ragioni socio-culturali**. Questi due tipi di ragioni sono riconducibili, rispettivamente, all'**argomento della sostenibilità economica** e all'**argomento dell'identità della nazione**. Questi due argomenti sono utilizzati nel dibattito politico per giustificare le scelte del legislatore e dunque per orientare le politiche migratorie.

Argomento della sostenibilità economica: si tratta dell'argomento più frequentemente invocato per giustificare la limitazione e il controllo statale dei flussi migratori. Sulla base di questo argomento, la pressione migratoria in direzione dei paesi occidentali viene descritta come una minaccia per la prosperità economica degli Stati. Per un verso vale la pena ricordare come vi sia ampio consenso tra gli economisti circa il fatto che le conseguenze del movimento delle persone e delle popolazioni su scala globale siano nel complesso positive. Come ha sostenuto il premio nobel per l'economia Kenneth Galbraith, le migrazioni aumentano la competitività del mercato del lavoro e conducono ad un uso più efficiente delle risorse globali. Per altro verso nel dibattito economico vi sono opinioni diverse circa il fatto che i processi migratori generino vantaggi per tutti gli Stati coinvolti, al punto da giustificare una generalizzata apertura dei confini statali ai flussi migratori.

Sotto questo profilo, l'argomento della sostenibilità economica si articola nel modo seguente:

(1) Lo Stato deve garantire il benessere dei cittadini;

(2) I flussi migratori costituiscono una minaccia per il benessere dei cittadini poiché aumentano la conflittualità sociale, la spesa pubblica in campo medico, educativo, previdenziale, e creano sperequazioni nel mercato del lavoro.

(3) Pertanto, i flussi migratori vanno strettamente regolati e limitati dallo Stato.

La premessa (1) di questo argomento è costituita da un principio morale che individua uno dei compiti fondamentali dello Stato e rappresenta uno dei capisaldi dell'economia politica classica, da Adam Smith in avanti. Questa affermazione potrebbe sorprendere il lettore: oggi siamo infatti inclini a pensare all'economia come ad una scienza esatta, assai più vicina, sotto il profilo del metodo e del rigore conoscitivo, alla matematica che alla filosofia morale. Dal punto di vista storico, tuttavia, vale la pena ricordare come la teoria economica moderna nasca nel Settecento come una branca della filosofia morale; se intesi come strumenti per orientare le condotte degli individui e delle istituzioni, i modelli economici odierni risultano inoltre fondati su principi morali che attribuiscono ad essi una valenza normativa. Il principio del benessere, di origine giusnaturalista, ne costituisce un esempio evidente. Tale principio, nella sua formulazione classica, si fonda su una concezione utilitaristica delle relazioni sociali e su una concezione liberale delle relazioni politiche. Alla base del principio del benessere sta l'idea che le relazioni sociali abbiano lo scopo di aumentare l'utilità degli individui che partecipano di tali relazioni. La funzione delle relazioni politiche, al contempo, consiste nel garantire da un lato le libertà individuali, vale a dire che ciascun individuo possa perseguire la propria utilità senza impedimento da parte degli altri, dall'altro lato pari opportunità di vita, ovverossia un sistema di servizi (ospedali, scuole, servizi sociali, ecc.) che ponga a ciascun individuo nella condizione di perseguire la propria utilità.

Nella premessa (2) trova invece formulazione la tesi in base l'aumento dei flussi migratori metterebbe in pericolo il conseguimento dei fini appena indicati. L'ingresso nello Stato di un'ingente massa di individui finirebbe, infatti, col rendere maggiore la conflittualità interna della comunità, col limitare l'esercizio effettivo delle libertà individuali, aumentando al contempo la spesa pubblica per il sistema di welfare. L'ingresso indiscriminato dei migranti nel territorio dello Stato, unito ai meccanismi di ricongiungimento familiare, rende infatti più elevata la richiesta di assistenza medica, di scuole e servizi per l'infanzia, di servizi previdenziali, senza che queste maggiori spese fossero compensate da un equivalente aumento sul versante delle entrate fiscali. Al contempo, l'immissione di un rilevante numero di migranti nel mercato del lavoro – in particolare nei periodi di scarsa crescita economica, nei quali la domanda di lavoro diminuisce – ridurrebbe le opportunità d'impiego per i lavoratori locali. Diminuirebbero inoltre le tutele dei lavoratori, in virtù della disponibilità dei lavoratori stranieri ad accettare condizioni di lavoro peggiori, e si assisterebbe parallelamente, nel medio periodo, a una riduzione dei salari.

Se la prima premessa, di tipo normativo, è valida, e la seconda premessa, di tipo fattuale, è vera, allora è giustificata, in base a questo argomento, una stretta vigilanza dei flussi migratori verso lo Stato e il loro contingentamento in funzione delle esigenze della popolazione nativa.

L'argomento della sostenibilità economica offre tuttavia il fianco a varie obiezioni:

In primo luogo, i flussi migratori possono creare vantaggi sotto il profilo economico tali da compensare i loro costi sociali. Per quanto concerne il mercato del lavoro, i migranti spesso soddisfano richieste di manodopera che non vengono soddisfatte dai lavoratori nativi e costituiscono quindi una risorsa essenziale per l'economia dello Stato d'arrivo. La loro presenza aumenta inoltre la competitività sul mercato del lavoro: l'aumento dell'offerta di lavoratori provoca una riduzione dei costi e maggiore efficienza, con effetti positivi sull'intero sistema economico. La presenza dei migranti sul territorio aumenta inoltre i consumi interni e le entrate fiscali, con effetti positivi sul conto economico complessivo dello Stato.

Ma l'argomento della sostenibilità economica, al pari delle obiezioni appena accennate, si scontra con un problema più generale di difficile soluzione: come va calcolato il rapporto costi-benefici nel caso dei fenomeni migratori? E' assai difficile rispondere a questo interrogativo, poiché innumerevoli sono i fattori che possono essere presi in considerazione alla luce della complessità del fenomeno che stiamo considerando. Non solo: il peso relativo di tali fattori è assai controverso e genera divisioni nella teoria economica. Basti qui un esempio, quello dei costi generazionali. Nel calcolo del rapporto costi-benefici con riferimento ai fenomeni migratori, come vanno considerati gli investimenti in risorse e servizi effettuati dalle generazioni precedenti dei nativi? Tali investimenti hanno reso possibile la costruzione di strade, edifici pubblici, ospedali, scuole, ecc., le quali consentono oggi ai migranti uno standard di vita relativamente elevato. L'esistenza di tali beni e servizi è stata resa possibile, tuttavia, dal lavoro delle generazioni precedenti. Ora, il fatto che i migranti sfruttino tali risorse può essere visto come un costo aggiuntivo, poiché esse verrebbero sottratte alle generazioni di chi ha effettivamente reso possibile la loro esistenza. Si potrebbe argomentare, tuttavia, che la presenza dei migranti può essere considerata un vantaggio anche sotto questo profilo. Mediante forme di prelievo fiscale diretto e indiretto, questi ultimi contribuiscono infatti al

mantenimento di quel sistema di welfare che, per altro verso, sembrerebbero minacciare: anche grazie al contributo fornito dai migranti all'economia dello Stato è infatti possibile mantenere oggi in vita un sistema di welfare che i nativi, con le loro sole forze economiche, avrebbero difficoltà a sostenere.

Argomento dell'identità culturale: una seconda ragione sovente invocata per giustificare politiche migratorie restrittive e dunque il contingentamento dei flussi migratori fa riferimento all'impatto di questi ultimi sul tessuto della società, vale a dire sull'insieme di relazioni di cui questa appare costituita. Secondo i sostenitori di questo argomento, l'identità linguistica, culturale, religiosa della nazione costituisce una risorsa che deve essere preservata. E' questa una premessa normativa di tipo politico, non di tipo economico come nel caso dell'argomento considerato in precedenza: tale premessa costituisce, infatti, l'espressione di un modo ben determinato di concepire la vita in comune degli uomini e i principi su cui questa poggia. L'argomento dell'identità culturale presuppone che la vita in società si fondi non tanto sulle istituzioni politiche e giuridiche ma innanzitutto su forme spontanee di solidarietà e cooperazione, rese possibili dalla comunanza di lingua, cultura, religione e valori condivisi, i quali favoriscono la comprensione tra gli individui, la loro aggregazione così come il loro supporto reciproco. Questo insieme di relazioni di base, che costituiscono la cosiddetta "identità della nazione", garantirebbero in tal senso una maggiore giustizia sociale. Ingenti flussi migratori di individui "altri" sotto il profilo linguistico, culturale, religioso frantumerebbe propria questa comunanza di base, disintegrando le relazioni sociali e favorendo forme di alienazione e devianza. Le migrazioni su vasta scala avrebbero l'effetto di modificare la "geografia sociale" del mondo e delle popolazioni in modo consistente e irreversibile. Forti concentrazioni di migranti stranieri modificano radicalmente il tessuto sociale del contesto di arrivo, minando l'ordine pubblico, i presupposti dell'identità nazionale e dunque i benefici che questa promette a ciascun individuo se inteso come membro di una comunità omogenea e coesa.

La premessa da cui muove questo argomento fornisce pertanto una rappresentazione della comunità politica di tipo identitario, che le politiche migratorie dovrebbero contribuire a preservare.

Da questa premessa i sostenitori dell'argomento dell'identità nazionale ricavano la conclusione secondo la quale le istituzioni statali devono limitare e tenere sotto controllo i flussi migratori, ovvero mettere in atto forme di integrazione culturale che riducano l'impatto delle differenze linguistiche, etniche, religiose, sugli equilibri sociali, secondo due strategie fondamentali:

- a) imporre forme di integrazione culturale ai migranti in modo da omologarli al contesto di arrivo
- b) contingentare i flussi al fine di non corrompere il fondamento identitario della nazione.

Anche l'argomento dell'identità culturale è oggetto di numerose critiche nel dibattito filosofico e nella discussione pubblica. In primo luogo, occorre comprendere meglio che cosa si intenda per identità di una nazione. Si tratta infatti di un termine vago e ambiguo, che viene usato per fare riferimento a fenomeni molto diversi tra loro. Si tratta inoltre di un termine assai controverso nella letteratura filosofica e nelle scienze sociali, che spesso dubitano dell'opportunità di ricorrere ad esso per accostarsi allo studio dei fenomeni sociali. La nozione di identità utilizzata in questo contesto riprende e sviluppa infatti l'idea di identità individuale, estendendola ad enti collettivi come la "nazione" o il "popolo". Se l'identità di un individuo consiste nell'insieme di credenze, desideri, inclinazioni, intenzioni, valori che caratterizzano il singolo individuo, distinguendolo dagli altri individui, l'identità della nazione consisterà nella generalizzazione di tali caratteristiche distintive con riferimento ad una classe molto ampia di individui. Nel momento in cui la nozione di identità viene utilizzata per "individuare" un gruppo sociale, o addirittura una nazione intera, al fine di distinguerlo da altri gruppi o nazioni, essa si rivela tuttavia poco informativa. Innumerevoli e variegata sono infatti le credenze, i desideri, le intenzioni e i valori che caratterizzano i membri di questi enti collettivi, al punto che i tratti comuni a ciascuno di essi risulteranno fortemente generici. Questa nozione cattura, in altri termini, un insieme di caratteristiche solo apparentemente "comuni", che risultano prive di qualsiasi utilità per giustificare le scelte pubbliche. Non solo: se ascritte a tutti i membri del gruppo, senza distinzione alcuna, e utilizzate per identificare i singoli, queste caratteristiche finiscono col mettere in ombra, o addirittura con l'occultare, le reali caratteristiche distintive dei singoli, vale a dire ciò che differenzia ciascuno da ciascun altro.

Si potrebbe dunque legittimamente dubitare che un'identità della nazione esista davvero, nei termini in cui essa è descritta dall'argomento considerato. Se di identità di una nazione si può parlare, infatti, questa si compone di un insieme di caratteristiche comuni assai poco informative e significative.

Quando anche la nozione di identità nazionale assumesse un contenuto sufficientemente informativo, inoltre, ci dovremmo chiedere se la sua salvaguardia sia auspicabile, ovvero generi soltanto benefici. Vi sono buone ragioni per ritenere che ciò non avvenga né possa in alcun modo avvenire: il richiamo a fattori identitari nella definizione e nell'attuazione delle politiche pubbliche rischia infatti di favorire e alimentare forme di nazionalismo, così come atteggiamenti xenofobi che finiscono con l'intensificare la conflittualità sottesa ai fenomeni migratori. Ciò sia all'interno del singolo Stato, sia nel contesto globale.

4. Ragioni morali a favore del diritto di migrare

Abbiamo osservato come le ragioni contro l'ascrizione di un diritto a migrare abbiano di solito un carattere relativo e contestuale: tanto l'argomento della sostenibilità economica quanto l'argomento dell'identità nazionale non escludono a priori il riconoscimento di questo diritto. Tali argomenti condizionano piuttosto il riconoscimento di questo diritto a fattori che dipendono dai contesti sociali di riferimento, sia sotto il profilo spaziale sia sotto il profilo temporale. Le ragioni morali a favore del diritto di migrare hanno tipicamente un **carattere universalistico**. Si tratta cioè di ragioni valide a prescindere dai contesti nei quali esse vengono richiamate, poiché si appellano a principi e valori universali, intangibili e irrinunciabili.

Argomento dell'uguaglianza: il primo argomento universalistico richiamato in questo contesto è l'argomento dell'uguaglianza, che trova origine nel giusnaturalismo moderno, in particolare nella filosofia politica di **John Locke**, che ne fornisce la formulazione maggiormente utilizzata nel dibattito contemporaneo. La premessa normativa da cui prende le mosse questo argomento è la seguente: ciascun individuo ha diritto a disporre delle medesime opportunità di vita offerte agli altri individui. Da ciò segue il dovere da parte degli Stati di garantire non solo un trattamento uguale di ciascuno, a prescindere da qualsiasi considerazione identitaria, ma anche la prosperità e lo sviluppo della società. La posizione di partenza degli individui nella scala sociale è infatti dettata dalla fortuna; essa non riflette le attitudini e le capacità dei singoli. Questo fatto, nelle situazioni in cui le disuguaglianze sociali diventano molto acute, ha conseguenze assai negative e potenzialmente dirompenti per il benessere della collettività. Una disuguaglianza nelle dotazioni di partenza degli individui basata sul caso finisce infatti col premiare e favorire i meno capaci e con lo corrompere le risorse della nazione, pregiudicando il suo futuro. Sulla base di queste considerazioni, sia con riferimento alla dimensione individuale sia a quella collettiva, la disuguaglianza deve essere combattuta dal punto di vista morale e politico. Gli stessi **fenomeni migratori** costituiscono una prova tangibile dei pericoli associati alla disuguaglianza: i flussi migratori sono generalmente motivati dalle enormi disparità economico-sociali

che caratterizzano gli Stati, le quali non possono essere appianate mediante programmi di aiuti economici finanziati dai paesi più sviluppati, o per mezzo del soccorso umanitario. Per limitare tali disuguaglianze deve essere permesso agli abitanti dei paesi più poveri di spostarsi nei paesi nei quali le loro opportunità di vita sono maggiori. Ciò consentirebbe una redistribuzione delle risorse disponibili e una loro più opportuna allocazione all'interno della società.

Quali sono i problemi impliciti nel ricorso all'argomento dell'eguaglianza? In primo luogo, il suo carattere universalistico mette in secondo piano gli aspetti storici e contestuali che invece sono essenziali per comprendere i fenomeni migratori, i quali sono fortemente condizionati da fattori geopolitici, dalle caratteristiche di Stati e popolazioni coinvolte, dall'andamento dell'economia, dagli eventi contingenti che contribuiscono a motivare un individuo a migrare. Prescindendo dalle caratteristiche dei contesti particolari, il ricorso all'argomento universalistico dell'eguaglianza giustifica quindi scelte politiche e istituzionali che rischiano di provocare conseguenze inaccettabili o indesiderate. E' questo un problema comune a tutti gli argomenti universalistici, che rischiano di far perdere di vista le questioni reali in gioco nel conflitto normativo che stiamo esaminando.

Ne fornisce un esempio il fatto che la liberalizzazione dei flussi migratori, per quanto orientata a diminuire le disuguaglianze su scala globale, rischia di intensificare le disuguaglianze su scala locale. La deregolamentazione indiscriminata dei flussi migratori rischia di trasferire le disuguaglianze globali all'interno degli Stati di arrivo, sotto forma di sub-culture, sacche di sfruttamento e povertà coatta, conflitti di matrice etnica e religiosa, conflitti tra centro e periferia all'interno delle città metropolitane. Anziché diminuire le disuguaglianze, pertanto, l'apertura indiscriminata dei confini rischia di moltiplicarle e parcellizzarle all'interno di contesti più piccoli ma non meno conflittuali.

Il contesto sociale dello Stato d'arrivo subirebbe, in questo modo, un processo degenerativo che diminuirebbe non soltanto il benessere dei nativi, ma anche quello atteso dei migranti. Lo Stato di arrivo perderebbe le caratteristiche che l'avevano originariamente reso attraente per questi ultimi. Per descrivere questo fenomeno, **James Buchanan** ha fatto ricorso ad una metafora divenuta celebre: la metafora della "gallina dalle uova d'oro". Immaginiamo che si diffonda in un villaggio la notizia che in un certo pollaio è custodita una gallina dalle uova d'oro. Appresa la notizia, gli abitanti del villaggio si mettono alla ricerca di questo animale miracoloso, dirigendosi nel luogo indicato dai più. Colti dalla foga di impossessarsi della gallina, tuttavia, gli abitanti del villaggio si avventano disordinatamente sui poveri animali, che finiscono per rimanere a terra privi di vita. In questo modo vengono privati della gallina non solo i suoi legittimi proprietari ma anche gli abitanti del villaggio. La ricerca della gallina dalle uova d'oro – probabilmente esistita soltanto nella mente di chi ne era alla ricerca – ha provocato la morte di tutte le galline in carne ed ossa, vale a dire uno svantaggio per tutti gli individui.

Argomento della libertà: un secondo argomento universalistico a favore del diritto di migrare fa capo al concetto di libertà e ha trovato ampia eco nelle teorie libertarie dello Stato, prima tra tutte quella proposta da Robert Nozick.

La premessa normativa da cui muove l'argomento della libertà è la seguente: nessuna limitazione della libertà individuale è moralmente e giuridicamente giustificata da esigenze pubbliche. Tali limitazioni possono seguire soltanto da accordi tra i privati, funzionali agli interessi di questi ultimi. La teoria libertaria dello Stato riduce infatti quest'ultimo a mero guardiano e garante delle libertà individuali.

Questa funzione di garanzia è svolta nei confronti di due principi fondamentali di natura privatistica: la **libertà contrattuale** e il **diritto di proprietà**. Il compito dello Stato, in questa prospettiva, si riduce alla garanzia di tale libertà e all'enforcement dei diritti a essa corrispondenti. Se si assume questo punto di vista, pertanto, i confini pubblici dello Stato hanno una ragion d'essere soltanto se sono riconducibili ai confini privati. Ora, con riferimento a questi ultimi, il proprietario ha il diritto di ammettere o di rifiutare chiunque chieda di superare i confini del proprio fondo, anche nel caso si tratti di uno straniero, mentre lo Stato non può imporre al proprietario l'obbligo di accogliere lo straniero che egli non vuole far entrare a casa propria.

All'interno di questo modello teorico-istituzionale, pertanto, i flussi migratori sono liberi dallo Stato, nel senso che lo Stato non può impedire ai cittadini di stipulare contratti con gli stranieri che autorizzino questi ultimi ad entrare nella loro proprietà privata. Secondo questa prospettiva, in altri termini, l'entrata di un migrante nel paese d'arrivo deve essere il risultato di una contrattazione privata e non di un provvedimento di tipo amministrativo.

La radicalità dell'argomento di Nozick rende facilmente intuibili le obiezioni che contro di esso sono state formulate. I paesi sviluppati non possono aprire indiscriminatamente i propri confini alla contrattazione privata, poiché in questo modo metterebbero in pericolo il loro sistema di welfare. Quest'ultimo si basa, infatti, sul controllo pubblico dei servizi sociali fondamentali e non sulla contrattazione privata. Lo Stato libertario immaginato da Nozick costituisce un modello astratto che non trova riscontro nella realtà concreta, sebbene molte legislazioni europee (in Italia, ad esempio, la legge Bossi-Fini) abbiano adottato alcuni meccanismi privatistici per regolare parte dei flussi migratori (si veda, a tal proposito, la figura giuridica del "contratto di soggiorno" tra lavoratore straniero e imprenditore italiano, che costituisce un titolo valido per soggiornare sul territorio italiano).

Due ulteriori argomenti vengono sovente richiamati per confutare una regolazione dei flussi migratori secondo il modello libertario. Il primo argomento fa capo alla teoria dei "livelli di civilizzazione" proposta da R. Goodin: una ascrizione privatistica del diritto di migrare su base contrattualistica perde di vista il fatto che le parti contrattuali sono diversamente dotate per quanto riguarda il livello di istruzione, il reddito, le aspettative per il futuro, gli ideali da realizzare, ecc. Il contraente migrante medio si trova, sotto questo profilo, in una situazione di debolezza, dettata dal minore livello di civilizzazione che motiva la sua decisione di migrare. Se così stanno le cose, risulterebbe giustificato, secondo questo argomento, prevedere limitazioni ai flussi migratori, fino a legittimare la chiusura dei confini: nella prospettiva di Goodin, infatti, un paese deve essere in grado di perseguire "gli ideali per i quali altre nazioni del mondo non sono ancora pronte". Il secondo argomento rileva invece come il principio di libertà individuale invocato per giustificare la liberalizzazione del transito transfrontaliero entri in conflitto col principio di uguaglianza e di dignità della persona umana. Se la titolarità del diritto a migrare fosse abbandonata alla contrattazione tra i privati, assisteremmo ad una mercificazione dei bisogni umani primari, oltre che ad un trattamento diseguale di posizioni soggettive uguali.

Argomento della giustizia distributiva: questo argomento non ha un carattere universalistico e non patisce quindi i problemi di astrattezza riscontrati nei due argomenti precedenti. Esso fa infatti riferimento alle circostanze storiche e politiche che stanno alla base dei fenomeni migratori in molti paesi in via di sviluppo, ed è stato proposto dai cosiddetti "Studi post-coloniali", un movimento culturale interdisciplinare che si propone di combattere gli effetti sociali e politici del colonialismo, con riferimento, in particolare, ai paesi in via di sviluppo e alle cosiddette "economie emergenti" (India, Brasile).

La premessa da cui muove l'argomento è la seguente: i fenomeni migratori devono essere valutati in una prospettiva storica e politica, che indaghi le loro cause e individui le responsabilità ad esse collegate. Se si assume questo angolo visuale, sussiste un rapporto diretto tra migrazioni e colonialismo nella maggior parte dei paesi in via di sviluppo: i processi migratori a cui assistiamo oggi, detto altrimenti, trovano origine storicamente nei rapporti asimmetrici che gli Stati coloniali hanno instaurato con le loro colonie, che hanno consentito lo sfruttamento e l'impoverimento di queste ultime, non solo sotto il profilo economico, ma anche dal punto di vista politico e

sociale. Questi rapporti di sfruttamento hanno contribuito a garantire, negli ultimi due secoli, elevati tassi di sviluppo in tutti i paesi occidentali, che in forza dei loro accordi commerciali hanno tratto vantaggio in blocco da queste asimmetrie. La liberalizzazione dei confini e del transito delle persone costituirebbe dunque, secondo gli studi post-coloniali, un presupposto per consentire una equa redistribuzione delle risorse che i paesi occidentali hanno nel tempo sottratto ingiustamente dai paesi più poveri.

5. Ragioni giuridiche pro e contro il diritto di migrare

Veniamo ora all'esame delle ragioni giuridiche che entrano in gioco con riferimento al riconoscimento del diritto di migrare. Così come nel caso considerato in precedenza, tali ragioni non verranno considerate in astratto ma con riferimento ad un ordinamento giuridico determinato, quello italiano, e ad un caso particolare e concreto, quello di Myrtja A. presentato in apertura di questo capitolo.

Quali ragioni per agire sono state utilizzate dalle parti in conflitto in questo caso?

Per quanto riguarda il ricorrente, cittadino albanese illegalmente residente in Italia, questi ha giustificato la sua richiesta di permanenza in Italia sulla base delle seguenti ragioni giuridiche: in primo luogo, i legali di Myrtja A. hanno richiamato l'art. 31 del Decreto legislativo n. 286 del 1998 (Testo Unico sull'immigrazione), in base al quale "il Tribunale dei minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico (...) del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso e la permanenza del familiare, per un periodo limitato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente T.U." Questa disposizione normativa introduce una eccezione esplicita all'applicazione dell'art. 13 del medesimo testo normativo, in base al quale "l'espulsione è disposta dal prefetto quando lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza del permesso di soggiorno".

Secondo i ricorrenti, nel caso di specie sussistevano precisamente quei "gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore" che autorizzano il Tribunale a riconoscere il permesso di soggiorno al genitore in deroga all'art. 13. L'allontanamento del padre costituirebbe infatti, a prescindere da qualsiasi considerazione ulteriore, una minaccia "grave" per l'armonica crescita psicofisica del minore. A opinione dei ricorrenti la presenza paterna in famiglia costituisce una condizione necessaria per il benessere dei figli nel contesto in esame; una condizione che se non soddisfatta causerebbe forme di disagio. Questa tesi fu confermata dai servizi sociali del comune nel quale la famiglia di Myrtja risiedeva, i quali furono chiamati a esprimere un parere sul caso su richiesta del Tribunale dei minori. Secondo la relazione dei servizi sociali, l'allontanamento di Myrtja non solo "destabilizzerebbe" la famiglia, ma provocherebbe con riguardo ai figli "un vero e proprio depauperamento sentimentale che andrebbe necessariamente a incidere sul loro futuro". Questa tesi interpretativa viene sostenuta con un ulteriore argomento, ricavato dall'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia, ratificata dallo Stato italiano per mezzo della legge n. 176 del 2001 e richiamata dallo stesso D.leg. 286/1998, all'art. 28. Secondo questa disposizione, "in tutte le decisioni relative ai fanciulli (...) l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente". Nel caso di specie, di fronte all'esigenza di bilanciare l'interesse del fanciullo col principio di legalità, che impone la stretta applicazione delle disposizioni amministrative in materia di espulsione del migrante irregolare, il primo principio dovrà senz'altro prevalere sul secondo.

Per concludere, la tesi appena esposta è ulteriormente sostenibile sulla base dell'art. 2 della Costituzione, che ponendosi a garanzia dei diritti umani fondamentali implicitamente afferma il principio della dignità umana sancito dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948, la quale afferma che "tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali in dignità e diritti". Nella prospettiva delineata dal testo della Dichiarazione, la dignità umana trova garanzia tanto nella tutela della libertà individuale quanto in quella dell'uguaglianza derivante dalla comune appartenenza alla specie umana. Nel caso specifico, la mancata ascrizione a Myrtja A. del diritto a permanere sul territorio italiano, inteso come corollario del diritto a migrare, costituirebbe una palese violazione del principio di uguaglianza universale sancito dalla Dichiarazione del '48: il cittadino albanese sarebbe privato della possibilità di vivere con la propria famiglia, e i suoi figli della possibilità di vivere col loro padre; situazione, questa, che genererebbe una disparità di trattamento rispetto alle altre famiglie che vivono in Italia.

Quali sono invece le ragioni giuridiche invocate contro il diritto di migrare, e quindi a risiedere nello Stato italiano, con riferimento al caso esaminato?

La Corte di Cassazione ha utilizzato nel suo giudizio i seguenti riferimenti normativi: la Corte ha preso le mosse dalla medesima disposizione normativa richiamata dai legali di Myrtja A., vale a dire l'art. 31 del D.leg. 286/1998, proponendone tuttavia una diversa interpretazione. Secondo la **Cassazione civile**, l'allontanamento del padre da una famiglia stabilmente inserita nel contesto sociale e territoriale italiano, i cui figli frequentano regolarmente e con profitto la scuola elementare, non costituisce un "grave motivo" ai sensi di questa disposizione normativa. Per essere qualificato come tale, un qualsiasi pregiudizio nei confronti dei figli dovrebbe presentare le caratteristiche della "eccezionalità" e della "contingenza". Secondo la Corte, infatti, per "grave motivo" nella fattispecie in esame non può intendersi una "condizione di mero disagio del minore" derivante dall'incertezza relativa al completamento del ciclo scolastico (il minore ha infatti diritto di seguire il genitore espulso nel luogo di destinazione). La Corte sottolinea a tal proposito che "le esigenze di tutela del minore che si trovi nel territorio italiano, che consentono al suo familiare la permanenza per un periodo di tempo determinato, [sussistono] solo se i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore concretino una situazione d'emergenza rappresentata come conseguenza della mancanza o dell'allontanamento improvviso, che il Tribunale per i minori accerti (...) essere eccezionale e temporanea, e ponga in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore, sia fisico che psichico, tanto da richiedere la presenza del genitore nel territorio dello Stato".

Appare inoltre evidente, secondo la Corte, "che la specifica previsione che l'ingresso o la permanenza del familiare possono essere autorizzati 'per un periodo di tempo determinato' non è compatibile con la tutela di situazioni caratterizzate da essenziale normalità e tendenziale stabilità, in quanto collegate al normale processo educativo-formativo del minore".

Così stando le cose, l'art. 31 non può essere invocato in questa situazione in deroga all'art. 13 del medesimo testo legislativo. Dovrà pertanto essere emanato un decreto di espulsione nei confronti di Myrtja A., con conseguente obbligo di espatrio.

A nulla giova quindi, secondo la Corte, il richiamo all'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia, convertita in legge nel 2001. Su questo dato normativo prevale comunque il principio di legalità, in base al quale tanto la giurisdizione quanto l'amministrazione pubblica devono esercitare i loro poteri in conformità della legge. L'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia, infatti, costituisce secondo la Suprema Corte una fonte di rango legislativo nel nostro ordinamento, mentre il principio di legalità si configura a tutti gli effetti come un principio generale del diritto. Sotto il profilo della gerarchia delle fonti, pertanto, il secondo prevarrà sul primo in caso di antinomia.

6. Teorie del diritto a confronto

E' possibile descrivere il conflitto tra le ragioni giuridiche pro e contro il diritto di Myrtja A. a rimanere in Italia, proprio in quanto basato sulle medesime disposizioni normative, come un conflitto tra interpretazioni alternative di tali disposizioni, animate da concezioni del diritto in contrapposizione tra loro.

La conclusione raggiunta dalla Corte di Cassazione italiana viene giustificata, in particolare, sulla base di argomenti che sono coerenti coi principi fondamentali del positivismo giuridico di tipo esclusivo. Le tesi sostenute dai legali di Myrtja A., invece, esprimono un punto di vista assai vicino alla prospettiva del **positivismo giuridico inclusivo**. Vediamo sinteticamente perché, partendo da quest'ultimo insieme di ragioni per agire.

Secondo Myrtja A., la risposta al quesito "è giuridicamente ammissibile allontanare un padre, privo di permesso di soggiorno, dai propri figli?" trova una risposta esauriente non solo in una fonte di tipo legislativo, l'art. 31 del D.leg. 286/1998, ma anche da una fonte di tipo morale, che è stata incorporata all'interno dell'ordinamento. Tale fonte è costituito dalla Convenzione sui diritti dell'infanzia, la quale ha recepito, a livello sovranazionale, alcune norme morali ampiamente condivise, le quali rivendicano la preminenza dei diritti del fanciullo, inteso come soggetto debole all'interno della società, sull'insieme degli altri diritti e doveri sanciti dagli ordinamenti giuridici positivi.

Sussisterebbe, in altri termini, un **fatto morale fondamentale**, costituito dalle caratteristiche distintive della condizione dei bambini, dal quale deriverebbe immediatamente diritti e doveri di tutela. Con la conversione della Convenzione in legge, l'ordinamento italiano avrebbe dunque incorporato le norme morali richiamate dalla Convenzione all'interno dell'ordinamento giuridico positivo. Qual è l'effetto di tale incorporazione? Anche sotto il profilo giuridico, gli interessi dell'infanzia, e tra questi quello all'unità familiare, assumono un peso maggiore rispetto al principio di legalità, e dunque al dovere dello Stato di difendere i confini dall'immigrazione clandestina. La fonte morale incorporata nell'ordinamento, in particolare, dovrebbe guidare secondo Myrtja l'interpretazione dell'espressione "gravi motivi" che ricorre nell'art. 31 del D.leg. 286/1998. Alla luce dell'art. 3 della Convenzione, qualsiasi minaccia all'integrità familiare costituirebbe un motivo "grave", tale da giustificare l'attribuzione del permesso di soggiorno all'immigrato clandestino.

Molto diverso è lo stile di ragionamento adottato dalla Corte di Cassazione italiana. Secondo la Corte, il caso in esame è un caso "facile", non un caso "difficile" che richiede un esercizio interpretativo da parte del giudice. Non vi è infatti alcun dubbio interpretativo con riferimento all'art. 31: la situazione di Myrtja A. chiaramente non rientra nella fattispecie disciplinata da questo articolo, poiché l'allontanamento del padre da una famiglia stabilmente inserita nel tessuto sociale italiano non costituisce un "grave motivo" di preoccupazione per lo sviluppo psicofisico dei minori. Ne segue che l'art. 31 non può essere utilizzato come eccezione esplicita all'espulsione coatta, che va altresì eseguita conformemente a quanto previsto dall'art. 13. Né vale, secondo la Corte, il generico richiamo dei ricorrenti a principi costituzionali. Il principio di tutela inderogabile degli interessi dell'infanzia ha rango legislativo, e non prevale quindi sui principi di rango costituzionale. Per quanto riguarda questi ultimi, inoltre, il principio della dignità umana non può essere invocato, secondo la Corte, come parametro di legittimità del provvedimento. Nel caso avesse individuato profili di incostituzionalità, i legali di Myrtja A. avrebbero dovuto chiedere al giudice a quo che fosse sollevata una istanza di incostituzionalità dell'art. 13 del T.U. sull'immigrazione di fronte alla Corte costituzionale, unico giudice legittimato a pronunciarsi sulla costituzionalità delle leggi all'interno del nostro ordinamento giuridico. In mancanza di tale provvedimento, prevale comunque il **principio di legalità**, che impone ai funzionari amministrativi di attuare fedelmente il dettato legislativo, provvedendo all'espulsione coatta del cittadino albanese come richiesto dal legislatore.



VI. Pena di morte

1. Furman v. Georgia

Nella notte dell'11 agosto 1967 **William J. Micke**, ventinovenne di razza bianca, coniugato e padre di cinque figli, tornò dal lavoro nella sua villetta a Savannah (Georgia, USA) e andò a letto verso mezzanotte. Due ore più tardi, la famiglia venne svegliata da alcuni strani rumori provenienti dalla cucina. Pensando che uno dei figli fosse affetto da sonnambulismo, il signor Micke si alzò per verificare cosa stesse accadendo. Micke trovò nella cucina di casa **William H. Furman**, un ventiseienne afro-americano che viveva in stato di povertà ed era affetto da problemi mentali. Furman era entrato in casa per commettere un furto e aveva in mano una pistola. Vistosi scoperto, Furman si diede subito alla fuga; uscendo di casa, tuttavia, sparò un colpo di pistola che ferì a morte **William Micke**. I familiari di quest'ultimo chiamarono subito la polizia, la quale iniziò le ricerche nel quartiere, riuscendo a trovare l'assassino nel giro di pochi minuti con l'arma del delitto ancora in mano. Furman fu accusato di omicidio. Prima che il processo nei suoi confronti iniziasse, l'accusato fu condotto presso il Georgia Center State Hospital per essere sottoposto a indagini sul suo stato di salute. I medici dell'ospedale dichiararono che Furman soffriva di disturbi mentali.

Il processo nei confronti di Furman si celebrò il 20 settembre 1968. A causa del suo stato di povertà, l'accusato fu assistito da un legale d'ufficio, **B. Clarence Mayfield**. Furman fu chiamato a testimoniare in propria difesa: egli asserì che quando fu visto da Micke prese paura e iniziò a fuggire arretrando con le spalle rivolte all'uscita. Nel compiere questo movimento, inciampò su un tappeto facendo partire accidentalmente un colpo di pistola.

Il processo di concludere nel giro di un solo giorno e Furman fu condannato a morte in base alla legge penale dello Stato della Georgia, la quale prevedeva la pena capitale in caso di omicidio.

Il legale di William Furman impugnò la sentenza di fronte alla **Corte suprema della Georgia** il 24 aprile 1969. Il 3 maggio dello stesso anno la Corte concesse una sospensione provvisoria (stay) della pena, consentendo così a Furman di presentare appello di fronte alla Corte suprema degli Stati Uniti. Nel frattempo il caso aveva suscitato l'attenzione dell'opinione pubblica; molti avvocati, tra cui Anthony G. Amsterdam, si offrirono di collaborare con Mayfield in sede di appello.

Di fronte alla Corte suprema degli Stati Uniti, l'avv. Amsterdam sostenne che la disciplina giuridica della pena di morte nello stato della Georgia violava l'VIII emendamento della Costituzione statunitense, in base al quale gli stati dell'unione non possono far ricorso a pene crudeli e desuete ("cruel and unusual punishment"). La legge penale della Georgia, infatti, non stabiliva in modo determinato quali reati comportavano la pena capitale; per quanto riguarda il reato di omicidio, in particolare, la scelta tra pena capitale e carcere a vita veniva lasciata alla **discrezionalità di una giuria popolare**.

La Corte suprema federale decise a maggioranza (5 membri a favore e 4 contrari) che la sentenza di morte formulata nei confronti di William Furman costituiva una punizione "cruel and unusual" e violava pertanto la Costituzione degli Stati Uniti. La pena capitale inizialmente comminata a Furman fu dunque convertita nella pena del carcere a vita.

La decisione della Corte suprema nel caso Furman costituisce un momento chiave nel dibattito statunitense sulla pena di morte, sia per quanto riguarda l'atteggiamento critico assunto dalla Corte nei confronti di questa pratica, fortemente radicata in alcune ragioni degli Stati Uniti, sia per gli argomenti che i giudici fornirono a sostegno della decisione. Chiedersi se questa decisione sia valida impone quindi di indagare le ragioni per agire di tipo morale e di tipo giuridico che fanno da sfondo a questo dibattito. A quali condizioni è giustificato, sotto il profilo morale e sotto il profilo giuridico, che lo Stato sanzioni la condotta di un individuo privandolo della sua vita? Per tentare di rispondere a questo interrogativo occorre innanzitutto chiarire alcuni concetti che stanno sullo sfondo del dibattito sulla pena di morte, primo tra tutti il concetto di pena. Una volta compreso cosa si intenda per pena, sarà possibile chiarire se il cagionare la morte possa essere qualificato, moralmente e giuridicamente, come una sanzione suscettibile di essere comminata da un essere umano contro un altro essere umano.

2. Il concetto di pena

La definizione di **pena** fornita da Herbert Hart risulta assai utile a questo scopo. Per un verso questa definizione consente di porre in evidenza i problemi che la sanzione penale pone al giurista e al teorico del diritto, dall'altro lato essa introduce le diverse teorie della pena e il loro mutevole atteggiarsi nei confronti della pena capitale.

Secondo **Hart** la pena è l'imposizione di una male verso chi è ritenuto aver commesso un reato da parte di un organo che avanza l'autorità di punire. Consideriamo questa definizione nelle sue diverse componenti.

In primo luogo, secondo Hart la pena consiste nell'imposizione di un male; c'è da chiedersi, tuttavia, se qualsiasi male può costituire il contenuto di una pena. Va da sé che alcuni tipi di pena sono percepiti come socialmente ammissibili e moralmente giustificati. Tale percezione diffusa muta tuttavia nel tempo e nello spazio. Il primo problema sollevato dal concetto di pena è dunque il seguente: dove passa il confine tra i mali che possono costituire una pena imposta dallo Stato e i mali che invece non sono suscettibili di svolgere questa funzione? Alla luce di questo confine, la pena di morte risulta giustificata o ingiustificata?

Un secondo problema posto in evidenza dalla definizione di Hart rinvia al grado di certezza che caratterizza, in ambito penale, l'accertamento dei fatti e la loro qualificazione giuridica. Hart sottolinea che la pena non è un male imposto a chi ha commesso un reato quanto piuttosto a chi è ritenuto di aver commesso un reato. Perché questa distinzione è rilevante? In primo luogo occorre notare che il giudizio penale abbia per oggetto condotte soggettive che sono state tenute in un tempo passato, condotte alle quali il giudice non ha assistito. E' necessario pertanto ricostruire i fatti del caso in sede processuale. Tale ricostruzione può essere tuttavia erronea ed è comunque sottoposta a limitazioni. Si tratta di limitazioni che concernono i mezzi per accertare la verità, il cui utilizzo non deve violare i principi e le garanzie fondamentali previste dall'ordinamento penale, e il tempo disponibile per ricostruire quanto accaduto, una ricostruzione che non può protrarsi indefinitamente per le ragioni di garanzia alle quali abbiamo appena fatto cenno. Tali limitazioni rendono spesso problematico l'accertamento della verità in sede processuale, aumentando la possibilità di errore.

In secondo luogo, la ricostruzione dei fatti deve essere qualificata giuridicamente per produrre conseguenze giuridiche: le circostanze di fatto devono essere cioè sussunte in una norma, la quale costituisce, tuttavia, il risultato un procedimento interpretativo che presenta margini di discrezionalità. Spetta al giudice infatti determinare il contenuto delle disposizioni normative che disciplinano il caso, un contenuto che potrebbe risultare vago, ambiguo o difettibile e dunque aprire problemi interpretativi suscettibili di molteplici soluzioni. Alla luce di queste osservazioni, appare evidente che in sede processuale la ricostruzione dei fatti potrebbe essere falsa: Tizio, per quanto ritenuto colpevole, potrebbe non aver tenuto la condotta che gli viene imputata. Parallelamente, l'interpretazione delle disposizioni normative compiuta dal giudice potrebbe essere errata: la condotta tenuta da Tizio potrebbe non costituire una fattispecie di reato ai sensi del diritto vigente. Nelle situazioni descritte assisteremmo dunque a un errore giudiziario.

Se l'indeterminatezza e la possibilità di errore sono connaturate alla struttura del processo, tale possibilità assume tuttavia contorni assai problematici nel caso della pena capitale. La pena di morte è infatti irreversibile in un senso sconosciuto ad altri tipi di pena: l'esecuzione della condanna a morte dell'innocente non consente alcuna forma di riparazione. Da qui sorge una ulteriore incertezza per il filosofo del diritto: può una pena irreversibile, che punisce il reo togliendogli la vita, essere ammissibile in un sistema penale che risulta costitutivamente fallibile e indeterminato?

Un terzo problema posto in evidenza dalla definizione di Hart concerne il soggetto al quale spetta accertare la violazione del diritto e sanzionarla penalmente: gli organi giurisdizionali dello Stato. Richiamando ancora una volta le parole di Hart, il quesito qui diventa: lo Stato possiede l'autorità di infliggere una sanzione così grave? Oppure, laddove la pena consista nel privare un uomo della propria vita, tale autorità viene meno, imponendo allo Stato di fare un passo indietro nell'esercizio della sua potestà punitiva, in modo da garantire al reo il beneficio del dubbio e dunque prevedendo una pena meno grave? Non è facile rispondere ai quesiti sollevati dalla definizione di Hart. La ricerca di una risposta plausibile consente tuttavia di chiarire se la pena capitale possa essere ancora concepita come una sanzione penale negli ordinamenti contemporanei, o se essa sia invece assimilabile a fenomeni di tipo diverso, come la vendetta o il sopruso. Le risposte che la filosofia del diritto penale ha tradizionalmente fornito a tali quesiti hanno dato vita a distinte "teorie della pena", vale a dire a concezioni alternative della funzione della pena nel campo del diritto. Proviamo a considerare queste teorie più da vicino.

3. Teorie della pena

Nel dibattito penalistico contemporaneo, le prese di posizione pro e contro la pena di morte fanno essenzialmente capo a due diverse teorie della pena: la **teoria preventiva** e della **teoria retributiva**. Oltre ad essere, vale la pena fare un breve cenno ad altre due teorie della funzione penale, la teoria dell'emenda e quella dell'espiazione, che pure svolgono un ruolo di un certo rilievo nel dibattito contemporaneo sul tema.

Teoria preventiva: Secondo la teoria preventiva la funzione della pena consiste nel dissuadere, mediante la minaccia di un male, le condotte che un certo ordinamento giuridico considera dannose. Richiamando le celebri parole di Cesare Beccaria, che per primo diede un volto sistematico a questa teoria, "il fine della pena non è altro di impedire al reo di fare nuovi danni e rimuovere gli altri dal farne uguali". La teoria preventiva si fonda su una concezione utilitaristica della morale e della politica. In base a questa concezione, la pena non ha lo scopo di vendicare la vittima quanto piuttosto quello di difendere la società, realizzando l'utilità del maggior numero degli individui che in essa vivono. Il ricorso a una certa sanzione da parte del legislatore sarà pertanto giustificato se impedirà al reo di compiere nuovi delitti (prevenzione speciale), ovvero se indurrà altri potenziali criminali a rinunciare a commettere reati (prevenzione generale), garantendo così l'incolumità e la salute pubblica. La teoria preventiva non conduce necessariamente ad assumere una posizione abolizionista nei confronti della pena di morte. In base a questa teoria, la pena capitale sarebbe giustificata soltanto se fosse dimostrato che la sua forza intimidatrice è assai rilevante e superiore a quella di pene meno gravi, compreso il carcere a vita. Se l'effetto deterrente di questa pena non fosse invece rilevante, al punto da rendere preferibile il ricorso ad altri tipi di pena per garantire l'utilità sociale, la pena di morte dovrebbe invece essere abolita.

Teoria retributiva: secondo la teoria retributiva la funzione della pena consiste nel ristabilire l'ordine che il reo ha violato commettendo il reato. Il male in cui consiste il reato può essere infatti concepito come una rottura dell'ordine su cui si regge la vita sociale, un ordine basato su rapporti di fiducia e reciprocità che il reo decide di infrangere. Come può essere ristabilito dunque questo ordine? La teoria retributiva fornisce una risposta a questo quesito basata sul principio di giustizia intesa come uguaglianza: è giusto che chi ha commesso un'azione malvagia venga colpito dallo stesso male che ha causato ad altri. Ne segue, dunque, che è giusto che chi uccide venga ucciso. La funzione della pena non è quella di prevenire i delitti e di difendere la società. Scopo della pena è rendere giustizia e dunque fare in modo che ci sia una corrispondenza tra delitto e castigo. Qualora il reato consista nel cagionare la morte di un altro uomo, sarà quindi giustificato condannare a morte il reo: richiamando le celebri parole di Immanuel Kant, "se egli ha ucciso, egli deve morire. Non vi è nessun surrogato, nessuna commutazione di pena, che possa soddisfare la giustizia. Non c'è nessun paragone possibile fra una vita, per quanto penosa, e la morte, e in conseguenza nessun altro compenso fra il delitto e la punizione, fuorché nella morte giuridicamente inflitta al criminale, spogliandola però di ogni malizia che potrebbe, nella persona del paziente, rivoltare l'umanità". La teoria retributiva conduce quindi, tendenzialmente, a giustificare la pena di morte, fatti salvi gli eccessi nelle modalità con le quali tale pena viene talvolta inflitta o eseguita, a quali fa cenno lo stesso Kant e che assumono un'importanza di primo piano anche nel caso Furman.

Teoria dell'espiazione: secondo la teoria dell'espiazione la pena è giustificata se conduce il reo a espiare il male che ha commesso. In questo caso l'esigenza di giustizia trova soddisfazione attraverso il percorso che la pena impone al reo per lavarsi dalle proprie colpe. Una concezione di questo tipo implica una posizione abolizionista nei confronti della pena di morte? Dipende dal significato che attribuiamo al termine **espiazione**. Se per espiazione si intende un percorso di sofferenza che ha lo scopo di restituire chi ha commesso il reato alla società, ovviamente tale percorso non è compatibile con la pena capitale. E' possibile tuttavia sostenere che l'unico modo di espiare le proprie colpe nel caso di un reato come l'omicidio sia la morte stessa. Sotto il profilo concettuale, questa teoria della pena è pertanto compatibile sia col mantenimento della pena di morte sia con la sua abolizione.

Teoria dell'emenda: la pena ha la funzione di rieducare il reo, consentendo il suo reinserimento nella società. Questa funzione rieducativa si sostanzia in un percorso di perfezionamento morale e sociale che lo Stato si assume il compito di garantire a chi ha commesso un reato, come sancito anche dal dettato della Costituzione italiana (art. 27 III comma). Questo modo di concepire la funzione della pena è incompatibile con la pena capitale, la quale non di rado viene giustificata proprio sulla base della supposta impossibilità di rieducare chi ha commesso reati particolarmente gravi. Attribuire alla pena la funzione di emendare le colpe del reo implica dunque assumere una posizione abolizionista nei confronti della pena di morte, a prescindere da ogni considerazione ulteriore. Il nostro ordinamento costituzionale, recependo e positivizzando il principio di rieducazione del reo, ha quindi eretto un argine molto forte subito dopo la II Guerra mondiale contro la tentazione del legislatore di ricorrere a questo tipo di sanzione penale.

4. Ragioni morali a favore della pena di morte

Nel dibattito pubblico contemporaneo, le ragioni morali a favore della pena di morte traggono alimento dalle concezioni della pena appena richiamate, o meglio da quelle tra esse che offrono strumenti concettuali per giustificare il ricorso, da parte del legislatore o del

giudice, a questo tipo di misura sanzionatoria. Potremmo dire che i due principali argomenti utilizzati da chi rivendica l'esigenza di mantenere la pena di morte negli Stati in cui essa è ancora prevista, o di introdurla ove essa non sia presente, costituiscono una semplice specificazione di queste teorie. I due principali argomenti pro pena di morte, vale a dire **l'argomento della deterrenza** e **l'argomento della perdita dei diritti**, costituiscono una specificazione, rispettivamente, della teoria preventiva e della teoria retributiva della pena.

Argomento della deterrenza: muove da una **premessa di tipo normativo** e da una **premessa di tipo fattuale**. I sostenitori di questo argomento, in primo luogo, attribuiscono allo Stato il dovere di impedire la commissione di reati. Ora appare evidente, ai sostenitori di questo argomento, che la pena di morte esercita un effetto deterrente nei confronti di chi intende commettere un reato assai maggiore rispetto ad altri tipi di pena, come ad esempio il carcere a vita; il ricorso ad essa consentirebbe quindi di ridurre sensibilmente il numero dei reati per i quali la pena di morte è prevista. Da tali premesse segue necessariamente che è dovere dello Stato adottare questo strumento sanzionatorio per reprimere i reati. Solo a questa condizione infatti lo Stato può assolvere pienamente ai propri doveri nei confronti dei cittadini, garantendo protezione alla società e massimizzando l'utilità pubblica. Le obiezioni tradizionalmente rivolte all'argomento della deterrenza colpiscono entrambe le premesse sulle quali esso si fonda. Per quanto concerne la premessa fattuale, non sono a tutt'oggi disponibili evidenze empiriche che dimostrino il maggior effetto deterrente esercitato dalla pena di morte rispetto ad altri tipi di sanzione penale. Nel corso degli anni '70 e '80, successivamente alla sentenza Furman, vennero pubblicati negli Stati Uniti numerosi studi che pretendevano di dimostrare il maggior effetto deterrente della pena capitale rispetto ad altri tipi di pena. Tra questi spicca l'articolo dell'economista Isaac Erlich *The Deterrence Effect of the Capital Punishment*. In questo articolo l'autore giunge a misurare su basi statistiche il potere deterrente della pena capitale, sostenendo che ogni esecuzione fino a quel momento compiuta negli Stati Uniti aveva evitato, in media, tra i 7 e gli 8 omicidi. Lo studio di Erlich trovò vasta eco nell'opinione pubblica statunitense ma si dimostrò ben presto afflitto da gravi errori statistici. Una commissione d'inchiesta nominata dal Senato degli Stati Uniti nel 1980 accertò non solo che i risultati dello studio di Erlich erano erronei, ma anche che non era possibile accertare in modo attendibile la differenza tra l'effetto deterrente di questa pena e quello esercitato da pene diverse nel medesimo contesto. In particolare, questo calcolo comparativo è reso inaffidabile dalla disomogeneità dei dati disponibili: gli Stati nei quali la pena è stata abolita e quelli nei quali è a tutt'oggi in vigore si differenziano in modo rilevante sotto il profilo sociale, economico, culturale, politico, al punto da rendere inaffidabile qualsiasi forma di generalizzazione. Se il confronto viene ridotto a quegli Stati che sono simili sotto il profilo culturale e socio-economico, le indagini disponibili hanno evidenziato che gli indici di criminalità non presentano differenze apprezzabili. Per quanto concerne la premessa normativa dell'argomento della deterrenza, che attribuisce allo Stato il dovere di prevenire i reati, va da sé che questo dovere può entrare in conflitto con altri doveri parimenti riconosciuti allo Stato, come quello di proteggere i diritti fondamentali degli individui, che potrebbero essere considerati lesi, come vedremo in seguito, dall'applicazione di questa misura sanzionatoria.

Argomento della perdita dei diritti: commettendo un reato molto grave, un individuo perde il diritto che ha violato oppure rinuncia a goderne. Di conseguenza, commettendo un omicidio il reo perde il diritto alla vita o rinuncia ad esso. Da ciò segue che la pena di morte, nel caso di omicidio, risulta moralmente giustificata o addirittura dovuta nei confronti del reo. Il principio su cui si fonda questo argomento di matrice retribuzionista è il seguente: violando un norma penale, il reo prende congedo dalla compagine sociale. Egli decide di staccarsi dalla società, diventando al contempo una minaccia per ciascun altro individuo e smarrendo quindi il diritto a qualsiasi forma di tutela in seno alla comunità. Si tratta di un principio le cui origini precedono l'età moderna e che ha sovente trovato raffigurazione nella metafora dell'arto malato e della sua amputazione chirurgica. Il reo rappresenta per la comunità sociale ciò che un arto malato rappresenta per il corpo sano. L'arto malato rischia di corrompere il resto del corpo e di condurlo alla morte. E' opportuno quindi che l'arto venga reciso dal corpo, in modo da salvaguardare la salute di quest'ultimo. E' interessante notare come questa metafora percorra trasversalmente la storia della filosofia del diritto e venga utilizzata da autori assai diversi tra loro. Essa ricorre negli scritti di S. Tommaso, teologo che pose le basi filosofiche del giusnaturalismo cristiano medioevale, il quale la utilizza per sostenere la tesi che il criminale, laddove metta a rischio l'esistenza del corpo sociale, debba essere ucciso. Il criminale nel commettere il crimine, decide di perdere la propria dignità di uomo conferitagli da Dio. Parole analoghe vengono utilizzate alcuni secoli più tardi da **John Locke**, oggi ritenuto uno dei padri fondatori del liberalismo moderno. Secondo **Locke**, ogni individuo è titolare per natura di alcuni diritti fondamentali, come il diritto alla vita, alla libertà, alla proprietà. Col suo comportamento il criminale "dichiara lui stesso di abbandonare i principi della natura umana": egli dichiara guerra all'intero genere umano e perciò "può essere abbattuto come un leone o una tigre, cioè come una di quelle bestie feroci con cui gli uomini non possono avere società o garanzia". La tesi della presa di congedo dalla comunità civile da parte del reo, sottesa tradizionalmente alle posizioni retribuzionistiche, viene ripresa da Hegel, ma in termini diametralmente opposti a quelli appena considerati: la legittimità della pena capitale non riposa sulla decisione del criminale di trasformarsi in una bestia feroce, ma nell'esigenza di garantire la sua stessa umanità e libertà. Nei Lineamenti di filosofia del diritto, **Hegel** osserva come chi ha commesso un omicidio debba essere punito con la morte poiché solo in questo modo egli viene trattato dallo Stato come un soggetto autonomo. Nel commettere un omicidio il reo stabilisce infatti da sé la regola della propria azione, una regola che in quanto concepita da un soggetto razionale avanza la pretesa di costituire un criterio di condotta universale. Solo punendo l'omicida con la pena capitale lo Stato riconosce la pretesa di universalità della regola di condotta che l'omicida ha dato a se stesso, adottandola contro di lui. Così facendo, lo Stato tratta il reo come un soggetto libero e razionale, evitando di adottare nei suoi confronti l'atteggiamento paternalistico di chi promuove invece la sua rieducazione forzata. L'argomento della perdita dei diritti, ancor oggi diffusamente utilizzato dalle posizioni antiabolizionistiche con riferimento alla pena capitale, presta al fianco ad almeno due obiezioni degne di nota: in primo luogo questo argomento è in grado potenzialmente di giustificare qualsiasi tipo di sanzione: lo Stato sarebbe legittimato ad adottare nei confronti del reo la regola di condotta che questi ha dato a se stesso. Abbiamo tuttavia visto che la pena non può avere per contenuto qualsiasi male: l'esercizio della potestà punitiva dello Stato è sottoposto a limiti per essere riconosciuto tale. Sussisterebbe una costitutiva asimmetria tra il male che un individuo è in grado di arrecare a un suo simile e il male che lo Stato è legittimato invece arrecare ai cittadini in reazione alla violazione del diritto, poiché i beni e gli interessi in gioco sono diversi. In secondo luogo c'è da chiedersi se commettendo un reato il reo possa perdere qualsiasi diritto, oppure se vi siano alcuni diritti ai quali gli individui non possono rinunciare, anche nel caso lo desiderino e si macchino di gravissimi delitti. Secondo gli oppositori dell'argomento della perdita dei diritti, una limitazione a tale perdita esiste, ed è costituita dai diritti della personalità e dal principio della dignità umana, che l'ordinamento ha il compito di salvaguardare a prescindere dalla regola di condotta che il singolo dà a se stesso.

5. Ragioni morali contro la pena di morte

Le ragioni morali a favore dell'abolizione della pena di morte negli Stati nei quali essa è ancora prevista sono assai più familiari nel contesto degli ordinamenti giuridici europei, nei quali la pena capitale è stata da lungo tempo abolita. La loro comprensione risulta quindi più facile, anche perché riprendono alcuni temi già affrontati nello studio di altri conflitti normativi.

Argomento dell'uccisione dell'innocente: l'incertezza che affligge l'accertamento della verità nel processo penale, così come l'indeterminatezza delle disposizioni normative che prescrivono le sanzioni penali, non sono compatibili col carattere definitivo e irreversibile degli effetti della pena di morte. Il ricorso a questo tipo di pena, infatti, anche qualora fosse ritenuto giustificato dalla gravità del male subito dalla vittima, non ammette incertezze di sorta. A ciò si deve aggiungere il fatto che il rischio di errori giudiziari è particolarmente elevato nel caso dei condannati a morte. I dati statistici relativi agli Stati Uniti, ad esempio, mostrano come i condannati a morte appartengono mediamente alle fasce di popolazione più deboli: si tratta di soggetti che non dispongono delle risorse adeguate per difendersi efficacemente in sede processuale. Ciò produce effetti negativi sul tasso di errori giudiziari, i quali sono destinati ad aumentare nel momento in cui vi è una netta disparità di mezzi tra accusa e difesa. L'argomento dell'uccisione dell'innocente ha trovato uno dei suoi più decisi critici nel prof. **Ernst van de Haag**, il quale ha revocato in dubbio la sua validità col seguente argomento: a prescindere dalle precauzioni adottate, innumerevoli attività umane costano la vita di molti innocenti. Tuttavia queste attività non vengono abolite poiché i vantaggi morali e materiali che esse offrono sono maggiori delle perdite non intenzionali in termini di vite umane che esse comportano. Analogamente per coloro i quali ritengono giusta la pena di morte la perdita di vite innocenti è compensata dai benefici morali che essa garantisce e dall'effetto deterrente che comporta il rendere giustizia. Per chi invece è comunque contrario a questo tipo di pena, la presenza di vittime innocenti costituisce un elemento secondario.

Argomento del primato del diritto alla vita e alla dignità della persona: in base a questo argomento la pena di morte risulta inaccettabile perché in conflitto col diritto inalienabile alla vita di cui godono tutti gli esseri umani, diritto che non può essere sottratto ad alcuno. Le modalità con le quali la pena di morte viene normalmente eseguita costituiscono una forma di inaccettabile degrado della dignità umana: oltre a perdere illegittimamente la vita, il reo viene privato della sua dignità mediante un trattamento che assume sovente tratti disumani. L'argomento del diritto alla vita e alla dignità, che risulta di centrale importanza nella discussione di questo conflitto normativo e svolge un ruolo fondamentale nella decisione del caso Furman, offre il fianco alle medesime critiche considerato nel caso dell'eutanasia. In primo luogo, tanto la morale quanto il diritto ammettono situazioni nelle quali vite umane possono essere sacrificate senza che questo generi responsabilità in capo ad alcuno: si pensi al caso della legittima difesa o dell'uccisione del nemico in guerra. Il principio di tutela della vita umana risulta in altri termini defettibile, una **defettibilità** che potrebbe essere estesa anche ai delitti sanzionati con la pena di morte, laddove altre ragioni morali e giuridiche risultassero prevalenti.

Argomento dell'autorità dello Stato: lo Stato non godrebbe dell'autorità di infliggere la sanzione capitale al reo. E' opportuno richiamare due versioni di questo argomento, che corrispondono a due diverse concezioni dell'autorità dello Stato. Un primo modo di concepire l'autorità dello Stato è identificato dalla **dottrina del contratto sociale**, le cui origini risalgono al giusnaturalismo moderno. In base al modello coniato da **Thomas Hobbes**, che fornisce la base concettuale a tutte le altre versioni della dottrina contrattualistica in età moderna, ciascun individuo aliena alla comunità politica (il popolo) tutti i propri diritti, affinché essa li eserciti, per mezzo di un rappresentante, in suo nome. Sotto questo profilo, lo Stato esercita una autorità nel senso che è autorizzato dagli individui ad agire in loro nome. Egli è l'autore delle loro stesse azioni: ciò che l'autorità dello Stato prescrive è come se fosse prescritto da ciascun singolo individuo nello Stato. Nel modello hobbesiano gli individui non trasferiscono al corpo politico anche il diritto di disporre della loro vita. La stipula del contratto sociale è finalizzata a garantire la pace e la sicurezza di ciascuno, la quale è incompatibile con la soppressione di una vita. Come sottolineato dallo stesso **Beccaria** la previsione della pena di morte risulterebbe incoerente con la finalità del diritto e dello Stato. Un secondo modo di concepire l'autorità dello Stato è stato messo a punto da **Josef Raz**, il quale concepisce l'autorità nei termini del rapporto di servizio che il diritto intrattiene nei confronti della morale. Secondo Raz un organo dello Stato esercita un'autorità legittima quando la ragione del suo agire avanza la pretesa di essere migliore delle ragioni che i singoli individui potrebbero adottare come guida delle loro condotte sulla base delle loro convinzioni morali. Il diritto esercita un'autorità legittima nella misura in cui è in grado di risolvere i problemi morali degli individui meglio di quanto questi ultimi non siano in grado di fare. L'intrinseca immoralità che sempre più diffusamente viene riconosciuta alla pena di morte ci impone di dubitare di questo, con la conseguenza che il ricorso a questo tipo di sanzione finirebbe con l'indebolire progressivamente l'autorevolezza dei poteri pubblici, la loro capacità di guidare efficacemente le condotte, stimolando paradossalmente forme criminogene diffuse.

6. Ragioni giuridiche pro e contro la pena di morte

La pena inflitta a Furman fu dichiarata in conflitto con l'VIII e XIV emendamento della Costituzione statunitense: le modalità processuali attraverso le quali la decisione della corte della Georgia era stata raggiunta, in particolare il fatto che la decisione fosse affidata a una giuria popolare, la quale godeva di piena discrezionalità nella scelta tra pena di morte e carcere a vita, rendevano tale pena crudele e desueta. E' opportuno ricordare come la Corte suprema degli Stati Uniti formuli solitamente le proprie decisioni mediante una opinione di maggioranza redatta e firmata da un solo giudice estensore. Ad essa seguono talvolta delle opinioni dissenzienti formulate da singoli giudici in contrasto con la maggioranza. In occasioni molto rare, tuttavia, la Corte formula una c.d. decisione per curiam, costituita da un breve dispositivo non firmato da alcun giudice. Questo tipo di decisione testimonia il fatto che la Corte era fortemente divisa al suo interno circa l'opportunità di sottoporre a revisione la decisione della Corte di grado inferiore sottoposta al giudizio di costituzionalità. Nel caso Furman la Corte suprema emise una **decisione per curiam**, e in via del tutto straordinario ciascun giudice formulò separatamente le ragioni della propria scelta a favore o contro tale decisione. Sebbene 5 giudici su 9 ritennero che la condanna a morte di Furman non era conforme alla Costituzione, il fatto che ciascuno di essi fosse favorevole a questa soluzione per ragioni diverse evidenzia sia l'instabilità della maggioranza, sia il carattere estremamente controverso della soluzione raggiunta. I giudici che condivisero l'opinione di maggioranza fecero innanzitutto appello all'VIII emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, in base al quale "cruel and unusual punishments [shall not be] inflicted". Nel caso in esame la rilevanza di questa disposizione normativa risultò strettamente connessa al XIV emendamento, in base al quale "[No State] shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". I quattro giudici che non condivisero l'opinione di maggioranza si appellarono invece, rispettivamente, all'art. 1, par. 8, della Costituzione degli Stati Uniti, che afferma il principio di divisione dei poteri e attribuisce al Congresso il potere "to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the powers". I giudici si richiamarono inoltre all'art. 7 del Bill of Rights, il quale menziona esplicitamente la pena di morte, ammettendo implicitamente la sua

legittimità costituzionale. Da ultimo, i giudici ritennero valido l'articolo del codice penale dello Stato della Georgia in base al quale Furman era stato condannato: (Ga. Code art. 25-1005, Suppl. 1971).

L'**iter argomentativo** che caratterizzò l'opinione di maggioranza può essere sintetizzato nel modo seguente: il significato del dettato costituzionale non è cristallizzato una volta per tutte ma evolve parallelamente all'evolversi dei costumi e dei valori della società. Il significato dei termini "cruel" e "unusual" va quindi ricercato nel sistema di valori che caratterizza la società contemporanea. Nel contesto odierno, una pena è giudicata crudele e desueta quando costituisce una violazione della dignità del reo, la quale costituisce un valore irrinunciabile e indisponibile all'interno del sistema costituzionale. Ora, la dignità del reo viene violata innanzitutto quanto il processo che lo ha coinvolto e condannato risulta ingiusto. Nel caso di specie, la legislazione della Georgia non solo lasciava la decisione in merito alla colpevolezza del reo ad una giuria popolare, priva di competenze tecnico-giuridiche adeguate, ma attribuiva a questa giuria il potere discrezionale di scegliere tra sanzione capitale ed ergastolo. Dal momento che il reo apparteneva ad una minoranza oggetto di pregiudizi e discriminazioni in quel contesto sociale, e considerando il fatto che la giuria popolare era stata inevitabilmente influenzata da tali pregiudizi, la maggioranza dei giudici federali ritenne che si era qui in presenza di una chiara violazione dei due precetti costituzionali ricordati in precedenza. I giudici sottolinearono, inoltre, che il carattere definitivo della pena di morte, e la possibilità che essa fosse inflitta a vittime innocenti, imponeva di ridurre al minimo il ricorso ad essa. Laddove questo non fosse accaduto, saremmo stati ancora una volta di fronte a una pena crudele e desueta. Ciascun giudice della coalizione di maggioranza attribuì alla propria motivazione una connotazione peculiare, tuttavia. Il giudice **Duglass** pose l'attenzione sul fatto che la pena di morte fosse applicata in modo sproporzionato a persone povere o comunque svantaggiate socialmente. Questa evidente sproporzione suggeriva che si assisteva ad una violazione sistematica del XIV emendamento (Equal Protection Clause): qualsiasi disuguaglianza di trattamento durante il processo conduce a pene crudeli e desuete. Ovviamente l'argomento di Duglass ammetteva che un trattamento paritario in sede processuale avrebbe reso la pena di morte conforme alla Costituzione. I giudici Brennan e Marshall assunsero invece un atteggiamento abolizionista incondizionato: la pena di morte costituisce per sé una pena crudele e desueta alla luce dell'evoluzione degli standard di moralità che caratterizzano la società statunitense contemporanea. Secondo questi giudici, dunque, la pena di morte era incostituzionale a prescindere sia dall'osservanza del principio di equo trattamento, sia dalla considerazione della condizione personale e sociale del reo. Di particolare interesse fu poi la motivazione del giudice **Potter Stewart**. Secondo Stewart, la pena di morte si differenzia da qualsiasi altro tipo di pena non sotto il profilo quantitativo ma sotto il profilo qualitativo. Essa si caratterizza per il rifiuto netto della riabilitazione del reo quale obiettivo fondamentale del sistema penale, oltre che per la netta presa di congedo dal nostro basilare senso di umanità, argomento questo già caro a Cesare Beccaria. Il fatto che la pena di morte si differenzi da qualsiasi altro tipo di pena, impone a chi la amministra di agire in modo razionale e giusto. Con questo Stewart si distanziò dalla posizione abolizionista di Brennan e Marshall, ma ritenne non di meno incostituzionale la pena inflitta a Furman, poiché frutto di una decisione "imposed capriciously".

Il giudice White, infine, osservò come il ricorso oramai saltuario alla pena di morte nella maggior parte degli Stati dell'Unione nei quali essa era ancora in vigore, rendeva il suo potere deterrente pressoché nullo. In assenza di una qualche conseguenza positiva per la società nel suo complesso, il ricorso alla pena capitale risultava quindi, una volta di più, crudele e desueto.

L'**iter argomentativo** dei giudici contrari alla decisione di maggioranza può essere invece riassunto nel modo seguente. La Costituzione esprime e custodisce la volontà dei Padri costituenti, non è uno strumento nelle mani dei giudici affinché questi facciano prevalere le loro opinioni personali in merito a ciò che è giusto o ingiusto. Ciò vale in particolare quando tali opinioni sono in contrasto con la volontà del Congresso degli Stati Uniti, il quale soltanto è detentore del potere legislativo in ambito federale. In base a tale criterio interpretativo, il significato dell'espressione "cruel and unusual" deve essere accertato mediante un'indagine storica, che risalga alle origini di questa disposizione normativa e all'intenzioni di chi effettivamente l'ha formulata. I giudici osservarono che questa disposizione era stata tratta da Thomas Jefferson dal Bill of Right inglese del 1689: nel contesto di quel periodo storico, caratterizzato da una organizzazione giudiziaria non ancora pienamente centralizzata e dal persistere di una pluralità di fonti del diritto, potenzialmente in conflitto tra loro, era da considerarsi "cruel and unusual" la pena che (1) non era espressamente prevista dalla legge del regno, (2) era inflitta da una corte di giustizia al di fuori della sua giurisdizione, (3) risultava manifestamente crudele e mai prima si era ricorsi ad essa. In base a una interpretazione originalista dell'VIII emendamento, quindi la pena inflitta a Furman era conforme alla Costituzione in quanto espressamente prevista dal codice penale della Georgia, inflitta da una corte nell'ambito della propria giurisdizione, e conforme agli standard morali propri di quel contesto sociale. A ciò si deve aggiungere il fatto che la pena di morte è espressamente nominata nella Carta dei diritti fondamentali: sarebbe dunque contraddittorio ritenere non conforme alla costituzione una pena che è la stessa carta costituzionale a prevedere. Per concludere la ricostruzione delle ragioni giuridiche che giustificano la decisione del caso, è utile fare un rapido cenno alle conseguenze che la sentenza Furman produsse nel contesto giuridico statunitense.

7. Pena capitale e concezioni del diritto

Quale concezione del diritto e della morale venne implicitamente assunta dai Giudici della Corte Suprema nel caso Furman? Più in generale: quale tipo di approccio a questo conflitto normativo offre ciascuna delle concezioni del diritto esaminate nella prima parte del corso? Appare chiaro che i quattro giudici di minoranza assunsero le vesti tipiche del **positivismo giuridico esclusivo**: le fonti del diritto valido che dovevano essere prese in considerazione dalla corte erano l'art. 25 del Codice penale della Georgia, l'VIII e XIV emendamento, come pure l'art. 1 della Costituzione e l'art. 7 del Bill of Rights. I criteri interpretativi da utilizzare per determinare il contenuto di queste fonti dovevano essere quelli tipici di un ordinamento giuridico di tipo democratico-costituzionale, vale a dire la lettera della legge, l'intenzione del legislatore, e i rapporti sistematici tra le norme all'interno del sistema giuridico. Qualsiasi fonte o criterio interpretativo ulteriore condurrebbe, in questa prospettiva, a corrompere la giuridicità del diritto, la sua capacità di far fronte i problemi sociali a prescindere dai conflitti morali tra i singoli. Qualsiasi considerazione relativa al carattere discriminatorio che ha la pena di morte negli Stati Uniti, alla sua dubbia forza deterrente, come pure alla dignità del reo e al pericolo di vittime innocenti, non risulta dunque in questo contesto rilevante: lo è per qualsiasi campagna politica a sostegno dell'abolizione della pena di morte, ma non lo è per un giudice, il cui unico compito è dare fedele applicazione al diritto vigente. Il **giuspositivista inclusivo**, invece, riconosce che l'ordinamento giuridico statunitense ha di fatto incorporati dei principi e dei valori morali al suo interno che risultano rilevanti nel caso di specie: il XIV emendamento incorpora il principio di eguaglianza, inteso come uguale protezione di fronte alla legge; l'VIII emendamento incorpora invece il principio morale di mitezza delle pene (divieto di pene crudeli) e il principio di stretta legalità (divieto di pene desuete). Nell'interpretazione di queste disposizioni normative è dunque inevitabile il ricorso al ragionamento morale, vale a dire l'utilizzo delle ragioni non giuridiche pro e contro la pena di morte considerate in precedenza. In questo modo il ragionamento morale penetra all'interno del ragionamento giuridico, contribuendo alla sua evoluzione nel tempo e al suo adeguarsi alle nuove esigenze sociali.

Per il **neo-costituzionalista**, invece, un "caso difficile" come questo pone in gioco la concezione del diritto e della società che caratterizza la storia di una nazione. Secondo **Dworkin** nel caso Furman vi fu disaccordo non soltanto in merito a quale fosse la corretta interpretazione dell'espressione "cruel and unusual", ma anche e soprattutto riguardo a quali fossero le fonti del diritto valido, al fatto cioè che il giudice costituzionale possa ricorrere ragioni per agire extra-ordinem per dare un assetto stabile all'ordinamento giuridico e garantire la giustizia. Nella prospettiva dworkiniana, la direzione da imprimere all'ordinamento in un caso come questo è chiara. La storia costituzionale americana ha visto crescere fin dagli anni '60 un atteggiamento sempre più critico nei confronti della pena di morte, un atteggiamento che tuttavia non ha ancora trovato pieno riscontro nei testi normativi e nelle decisioni delle corti. Sotto il profilo del criterio di adattamento (fit) nell'interpretazione della carta costituzionale, l'opinione di maggioranza nel caso Furman appare dunque congruente con la storia costituzionale, ma resta non di meno assai debole a causa della fragilità dell'impianto della sentenza. Nella prospettiva di Dworkin, i giudici nel caso Furman diedero quindi la migliore immagine possibile dell'ordinamento giuridico sotto il profilo dei principi di moralità politica ad esso sottostanti. Venne infatti privilegiata la protezione dei diritti individuali rispetto alla realizzazione delle politiche pubbliche orientate alla sicurezza sociale. Si trattava tuttavia di una rappresentazione che la società americana dava di se stessa ancora fragile, come dimostrò quattro anni più tardi la decisione del caso Greg v. Georgia.

B O M X