

Questioni sulla  
comunicazione giuridica.  
Intorno a diritto  
e proposizioni prescrittive  
Marco Cossutta

Collana *in/Tigor*  
Dipartimento di Studi Umanistici  
Università degli Studi di Trieste  
19

Sulla scorta della riflessione kelseniana, Norberto Bobbio nella sua *Teoria della norma giuridica*, apparsa nel 1958, riteneva di ricondurre l'oggetto del suo studio "nella categoria generale delle proposizioni prescrittive", categoria che alcuni anni dopo sarebbe stata indagata da Georg Henrik von Wright nel volume *Norm and Action. A Logical Enquiry* del 1963. Partendo dalle riflessioni dei due pensatori, l'intento del presente studio è quello di affrontare criticamente tale accostamento, ritenendo come la comunicazione giuridica non necessariamente debba declinarsi attraverso le sole proposizioni prescrittive lungo un itinerario che *dall'alto vada verso il basso*. Alla comunicazione verticale si affiancano necessariamente nella vita del diritto forme di comunicazione orizzontale, che coinvolgono, sia pure in diverse modalità, l'intera comunità, tanto da ritenere che rappresentare ogni regola giuridica come una prescrizione risulti quanto meno discutibile nonché foriero di possibili derive dispotiche.

MARCO COSSUTTA, dottore in Scienze Politiche, dottore di ricerca in Filosofia del diritto, professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trieste, membro del Collegio dei Docenti della Scuola di dottorato in Giurisprudenza con sede amministrativa presso l'Università degli Studi di Padova, è autore di numerose pubblicazioni in ambito giuridico-filosofico. Direttore scientifico della rivista "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica", per i tipi di EUT Edizioni Università di Trieste ha pubblicato tre volumi sulla *Interpretazione ed esperienza giuridica* (2011-2012), uno studio dedicato a *Errico Malatesta. Note per un diritto anarchico* (2015), le monografie *Riflessioni sulla giurisprudenza come scienza. Dal more geometrico alla Geometrie der totalen Rechtscheinung* (2018) e *Il regolo di Lesbo. Note sulla giurisprudenza tra diritto e legge* (2023).



Euro 10,00



### Comitato scientifico

Giuseppe Battelli - Università degli Studi di Trieste, Stefano Amadio - Università degli Studi di Trieste, Giliberto Capano - Università degli Studi di Bologna, Fabio Cossutta Università degli Studi Trieste, Marco Cossutta - Università degli Studi di Trieste, Giuseppe Longo - Università degli Studi di Trieste, Maurizio Manzin - Università degli Studi di Trento, Paolo Moro - Università degli Studi di Padova, Gisella Paoletti - Università degli Studi di Trieste, Marina Sbisà - Università degli Studi di Trieste, Roberto Scarciglia - Università degli Studi di Trieste, Valter Sergio - Università degli Studi di Trieste, Giacomo Todeschini - Università degli Studi di Trieste, Miriam Totis - Presidente dell'Ordine degli Assistenti Sociali del Friuli - Venezia Giulia

### Presentazione della collana *in/Tigor*

Nell'immaginario collettivo l'Università viene percepita, in prevalenza, come una istituzione e tutt'al più un luogo fisico. Andando oltre questa pur legittima e diffusa percezione, la chiave di volta per cogliere il senso della collana *in/Tigor* va piuttosto cercata nel significato originario del termine *università*: a lungo attivo nella lingua italiana per designare le corporazioni e, quindi, più modernamente declinabile come comunità indivisa di coloro che, pur con funzioni e competenze diverse, condividono l'arte (intesa quale attività/lavoro) dello studio.

Se la finalità operativa della collana è individuabile nella diffusione dei risultati di valide analisi scientifiche e dei frutti del migliore insegnamento e della più proficua collaborazione con le aree professionali dialoganti con la stessa *università*, il fondamento profondo della stessa sta nel voler proporsi come segno di una data concezione e conseguente sperimentazione di *università*. Quale?

La collana, lo suggerisce lo stesso nome, trova la propria simbolica collocazione nell'edificio di via Tigor. Ma ciò non va affatto inteso come riferimento esclusivo e negativamente identitario, bensì come 'luogo' che, se non nega le proprie concrete radici storiche, si apre e si offre in quanto *agorà virtuale* nella quale incontrare sia ciascuna delle specifiche comunità di studio e di lavoro che costituiscono l'insieme complessivo dell'Ateneo di Trieste e di altri Atenei, sia ciascuna delle aree professionali che operanti nella società civile dialogano con lo stesso mondo universitario.

In tal senso, e in un momento di drammatica messa in discussione dello stesso significato fondativo dell'*università*, e di insidiosa deriva verso deformanti declinazioni aziendaliste o tecnoburocratiche, questa *agorà* intende proporsi come spazio che - rivolgendosi a coloro che ancora credono al decisivo ruolo dell'università pubblica in quanto veicolo di scienza e conoscenza, crescita della formazione critica, educazione a una cittadinanza consapevole - inverte l'inscindibile unità di studio, insegnamento, legame con la società civile, ribadendo con forza come né l'uno, né gli altri potrebbero esprimere integralmente la propria intrinseca potenzialità qualora, invece di realizzare un'armoniosa fusione, perseguissero l'obiettivo di uno sviluppo separato.

Ecco allora che la collana *in/Tigor* si concepisce come una *universitas* di persone liberamente accomunate dall'amore per la conoscenza e liberamente operanti, a prescindere e nel superamento di ogni predefinita cristallizzazione di ruoli, secondo i principi sopra delineati.



Il presente volume è stampato grazie ad un contributo del Dipartimento di Studi Umanistici dell'Università degli Studi di Trieste.

ISBN 978-88-5511-617-6 (print)  
ISBN 978-88-5511-618-3 (online)

© Copyright 2025 EUT Edizioni Università di Trieste  
EUT Edizioni Università di Trieste  
via Weiss 21, 34128 Trieste  
<https://eut.units.it>

La versione digitale del volume è distribuita con licenza Creative Commons  
Attribuzione - Non Commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale  
(CC BY-NC-ND 4.0) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>  
Disponibile al link: <https://www.openstarts.units.it/handle/10077/3869>



QUESTIONI SULLA  
COMUNICAZIONE GIURIDICA.  
INTORNO A DIRITTO E  
PROPOSIZIONI PRESCRITTIVE

MARCO COSSUTTA



Edizioni  
Università  
di Trieste



# SOMMARIO

## IX ALCUNE CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

§ 1. Comunicazione e regole p. IX; § 2. Il diritto fra comunicazione orizzontale e comunicazione verticale p. XI; § 3. Sul diritto come comando p. XI; § 4. Le regole e la comunità p. XII; § 5. La regola giuridica fra legge e diritto p. XIV; § 6. Sull'opportunità di soffermarsi sulla natura delle regole giuridiche p. XIV; § 7. Una postilla p. XVI.

### CAPITOLO PRIMO

#### 1 PER UNA TASSONOMIA DELLE REGOLE

§ 1. Sui tipi di regole indicati da von Wright p. 1; § 2. Una breve specificazione dei sei tipi di regole p. 4; § 3. Le prescrizioni p. 8.

### CAPITOLO SECONDO

#### 13 SU REGOLE PRESCRITTIVE, COSTUMI, MORALE

§ 1. Relazioni tra prescrizioni e costumi p. 13; § 2. Prescrizioni e morale fra sistemi dinamici e sistemi statici p. 16; § 3. Autorità morale e potere prescrittivo p. 20; § 4. Le prescrizioni ed il diritto p. 22.

### CAPITOLO TERZO

#### 27 SULLE REGOLE GIURIDICHE E LE PRESCRIZIONI

§ 1. Una teoria generale fondata sulla rappresentazione del diritto quale prescrizione p. 27; § 2. La questione della efficacia p. 30; § 3. Effettività e *Grundnorm* p. 32; § 4. L'*abbaglio* del diritto soggettivo e la *perdita* dell'essere umano p. 36.

## CAPITOLO QUARTO

### 41 IL DIRITTO TRA PRESCRIZIONI, REGOLE TECNICHE E REGOLE DEFINITORIE

§ 1. Il diritto tra prescrizione e regola tecnica p. 41; § 2. Ancora su il diritto come regola tecnica p. 44; § 3. Il diritto e regole definitorie (o, che dir si voglia, determinative) p. 47.

## CAPITOLO QUINTO

### 51 ANCORA SU DIRITTO E REGOLE DEFINITORIE

§ 1. Su alcune questioni intorno all'assoluta prescrittività del diritto p. 51; § 2. Ancora sulle regole definitorie (o determinative) p. 54.

## CAPITOLO SESTO

### 57 LE REGOLE IDEALI E IL DIRITTO

§ 1. Le norme ideali ed il diritto p. 57; § 2. Diritto, morale e norme ideali p. 61.

## CAPITOLO SETTIMO

### 63 IL DIRITTO TRA SISTEMI DINAMICI E SISTEMI STATICI

§ 1. L'artefatto giuridico e la coercibilità quale sua essenza p. 63; § 2. Il diritto e le regole sociali p. 66; § 3. Il diritto fra sistemi dinamici e sistemi statici p. 70; § 4. L'ordinamento fra autonomia ed eteronomia p. 72.

### 75 PER UN'APERTURA ALL'ITINERARIO *CLASSICO*

§ 1. Prescrizione *versus* comunicazione p. 75; § 2. Una digressione sulla giurisprudenza quale *razionale* del legislatore p. 76; § 3. Al di là della specializzazione dei poteri p. 78; § 4. Sulla convenzionalità della scienza giuridica p. 79; § 5. Oltre la convenzione p. 80; § 6. Verso un pensiero *an-archico* p. 81.

# ALCUNE CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

SOMMARIO: § 1. Comunicazione e regole; § 2. Il diritto fra comunicazione orizzontale e comunicazione verticale; § 3. Sul diritto come comando; § 4. Le regole e la comunità; § 5. La regola giuridica fra legge e diritto § 6. Sull'opportunità di soffermarsi sulla natura delle regole giuridiche; § 7. Una postilla

## § 1. COMUNICAZIONE E REGOLE

Appare evidente anche ad un osservatore superficiale come il mondo del diritto sia riconducibile ad un fenomeno linguistico. Il diritto inteso in senso ampio si sostanzia in un'attività comunicativa e come ogni azione comunicativa questa ritrova la propria origine in una *fonte*, alla quale appartiene un'informazione che vuol far giungere ad un *destinatario*. A tal fine, così ci suggerisce Claude Shannon<sup>1</sup>, l'informazione viene *codificata* ed inviata come segnale da un *emittente* ad un *ricevitore*, il quale decodificandola la fa giungere al destinatario. Sicché l'informazione diviene comune, sempre che vi sia un codice condiviso e che durante il passaggio dall'emittente al ricevitore non vi sia del *rumore* (segnali imprevisi ed indesiderati che si sovrappongono, sino ad offuscarlo, al segnale prodotto dalla fonte – questo inconveniente è potenzialmente proprio ad ogni forma di comunicazione e provoca l'alterazione del messaggio sino alla perdita dello stesso).

---

<sup>1</sup> Il suo fondamentale *A Mathematical Theory of Communication* apparve nel giugno del 1948 sulle pagine del "Bell System Technical Journal".

Il fenomeno giuridico, che riconosce al suo interno sia la fonte (di produzione), che il destinatario e che utilizza per veicolare il messaggio le cosiddette fonti di cognizione, si avvale – come appare evidente – di un codice composto da segni fonetici e, per lo più, grafici a cui si attribuisce un significato.

Il diritto *parla* quindi con una sua *lingua*<sup>2</sup>, che non ci appare nelle sue linee essenziali dissimile da quella quotidianamente utilizzata per ogni abituale comunicazione fra esseri umani. Si suol dire che il linguaggio giuridico sia un linguaggio settoriale nel quale, accanto a termini il cui significato è ben ricompreso nella cultura comune, vi sono alcuni termini ed espressioni riferibili e comprensibili sono nell'ambito proprio di una specifica cultura giuridica; ciò non di meno quest'ultimi non assumono rilevanza tale da separare il linguaggio giuridico da quello ordinario. Quello del diritto non è infatti un linguaggio tecnico nel senso più proprio del termine.

Quindi il diritto *comunica* per tramite la *lingua* e con questa veicola prescrizioni, descrizioni ed anche emozioni; con il linguaggio il diritto richiede informazioni. Ecco allora ricomprendersi nell'uso del linguaggio giuridico tutte quelle funzioni che un'analisi pragmatica attribuisce in generale al linguaggio: da quella prescrittiva, a quella descrittiva, passando per quella interrogativa, sino a giungere a quella emotiva. Accanto a queste si colloca anche la funzione performativa od operativa del linguaggio<sup>3</sup>.

Se la funzione prescrittiva del linguaggio giuridico è facilmente intuibile (si vedano i documenti dispositivi frutto di una esplicita volontà), al pari di quella descrittiva (rappresentata dai documenti testimoniali o di scienza) e di quella interrogativa (ad esempio le istanze presentate alle Pubbliche amministrazioni), non così immediato appare l'utilizzo della funzione emozionale e di quella performativa. Ciò non di meno della seconda si possono offrire esempi tratti anche dalla romanità classica, l'istituto della *mancipatio* di cui parla ad esempio Gaio nelle sue *Istitutiones*, per ciò che concerne il Diritto canonico si pensi al Sacramento del Battesimo (cannoni 850 e segg.), e, ai sensi della normativa universitaria vigente, la proclamazione del

---

2 Tralasciamo in questa sede di addentrarci nel merito della distinzione tra lingua e linguaggio, rammentando soltanto che con il secondo termine si intende la capacità di sviluppare un sistema di comunicazione, mentre la lingua è una delle possibili forme del sistema comunicativo. Ai sensi di questa distinzione, il linguaggio giuridico si sviluppa pertanto attraverso l'uso di una lingua verbale (nel nostro caso principalmente la lingua italiana – non va sottaciuto l'uso ufficiale di lingue cosiddette minoritarie), ma anche di una lingua segnata (si pensi alla segnaletica stradale, di cui all'art. 38 del Codice della strada).

3 Cfr. l'oramai classico studio di J. L. Austin, *How to Do Things with Words* apparso nel 1962.

dottore alla fine d'un esame di laurea. Della prima, la funzione emozionale, appare più arduo ritrovare esemplificazione nel linguaggio giuridico, pur tuttavia si rammenta come ai sensi del primo comma dell'articolo 52 del Dettato costituzionale italiano "la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino" (l'articolo successivo, dedicato al sistema tributario, recita lacericamente e senza alcuna enfasi: "tutti sono tenuti a concorre alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva").

## § 2. IL DIRITTO FRA COMUNICAZIONE ORIZZONTALE E COMUNICAZIONE VERTICALE

Il diritto è pertanto legato all'attività comunicativa; nel senso evidente di favorire azioni comuni a due o più soggetti, che pur perseguendo finalità precise ritrovano un momento di convergenza (si pensi in proposito al contratto – l'accordo fra due o più parti che definiscono un rapporto di natura patrimoniale). Richiamare l'istituto del contratto, ci apre la strada all'etimo del termine comune (*cum munus*), un'azione improntata al dovere reciproco.

Qui poniamo l'accento su una comunicazione orizzontale, fra pari, una comunicazione dialogica, che mira non tanto al perseguimento egoistico di una finalità di parte, quanto a far emergere ciò che è proprio a ciascuna delle parti (da cui alla massima ulpiana *suum cuique tribuere*).

La comunicazione giuridica si palesa anche in diverso ed opposto senso; ovvero quale comunicazione verticale, dall'alto verso il basso, dal centro di produzione delle regole al destinatario di queste: da chi sta sopra a chi sta sotto (quindi dal sovrano al suddito).

In questa seconda accezione il diritto palesa un comando, non rappresenta il frutto di un'azione comune, all'incontrario esprime una volontà di parte e coattiva, di modo che l'azione del destinatario si conformi al desiderio espresso dal potere normativo.

Due diversi modi di comunicare che vedono entrambe quale protagonista il diritto e che, come avremo modo d'osservare, convergono nella *vexata quaestio* relativa al rapporto fra diritto soggettivo e diritto oggettivo.

## § 3. SUL DIRITTO COME COMANDO

Al di là di ciò, come ci viene ampiamente suggerito in letteratura<sup>4</sup>, pare che il diritto si connoti attraverso enunciati prescrittivi, contenenti ordini

---

4 Cfr. per tutti R. Guastini, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2001.

se rivolti ad un singolo soggetto, oppure veicolanti comandi se riferiti ad una classe di soggetti.

Non si vuole per ora porre in discussione tale autorevole (e aggiungerei quasi unanime) dottrina, si può in ogni caso constatare, sulla scorta di essa, che se *rebus sic stantibus*, allora il diritto, riconnettendosi nel suo complesso alle prescrizioni, non corrisponderebbe ad alcun fatto, non si porrebbe, in ultima analisi, in sintonia con gli accadimenti della vita quotidiana, all'incontrario risulterebbe animato da una tendenza dominatoria della realtà sociale, ponendosi, in linea di principio, come momento regolativo estraneo alla stessa e tenderebbe a cambiarla attraverso il suo prescrivere<sup>5</sup>.

Un fenomeno giuridico così rappresentato non può che sorreggersi sulla forza che la *fonte* è capace di dispiegare per imporre la propria volontà veicolata dal diritto.

Come già osservato in altra sede<sup>6</sup>, si ritiene viceversa che la prescrizione giuridica nell'arco del suo cammino tra la fonte ed il destinatario si intrecci necessariamente per acquisire significato con altre forme di regolamentazione della vita sociale, provenienti cioè dalla realtà fattuale, dando vita a quel complesso movimento di ordinamento che non ritrova nelle sole prescrizioni il proprio fulcro.

Ecco allora che si palesa la necessità di una riflessione intorno alle diverse forme normative che si innervano nel contesto sociale, ricercando i possibili collegamenti tra queste ed il diritto in senso stretto.

#### § 4. LE REGOLE E LA COMUNITÀ

Nei testi giuridici si fa riferimento, accostandole con notevole frequenza, a regole formalmente giuridiche e regole genericamente definite sociali. Da un lato disposizioni legislative, dall'altro, valori, aspirazioni ideali, interessi materiali; le prime racchiuse nelle fonti di cognizione, le seconde di cosiddetta fonte anonima: in ogni caso tutte operanti in un determinato contesto sociale. Se queste regole possono e debbono distinguersi per fonte e per contenuto, sono cioè fra loro profondamente diverse, ciò non di meno sono accomunate dalla loro funzione pratica volta ad indirizzare il comportamento di coloro i quali si ritengono a queste soggetti. Infatti, tutte le regole qui sommariamente richiamate, possiedono, come si suol dire,

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>6</sup> Si vedano i tre volumi su *Interpretazione ed esperienza giuridica*, Trieste, 2011-2012.

una funzione normativa descrivendo/prescrivendo regole di condotta che, in quanto ritenute doverose, producono effetti nella vita della comunità. La comunità stessa non può sussistere, non può nemmeno venire concepita, in assenza di regole ritenute nel loro insieme come doverose. Una comunità sregolata è un non senso. Infatti una comunità *an-archica* non è un agglomerato umano privo di regole come a prima (e miope) vista potrebbe apparire<sup>7</sup>; all'incontrario è un'organizzazione sociale in cui la doverosità delle regole non è legata in alcun modo alla presenza d'un potere statale, ma ad altre forme di autorevolezza<sup>8</sup>.

Che la comunità non sia pensabile in assenza di regole, la cui doverosità ritrovi o nella mera forza oppure nell'autorevolezza la propria fonte, ci viene indicato con chiarezza dello stesso etimo della parola; questa, infatti, ritrova la propria radice nella congiunzione della proposizione *cum* al sostantivo plurale *munia*, che designa obblighi, doveri, funzioni. Sicché in assenza di obblighi reciproci non vi è alcuna comunità, forse, per dirla con Hobbes, solamente una moltitudine disaggregata di esseri umani in costante lotta fra di loro. Una *communitas* implica in sé una condizione comune caratterizzata da socievolezza ed affidabilità, il che non appare possibile senza *communicare*, mettere in comune, dividere con altri, essere insomma partecipe, condividere con altri, tendere e provvedere al bene comune. Tutto ciò appare impossibile in assenza di *munia*.

---

<sup>7</sup> Si veda in proposito la voce *Anarchia* redatta da Carlo Curcio per il *Nuovissimo Digesto Italiano*, ove l'autore ritiene che ciò che caratterizzi l'anarchia sia "non soltanto una decisa negazione dello Stato, quanto una filosofia, o quanto meno un tentativo di filosofia, della rivolta ad ogni ordine e, di conseguenza, ad ogni diritto, sempre considerato come una imposizione inaccettabile, da infrangersi quindi con tutti i mezzi. [...] Non liberazione, pertanto, ma nella desolata interpretazione di rapporti sociali, angoscia e maledizione, tormento e buio, non mai rischiarato da un qualsiasi barlume di luce", così a pp. 612 e 613. Di tutt'altro tenore appare la voce *Anarchia* redatta per l'*Enciclopedia del diritto* da Vincenzo Gueli, il quale riconosce come l'anarchia "non è, propriamente, che un modo di essere della società, ossia una forma sociale, e, insieme, un modo d'essere del diritto, un tipo appunto di ordine giuridico", così a p. 389.

<sup>8</sup> A favore della possibilità di un diritto anarchico argomento, sia pure con due prospettive diverse, prima in *Diritto e anarchismo. Le componenti giusnaturalistiche del pensiero anarchico*, Trieste, 1987, e successivamente in *Errico Malatesta. Note per un diritto anarchico*, Trieste, 2015.

## § 5. LA REGOLA GIURIDICA FRA LEGGE E DIRITTO

Alla luce di quanto sopra, il termine diritto abbraccerebbe un campo semantico ben più vasto di quello che lo vedrebbe racchiuso nel ruolo di sinonimo del termine legge. Il diritto sorgerebbe dall'aprirsi della legge al contesto sociale, attraverso la trasformazione della disposizione in norma; una attività questa che di per sé rifiuta l'assoluta centralità del potere legislativo nell'opera di ordinamento giuridico della società e che vede, all'incontrario, quale protagonista la giurisprudenza, la quale assume il compito di adeguare il significato della disposizione alla realtà sociale nella quale questa deve venire fatta valere.

Attraverso l'attività interpretativa della disposizione si stempera, per così dire, il suo portato imperativo frutto della volontà prescrittiva del potere legislativo. La norma da questa derivata acquista connotazioni diverse, staccandosi dall'atto di produzione e riconducendosi verso le regole sociali.

## § 6. SULL'OPPORTUNITÀ DI SOFFERMARSI SULLA NATURA DELLE REGOLE GIURIDICHE

Al di là di tale questione, risulta importante ed utile per meglio comprendere il fenomeno giuridico soffermarsi sulla natura delle regole comportamentali, vuoi per evitare di confonderle in un tutto indistinto, vuoi per non incorrere nell'errore di considerarle radicalmente separate e, perciò, fra loro incomunicabili. Quindi, per non incorrere in insensati miscugli o nell'innalzamento di improbabili barriere pare d'uopo ricorrere alla *vecchia* "buona regola secondo la quale, di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune, non bisogna smettere di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono la specie, e d'altra parte, di fronte a differenze d'ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere", così Platone nel *Politico*, 285 a-b<sup>9</sup>.

Un punto di partenza per il nostro percorso può venirci efficacemente offerto da uno studioso di logica, il pensatore finlandese Georg Henrik von

---

<sup>9</sup> Si riprende la traduzione proposta da Francesco Gentile nel suo *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983. Cfr. anche la traduzione di Attilio Zadro in Platone, *Opere complete. Volume secondo. Cratilo, Teeteto, Sofista, Politico*, Roma-Bari, 1987, p. 295.

Wright, che nel 1951 a Cambridge occupò la cattedra di Filosofia e logica precedentemente tenuta da Ludwig Wittgenstein.

Riallacciarsi a tale pensatore non è cosa rara negli studi giuridici, a maggior ragione in quelli di ispirazione analitica<sup>10</sup>. Pur non collocandosi all'interno di tale prospettiva d'analisi non si derogherà a tale costume ritenendo che una riflessione su di un dato frammento del pensiero di Wright possa risultare di proficuo utilizzo per affrontare, in modo problematico, la questione del concetto di diritto, ovvero permetta di meglio indagare il nostro oggetto proprio partendo dalle rappresentazioni (quindi, delle concezioni) che di questo vengono proposte.

Il riferimento a Wright permetterà (auspicabilmente) di cogliere e di evidenziare le ipotesi fondative di alcune rappresentazioni del diritto e di coglierne la convenzionalità: ipotesi poste al fine di sviluppare una teoria che tenti di ricomprendere in sé il fenomeno sociale della regolamentazione giuridica; fenomeno, come già implicitamente osservato, *complesso*, che all'interno di queste analisi ritrova *spiegazione* attraverso la sua *semplificazione*. Solo per inciso va rammentato come l'atto del semplificare ritrova il proprio etimo nel *simplex* (*semel* e *plicare* – piegare una volta); pertanto è correlato, sia pure opponendosi, alla complicazione, al complicato, non al complesso, che implica un intreccio (da *plectere*). Sicché il fenomeno si spiega cogliendo la regola che permette di svolgere il plico senza danneggiarlo, regola che può essere utile a svelare ciò che è piegato, ma non per questo a cogliere ciò che risulta intrecciato.

L'intento è pertanto quello di *attraversare* tali rappresentazioni, non di *aggrarle* aprioristicamente magari per fondare un'ulteriore ipotetica teoria sul diritto; non vi è pertanto alcuna tensione a ricercare una teoria *migliore*, che offra cioè maggiori pregi operativi nel dominare la realtà socio-giuridica. L'intento, come sopra specificato, è prettamente problematico, teso quindi a cogliere le eventuali aporie o contraddizioni presenti nelle teorie del diritto, teorie che tendono ricondurre il nostro fenomeno all'interno della loro base assiomatica, staccandolo, in certo qual modo, dalla sua stessa realtà, dalla sua vita così come si sviluppa nel quotidiano incedere dei consociati.

---

10 Il pensiero di Wright è ampiamente trattato, ad esempio, da C. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto*, trad. it. a cura di M. Barberis, P. Chiassoni, V. Ottonelli, S. Pozzolo, Torino, 1996; per un primo approccio alla filosofia analitica ed ai suoi sviluppi in ambito filosofico giuridico cfr. l'*Appendice* curata da C. Faralli a G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, 2001.

## § 7. UNA POSTILLA

Qui di seguito è proposta la parte finale delle annotazioni raccolte durante la ricerca intorno alla questione dell'interpretazione giuridica. Uno studio che ha condotto, oltre ad indagare il fenomeno dell'esegesi giuridica, anche a riflettere sulla natura della giurisprudenza e sul rapporto tra questa e la scienza (nonché la filosofia).

Come si evince dalla lettura del *Prologo* al volume *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, il primo che raccoglie gli appunti della ricerca, apparso nel 2011 anch'esso per i tipi delle Edizioni Università di Trieste, questa trae origine da una missiva indirizzata al mio *Maestro*, Francesco Gentile, con cui si evidenziava l'opportunità di indagare ancora in profondità l'intuizione capograssiana per la quale nel processo giurisprudenziale si vengono a determinare le norme giuridiche atte a risolvere la controversia. Norme giuridiche, che, per l'appunto, appaiono il frutto dell'attività interpretativa della disposizione legislativa.

La ricerca nel suo complesso, quindi anche quest'ultima sua appendice, aspira pertanto a collocarsi nell'ambito della Scuola dell'*esperienza giuridica*, altrimenti conosciuta come la prospettiva processuale del diritto, che sulla scorta del magistero di Giuseppe Capograssi venne sviluppata in ambito patavino da Enrico Opocher e dei suoi Allievi. I quali però, ad eccezione di fondamentali riflessioni in tema di ermeneutica, mi pare non svilupparono un'organica prospettiva di ricerca intorno al problema interpretativo così come l'aveva tratteggiato Capograssi. Ciò non di meno ritengo che i filoni di indagine sull'intelligenza politica, assieme a quelli incentrati sulla teoria dell'argomentazione e, più in generale, sulla retorica, siano in qualche modo propedeutici ad affrontare il tema della interpretazione determinativa. Della trasformazione cioè della disposizione in norma; non solo, anche per riflettere problematicamente sulla natura eminentemente politica del fenomeno giuridico.

Un fenomeno che, come anche in questa sede tendo ad argomentare, non può nella sua interezza rappresentarsi quale mero comando posto dal potere competente. Un fenomeno ben più *complicato*, dato che si intreccia con valori ed interessi sociali, aspirazioni morali, grandi e piccoli ideali, insomma con tutta la vita politica. Ed in questo riallacciarsi alla vita quotidiana, cogliendone i vari aspetti, il diritto si allontana sempre di più dalla sua formale fonte, il potere legislativo, per palesarsi quale prodotto sociale. E qui la riflessione mi ha più volte condotto a indagare sul possibile intreccio fra regolamentazione giuridica e società *an-archica*.

Una ricerca nel suo complesso sicuramente modesta in qualità, forse non in quantità (sette monografie e decine di articoli pubblicati nell'arco di tre lustri), che comunque aspira – in quanto “studio fatto insieme di ricerca e di comunicazione del sapere” – sulla scorta della scuola patavina, a contribuire allo svelamento della natura dialettica e quindi politica, del diritto<sup>11</sup>. Si tratta quindi di un itinerario di ricerca condotto lungo la prospettiva tracciata dalla Scuola dell'*esperienza giuridica* (ovvero della ricerca del diritto nel concreto dispiegarsi della vita sociale), di cui le tre monografie sull'interpretazione rappresentano, per l'appunto, la prima testimonianza. A tale proposito va rammentato come in queste, in particolare nella titolazione della terza, veniva utilizzata l'espressione “interpretazione creativa” al fine di designare in vero la *determinazione* del diritto all'interno del processo e, più in generale, da parte dell'attività giurisprudenziale latamente intesa. Tale espressione mi pare ora quanto meno infelice e per certi versi fuorviante; infatti, induce a ritenere che il diritto si crei *ex novo* (di sana pianta, come si suol dire) attraverso l'attività giurisprudenziale, che assumerebbe quindi il ruolo di fonte (primaria), negando nella tradizionale rappresentazione la primazia del legislativo. Non solo, una visione dell'attività interpretativa che *crea* il diritto farebbe di questa un centro d'esercizio di potere, che potrebbe venire esercitato *sulla* società, di modo che il diritto, secondo una intuizione di Natalino Irti, che richiameremo successivamente poi nel testo, *scenderebbe dall'alto verso il basso*. Il diritto risulterebbe pertanto il prodotto di un atto potestativo, non più posto in essere dal potere legislativo bensì da quello giudiziario. Muterebbe cioè solo il *padrone* del diritto, ma non l'essenza potestativa di questo.

Mi pare, a quasi tre lustri da quella pubblicazione, che la qualificazione *creativa* apposta all'attività giurisprudenziale sia indubbiamente fuorviante e vada pertanto radicalmente ripensata. Questo almeno per due motivi.

Per un verso, nessun potere ha, di fatto, la capacità di creare il diritto *ex nihilo* e, soprattutto, di imporlo nel contesto sociale che domina (il costo del controllo sociale risulterebbe insostenibile), la regolamentazione giuridica deve poggiare su una base di consenso sociale, conformandosi ad una regolarità già presente. Riprendendo una suggestione suggerita da Enrico

---

11 La frase virgolettata che compare nel capoverso è tratta dal volume di Francesco Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi. In appendice cinque saggi per l'architettura del caso di Alberto Berardi, Giovanni Caruso, Federico Casa, Giovanni Ferasin, Torquato G. Tasso*, Padova, 2006. Il testo è stato rieditato a Napoli nel 2017 e porta come sottotitolo *In appendice cinque saggi di Elvio Ancona, Alberto Berardi, Federico Casa, Giovanni Caruso e Andrea Favaro*.

Parece nella sua voce *Fonti del diritto*, redatta per l'*Enciclopedia del diritto*, la fonte è il luogo ove si manifesta la regola, la quale istituzionalizza una regolarità che sgorga dal quotidiano vivere sociale, una regola che si fonda quindi su una prassi comune e che nel complesso la comunità accetta come propria. Se questo rapporto biunivoco non fosse la base della regolamentazione giuridica, non ci troveremmo di fronte ad una comunità, piuttosto a quel bellicoso insieme disaggregato di esseri umani che costituisce l'oggetto del Capitolo XIII del *Leviathan*.

Per altro verso, va rammentato come la giurisprudenza offra di volta in volta significato al significante contenuto (istituito) nella regola posta dal legislatore, specificandolo avuto riguardo alla regolarità sociale presente nel contesto sul quale la stessa deve intervenire. Alla luce di ciò, la presenza di un testo posto dal legislatore (la *disposizione*), dal quale la giurisprudenza trae un significato (la *norma*), l'uso del verbo *creare* per qualificare l'attività di quest'ultima, è quanto meno forzato e foriero di equivoci.

In definitiva, né la giurisprudenza, né il legislatore *creano* il diritto, il compito a loro ascrivito è quello di *cercare* di riconoscere ed istituire la regolarità che si sviluppa, informandola, nella vita quotidiana. L'interpretazione sarà tutt'al più *determinativa* e non creativa.

A conclusione di questa postilla l'autore anzitutto si scusa con l'eventuale lettore per essersi qui e nelle pagine che seguiranno sin troppe volte citato<sup>12</sup>, e poi vorrebbe rilevargli come il presente volume non riveste per lo stesso autore alcuna funzione *operativa*, che non sia quella di favorire l'ultimo scatto stipendiale prima dell'andata in quiescenza con il ruolo di professore associato, dato che l'Accademia ha ritenuto di non valorizzare la sua abilitazione scientifica nazionale a professore ordinario acquisita nella tornata del 2012.

Come oramai di consueto, amerei ricollegare anche queste pagine alla cara memoria delle sorelle Gigetta ed Elvira Urro nonché di Pietro Abelardo Scala. A loro ed alla loro Madrina nonché alla memoria della *Belle-mère* sono dedicate.

---

12 Come si affermava sopra, queste paginette fanno parte di una più vasta ed articolata ricerca, alla quale sembra opportuno fare riferimento, non certo con intento di autoincensamento, piuttosto per evitare di riproporre pagine già altrove pubblicate.

## CAPITOLO PRIMO

# PER UNA TASSONOMIA DELLE REGOLE

SOMMARIO: § 1. Sui tipi di regole indicati da von Wright; § 2. Una breve specificazione dei sei tipi di regole; § 3. Le prescrizioni

### § 1. SUI TIPI DI REGOLE INDICATI DA VON WRIGHT

Perfezionando ed ampliando la sua ricerca sulla logica deontica, che il nostro autore inizia negli anni Quaranta dello scorso secolo, nel 1963 Wright dà alle stampe un volume intitolato *Norm and Action. A logical Enquiry*<sup>1</sup>. La parte dell'opera che qui più rileva è quella relativa alla classificazione ed analisi delle regole (*norms*) a cui dedica i capitoli primo e quinto del suo lavoro.

Partendo dalla constatazione di come il termine *norm*<sup>2</sup> è utilizzato in molteplici accezioni e che pertanto possiede una delimitazione semantica in-

---

1 London, 1963 (trad. it. *Norma e azione. Un'analisi logica*, Bologna, 1989, curata da Alberto Emiliani).

2 Non volendo derogare alla prospettiva solcata da Giannini e Crisafulli, di fatto richiamata in fase introduttiva (cfr. M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma*, in "Giurisprudenza costituzionale", I (1956), nn. 4-5 e V. Crisafulli, *sub voce Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*) e volta a distinguere fra *disposizione* e *norma* (fra l'oggetto dell'interpretazione ed il risultato di tale operazione) si preferisce, al fine di non ingenerare fraintendimenti, non utilizzare nel testo, ove ciò sia possibile, il termine /norma/, invero correttamente presente nella traduzione curata da Alberto Emiliani; proprio in funzione della distinzione fra la norma e la disposizione, si preferisce l'utilizzo o dei termini sinonimi, quali /regola/, oppure richiamando nel testo il termine inglese *norm*. Il termine /norma/ comparirà pertanto solo all'interno delle citazioni dalla edizione italiana.

certa, la quale rende inutile la formulazione di una *General Theory of Norms*, Wright ritiene più opportuno formulare una teoria *ristretta*; avverte però il lettore di come “una teoria ristretta delle norme rischia di essere carente se non presta la dovuta attenzione alle affinità concettuali ed alle relazioni logiche che intercorrono fra le diverse parti di tutto il campo di significato di «norma»”. Pertanto, al fine di evidenziare tali relazioni l’autore si propone di “identificare e caratterizzare brevemente alcuni tra i principali significati della parola «norma»”<sup>3</sup>.

Prima di intraprendere tale classificazione, Wright, riconoscendo che uno dei significati lessicali del termine *norm* equivarrebbe a legge (*law*), si sofferma brevemente su cosa possa intendersi con tale termine nei linguaggi ordinari. Il tutto al fine di espungere dal campo di indagine eventuali ambiguità derivanti dall’ascrivere (erroneamente) le *norms*, che egli successivamente catalogherà, a concezioni della legge che non le si addicono.

Tre sono le accezioni in cui il termine legge si manifesta: leggi dello stato, leggi della natura e leggi della logica (*laws of the state, laws of the nature, laws of the logic*). Per intanto Wright rileva come “le leggi della natura e le leggi dello stato sono *toto coelo* logicamente diverse”; infatti, le prime hanno funzione descrittiva (“descrivono la regolarità che l’uomo ritiene di avere scoperto nel corso della natura”), le seconde, le leggi dello stato, hanno funzione prescrittiva (“stabiliscono regole della condotta umana e del rapporto tra gli uomini”). Se sulle leggi della natura è possibile predicare la loro verità o falsità (“se si scopre che v’è una discrepanza tra la descrizione e l’effettivo corso della natura, è la descrizione, e non il corso della natura, ciò che va corretto”), ciò non è possibile per le leggi dello stato, che “non hanno valore di verità”. Infatti, continua Wright, “il loro scopo è quello di influenzare il comportamento. Qualora gli uomini trasgrediscano le leggi, l’autorità che è dietro alle leggi tenta, prima di tutto, di correggere il comportamento degli uomini”. Oltre a ciò viene sottolineato come “talvolta l’autorità altera le leggi – forse allo scopo di renderle più conformi alle capacità ed alle esigenze della «natura umana»”<sup>4</sup>.

Emerge quindi una fondamentale differenza fra le due specie di legge: le prime sono contenute in una proposizione descrittiva, mentre le altre si manifestano attraverso proposizioni prescrittive.

Questa constatazione ci permette di aprire una breve digressione e di richiamare un altro pensatore, questa volta un giurista: Hans Kelsen. Nel §

---

3 Citazioni tratte dalla trad. it., cit., p. 37.

4 Le citazioni sono tratte da *ibidem*, pp. 38-39.

18 della sua *Reine Rechtslehre* del 1960 egli rileva come “nella proposizione giuridica non si afferma che, dato A, deve essere B, anche se poi effettivamente B non ha luogo. Il fatto che il collegamento degli elementi nella proposizione giuridica sia diverso dal collegamento degli elementi nella legge naturale deriva da fatto che il collegamento nella proposizione giuridica è posto in essere da una norma stabilita dall’autorità giuridica, stabilita cioè con un atto di volontà, mentre il nesso di causa ed effetto, espresso nella legge naturale, è indipendente da qualsiasi intervento di questo genere”. Più in particolare, seguendo l’argomentazione del giurista praghese, che ci riconduce a quanto affermato da Wright, “la differenza fra causalità e imputazione, come già si è detto, consiste nel fatto che il rapporto tra condizione (considerata come causa) e conseguenza (considerata come effetto), affermato nella legge naturale, non è sancito da una norma prodotta da uomini – come nel rapporto fra condizione e conseguenza descritto da una legge morale o giuridica – ma è indipendente da ogni influenza di questo tipo. Poiché il senso specifico dell’atto con cui si crea il rapporto fra condizione e conseguenza in una legge morale o giuridica, è una norma, si può parlare di rapporto normativo, contrapponendolo ad uno casuale. Con «imputazione» si intende un rapporto normativo”<sup>5</sup>.

In definitiva, per Kelsen, le leggi naturali descrivono un rapporto di causa ed effetto, che si sviluppa in modo automatico, senza cioè alcun intervento esterno, all’incontrario le leggi giuridiche imputano ad una causa un effetto, ma sia l’individuazione della causa, che l’attribuzione a questa di un effetto dipendono direttamente da un potere giuridico, il quale, come ben sintetizza Wright, può *alterare* la legge, ovvero modificare a suo piacere sia gli effetti, che le cause.

Ritornando a *Norm and Action*, a prima vista, ci suggerisce il nostro logico, parrebbe che la prescrittività sia “una caratteristica generale delle norme” e che possa essere usata “per distinguere una norma da ciò che norma non è”; tutto ciò risulta in linea con le argomentazioni kelseniane. Ciò non di meno “ci sono cose [*there are things*] che forse non esiteremo a voler chiamare norme, ma per le quali gli attributi descrittivo e prescrittivo appaiono entrambi egualmente impropri”<sup>6</sup>. All’interno di questa terza categoria ricadono, secondo il nostro autore, le leggi della logica.

Senza voler riproporre l’argomentazione introno alla non opportunità di definire le leggi della logica (e della matematica) quali leggi descritti-

---

5 Cfr. la trad. it. a cura di M. G. Losano, Torino, 1975, pp. 94 e segg.

6 *Norma e azione*, cit., p. 39.

ve (descriverebbero “il modo in cui la gente pensa?”), oppure prescrittive (prescriverebbero “come di debba pensare e calcolare al fine di pensare e calcolare correttamente?”), Wright conclude ritenendo che queste leggi “non descrivono né prescrivono qualcosa, ma *determinano* [*determine*] qualcosa”; tale “caratterizzazione [...] si confà alle leggi della logica (della matematica) meglio degli attributi «descrittivo» e «prescrittivo»”<sup>7</sup>.

Pertanto, lasciando da parte le leggi della natura, che appartengono ad un universo differente, le regole che determinano il comportamento umano fin qui individuate sono di due tipi: prescrizioni (*prescriptions* o *regulations*) e regole determinative (*determinative rules*).

Seguendo l’itinerario proposto dal logico finlandese, l’elencazione non si ferma a questi primi due tipi; infatti, Wright prosegue il suo ragionamento individuando altri quattro tipi di regole: costumi (*customs*), direttive o regole tecniche (*directives* o *technical norms*), regole morali (*moral norms* o *principles* o *rules*), regole ideali (*ideal rules*).

## § 2. UNA BREVE SPECIFICAZIONE DEI SEI TIPI DI REGOLE

Wright propone dunque al suo lettore sei specie del genere *norm*, di cui uno, le *prescriptions*, ricomprenderebbe esplicitamente, quale sotto-specie, le *laws of state*. È utile esaminare, sia pur brevemente, le caratteristiche proprie a ciascuna specie di regola.

Tenendo presente che l’autore distingue le regole individuate a seconda della loro importanza, includendo fra le *main type of norms* le regole determinative, le prescrizioni e le regole o direttive tecniche, inizieremo da queste (regole determinative, prescrizioni, direttive) specificando da subito che la loro importanza è data dal fatto che le altre tre specie (costumi, morale e regole ideali) in qualche modo si riconnettono ad esse.

Le *regole* determinative, la cui prima esemplificazione ci è stata offerta attraverso il richiamo alle leggi della logica, vengono ulteriormente specificate proponendo le regole di un gioco quale “prototipo e campione [*standard example*]” di questo tipo di *norms*. Per Wright, “giocare un gioco è un’attività umana. La si esegue in conformità a schemi tipici, che si possono chiamare *mosse* del gioco. Le regole del gioco *determinano* [...] tali mosse o schemi, e perciò anche il gioco stesso e l’attività di giocarlo. Potremmo dire che, dal punto di vista del gioco stesso, le regole determinano quali siano le mosse *corrette* e, dal punto di vista dell’attività del giocare, esse determina-

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 42-43.

no quali siano le mosse *permesse*. È sottinteso che le mosse che non sono corrette sono *proibite* per i giocatori, e che una mossa che è la sola corretta in una certa situazione del gioco è *obbligatoria* quando si gioca”<sup>8</sup>.

Ulteriore esemplificazione è offerta dalle regole della grammatica (“di una persona che non parla in conformità con le regole della grammatica diciamo o che non parla correttamente o che non parla *quel linguaggio*”), pur venendo avvertiti che “le regole della grammatica hanno però una flessibilità ed una mutevolezza di gran lunga superiore a quella delle regole del gioco”<sup>9</sup>. Al di là di ciò, l’ottemperanza a tali regole fa sì che il soggetto si ritrovi all’interno di un determinato ambito, ad esempio in quello dei giocatori di *Bridge* e non in quello di giocatori di *Ramino*, così come l’attenersi alle regole della grammatica della lingua italiana (e non solo limitarsi a pronunciare parole di tale lingua) fa sì che il parlante italofono si esprima in (corretto) italiano e non in qualche forma dialettale (che a sua volta è determinata dall’utilizzo di altre regole morfologiche e sintattiche).

Dovendo soffermarci con più attenzione sulle *prescrizioni* o regolamentazioni per il momento ci limitiamo ad osservare come “generalmente parlando, le prescrizioni sono comandi o permessi, dati da qualcuno che è in una posizione di autorità a qualcuno che è in una posizione di soggetto”<sup>10</sup>. La terza specie di regola, la *direttiva* o regola tecnica, riguarda, secondo Wright, “i *mezzi* da usarsi per conseguire un certo *fine*”. Le istruzioni per l’uso sono un esempio di regole tecniche: “vi si presuppone che la persona che segue le istruzioni miri alla cosa (al fine, all’obiettivo) in vista della quale sono formulate tali istruzioni”<sup>11</sup>. Si tratta, più in generale ed astraendo dall’esempio, di “enunciati condizionali, nel cui antecedente si faccia menzione di una certa cosa desiderata e nel cui conseguente si faccia menzione di una certa cosa che bisogna fare (si deve fare, va fatta) o non si deve fare”<sup>12</sup>. Vi è, pertanto, all’interno della regola una condizione necessaria, che deve essere assolutamente soddisfatta per giungere al risultato desiderato. Wright definisce tutto ciò come un *asserto anancastico* (*anankastic*

---

8 *Ibidem*, p. 43.

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*, p. 44.

11 *Ibidem*, pp. 46-47.

12 *Ibidem*, p. 47.

*statement*)<sup>13</sup>, ovvero “un asserto che dica che qualcosa è (o non è) necessaria di qualcos’altro”<sup>14</sup>. La regola tecnica non va confusa con la proposizione anancastica né con “ciò che propongo di chiamare *norme ipotetiche* [... perché ...] nel dare la norma ipotetica (prescrizione) non si presuppone (logicamente) né la norma tecnica né la relazione anancastica”<sup>15</sup>. Una regola ipotetica è dunque una specie del genere regola prescrittiva, di cui ci occuperemo in seguito.

Passando al secondo insieme di regole, il nostro autore constata come all’interno di un conteso sociale vigono “delle cosiddette norme (principi, regole) morali”<sup>16</sup>; egli le esemplifica richiamando “il principio che le promesse si devono mantenere [... oppure ...] che i bambini devono rispettare i genitori, che non si devono punire gli innocenti, o che si deve amare il proprio prossimo come se stessi”<sup>17</sup>. Come evidente dagli esempi riportati, tali regole possono, e Wright lo sottolinea, ricondursi vuoi alle regole determinative, nel senso che “esse determinano (definiscono) una pratica”, vuoi ai costumi; le regole morali possono altresì venire recepite quale vere e proprie prescrizioni. Senza soffermarsi sulla questione, per l’autore, in definitiva, “la peculiarità delle norme morali [...] non sta nel fatto che esse formano un gruppo autonomo per conto loro, ma piuttosto nel fatto che presentano complesse affinità logiche con gli altri principali tipi di norme e con i concetti valutativi di bene e di male. Comprendere la natura delle

---

13 L’attributo in questione deriva dal sostantivo /anancasmo/ che a sua volta ritrova origine etimologica in ἀναγκασμός – costrizione, violenza. Infatti, l’ottemperanza dell’asserto è necessaria per giungere al risultato voluto, il soggetto agente è costretto ineludibilmente a comportarsi in un determinato modo. Egli è quindi coartato.

14 *Norma e azione, cit.*, p. 47.

15 *Ibidem*, pp. 47 e 48. In altro punto del suo lavoro Wright afferma: “mi sembra che una delle differenze tra norme ipotetiche e tecniche sia che, nei due casi, è diverso quel che è *soggetto* a condizione. Nel caso delle norme ipotetiche, ciò che è soggetto a condizione è il *contenuto* delle norme. Nel caso delle norme tecniche è invece l’*esistenza delle norme*. L’enunciato «se-allora» dice: se quello è uno dei tuoi fini (ma non altrimenti), allora devi (puoi, non devi) fare così e così. [...] Si tratta dunque di un enunciato descrittivo. La proposizione che esso esprime è una proposizione normativa ipotetica. Se la nostra visione del problema è corretta, la *norma* tecnica stessa è categorica e non ipotetica. L’*esistenza* della norma, tuttavia, è ipotetica. L’enunciato «se-allora» non è una formulazione normativa, ma un asserto a proposito delle condizioni alle quali qualcosa diverrà imperativo (o consentito) per un agente”, *ibidem*, pp. 229-230.

16 *Ibidem*, p. 48.

17 *Ibidem*, pp. 48-49.

norme morali non significa dunque scoprire qualche caratteristica che solo esse possiedono, ma esaminare le loro complesse relazioni con un certo numero di *altre cose*<sup>18</sup>.

In questo senso, come sopra ricordato, le regole morali, al pari dei costumi e delle regole ideali, delle quali ci occuperemo ora, non appartengono alle *main type of norms* e costituiscono dei gruppi secondari (*minor groups*) di regole; “caratteristico dei gruppi secondari è il fatto che essi mostrano affinità con più di un solo gruppo primario – ricadono, per così dire, *tra* [*between*] i gruppi primari”<sup>19</sup>.

I costumi “possono essere visti come abitudini sociali. Essi sono modelli di comportamento per i membri della comunità, acquisiti dalla comunità nel corso della propria storia ed imposti ai suoi membri piuttosto che acquisiti da ognuno di essi individualmente”; in questo senso i costumi “influenzano la condotta; essi esercitano una pressione normativa sui membri individuali della comunità che ha quei determinati costumi”. In caso di non ottemperanza la comunità pone in essere delle misure punitive nei confronti del trasgressore<sup>20</sup>. I costumi sono per un verso simili alle prescrizioni, per altro non sono avulsi dal venire considerati delle regole determinative, dato che “determinano, o, per così dire, «definiscono», modi di vita che sono caratteristici di una certa comunità”<sup>21</sup>.

La terza categoria che forma il gruppo secondario di *norms* è composta dalle regole ideali, ovvero “quelle norme che riguardano l’essere piuttosto che il fare. [...] Le regole ideali sono strettamente collegate al concetto di *bontà* [*goodness*]. Le proprietà che, secondo noi, deve possedere un artigiano, un amministratore o un giudice, non sono caratteristiche di ogni artigiano, amministratore o giudice, ma di un *buon* artigiano, amministratore o giudice”. Per Wright, “le caratteristiche che le regole ideali richiedono ad un buon membro di una classe o categoria di esseri umani si possono chiamare virtù caratteristiche degli uomini di quella classe o categoria”<sup>22</sup>. Tali regole si riconducono alla morale, ma è bene “distinguere tra i principi morali, che sono norme di azione morale, e gli ideali morali, che determinano il modello dell’uomo buono”, allo stesso modo in cui vanno distinte le re-

---

18 *Ibidem*, p. 51.

19 *Ibidem*, p. 53.

20 *Ibidem*, pp. 45 e 46.

21 *Ibidem*, p. 46.

22 *Ibidem*, pp. 51 e 52.

gole ideali dalle regole tecniche. Infatti, “è un errore pensare che le regole ideali siano norme riguardanti mezzi per il raggiungimento di certi fini. [...] Le regole ideali determinano un concetto, per esempio il concetto di (buon) insegnante”<sup>23</sup>. Pertanto è ravvisabile una somiglianza con le regole determinative.

Dopo aver fatto cenno, sulla scorta del pensiero di Wright, alle *regole determinative* ed alle *direttive tecniche*, per ciò che riguarda il gruppo di *norms* primarie, ed ai *costumi*, ai *principi morali* ed alle *regole ideali*, per ciò che concerne il gruppo di *norms* secondarie, è giunto il momento di fissare l’attenzione sulle *prescrizioni*, ritenendo che a questa specie venga, in buona sostanza, ricondotto il fenomeno giuridico; non a caso lo stesso Wright nel presentarle al lettore ricorda “come abbiamo già fatto conoscenza con un sotto-tipo di tali norme, vale a dire le leggi dello stato”<sup>24</sup>.

### § 3. LE PRESCRIZIONI

Al fine d’osservare questa particolare specie di *norm*, è bene seguire ancora una volta l’itinerario tracciato da Wright nel Capitolo quinto della sua opera passando cioè dalle *Norms in General* alla *Analysis of Norms*.

Va anzitutto sottolineato come in un asserto prescrittivo devono essere presenti sei elementi, che lo stesso Wright denomina: *carattere, contenuto, condizione di applicazione, autorità, soggetto, occasione* (*the character, the content, the condition of application, the authority, the subject, the occasion*). I primi tre (carattere, contenuto e condizione di applicazione) sono presenti anche negli altri tipi di regole e rappresentano ciò che viene definito il *nucleo normale* (*norm-kernel*); gli ultimi tre, invece, caratterizzano specificamente le prescrizioni distinguendole agli altri tipi di regole<sup>25</sup>.

Ciò che viene definito come *carattere* normativo inerisce al contenuto modale presente nella proposizione: questo dà vita a delle *obligation-norms* se si palesa con il verbo dovere, oppure a delle *permissive-norms* se si presenta attraverso il verbo potere. In modo più particolareggiato “chiamiamo [...] ordine o comando una prescrizione che dica che si deve fare qualcosa. Chiamiamo permesso una prescrizione che dica che si può (è consentito)

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 115.

fare qualcosa. Infine, chiamiamo proibizione una prescrizione che dice che non si deve fare qualcosa”<sup>26</sup>.

Con il termine *contenuto* Wright intende “la cosa prescritta (ordinata, permessa, proibita)” e distingue fra *norms* d’azione (atti e astensioni del tipo: chiudi la porta; non chiudere la porta) e *norms* riguardanti attività (del tipo: proibito fumare). In ogni caso, egli rileva, vi è una correlazione fra *norms* d’azione e di attività<sup>27</sup>.

Il terzo elemento del *nucleo normale* è offerto dalla *condizione di applicazione*, la quale rappresenta “la condizione che deve essere soddisfatta perché vi sia un’opportunità di fare la cosa che costituisce il contenuto di una norma data”; ovvero, esemplificando, la condizione di applicazione della proposizione prescrittiva *chiudi la porta* è, banalmente, che *la porta sia aperta*. Va specificato come, avuto riguardo alla condizione di applicazione, è possibile distinguere le singole prescrizioni in due sotto specie: categoriche ed ipotetiche. Per le prime “la condizione di applicazione consta *soltanto* della condizione che va soddisfatta perché vi sia un’opportunità di eseguire ciò che ne costituisce il contenuto [... quindi ...] se ne conosciamo il contenuto sappiamo qual è la sua condizione di applicazione”. Il tutto è esemplificato dall’ordine *chiudi la porta*, che si applica in ogni situazione in cui la porta risulti aperta. In una prescrizione ipotetica invece “la condizione di applicazione non si può desumere dal suo solo contenuto. [...] Pertanto, nella sua formulazione la condizione (aggiuntiva) va menzionata”<sup>28</sup>; ad esempio, *chiudi la porta se tira vento*.

Venendo ora agli elementi che caratterizzano la prescrizione in quanto tale e, quindi, la differenziano da altre regole che appaiono ad essa limitrofe (vedi costumi e regole morali), va anzitutto menzionata l’*autorità*. Questa è definita come “l’agente che dà o emana la prescrizione”; pertanto “le prescrizioni hanno origine come risultato dell’azione”, dell’*azione normativa*<sup>29</sup>. È importante specificare, ma si vedrà meglio argomentando intorno alla differenza fra prescrizioni e costumi o regole sociali, che non vi possono essere, in questo contesto, autorità anonime; impersonali sì, ma non ano-

---

26 *Ibidem*, p. 116.

27 “Se siamo impegnati nell’attività di fumare, la prescrizione ordina l’atto di smettere di fumare (per esempio, gettando via la sigaretta); e se non stiamo fumando, proibisce l’atto di cominciare a fumare (per esempio, accendendo una sigaretta)”, *ibidem*, p. 117.

28 *Ibidem*, pp. 118-120.

29 *Ibidem*, p. 121.

nime. Questa autorità, per Wright, può assumere la veste di autorità *teonomica*, ovvero di “un agente sovra-empirico”, le cui “prescrizioni si chiamano anche ordini o leggi di Dio”<sup>30</sup>. Al di là di tali e, per Wright, molto particolari prescrizioni (“mi sembra che l’idea di norme teonome costituisca un concetto analogico o secondario, costituito sul modello delle norme che provengono da agenti umani”), vi sono, per l’appunto, le prescrizioni *positive*, “le cui autorità sono agenti empirici”. Questi, come si diceva sopra possono essere anche impersonali, ma in questo caso si fa riferimento ad un *ufficio*, che conferisce a chi lo ricopre il potere di porre prescrizioni (potrebbe questo essere il caso dell’organo legislativo statale, che pone in essere una legge – quindi una prescrizione, che non ritrova una autorità normativa personale o individuale che dir si voglia).

Wright affronta successivamente la questione relativa alla distinzione fra prescrizioni *autonome* ed *eteronome*; se per quest’ultime non ravvisa particolari problemi (“una prescrizione è eteronoma se essa viene data da qualcuno a qualcun *altro*”), più articolata è la sua argomentazione nel caso in cui l’autorità ed il soggetto coincidano, ovvero un agente dia un comando a se stesso. Per ciò che concerne le prescrizioni autonome, egli ritiene che queste siano delle prescrizioni (nel senso pieno del termine) “*solo in un senso analogico, o secondario*”; infatti, per il logico finlandese, solo le prescrizioni eteronome sono tali in senso primario<sup>31</sup>.

Il *soggetto* della prescrizione è l’agente a cui la stessa si rivolge: “l’autorità ordina, permette o proibisce ai soggetti di fare e/o astenersi dal fare certe cose”. Vi possono essere prescrizioni *particolari*, se rivolte ad un soggetto specificato, altrimenti, se indirizzate a classi di soggetti, queste si palesano come *generali*<sup>32</sup>.

L’*occasione*, secondo Wright, “si esprime indicando una locazione, cioè una posizione o un intervallo temporale” dato, il quale specifichi esattamente quando la prescrizione deve venire ottemperata (ad esempio: ora, sempre, talvolta, ogni giorno e così via). La prescrizione si nominerà *particolare* se emanata per una occasione specifica (chiudi la porta ora, perché tira vento), si dirà *generale* se emanata per un numero non specificato di occasioni (ogni qual volta soffi il vento chiudi la porta)<sup>33</sup>. Come si può notare una

---

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*, pp. 122.123.

32 *Ibidem*, pp. 124-125.

33 Cfr. *ibidem*, pp. 125-126.

prescrizione risulta *particolare* oppure *generale* sia rispetto all'occasione, che in riguardo al soggetto<sup>34</sup>.

Il *carattere*, il *contenuto*, la *condizione di applicazione*, l'*autorità*, il *soggetto* e l'*occasione* rappresentano gli elementi necessari acciocché si possa dare una proposizione prescrittiva. Tutti i sei elementi devono essere presenti all'interno dell'enunciato; ma lo stesso necessita, al fine di risultare effettivamente prescrittivo, ovvero di influenzare il comportamento del destinatario, ancora di due elementi, i quali, pur risultando esterni ad esso, sono quelli che gli permettono di qualificarsi come prescrittivo. Si tratta, richiamando il lessico di Wright, della *promulgazione* (*promulgation*) e della *sanzione* (*sanction*)<sup>35</sup>. La *promulgazione* è la formulazione linguistica della prescrizione, "è il segno o simbolo (le parole) usato per enunciare (formulare) la norma"<sup>36</sup>. In buona sostanza è il veicolo che permette all'enunciato di giungere al (e di venire compreso dal) destinatario<sup>37</sup>. In assenza della *promulgazione* la prescrizione rimarrebbe lettera morta.

Se la promulgazione è attività volta ad offrire una formulazione linguistica alla prescrizione, la *sanzione*, il secondo elemento esterno alla proposizione prescrittiva, è una proposizione, correlata alla vera e propria prescrizione, che significa una conseguenza negativa (o in particolari casi positiva<sup>38</sup>) alla non ottemperanza della prescrizione stessa (nel caso della sanzione positiva la sanzione viene erogata a fronte dell'ottemperanza della prescrizione). Con la presenza di questi due ulteriori (ed esterni) elementi la struttura della proposizione prescrittiva risulta compiuta.

---

34 Cfr. in tema ancora *ibidem*, pp. 127 e segg.

35 Cfr. *ibidem*, p. 115.

36 *Ibidem*, p. 141.

37 Va pertanto riconosciuto come il termine utilizzato da Wright non deve essere confuso con la *promulgazione* (della legge), di cui agli articoli 73 e 87, quinto comma del Dettato costituzionale, per quanto vi sia un certo parallelismo fra le due attività; la promulgazione da parte del Presidente della Repubblica è condizione necessaria per la pubblicazione del testo legislativo sulla "Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana", pubblicazione che lo rende conoscibile *erga omnes*, quindi ottemperabile da parte dei destinatari. Solo per inciso va rammentato che il termine in questione è un calco del latino *promulgare*, in senso traslato di far noto al popolo (la *promulgatio* avveniva tre giorni prima della deliberazione di Comizi), termine che ritrova la propria probabile origine nell'attività di *mulgere*, ovvero di mungitura degli armenti.

38 In tema cfr. per tutti G. Gavazzi, *Sanzioni nel diritto. Problemi vecchi e nuovi*, in "Il Politico", XLIII (1978), n. 3, pp. 393 e segg.



## CAPITOLO SECONDO SU REGOLE PRESCRITTIVE, COSTUMI, MORALE

SOMMARIO: § 1. Relazioni tra prescrizioni e costumi; § 2. Prescrizioni e morale fra sistemi dinamici e sistemi statici; § 3. Autorità morale e potere prescrittivo; § 4. Le prescrizioni ed il diritto

### § 1. RELAZIONI TRA PRESCRIZIONI E COSTUMI

Come sopra accennato, Wright riconosce che le regole sociali posseggono punti comuni alle prescrizioni; infatti, considerando gli elementi che, a detta dello stesso, caratterizzano le prescrizioni (lo rammentiamo ancora: carattere, contenuto, condizione di applicazione, i quali rappresentano il nucleo normativo o struttura logica di ogni regola qui richiamata, quindi anche dei costumi o regole sociali, a cui si aggiungono nello specifico l'autorità, il soggetto e l'occasione – a questi sei elementi vanno aggiunti di due esterni all'enunciato, ovvero la promulgazione e la sanzione), si può agevolmente rilevare che gli stessi sono presenti, al di là del nucleo normativo e sia pur in modo qualitativamente differente, nelle regole sociali, che possiedono, per l'appunto, un carattere, un contenuto ed una condizione di applicazione la cui attivazione dipende dalla occasione. Infatti, un costume sociale agisce, indirizzandolo, sul comportamento del destinatario<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Rileva in proposito Norberto Bobbio come “la sanzione esterna è caratteristica delle azioni sociali, cioè di tutte quelle norme del costume, del galateo, in genere della vita associativa, che sono rivolte al fine di rendere più agevole o meno difficile la convivenza. Queste norme nascono, in genere, in forma di consuetudini, da un gruppo sociale, ed è lo stesso gruppo sociale che risponde alla violazione di esse con diversi comportamenti che ne costituiscono le sanzioni”, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 193.

Proprio in riguardo all'occasione, si può riconoscere come la formulazione dei precetti sociali sia piuttosto vaga, abbia cioè un contenuto di determinazione inferiore alle prescrizioni (ad esempio: quando un *Gentiluomo* deve attendere che la *Dama* porga la sua mano per stringergliela in segno di saluto? In ogni caso, quindi sempre, oppure solo se la *Signora* non appartiene alla cosiddetta cerchia d'amicizia del *Gentiluomo*? E tale regola, una volta risolto il dubbio, va rispettata solo in pubblico od anche in un incontro privato?).

L'alone di vaghezza che circonda la regola sociale (in proposito ci si può anche interrogare se il precetto sopra richiamato sia ancora in vigore oppure sia caduto in desuetudine; ovvero, se rappresenti ancora oggi di un precetto sociale da seguire), deriva principalmente dall'assenza di una precisa autorità normativa: non a caso per tali regole si utilizza l'espressione di *precetti anonimi*. La genericità, o meglio, la non identificazione di una autorità normativa, si ripercuote sulla loro formulazione; infatti, nella stragrande maggioranza dei casi le regole sociali non presentano forma scritta, la promulgazione è dotata di un rigore inferiore a quella prevista per le prescrizioni<sup>2</sup>.

Lo stesso elemento della sanzione, pur essendo presente anche a fronte delle regole sociali, è inquinato dalla vaghezza. Ciò determina l'imprevedibilità della reazione sociale, la quale, in assenza di una precisa autorità normativa, avviene in modo spontaneo<sup>3</sup>. Questo a causa, come sopra rilevato, di un non rigoroso processo di promulgazione, il cui rigore, sia per ciò che concerne la determinazione della proposizione prescrittiva, che per ciò che riguarda la statuizione della sanzione ad essa correlata, risulta essere l'elemento chiave per l'acquisizione di certezza nell'uso di proposizioni prescrittive.

Avuto riguardo a tutto ciò si può ritenere che i costumi appaiano quali delle specie spurie del genere prescrizione; regole cioè atte, in quanto dotate di indubbia pressione normativa, ad esercitare un'influenza nel loro

---

2 Rileva Wright come "un'altra differenza tra i costumi e le prescrizioni è che i primi non richiedono una promulgazione per mezzo di segni simbolici. Non è necessario registrarli con tante parole", *Norma e azione*, cit., p. 48

3 Per Bobbio, "il vizio delle sanzioni sociali non è comunque la mancanza di efficacia, ma la mancanza di proporzione tra violazione e risposta. Essendo la risposta affidata al gruppo impersonalmente e ad alcuni membri del gruppo non personalmente definiti, essa non è guidata da regole precise. [...] La risposta non è sempre eguale per gli stessi tipi di violazione, ma è dipendente degli umori del gruppo che sono variabili", *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 195.

ambito di applicazione; ciò non di meno, proprio a seguito della genericità e anonimato della fonte, non riconducibile ad una precisa volontà potestativa, nonché della vaghezza presente negli elementi del carattere, del contenuto, della condizione d'applicazione e dell'occasione (per tacer poi della sanzione)<sup>4</sup>, sono da preferirsi, nell'intervento regolamentativo della vita sociale, le vere e proprie prescrizioni<sup>5</sup>.

Lo stesso Wright, oltre ad evidenziare le assonanze tra costumi e prescrizioni, rileva le similitudini che accostano i precetti sociali alle regole determinative, nel senso che “i costumi determinano, o, per così dire, «definiscono», modi di vita che sono caratteristici di una certa comunità”<sup>6</sup>. I costumi non sono nemmeno avulsi dalla morale; al di là dell'etimologia dell'ultimo termine (dal latino *mos* – costume, abitudine, modo di vivere), per Wright si può “ricondurre vantaggiosamente alcune idee morali al retroterra costituito dai costumi (dalle tradizioni) di una comunità. Questo potrebbe valere, per esempio, per le idee morali relative alla vita sessuale. Sembra però che altre idee morali non trovino una collocazione significativa all'interno di tale prospettiva. Per esempio, cercare di spiegare l'obbligo di mantenere le promesse in termini di pressione normativa dei costumi pare completamente fuori luogo”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Ancora Bobbio sottolinea come “i vizi della sanzione sociale sono rappresentati dall'incertezza del suo esito, dalla incostanza della sua applicazione e dalla mancanza di misura nel rapporto tra violazione e risposta. Questi inconvenienti dipendono dal fatto che questo tipo di sanzione non è istituzionalizzato, cioè non è regolato da norme fisse, precise, la cui esecuzione sia affidata stabilmente ad alcuni membri del gruppo a ciò espressamente designati”, *ibidem*, p. 196.

<sup>5</sup> In proposito, richiamando la suddivisione weberiana dell'agire sociale, si possono sicuramente ricollegare le prescrizioni ad un agire sociale razionale rispetto allo scopo, quindi ricomprenderle all'interno dell'universo della legittimazione razionale del potere. I costumi, viceversa, possono venire ascritti all'agire sociale di stampo tradizionale, caratterizzato dalla vigenza di consuetudini; questo è “un agire orientato in base al senso [...] una specie di oscura reazione a stimoli abitudinari, che si svolge nel senso di una disposizione una volta acquisita”. Sempre Weber rileva che “il patrimonio dell'abitudine può essere consapevolmente mantenuto in un grado e in un senso diverso, viene ad accostarsi al tipo dell'agire affettivo” e pertanto ad una forma d'agire che potrebbe (sia pure non necessariamente) orientarsi verso un agire razionale rispetto al valore (ove i costumi si strutturassero in sistema morale) oppure verso forme di agire razionale rispetto allo scopo (ove i costumi si tramutassero in vere e proprie prescrizioni). Cfr. *Economia e società*, trad. it. a cura di P. Rossi, Milano, 1974, pp. 21 e segg.

<sup>6</sup> *Norma e azione*, cit., p. 48.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 49.

I costumi presentano, pertanto, notevoli affinità non solo con le prescrizioni, ma anche con le regole determinative e con i principi morali.

## § 2. PRESCRIZIONI E MORALE FRA SISTEMI DINAMICI E SISTEMI STATICI

La distinzione fra le prescrizioni ed i precetti morali può venire ricercata lungo un itinerario diverso da quello sopra percorso. Anche le regole di un sistema di precetti morali contengono ovviamente i tre elementi costitutivi il nucleo normativo, e sono riconducibili ad una autorità che, in certe occasioni, impone ai soggetti destinatari l'ottemperanza di determinati precetti. Un precetto morale, per essere prima conosciuto e poi osservato, deve venire promulgato e la sua non osservanza comporta l'erogazione di una sanzione<sup>8</sup>.

Come sottolinea Wright, “nella vita morale dell'uomo le prescrizioni hanno [...] una funzione primaria. Non si tratta semplicemente di un fatto accidentale, ma di una caratteristica logica della morale”<sup>9</sup>. Questa constatazione non fa sì che i principi morali possano venire assimilati alle prescrizioni, così come sopra descritte, nemmeno quali prescrizioni *sui generis*. Vi è infatti una netta distinzione fra precetti morali e obblighi derivanti da prescrizioni; in proposito Wright esemplifica richiamando gli obblighi giuridici derivanti da un contratto, che implicano il mantenimento della promessa (*pacta sunt servanda*), “ma la norma morale che dice che le promesse si devono mantenere non si può identificare con la somma complessiva di tali prescrizioni giuridiche che la sostengono”<sup>10</sup>. Altrettanto fuorviante è

---

8 Secondo Bobbio, “noi comunemente chiamiamo morale quell'azione che viene compiuta per nessun'altra ragione che per la soddisfazione intima che ci procura l'adesione ad essa o la ripugnanza all'insoddisfazione pure intima che ci procurerebbe la sua trasgressione”; in considerazione di ciò “vi è un modo di definire le norme morali che si riferisce appunto alla sanzione. Si dice che sono morali quelle norme la cui sanzione è puramente interiore. [...] L'unica conseguenza spiacevole della violazione di una norma morale è il senso di colpa, uno stato di disagio, di turbamento, talora di angoscia, che dicesi nel linguaggio dell'etica «rimorso» o «pentimento». [...] In questo modo anche il legislatore morale fa appello, per ottenere l'obbedienza, ad uno stato che il destinatario desidera per quanto gli è possibile evitare”, *Teoria della norma giuridica*, cit., pp. 190-191.

9 *Norma e azione*, cit., p. 50.

10 *Ibidem*, p. 49.

ritenere che la morale possa venire equiparata alle regole determinative, argomentando che i principi morali determinano una pratica<sup>11</sup>.

In definitiva, per il nostro, “la peculiarità delle norme morali [...] non sta nel fatto che esse formano un gruppo autonomo per conto loro, ma piuttosto nel fatto che presentano complesse affinità logiche con gli altri principali tipi di norme e con i concetti valutativi di bene e di male”<sup>12</sup>.

Infatti, a ben vedere, vi è una correlazione fra i principi morali e le norme ideali nel momento in cui le seconde, ad esempio, “determinano il modello dell’uomo buono”; le regole ideali sono, come già osservato, seguendo il pensiero di Wright, degli *ideali morali*, i quali, di fatto, indirizzano, dando vita ai principi morali, l’azione del soggetto<sup>13</sup>.

Stante così le cose, pare allora d’uopo indagare, non tanto le caratteristiche proprie degli enunciati morali, facendo riferimento alla struttura dei singoli principi, quanto la tipologia della loro organizzazione in sistema<sup>14</sup>. Pare questo un approccio proficuo al fine di distinguere un sistema di prescrizioni da un sistema di regole morali.

Va da subito osservato che, avuto riguardo alla sua organizzazione, possiamo riconoscere come un sistema di precetti morali, al pari di un sistema di prescrizioni, sia strutturato in modo piramidale; ovvero sussiste un rapporto di dipendenza gerarchica fra una regola di grado inferiore da una regola di grado superiore. Ciò vale sia per i sistemi statici (da cui ai principi morali), che per i sistemi dinamici (da cui alle prescrizioni)<sup>15</sup>. Vi è però una profonda distinzione fra gli uni e gli altri.

---

11 Cfr. *ibidem*.

12 *Ibidem*, p. 51.

13 *Ibidem*, p. 52.

14 Il termine /sistema/, che viene qui utilizzato, è un termine ambiguo, nel senso che può significare due concetti non assimilabili. Per un verso il sistema, in senso lato, designa una somma di elementi, intesa quale semplice insieme degli stessi; per altro, il sistema, in senso stretto, rimanda all’idea di una somma ordinata di elementi. Qui il termine è utilizzato nella sua accezione di insieme organizzato di elementi, nel nostro caso di proposizioni. Si fa, quindi, riferimento lato ad un cosiddetto *sistema concettuale* (cfr. L. von Bertalanffy, *Teoria generale dei sistemi*, trad. it. Milano, 2004).

15 La distinzione fra sistemi statici e sistemi dinamici viene ripresa dall’analisi kelseniana (cfr. la già richiamata *La dottrina pura del diritto*). Nell’opera l’autore individua, per l’appunto, due sistemi normativi da egli distinti in statico e dinamico: “le norme di un ordinamento [statico] sono in vigore (cioè il comportamento umano da esse prescritto è considerato come dovuto in forza del loro contenuto) per il fatto che loro validità può essere ricondotta ad una norma, nel cui contenuto si può sussumere il contenuto di tutte le

Infatti, nell'ambito di un sistema di regole morali, quindi di un sistema statico, le regole di grado inferiore vengono dedotte contenutisticamente dalle regole di grado superiore. La regola morale è tale, nel senso ristretto di appartenere ad un particolare sistema morale, a seguito di una verifica del suo contenuto (ovvero della proposizione espressa dall'enunciato); se questa è conforme (nel senso che ne è una specificazione) alla più generale proposizione espressa da un enunciato di grado superiore, allora potrà considerarsi parte di quel dato sistema di regole morali. Vi è pertanto un rapporto contenutistico fra le varie regole costituenti il sistema, dato che l'una è dedotta dall'altra. A titolo esemplificativo, la regola particolare, ai sensi della quale all'interno di una *confiserie* è proibito (nel senso che è immorale) mangiare pasticcini a sbafo, deriva da una più generale regola, per la quale non si deve (ancora nel senso che è immorale) rubare, la quale a sua volta deriva contenutisticamente dal principio generalissimo secondo il quale non si deve fare agli altri ciò che non si vuole sia fatto a se stessi.

---

norme che costituiscono l'ordinamento, così come il particolare si può sussumere nel generale. [...] Poiché tutte le norme di un ordinamento di questo tipo esistono già nel contenuto della norma presupposta, possono da questa essere dedotte mediante un'operazione logica, con una conclusione dal generale al particolare. Questa norma, presupposta come norma fondamentale, fornisce tanto il fondamento della validità quanto il contenuto della validità delle norme da essa dedotte mediante un'operazione logica", *ibidem*, pp. 219-220. Sull'altro versante, "il sistema normativo di tipo dinamico è caratterizzato dal fatto che la norma fondamentale presupposta non contiene altro che l'istruzione di una fattispecie produttiva di norme, l'autorizzazione di un'autorità legiferante o, cosa che è poi eguale, una regola che determina come si devono produrre le norme generali ed individuali dell'ordinamento riposante su questa norma fondamentale. [...] La norma fondamentale si limita a delegare un'autorità legiferante, cioè ad istituire una regola in base alla quale si devono produrre le norme di questo sistema". A differenza del sistema statico, "la norma da cui si era partiti non ha valore in forza del suo contenuto né la si può dedurre dalla norma fondamentale con un'operazione logica", questa "fornisce soltanto il fondamento della validità, non però anche il contenuto delle norme che costituiscono questo sistema", *ibidem*, pp. 220-221. Ci troviamo di fronte ad una definizione idealtipica, lo stesso Kelsen riconosce che vi possono essere sistemi normativi nei quali i due elementi (statico e dinamico) sono fra loro fusi ed adduce l'esempio dei Dieci Comandamenti; in questo, ed altri casi concreti, "la norma fondamentale presupposta, secondo il principio dinamico, autorizza soltanto un'attività che statuisce il diritto e quando quest'autorità medesima (oppure l'autorità da essa istituita) pone in essere non soltanto norme in cui si delegano altre autorità legiferanti, ma anche quelle in cui si prescrive un certo comportamento di chi è soggetto alla norma e da cui si possono dedurre altre norme mediante un'operazione logica, come procedendo dal generale al particolare", *ibidem*, p. 222. La riflessione kelseniana risulta pertanto parallela a quella propostaci da Wright in merito all'appartenenza alle regole prescrittive delle *leggi di Dio*.

Ciò che caratterizza la regola morale e fa sì che questa sia tale è il suo contenuto, che, come visto, deve risultare conforme ai principi fondanti il sistema. Risalendo a ritroso da regole specifiche che ritrovano la loro applicazione in precisi e concreti casi a regole sempre più generali, si giunge sino a quei principi generalissimi, che stanno alla base, quindi fondano, un determinato sistema di regole morali. È avuto riguardo a tali principi generalissimi che una singola regola ritrova o meno la sua legittimità (contenutistica) e, pertanto, può o non può venire considerata parte del sistema. All'incontrario, in un sistema dinamico la prescrizione appartiene allo stesso non tanto per il suo contenuto, quanto per il potere che l'ha posta in essere. In questo senso vi è un rapporto di delegazione di potere da un potere superiore ad uno inferiore, al quale riceve dal primo la potestà di porre in essere delle prescrizioni. Quelle di grado inferiore risultano legittimate nel momento in cui sono poste in essere da un potere competente, la cui competenza, ovvero la legittimità, è comprovata da una prescrizione posta da un potere superiore. Si assiste, pertanto, ad una delegazione di potere e non ad una deduzione contenutistica. Il contenuto della prescrizione non rileva al fine di valutarne la legittimità; ciò che conta è la corretta derivazione della regola all'interno di un sistema di delegazione di potere. In definitiva, la legittimità di una prescrizione di grado inferiore va verificata risalendo la catena di delegazione, dal basso verso l'altro, sino al vertice della piramide, il quale sarà occupato non già da principi (etici) generalissimi, ma, all'incontrario, dallo stesso principio del potere. Il potere normativo incarna il principio per mezzo del quale si deriva un sistema di prescrizioni<sup>16</sup>. Un sistema di regole di tipo statico si addice ad un insieme di regole morali, le quali sono fra loro concatenate da un inscindibile rapporto contenutistico, che permette di vagliarne la coerenza, quindi, l'appartenenza, della singola norma al sistema; mentre un sistema di tipo dinamico raccoglie al

---

16 Si pensi alla *Grundnorm* all'interno della costruzione kelseniana che viene così definita dallo stesso: "la norma fondamentale di un ordinamento giuridico positivo non è altro che la regola fondamentale, secondo la quale devono venire create le diverse norme di un ordinamento", *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. Milano, 1963, p. 115. Va però aggiunto, al fine di meglio comprendere il portato della norma fondamentale kelseniana come "secondo la norma fondamentale di un ordinamento giuridico statale, il governo legittimo dello stato è il governo effettivo che, sulla base di una costituzione, statuisce efficaci norme generali e individuali", *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 237. Quindi, in buona sostanza, il disposto di una norma fondamentale all'interno di un sistema dinamico e che *bisogna obbedire al potere costituito*, cfr. *ibidem*, p. 229. Cfr. le riflessioni critiche di F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit.

suo interno un insieme di prescrizioni legate tra loro attraverso una delegazione di potere che si diparte dalle regole gerarchicamente superiori verso quelle inferiori. In questo secondo caso l'appartenenza al sistema, quindi, la coerenza della singola prescrizione con il sistema, è vagliata attraverso il raffronto fra il modo in cui è avvenuta la delegazione e le prescrizioni preposte alla regolamentazione di tale attività.

### § 3. AUTORITÀ MORALE E POTERE PRESCRITTIVO

Ci troviamo di fronte a due sistemi di regole organizzati in differente maniera, all'interno dei quali l'organo normativo assume caratteristiche divergenti tanto da doverlo significare con due termini diversi: potere, per un verso, autorità, per l'altro<sup>17</sup>.

All'interno del primo contesto, il sistema statico, quella che Wright definisce l'autorità normativa risulta sussidiaria rispetto ai principi (meglio, si identifica con i principi); una autorità normativa *morale*, nel porre precetti morali, deve subordinarsi ai principi di tale sistema, qualora con un atto di volontà volesse liberarsene, ponendo in essere regole palesemente difformi da questi, perderebbe ogni carisma autoritativo, perché si porrebbe essa stessa al di fuori del sistema. L'autorità normativa risulta quindi vincolata dai principi. Attraverso la messa in luce di questo vincolo possiamo anche comprendere il perché tali sistemi vengono denominati come statici; la loro evoluzione non dipende da una manifestazione di volontà posta in essere da un potere normativo, ma da una modificazione *spontanea* (nel senso che non è determinata da atti di volontà) dei principi fondanti il sistema. L'autorità normativa non è assente, questa è però subordinata, come sopra detto, ai principi; rimane autorità fin tanto che si fa portavoce di tali principi, ove voglia superarne i limiti contenutistici, ponendosi al di fuori dei contorni fissati dalle proposizioni morali fondanti e costituenti il sistema, essa perde ogni autorevolezza collocandosi fuori dal sistema, che le conferisce autorità. Una autorità normativa operante in un contesto di regole morali risulta vincolata da quant'ultime. Non può, pertanto, in alcuni modo considerarsi autoreferenziale pena il delegittimarsi.

---

17 Non volendo qui riproporre argomentazioni già in altro luogo svolte, mi permetto ancora di rimandare al mio *Autorità e Autonomia: note introno ad un'apparente opposizione*, in "Ephemerides iuris canonici", LXI (2021), n. 1, pp. 265 e segg., ove appunto della distinzione fra autorità e potere si tratta.

Diversa appare la questione all'interno di un sistema dinamico; in questo, infatti, il potere normativo risulta svincolato contenutisticamente dal sistema, lo è (apparentemente) solo da un punto di vista procedurale. Il potere normativo opera legittimamente soltanto se si vincola alle regole stabilite per sovrintendere la delegazione di potere; questo è però un vincolo solo apparente, dato che il potere normativo possiede, in quanto tale, la potestà di modificarle. Fermo restando questa constatazione, il potere, nel delegare la posizione delle prescrizioni, delega il potere stesso e, pertanto, in linea di principio, non vincola il potere di grado inferiore dal punto di vista contenutistico. Sia pur nel rispetto delle regole procedurali, il potere normativo è autoreferenziale. In questo contesto una modificazione del sistema avviene a seguito di un atto di volontà ascrivibile ad un potere dotato (in quanto delegato) di potestà in materia; il sistema può, quindi, dirsi dinamico in quanto si evolve a seguito di atti di volontà.

L'autorità normativa all'interno di un sistema statico risulta quindi limitata dalla stessa natura del sistema, i cui contenuti rappresentano un vincolo imprescindibile; di converso, il potere normativo di un sistema dinamico rimane vincolato solo dalle regole procedurali presenti nello stesso, ma il potere ha, nei confronti di queste, una potestà rimozionale. Il motore del sistema dinamico è individuabile nella volontà del potere, mentre nel sistema statico sono i principi fondati lo stesso che ne determinano lo sviluppo, la sua autorità normativa si limita a rifletterli.

La questione qui esposta può apparire di non secondaria importanza se consideriamo che, nella prospettiva di Wright, i dettami religiosi ("gli ordini che Dio dà agli uomini"<sup>18</sup>) non possono considerarsi dei principi morali, all'incontrario, come già osservato in proposito delle prescrizioni con autorità *teonomica*, delle vere e proprie prescrizioni. Se volessimo, all'interno di questo quadro, ricondurre i dettami religiosi a delle regole morali, l'autorità risulterebbe vincolata da questi e, pertanto, non più logicamente *sovrana*, ovvero posta sopra ogni cosa (da *sovra* – derivato da *super* – da cui al francese arcaico *soverain*). Essa sarebbe sovrastata dai principi morali che incarna e, quindi, ad essi soggetta; la qual cosa risulta con tutta evidenza contraddittoria con la presenza dell'attributo *sovrano*. Un'autorità morale non è perciò sovrana; in considerazione all'intrinseca *finitezza* dell'autorità morale, la quale, ripetiamolo, è vincolata, quindi, limitata, dal sistema di cui fa parte, appare conseguenziale che i precetti religiosi (prescrizioni a fonte teonomica) non possano accostarsi alla morale. Se i precetti religiosi

---

18 *Norma e azione*, cit., p. 50.

costituissero un sistema morale, quindi statico, l'autorità normativa di tale sistema, risulterebbe limitata dal punto di vista contenutistico e, pertanto, non sarebbe *infinita* od assoluta che dir si voglia<sup>19</sup>.

#### § 4. LE PRESCRIZIONI ED IL DIRITTO

Dopo aver riassunto il pensiero di Wright in merito alle differenti tipologie di regole operanti in un determinato contesto sociale e rammentato che questa classificazione tassonomica ha un valore idealtipico nel senso weberiano del termine<sup>20</sup>, è bene volgere specificatamente lo sguardo verso il fenomeno giuridico al fine di osservare a quale delle sei categorie di regole il diritto possa essere ricondotto.

Prima però di accingerci a tale operazione è bene sottolineare come il sostantivo diritto è termine ambiguo, ovvero può dar vita a più significati. Lungi dal voler proporre una (impossibile) definizione esaustiva del termine diritto<sup>21</sup>, ci si limita in questa sede a rammentare, sulla scorta di illustri

---

19 Esemplificativa in proposito la *vexata quaestio* relativa alla traduzione del passo biblico contenuto nell'Esodo 3, 14, ove la divinità si nomina a Mosè. L'ebraico classico *'ehyeh 'asher 'ehyeh* ammette due traduzioni: la prima, *io sono ciò che io sono*, la seconda, *io sarò ciò che io sarò*. Nella prima appare implicita la negazione di una autoreferenzialità che spezzi l'unità fra passato, presente, futuro il tutto in nome di una non contraddittorietà nell'essere; la seconda traduzione all'incontrario pare spezzare la continuità dell'essere attraverso l'affermazione della sua autoreferenzialità, la quale potrebbe introdurre elementi di contraddizione nel suo dispiegarsi. Avuto riguardo al discorso fin qui svolto la prima traduzione risulta più consona al riconoscimento dei precetti divini quali componenti di un sistema statico (quindi morale), mentre la seconda risulta decisiva nel qualificare gli stessi come elementi di un sistema dinamico (quindi di prescrizioni). Va sottolineato come è la prima traduzione (resa come *io sono colui che sono*) ad essere assunta all'interno della traduzione consolidata del testo biblico; cfr. *La Bibbia di Gerusalemme*, Trento, 2009.

20 Per Weber, "il tipo ideale rappresenta un quadro concettuale il quale non è la realtà storica, e neppure la realtà «vera e propria», ma tuttavia serve né più né meno come schema in cui la realtà deve essere sussunta come esempio; esso ha il significato di un puro concetto-limite ideale, a cui la realtà deve essere misurata e comparata, al fine di illustrare determinati elementi significativi del suo contenuto empirico", così ne *L'"oggettività" della scienza sociale e della politica sociale*, ora in M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it. a cura di P. Rossi, Torino, 1958, p. 112.

21 La quale si configurerebbe come risposta alla domanda sull'essenza del diritto, ovvero *cos'è il diritto*. Tale interrogazione, come tutte le domande sull'essenza, si apre ad infinite risposte che possono venire ordinate solo in base alla supposta forza delle loro argomentazioni.

studiosi<sup>22</sup>, come il nostro termine racchiuda, nel linguaggio ordinario, almeno quattro significati.

Il primo rimanda all'idea di diritto quale insieme di regole, le quali, nel loro complesso, costituiscono un cosiddetto sistema/ordinamento giuridico. Inteso in questa accezione, al termine diritto viene posposto l'attributo *oggettivo* tanto da formare il sintagma *diritto oggettivo*. L'espressione diritto oggettivo designa pertanto l'insieme delle regole giuridiche vigenti in un dato contesto storico-sociale (ad esempio il diritto oggettivo vigente ora nella Repubblica italiana).

Il termine diritto è utilizzato poi, ed è questo il secondo significato, per designare le partizioni del diritto oggettivo; in questo senso riscontriamo, ad esempio, la distinzione fra diritto pubblico (a sua volta suddiviso in diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto penale e così via) e diritto privato (distinto in diritto di famiglia, diritto del lavoro, diritto commerciale e via discorrendo). Quindi, in questa seconda accezione, il termine diritto è utilizzato per formare e designare sottopartizioni del diritto oggettivo<sup>23</sup>.

Accanto a questo utilizzo, vuoi nella sua designazione dell'insieme delle regole che compongono un cosiddetto sistema/ordinamento giuridico, vuoi nella sua designazione di sotto insiemi di questo, riscontriamo, sempre nel linguaggio ordinario, un altro significato viene attribuito al termine diritto. Questo viene definito come *diritto soggettivo*; ovvero, per prendere a prestito una autorevole definizione, "essenziale in questa posizione soggettiva è la libertà nel suo esercizio da ogni intervento o direzione esterna, attribuendosi al singolo una zona di potere nella quale egli può muoversi a suo criterio"<sup>24</sup>.

La definizione di diritto soggettivo qui proposta genera non pochi problemi se confrontata con quella di diritto oggettivo; pare, infatti, che il primo designi una facoltà intrinseca al soggetto che ne è titolare (la *facultas agendi*), il secondo, all'incontrario, una regola che interviene sul soggetto indirizzandone il comportamento (la *norma agendi*). Da un lato, come espres-

---

22 Cfr. G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988 e R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, cit.

23 Cfr. in tema, fra i molti, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico. Tomo I*, Padova, 1975, pp. 38 e segg. G. Treves, *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1976, pp. 20 e segg., C. M. Bianca, *Diritto civile. La norma, i soggetti*, Milano, 1984, pp. 39 e segg., F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 1985, pp. 15 e segg.

24 Così P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1977, p. 42.

samente evidenziato, la libertà, dall'altro, come è intuitivo, la costrizione. Il primo evocando l'autonomia si pone in opposizione al secondo che si caratterizza con l'eteronomia, tanto da far supporre che il diritto possa venir esemplificato attraverso la figura del *Ianus Bifrons*; il diritto quale entità con due facce, quindi è ambiguo: da un lato offre la libertà, ma dall'altro pone la costrizione. Vi è poi il problema della fonte del diritto soggettivo, che, per talune prospettive, è rappresentata dallo stesso diritto oggettivo, sicché il cosiddetto diritto soggettivo apparirebbe come una mera concessione posta dal diritto oggettivo (e in tale modo si risolverebbe l'apparente duplicità del nostro fenomeno, tutto incentrato sul suo essere in realtà *solo* declinazioni più o meno dirette del diritto oggettivo).

La questione è di capitale importanza, perché offrendo prevalenza all'una o all'altra rappresentazione del diritto muta radicalmente il punto da cui osservare il fenomeno giuridico nel suo concretarsi nella vita sociale.

Constatiamo infine che al termine diritto viene offerta anche una quarta significazione quando lo stesso si manifesta nell'espressione *di diritto*, ove la stessa voglia intendersi come *automaticamente* (una conseguenza di una situazione che si produce senza – apparenti – interventi esterni). L'esemplificazione adotta è la seguente: “in caso di morte del presidente dell'assemblea, il vicepresidente lo sostituisce di diritto”<sup>25</sup>. È evidente, come sottolinea l'autore richiamato, che tale significazione del termine diritto dipenda logicamente da una regola di diritto oggettivo che attiva tale diritto. Si tratta dunque, a ben vedere, di una specie del genere diritto oggettivo. Ciò che emerge da questo breve compendio d'altrui pensiero, è l'assoluta centralità dell'idea di diritto oggettivo; all'interno di tale prospettiva, comunque e da qualunque lato si voglia osservare il diritto questo è ricondotto al qualificarsi come regola posta da un potere legittimo, il quale, attraverso questo strumento (giuridico) intende influenzare il comportamento del destinatario (sia questo intravisto nel consociato nella sua quotidiana attività, sia questo, all'incontrario, l'organo designato dal diritto oggettivo a dirimere controversie sorgenti dalla quotidiana attività dei consociati<sup>26</sup>).

---

25 R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, cit., p. 5.

26 La questione della qualificazione delle disposizioni giuridiche in *norme* primarie e in *norme* secondarie rispetto al destinatario principale delle stesse (organo giudicante oppure semplice consociato), che vede schierati su fronti contrapposti Herbert Hart e Hans Kelsen, non ritroverà qui trattazione. Per un primo approccio a tema si rimanda a G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Vol. III. Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970, pp. 359-360.

A tale proposito giova richiamare un'argomentazione kelseniana, per la quale "le norme di un ordinamento giuridico regolano un comportamento umano"; il diritto sarebbe, quindi, una tecnica sociale volta ad ottenere da un soggetto un determinato comportamento attraverso la minaccia di una sanzione. Il diritto rispetto agli altri ordinamenti sociali si caratterizzerebbe per il suo essere essenzialmente coercitivo, infatti, "il diritto si distingue dagli altri ordinamenti sociali in quanto è un ordinamento coercitivo. Il criterio decisivo è il momento coercitivo, cioè il fatto che l'atto stabilito dall'ordinamento come conseguenza di un atto considerato socialmente dannoso deve essere eseguito anche contro la volontà del destinatario e, in caso di resistenza, con l'uso della forza fisica"<sup>27</sup>.

Stante così rappresentate le cose, il diritto, che in buona sostanza sarebbe solo diritto oggettivo, non può che venire nella sua interezza ricondotto alle prescrizioni così come sopra descritte. Una regola giuridica per essere tale deve contenere i sei elementi caratteristici di una prescrizione: il *carattere*, il *contenuto*, la *condizione di applicazione*, l'*autorità*, il *soggetto* e l'*occasione*. Deve venire promulgata, ma, soprattutto, la proposizione giuridica deve essere correlata da una sanzione, che rappresenta la garanzia della sua efficacia<sup>28</sup>.

In questa prospettiva l'ordinamento giuridico risulterebbe costituito da un insieme di prescrizioni organizzate in un sistema dinamico.

---

27 H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 43 e 46. In tale prospettiva l'ordinamento giuridico statale, al fine di essere efficace, non può prescindere dall'uso della forza: "nell'esercizio del potere statale si suol vedere una manifestazione della forza, ritenuta un attributo così essenziale per lo stato, che si designa quest'ultimo addirittura come «potenza». [...] Il potere dello stato non è una forza ed un'istanza mistica, nascosta dietro lo stato o dietro il suo diritto: essa non è altro che l'efficacia dell'ordinamento giuridico", *ibidem*, p. 322. Tale impostazione non si discosta dalla nota e già citata teorizzazione weberiana, ai sensi della quale "per stato si deve intendere un'impresa istituzionale di carattere politico nella quale – e nella misura in cui – l'apparato amministrativo avanza con successo una pretesa di monopolio della coercizione fisica legittima, in vista dell'attuazione degli ordinamenti", *Economia e società*, cit., vol. I, p. 53.

28 Come verrà in seguito argomentato, in questa prospettiva, l'efficacia di una disposizione giuridica è, di fatto, la condizione della sua validità.



## CAPITOLO TERZO

# SULLE REGOLE GIURIDICHE E LE PRESCRIZIONI

SOMMARIO: § 1. Una teoria generale fondata sulla rappresentazione del diritto quale prescrizione; § 2. La questione della efficacia; § 3. Effettività e *Grundnorm*; § 4. L'*abbaglio* del diritto soggettivo e la *perdita* dell'essere umano

### § 1. UNA TEORIA GENERALE FONDATA SULLA RAPPRESENTAZIONE DEL DIRITTO QUALE PRESCRIZIONE

Tale rappresentazione del fenomeno giuridico è fatta propria da colui che viene annoverato tra i maggiori teorici generali del diritto del Novecento: Norberto Bobbio.

Sin dalle prime righe del suo studio sulla *Teoria della norma giuridica* egli ci rammenta come ogni regola, quindi anche le regole giuridiche, sono “proposizioni aventi il fine di influenzare il comportamento degli individui e dei gruppi, di dirigere l'azione degli individui e dei gruppi verso certi obiettivi piuttosto che verso altri”<sup>1</sup>. In questo senso, da un punto di vista formale, ovvero approcciandosi alla regola indipendentemente dal suo contenuto, ma osservandola nella sua struttura, la regola giuridica “rientra nella categoria generale delle proposizioni prescrittive”<sup>2</sup>; pertanto, elaborando una *teoria della norma giuridica*, “interessano in modo particolare i comandi, ovvero quelle proposizioni la cui funzione è [...] di influire sul

---

<sup>1</sup> Citiamo dalla già richiamata edizione del 1958, pp. 7-8.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 75.

comportamento altrui per modificarlo”<sup>3</sup>. Dal che si evince come la funzione del diritto è quella di intervenire sul comportamento del destinatario della proposizione prescrittiva.

Riccolgendoci a quanto sopra detto intorno ai sistemi dinamici, ciò che emerge in questa rappresentazione del diritto è il suo interesse per la *forma* e non per il *contenuto* della prescrizione; infatti, Bobbio sottolinea come “il rapporto giuridico è caratterizzato non dalla materia di ciò che è oggetto del rapporto, ma dal modo con cui i soggetti si comportano l’uno verso l’altro. Il che si esprime anche in questa guisa: ciò che caratterizza il rapporto giuridico non è il *contenuto*, ma la *forma*. E ciò significa: non si può determinare se un rapporto sia giuridico in base agli interessi che vengono in giuoco; si può determinare solo in base al fatto se sia regolato o no da una norma giuridica. [...] Rapporto giuridico è quello che, qualunque sia il suo contenuto, è preso in considerazione da una norma giuridica, è sussunto in un ordinamento giuridico, è *qualificato* da una o più norme appartenenti ad un ordinamento giuridico”<sup>4</sup>.

La qualificazione giuridica è, pertanto, una questione di mera forma; sarà una prescrizione, coerente con le modalità di produzione di regole poste dal sistema (dinamico) di cui fa parte, a definire giuridica una data situazione. Questa constatazione ci porta, sempre seguendo il pensatore torinese, a dover riconoscere come il problema della giustizia, ovvero del contenuto sostanziale della prescrizione, non sia un problema da ascrivere correttamente ad una indagine di teoria del diritto. Infatti, “il problema della giustizia è il problema della corrispondenza o meno della norma a valori ultimi o finali che ispirano un determinato ordinamento giuridico [... questo ...] è un aspetto del contrasto tra mondo ideale e mondo reale, tra ciò che deve essere e ciò che è. [...] Porsi il problema della giustizia o meno di una norma equivale a porsi il problema della corrispondenza tra ciò che è reale e ciò che è ideale. Perciò il problema della giustizia si chiama di solito il problema *deontologico* del diritto”<sup>5</sup>.

---

3 *Ibidem*, p. 79.

4 *Ibidem*, pp. 31-32.

5 *Ibidem*, pp. 35-36. Si vedano il tema i saggi di Bobbio raccolti dallo stesso nel volume *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955 (in particolare i capitoli II e VII). Per l’autore il filo conduttore dei saggi “è che la teoria formale del diritto debba essere distinta dalla teoria della giustizia, il problema della validità del diritto da quello del valore, la considerazione logica del diritto da quella etica, e che la frequente confusione di questi due diversi piani di ricerca, d’origine giusnaturalistica, porti a problemi mal posti e a vane

Tale questione dà linfa ad un particolare settore dell'indagine giuridica, detto *teoria della giustizia*, che non va in alcun modo confuso con la teoria generale del diritto, la quale si occupa della validità della regola giuridica: "il problema della *validità* è il problema dell'*esistenza* della regola in quanto tale, indipendentemente dal giudizio di valore se essa sia giusta o no"<sup>6</sup>. Nel primo caso il ricercatore si esprime attraverso giudizi di valore, nel secondo attraverso giudizi di fatto ("si tratta, cioè, di constatare se una regola giuridica esista o meno, o meglio se quella tal regola così e così determinata sia una regola giuridica"<sup>7</sup> – quindi si indaga la questione dell'appartenenza o meno dell'enunciato prescrittivo ad un determinato sistema dinamico qualificato per mezzo della sua norma fondamentale come giuridico).

La teoria generale del diritto indaga il suo oggetto come è, non come deve essere; è, pertanto, in questa prospettiva una *dottrina pura*, la quale, seguendo le argomentazioni di Kelsen, "come teoria, vuole conoscere esclusivamente ed unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa è e come è il diritto; non però alla domanda: come deve essere e come si deve produrre il diritto. È scienza del diritto, non già politica del diritto. [...] Essa considera fundamentalmente l'intero diritto nella sua validità oggettiva e cerca di concepire ogni singolo fenomeno soltanto in collegamento sistematico con tutti gli altri; cerca di afferrare, in ogni parte del diritto, la funzione della totalità del diritto. In questo senso, è una concezione veramente organica. Però, se essa concepisce il diritto come organismo, non si intende con ciò una qualche entità sovraindividuale, ultraempirica e metafisica (concezione dietro la quale, assai spesso, si celano postulati etico-politici), intende soltanto ed esclusivamente affermare che il diritto è un ordinamento e che quindi tutti i problemi giuridici devono essere posti e risolti come problemi di un ordinamento. La teoria del diritto

---

discussioni", così a p. VI della sua *Introduzione*. Non va sottaciuto come tale posizione si ricollega alla speculazione kelseniana, nel momento in cui il pensatore praghese nella *Prefazione* della edizione della *Reine Rechtslehre* del 1960 scrive: "poiché il problema della giustizia, in quanto problema collegato a valori, sta al di fuori di una teoria giuridica che si limiti ad un'analisi del diritto positivo, inteso come realtà del diritto, poiché tuttavia questo problema è di importanza capitale per la politica del diritto, ho tentato in appendice di enunciare che cosa di debba dire, da un punto di vista scientifico, su ciò e, in particolare, su una dottrina giusnaturalista". Come noto, la traduzione italiana non riporta tale appendice, che viene pubblicata in un volume assestante intitolato *Il problema della giustizia*, a cura di M. G. Losano, Torino, 1975 (si veda in proposito l'*Introduzione* di Mario G. Losano).

<sup>6</sup> *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 36.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 37.

diviene così un'analisi strutturale del diritto positivo, esatta nella massima misura possibile e liberata da ogni giudizio di valore etico-politico<sup>8</sup>.

## § 2. LA QUESTIONE DELLA EFFICACIA

Come evidente, questa prospettiva interpretativa tende a scindere in maniera netta il contenuto della proposizione predicata come giuridica dalla sua qualificazione, la quale non deriva in alcun modo da ciò che veicola, ma dalla forma che la stessa presenta. Con il termine forma si intende rimandare alla procedura con cui viene posta in essere da un potere legittimo. La qualificazione giuridica è pertanto una qualificazione formale e non sostanziale, nel senso che, come sopra ricordato, il contenuto della proposizione prescrittiva non rileva (in linea di principio) in una indagine intorno alla sua qualificazione (o meno) come giuridica. Un sistema dinamico di enunciati offre il chiaro esempio di come il contenuto degli stessi non rilevi al fine di qualificarli come appartenenti allo stesso (nel nostro specifico caso come un enunciato giuridico). La teoria generale del diritto, in perfetta armonia con la tradizione che separa il nostro fenomeno dalla morale, non si occupa del contenuto veicolato dallo stesso.

Non solo non indaga introno a ciò che viene definita la questione della giustizia, ma ritiene che nemmeno il problema dell'efficacia del diritto sia di sua competenza. È ancora Bobbio che ci suggerisce come “il problema dell'efficacia di una norma è il problema se quella norma sia o no seguita dalle persone a cui è diretta (i cosiddetti destinatari della norma giuridica) e, nel caso in cui sia violata, sia fatta valere con mezzi coercitivi dall'autorità che l'ha posta. [...] Si può dire che il problema dell'efficacia delle regole giuridiche è il problema *fenomenologico* del diritto”<sup>9</sup>.

L'indagine fenomenologica, al pari di quella deontologica, non è, pertanto, compito della teoria generale del diritto, che si occuperebbe solo dell'aspetto ontologico; infatti, “il problema dell'efficacia ci porta sul terreno della applicazione delle norme giuridiche, che è il terreno dei comportamenti effettivi degli uomini viventi in società, dei loro interessi contrastanti, delle azioni e reazioni di fronte alla autorità, e dà luogo alle ricerche intorno alla vita del diritto, nel suo sorgere, nel suo svolgersi, nel suo modificarsi, ricerche che di solito sono connesse a indagini di carattere storico e socio-

---

<sup>8</sup> *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 9 e 216.

<sup>9</sup> *Teoria della norma giuridica*, cit., pp. 38 e 39.

logico. Ne nasce quell'aspetto della filosofia del diritto che confluisce nella sociologia del diritto"<sup>10</sup>.

Se da un punto di vista interno alla disciplina, la ripartizione proposta da Bobbio risulta funzionale ad una settorializzazione delle ricerche giuridiche, che non confonda metodi ed obiettivi delle stesse, non così appropriata pare se confrontata con i presupposti fondativi del diritto all'interno della rappresentazione proposta dalla kelseniana *dottrina pura*. Ciò che richiama l'attenzione non è tanto la netta separazione fra lo studio degli ideali di giustizia e lo studio del diritto positivo, che raccoglie la tradizionale separazione fra diritto e morale, quanto il voler separare il problema della validità da quello dell'efficacia, la qual cosa – al di là della settorializzazione disciplinare, come pare essere quella proposta dal giurista torinese – non appare possibile seguendo, ad esempio, l'itinerario kelseniano.

Il pensatore praghese, rappresentando il diritto su uno sfondo caratterizzato da un sistema dinamico, sin dalle prime battute della sua *Reine Rechtslehre*, (pur avvertendo il lettore di come “la validità della norma è costituita da un dover essere e non da un essere, [pertanto] la validità della norma deve essere distinta [...] dalla sua efficacia, cioè dal fatto concreto di essere effettivamente applicata ed osservata, dal fatto cioè che si verifichi in concreto un comportamento umano conforme alla norma”), non disconosce l'intimo legame fra validità ed efficacia. Infatti, egli sottolinea come “una norma giuridica non è più considerata valida se resta perennemente inefficace. L'efficacia in tanto è condizione di validità, in quanto essa deve aggiungersi alla statuizione di una norma, affinché questa non perda la sua validità”<sup>11</sup>. Riconoscendo, per un verso, seguendo il lessico di Bobbio, che il problema ontologico è distinto dalla questione fenomenologica, e, per altro, come “la validità e l'efficacia di una norma non coincidono neppure cronologicamente. Una norma giuridica entra in vigore già prima di essere efficace, cioè osservata e applicata”, Kelsen ci propone un'argomentazione non dissimile da quella sviluppata da Wright nel momento in cui il logico finlandese accosta agli elementi necessari acciocché si dia una prescrizione la sanzione, quale elemento sì esterno all'enunciato, ma necessario affinché risulti prescrittivo. La sanzione, prima comminata e poi effettivamente erogata dal potere normativo è la condizione necessaria affinché la prescrizione sia tale, ovvero possa influenzare il comportamento del soggetto normativo. Nel caso della riflessione di Wright una prescrizione è tale per la presenza dei sei elementi sopra tratteggiati, ma anche (e soprattutto) in seguito della sanzio-

---

10 *Ibidem*, p. 44.

11 *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 20

ne comminata, che fa sì che la pressione normativa sia reale ed efficace. Anche nella prospettiva kelseniana, un enunciato prescrittivo risulta essere giuridico, quindi valido, non solo in considerazione della sua appartenenza ad un sistema dinamico qualificato come giuridico, ma anche in base alla sua concreta efficacia nel tessuto sociale ove venga immesso<sup>12</sup>. L'efficacia è, quindi, da non confondersi con la validità, ciò non di meno è propriamente la condizione di validità di una regola giuridica; senza la presenza della prima non si può correttamente predicare la vigenza della seconda.

Una esplicazione di tale postulato ci viene proposta dallo stesso Kelsen, il quale, discutendo intorno a legittimità ed effettività, rileva come “secondo la norma fondamentale di un ordinamento giuridico statale, il governo legittimo dello stato è il governo effettivo che, sulla base di una costituzione, statuisce efficaci norme generali e individuali”<sup>13</sup>. L'autore, per rendere lampante il suo pensiero, richiama il problema prettamente giuridico posto da una rivoluzione: “se la rivoluzione non avesse successo, è cioè se la costituzione rivoluzionaria (non prodotta cioè secondo le regole della vecchia costituzione) non divenisse efficace, gli organi in essa previsti non emanerebbero alcuna legge effettivamente applicabile dagli organi previsti da questa legge, ma resterebbe in vigore, in questo senso, l'antica costituzione, e non vi sarebbe motivo per presupporre una nuova norma fondamentale in luogo della vecchia. Allora si interpreterebbe la rivoluzione non come un procedimento per produrre nuovo diritto, bensì – secondo la vecchia costituzione e secondo il codice penale su di essa fondato e ritenuto ancora valido – come delitto di alto tradimento. Il principio che qui trova applicazione è detto «principio di effettività». Il principio di legittimità è limitato dal principio di effettività”<sup>14</sup>.

### § 3. EFFETTIVITÀ E *GRUNDNORM*

Se la concezione kelseniana di validità rimanda (nel senso che è dipendente) a quella di effettività, quest'ultima risulta intimamente connessa

---

12 Senza qui addentrarci nella questione della cosiddetta abrogazione per desuetudine di una disposizione giuridica (cfr. *ibidem*, pp. 242-243), più propriamente per Kelsen “un ordinamento coercitivo, il quale si ponga come diritto, può essere considerato valido solo quando sia efficace almeno nella sua gradi linee”, *ibidem*, p. 59. Il rapporto fra validità ed efficacia va quindi affrontato non tanto rispetto alla singola regola, quanto avuto riguardo al sistema di cui fa parte.

13 *Ibidem*, p. 237.

14 *Ibidem*, pp. 237-238. Cfr. anche *ibidem*, p. 63.

all'idea di norma fondamentale (*Grundnorm*), di cui si è fatto cenno nel § 2 del Capitolo secondo. A questa viene, infatti, fatta risalire la validità-effettività di un ordinamento giuridico. Va premesso come, nella prospettiva kelseniana, la norma fondamentale quale “norma suprema deve essere *presupposta*, in quanto non può essere posta da un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata. La sua validità non può essere più dedotta da una norma superiore, il fondamento della sua validità non può più essere discusso”. Quindi la presenza di tale norma ha un presupposto logico, per così dire di chiusura verso l'alto di un sistema dinamico. Non a caso, per Kelsen, “tutte le norme, la cui validità è riconducibile ad una stessa norma fondamentale, formano un sistema di norme, un ordinamento normativo. La norma fondamentale è la fonte comune della validità di tutte le norme appartenenti allo stesso ordinamento; è il fondamento comune della loro validità. [...] Questa norma fondamentale organizza in unità una pluralità di norme, costituendo il fondamento della validità di tutte le norme appartenenti a questo ordinamento”<sup>15</sup>.

Abbiamo già osservato come il concetto di validità risulti nella prospettiva kelseniana un concetto vuoto se non accompagnato, vivificato, da quello, ben più pregnante nella concreta vita giuridica, di effettività. È proprio la norma fondamentale che lega inscindibilmente i due concetti. Seguendo le argomentazioni del giurista praghese riscontriamo come “l'efficacia di un ordinamento non è fondamento della sua validità più di quanto lo sia il fatto concreto della sua statuizione”, il che sta a significare che il fondamento di un ordinamento giuridico non va ricercato solo nella sua efficacia né, tanto meno, nella sola sua posizione con un atto di volontà. “Il fondamento della validità (cioè la risposta alla domanda perché si debba obbedire alle norme di questo ordinamento giuridico) è la norma fondamentale presupposta, sulla cui base ci si deve conformare ad una costituzione effettivamente statuita ed efficace nella sue grandi linee e quindi alle norme effettivamente statuite in conformità a questa costituzione ed efficaci nelle loro grandi linee. Nella norma fondamentale, la statuizione e l'efficacia sono considerate condizioni della validità”<sup>16</sup>.

Al fine di meglio comprendere l'affermazione kelseniana è bene ricondurci a ritroso nella lettura della *Reine Rechtslehre* sino al punto *c* del § sesto: *la*

---

15 *Ibidem*, pp. 218 e 219.

16 *Ibidem*, p. 242.

*comunità giuridica e la banda di banditi*<sup>17</sup>. Per Kelsen vi è una sostanziale differenza fra i due insiemi, ma tale differenza non la si nota da un punto di vista soggettivo; infatti, entrambe ordinano “a qualcuno di consegnargli il denaro” (si pensi all’esattore delle imposte ed al celeberrimo *Fra Diavolo*<sup>18</sup>), prescrivono quindi “un certo comportamento umano sotto la «minaccia» di certi atti coercitivi, cioè di certi mali”<sup>19</sup>. Per Kelsen, dal punto di vista del soggetto che riceve l’ordine, “non esiste alcuna differenza fra la descrizione dell’ordine di un bandito e la descrizione dell’ordine di un organo giuridico. Una differenza si manifesta solo quando si descrive non il senso soggettivo, bensì quello oggettivo dell’ordine che un individuo rivolge all’altro”<sup>20</sup>. Infatti, seguendo il pensiero dell’autore, noi attribuiamo all’ordine dell’esattore delle imposte “il senso oggettivo di norma vincolante il destinatario [...] come l’applicazione o l’esecuzione di una norma oggettivamente valida statuente l’atto coercitivo”, in quanto *presupponiamo* l’esistenza di un fondamento per mezzo del quale è possibile qualificare un ordine come giuridico, perché “presupponiamo una norma, in base alla quale l’atto costituente è da considerarsi come un atto che statuisca norme oggettivamente valide e gli uomini che statuiscono questo atto come autorità costituente”. Presupponiamo, quindi, una *Grundnorm*, ma solo “*se* l’atto in questione è qualificato come atto costituente e *se* gli atti fondati su questa costituzione sono qualificati come atti giuridici”<sup>21</sup>. La differenza oggettiva fra il bandito e il funzionario delle imposte è pertanto meramente formale, il secondo è *giuridico* perché viene istituito all’interno di una catena di delegazione di regole (supposte) giuridiche in quanto derivata dalla ipotetica norma fondamentale; l’atto del bandito non può vantare questa derivazione e, pertanto, “vediamo nell’un caso una pura minaccia, cioè l’affermazione che *verrà* fatto del male, mentre nell’altro caso interpretiamo il comminare

---

17 *Ibidem*, pp. 57-63.

18 Al reale *Fra Diavolo*, Michele Arcangelo Pezza, guerrigliero legittimista, che a cavaliere tra Sette e Ottocento combatte i francesi in nome dei Borboni di Napoli, e non tanto al protagonista della *opéra-comique*, musicata nel 1830 da Daniel Auber su libretto di Eugène Scribe, *Fra Diavolo au l’Hôtellerie de Terracina*, in vero quasi dimenticata, dalla quale però è tratta l’immortale opera filmica del 1933 *Fra Diavolo* (*The Devil’s Brother*) interpretata da Stan Laurel ed Oliver Hardy.

19 *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 57.

20 *Ibidem*, pp. 57-58.

21 *Ibidem*, p. 59.

l'atto coercitivo nel senso che *deve* [da un punto di vista giuridico] essere inflitto un male"<sup>22</sup>.

Per Kelsen, "la giustizia non [può] essere una caratteristica atta a distinguere il diritto dagli altri ordinamenti coercitivi" e ciò "risulta dal carattere relativo del giudizio di valore, in base al quale si dice che un ordinamento sociale è giusto"<sup>23</sup>; in questa prospettiva l'atto del bandito non è illegittimo perché intrinsecamente ingiusto, a differenza dell'atto dell'esattore, che potrebbe ritrovare giustificazione richiamando il concetto di giustizia distributiva. Dal punto di vista soggettivo sono entrambi atti sconvenienti, fonte di *male* in quanto privazione (di parte) della proprietà, ma l'uno, poiché ricollegato ad una presupposta norma fondamentale, è legittimo, l'altro, in quanto non riconducibile ad una norma fondamentale, è considerato, dal punto di vista del primo, illegittimo.

Sorge ovvia una domanda: perché, scartando ogni riferimento all'idea di giustizia, l'atto del bandito non è riconducibile ad una norma fondamentale? La risposta al quesito è di fatto anticipata alla fine del precedente paragrafo, ove si fa riferimento al problema giuridico della rivoluzione. L'atto del bandito non si riconduce ad un ordinamento coercitivo presupposto come giuridico dal soggetto a cui si rivolge, in quanto la sua efficacia risulta incomparabilmente inferiore a quella dimostrata dall'ordinamento coercitivo statale, il quale, per questa semplice ragione si ammanta della qualifica di giuridico<sup>24</sup>. In questo senso, per il giurista praghese, "se [...] si pone il concetto di potere, allora il problema del rapporto fra validità ed efficacia viene a coincidere con quello, molto più corrente, di diritto e potere. E allora la soluzione qui prospettata è soltanto la formulazione scientificamente esatta dell'antica verità: il diritto non può esistere senza forza, però non si

---

22 *Ibidem*, p. 58.

23 *Ibidem*, p. 62. Per Kelsen, che teorizza in piena *guerra fredda*, "se si considera la giustizia come criterio proprio dell'ordinamento normativo da designare come diritto, allora non sono diritto, dal punto di vista dell'ideale comunista di giustizia, gli ordinamenti coercitivi capitalistici del mondo occidentale e, dal punto di vista dell'ideale capitalista, l'ordinamento coercitivo comunista dell'Unione Sovietica. Un concetto di diritto che conduca a queste conseguenze non può essere accettato da una scienza giuridica positivista", *ibidem*, pp. 62-63. Mi sono occupato del tema in *Formalismo sovietico. Delle teorie giuridiche di Vyšinskij, Stučka e Pašukanis*, Napoli, 1992.

24 Non va in proposito sottaciuto come Michele Pezza (*Fra Diavolo*) assunse nel 1799, su nomina regia, il grado di colonnello nell'esercito borbonico. Le fonti storiche sono discordanti sull'attribuzione del titolo nobiliare di Duca di Cassano.

identifica con la forza: secondo la teoria qui esposta, esso è un certo ordinamento (o una certa organizzazione) della forza”<sup>25</sup>.

In questo modo Bobbio riassume la posizione di Hans Kelsen: “norma giuridica è quella che, indipendentemente dalla forma che assume, dal contenuto che ha, dal fine che si propone, è posta dal potere sovrano, cioè da quel potere che in una data società non è inferiore a nessun altro potere, ma è in grado di dominare tutti gli altri”. In questo senso “una norma è sempre un’espressione di potere. [...] Risalendo dal potere inferiore al potere superiore, si arriverà pur sempre ad un potere che non ha al di sopra di sé alcun altro potere: questo è il potere sovrano nella sua definizione tradizionale di *summa potestas superiorem non recognoscens*. Ebbene, le norme giuridiche sono quelle poste e imposte da chi detiene il potere sovrano”<sup>26</sup>.

#### § 4. L’ABBAGLIO DEL DIRITTO SOGGETTIVO E LA PERDITA DELL’ESSERE UMANO

Come veniva accennato nel Capitolo precedente, la prospettiva giuridica fin qui seguita nel proporre una rappresentazione del diritto non può che concentrare la propria attenzione su ciò che viene definito come diritto *oggettivo*; ovvero, in prima istanza, come insieme di regole vigenti in un dato contesto storico-politico. Regole, seconda specificazione, che devono, pena la perdita d’ogni legittimità, venire poste in essere da un potere competente, ossia delegato a tale compito da un potere superiore e via discorrendo seguendo il rapporto di delegazione sino a giungere alla norma fondamentale, il principio fondante quello specifico ordinamento giuridico. Il diritto *oggettivo* è, pertanto, diretta emanazione del potere; per dirla ancora con Kelsen, è un determinato “ordinamento (o una certa organizzazione) della forza”. In questo contesto non vi è diritto che non sia legato alla forza dispiegata da una istituzione: l’istituzione che per eccellenza è preposta a porre prescrizioni di natura giuridica è lo *Stato*.

Il diritto si palesa, quindi, come una prescrizione posta in essere da un organo dello Stato; prescrizione che è sorretta dalla forza promanante da questa istituzione, forza che fa sì che le sanzioni comminate a fronte della non ottemperanza del precetto siano effettivamente erogate.

Tale impostazione sembra cozzare contro quell’idea di diritto *soggettivo* a cui, riproponendo una definizione formulata da Trimarchi, si è fatto cenno

---

25 *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 243.

26 *Teoria della norma giuridica*, cit., pp. 182-183.

nel precedente Capitolo. A ben vedere, l'autore qui richiamato parrebbe non negare la centralità del diritto oggettivo all'interno dell'esperienza giuridica, infatti egli afferma come "essenziale in questa posizione soggettiva è la libertà nel suo esercizio da ogni intervento o direzione esterna, *attribuendosi* al singolo una zona di potere nella quale egli può muoversi a suo criterio"<sup>27</sup>. Pertanto, è un potere che attribuisce al singolo una *zona* in cui egli è libero, potendo comportarsi a proprio piacimento; il potere statale istituisce e regola tale *zona* attraverso il diritto *oggettivo*.

In tal senso appare ancora più chiara la definizione proposta da Galgano, per il quale "il diritto soggettivo è, tradizionalmente, definito come un interesse protetto dal diritto oggettivo. Lo si può, più analiticamente, descrivere come la pretesa di un soggetto ad esigere da un altro soggetto l'osservanza di un dovere che una norma impone al secondo nell'interesse del primo"<sup>28</sup>. Sicché, in buona sostanza, al soggetto non è *riconosciuto* alcun diritto che non scaturisca dal potere statale, è da questo che viene *ascritto*, nel senso di attribuito, al soggetto un diritto. Il diritto cosiddetto *soggettivo* sarebbe, dunque, un abbaglio. L'unico diritto realmente riscontrabile risulterebbe quello contenuto nelle prescrizioni poste in essere dallo Stato<sup>29</sup>.

Lucidissima in proposito ancora una volta l'analisi kelseniana: all'espressione diritto soggettivo "si riferisce l'affermazione che un individuo ha il diritto di comportarsi in un certo modo. Con ciò non si può intendere null'altro che il fatto negativo che il comportamento in questione, nei riguardi di quell'individuo, non è giuridicamente vietato, che gli è permesso in questo senso negativo, che egli è libero di compiere o di omettere una certa azione"; se le cose stanno

---

27 Così P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 42 (corsivo mio).

28 F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 1985, p. 20. Sulla stessa falsa-riga pare porsi anche C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1975, p. 7.

29 Secondo Kelsen, "comunemente si definisce lo stato come un'organizzazione politica, ma in questo modo si esprime soltanto il fatto che l'ordinamento giuridico è un ordinamento coercitivo. Infatti, l'elemento specificatamente «politico» di questa organizzazione consiste nella coercizione esercitata da un individuo verso un altro individuo e regolata da questo ordinamento. Sono proprio questi atti coercitivi che l'ordinamento giuridico ricollega a quelle condizioni che esso stesso determina. In quanto organizzazione politica, lo stato è un ordinamento giuridico. [...] Per essere uno stato, l'ordinamento giuridico deve aver il carattere di un'organizzazione nel senso più stretto e specifico del termine, cioè deve istituire organi che lavorino secondo le regole della divisione del lavoro per la produzione e l'applicazione delle norme da cui esso è costituito; deve insomma presentare un certo grado di accentramento. Lo stato è un ordinamento giuridico relativamente accentrato", *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 318.

in questo modo, per il giurista praghese, “un diritto soggettivo [...] presuppone un corrispondente dovere giuridico, anzi, è costituito da questo stesso dovere”<sup>30</sup> Il diritto cosiddetto *soggettivo* andrebbe pertanto considerato come un diritto-riflesso; rileva ancora Kelsen “questo concetto di diritto soggettivo, che è il semplice riflesso di un dovere giuridico, cioè il concetto di un diritto riflesso, può come concetto ausiliario semplificare la descrizione dei dati giuridici, ma è superfluo dal punto di vista di una loro descrizione scientificamente esatta”<sup>31</sup>.

Ci troviamo di fronte ad una rappresentazione dell’esperienza giuridica che tende fortemente a ricondursi verso il diritto *oggettivo*, il diritto cioè posto dallo Stato, altresì detto diritto positivo, ogni forma di regolamentazione sociale, tanto da escludere (o ritenere non rilevante) la possibile vigenza di regole (giuridiche) non promananti direttamente (o indirettamente) dallo Stato. La regolamentazione sociale avviene esclusivamente attraverso le prescrizioni poste dallo Stato, non vi è altro diritto al di fuori del diritto statale (o di organismi internazionali costituiti da Stati).

Lo stesso protagonista della vita sociale, l’essere umano, viene rappresentato come essere intrinsecamente avulso dal diritto, dato che non è titolare di alcun diritto, all’incontrario, è, soggetto (*sub-iectus*, ovvero posto sotto) di diritto; infatti, diviene soggetto giuridico solamente nel momento in cui è investito dal diritto statale. Ed è questa particolare *persona* (intesa in senso etimologico, di *maschera*), che interessa ad un diritto così concepito.

È ancora Kelsen a tratteggiarci tale concezione ove perentorio afferma: “la persona fisica non è l’uomo che ha diritti e doveri, bensì un’unità di doveri e di diritti, aventi per contenuto il comportamento di un uomo. [...] Il fatto che l’uomo sia soggetto giuridico, soggetto cioè di diritti e di doveri, significa soltanto [...] che un comportamento umano è un contenuto di doveri giuridici e di diritti oggettivi, ed equivale pertanto a dire che un uomo è

---

30 *Ibidem*, pp. 148 e 153.

31 *Ibidem*, p. 150. In altro punto dell’opera richiamata egli sottolinea come “nell’ambito del diritto [...] l’autonomia esiste in un senso molto limitato ed improprio. Infatti nessuno può attribuire diritto a se stesso, poiché il diritto dell’uno è condizionato dal dovere dell’altro e tale rapporto giuridico [...] di regola può essere realizzato solo mediante la manifestazione di concorde volontà da parte di due individui. E questo avviene soltanto nella misura in cui il contratto è riconosciuto dal diritto positivo come fattispecie produttrice del diritto; pertanto, in ultima analisi, la determinazione giuridica deriva proprio da questo diritto positivo e non dal soggetto giuridico ad esso sottoposto, cosicché anche nel diritto privato non esiste una piena autonomia”, p. 195. Ebbi modo di sviluppare il tema dell’autonomia nel volume *Questioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005.

una persona ed ha la personalità. [...] Il problema della persona è in ultima analisi il problema dell'unità di un complesso di norme. [...] La cosiddetta persona fisica non è quindi un uomo, bensì l'unità personificata delle norme giuridiche che attribuiscono doveri e diritti al medesimo uomo”<sup>32</sup>.

Al fine di non ingenerare equivoci egli ci ben specifica come la persona fisica rappresentata nel diritto “non è una realtà naturale, bensì una costruzione giuridica creata dalla scienza del diritto, un concetto ausiliario nella descrizione di fattispecie giuridicamente rilevanti”<sup>33</sup>.

Appare utile concludere questa parte di riflessioni richiamato un autore come Riccardo Orestano, il quale, nel 1960, rilevava: “quando si pone al centro del «sistema» la «norma», si arriva più agevolmente a costruire le cosiddette situazioni soggettive [...] come valutazioni o qualificazioni operate dalla norma stessa. Ma allora appunto perché si è scelto un *principium individuationis* estrinseco e indifferente rispetto al *proprium* di ciascuna situazione, anche l'uomo vien ridotto al rango di una fattispecie fra le altre, un «oggetto», tanto, che, come abbiamo visto, il suo essere uomo finisce per apparire un dato metagiuridico, con la perdita irreparabile (sul piano logico) di ogni rilevanza giuridica della sua *humanitas*”. Da tutto ciò ne deriva per Orestano, “l'impossibilità di mantenere all'uomo una posizione «logica» differenziata rispetto alla categoria puramente formale di tutti i possibili «oggetti» di qualificazione giuridica”<sup>34</sup>.

Per singolare coincidenza, proprio in quello stesso anno, Kelsen così scriveva: “«persona» significa soggetto giuridico: e se è soggetto di un diritto-riflesso l'uomo, nei cui riguardi deve essere tenuto il comportamento dell'individuo che vi è obbligato, allora anche gli animali, le piante e gli oggetti inanimati, nei cui riguardi gli uomini sono obbligati a comportarsi in un certo modo, sono «soggetti» di un diritto a questo comportamento”<sup>35</sup>.

---

32 *La dottrina pura del diritto*, p. 198.

33 *Ibidem*.

34 *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in “Jus. Rivista di scienze giuridiche”, XV (1960), n.2, pp. 149 e segg.

35 *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 151.



## CAPITOLO QUARTO

# IL DIRITTO TRA PRESCRIZIONI, REGOLE TECNICHE E REGOLE DEFINITORIE

SOMMARIO: § 1. Il diritto tra prescrizione e regola tecnica; § 2. Ancora su il diritto come regola tecnica; § 3. Il diritto e regole definitorie (o, che dir si voglia, determinative)

### § 1. IL DIRITTO TRA PRESCRIZIONE E REGOLA TECNICA

Da quanto fin qui esposto parrebbe che il nostro oggetto d'indagine sia da ascriversi principalmente, se non esclusivamente, alle proposizioni di tipo prescrittivo<sup>1</sup>. A tale proposito rammenta Bobbio come "il positivismo giuridico è caratterizzato dal fatto che esso definisce costantemente il diritto in funzione della coazione, nel senso che vede in quest'ultima un elemento essenziale e tipico del diritto"<sup>2</sup>. In altro luogo lo stesso autore ci suggerisce "che le proposizioni di cui si compone un ordinamento giuridico appartengano alla sfera del linguaggio prescrittivo è vecchia dottrina, nota sotto il nome di teoria dell'imperatività del diritto, o delle norme giuridiche come comandi (imperativi)"<sup>3</sup>.

---

1 Cfr. per tutti le rigorose esemplificazioni proposte da R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, cit., pp. 3-11.

2 N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra*, Torino, 1961, p. 171.

3 *Id.*, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 123. Più oltre egli specifica, sulla scorta della riflessione di Karl Olivecrona come i precetti giuridici devono correttamente venire definiti *imperativi* e non *comandi* dato che i primi sono impersonali, non rivolgendosi a determinate persone, a differenza dei secondi che invece presuppongono una persona che comandi ed una (o più) che obbedisca. Gli imperativi, a maggior ragione quelli giuridici,

Che il giurista torinese, uno dei massimi del Novecento, si collochi lungo questa falsa-riga lo possiamo constatare osservando come egli, nel discutere di norma giuridica, ponga reiteratamente l'accento proprio su quelle proposizioni prescrittive, che Wright negli stessi anni analizza sia pur dal suo punto di vista di logico deontico<sup>4</sup>.

Ciò non di meno, è lo stesso Bobbio, pur ritenendo che le critiche mosse alla teoria prescrittivistica del diritto non siano consistenti<sup>5</sup>, ad evidenziare come, accanto a questa, possono collocarsi altre rappresentazioni del diritto non caratterizzate da questa tessitura. Abbandonando pertanto la centralità (se non l'esclusività) delle regole prescrittive nel designare il diritto e ricollegandoci ancora all'analisi di Wright possiamo in proposito richiamare innanzi a tutte le regole tecniche.

Queste, come osservato, si ricollegano direttamente agli imperativi ipotetici (se vuoi *A*, allora devi *B*), pertanto le regole tecniche risultano finalizzate al raggiungimento di un dato obiettivo, nel senso che il soggetto normativo, ottemperando alla regola consegue lo scopo prefissatosi. Al di là d'ogni richiamo alla riflessione kelseniana sull'imperativo giuridico ipotetico e sulle profonde differenze fra il rapporto di imputazione, che lo caratterizza – l'imperativo *deve* posto da una potere normativo – e il rapporto di causalità, proprio invece d'una proposizione (non prescrittiva, ma, all'incontrario) descrittiva, quali sono, a titolo d'esempio, le leggi della natura<sup>6</sup>, il riferirsi, nel rappresentare il diritto, ad una regola tecnica anziché ad una regola prescrittiva, fa sì che il soggetto normativo, cui la regola si riferisce, da mero *sub-iectum* (termine lessicalmente molto affine al *subditum*, ovvero colui che soggiace o sottostà al volere altrui), possa acquisire elementi di autonomia prima totalmente assenti o riconducibili soltanto all'opzione di incorrere o meno nella sanzione prima comminata nella prescrizione e poi erogata dallo stesso potere competente che l'ha posta in essere.

---

sono operanti indipendentemente dalla persona che li pone in essere. Cfr. *ibidem*, pp. 132-136. Il riferimento al giurista svedese va al suo *Law as Fact* del 1939 (vedi la trad. it. a cura di S. Castignone, Milano, 1967). Lo stesso Kelsen rileva come “non è esatto caratterizzare la norma in generale e la norma giuridica in particolare come «volontà» o «comando» del legislatore o dello stato, qualora con il termine «volontà» o «comando» si intenda l'atto di volontà dal punto di vista psichico”, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 19-20.

<sup>4</sup> Si vedano i capitoli terzo, quarto e quinto della richiamata *Teoria della norma giuridica*.

<sup>5</sup> Cfr. *Il positivismo giuridico*, cit., p. 284.

<sup>6</sup> In argomento si rimanda a quanto rilevato nel § 1 del Capitolo primo.

Una apertura alla rappresentazione del diritto come regola tecnica, quindi all'imperativo ipotetico di sapore kantiano, fa sì che il soggetto risulti vincolato per ciò che riguarda i mezzi prescritti per raggiungere il fine, ma lo si lasci libero nei confronti del fine stesso. La scelta del perseguimento o meno del fine sarebbe in certo qual modo la risultante d'un esercizio d'autonomia. All'interno di questo quadro, la regola giuridica risulterebbe menomata nella sua pretesa d'assoluta coercibilità. Soltanto le regole poste per il raggiungimento del fine sarebbero cogenti, non così obbligatorio appare invece il fine da raggiungere.

Al di là di ciò lo stesso *corpus* codicistico offre copiosi esempi di disposizioni redatte secondo i dettami delle regole tecniche: se i coniugi non ritengono opportuno che "il regime patrimoniale legale della famiglia" sia "costituito dalla comunione dei beni" (articolo 159 Codice civile), allora, debbono stipulare una convenzione matrimoniale ai sensi dell'articolo 162 del Codice civile, tenendo presente che "la scelta del regime di separazione [dei beni] può anche essere dichiarata nell'atto di celebrazione del matrimonio", così al comma secondo del predetto articolo; oppure: se il donatario "si è reso colpevole d'ingiuria grave verso il donante" (articolo 801 Codice civile), allora "la domanda di revocazione per causa d'ingratitude deve essere posta dal donante [...], contro il donatario [...], entro l'anno dal giorno in cui il donante è venuto a conoscenza del fatto" (articolo 802 Codice civile); o si pensi ancora ai contratti che "si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione", da cui all'articolo 2643 del Codice civile, al fine di offrirli piena validità.

Negli esempi sopra richiamati, la non ottemperanza delle regole poste per il conseguimento del fine ha come conseguenza negativa il non raggiungimento dello stesso; non si ravvisa quel tipo di sanzione che caratterizza, dall'esterno, le proposizioni prescrittive e che si palesa come (la minaccia di una) privazione di un bene a fronte di un comportamento difforme dalla prescrizione stessa. Ciò per due ragioni.

Per un verso il fine viene in autonomia prescelto dal soggetto a cui la regola si rivolge (comunione o meno dei beni, revoca o meno della donazione, conclusione o meno di una vendita immobiliare), nel senso che egli può scegliere liberamente se porsi o meno i fini per il raggiungimento dei quali la regola è stata posta; pertanto il richiamo e la conseguente ottemperanza alla regola è, per così dire, volontaria, quindi autonoma. A fronte, invece, delle vere e proprie prescrizioni il soggetto normativo è obbligato, pena la sanzione, ad ottemperare; egli non sceglie un determinato percorso od obiettivo, questo gli viene imposto dal potere normativo.

Per altro, nel caso in cui il soggetto volesse realmente perseguire un determinato fine, ma non ottemperasse alle regole prescritte per il suo legittimo con-

seguimento, la conseguenza sarebbe riconducibile soltanto alla mancanza del raggiungimento dello scopo prefissato e non vi sarebbero in linea di principio ulteriori aggravii a fronte di una sua condotta non collimante con le regole poste (ovviamente si esclude il caso della commissione di illeciti).

Appare fuori discussione che tali argomentazioni possano addursi soprattutto avuto riguardo ad una esperienza giuridica di sapore prettamente privatistico, che veda cioè nel Codice civile il suo punto di riferimento; qualora argomentazioni a favore d'una rappresentazione del fenomeno giuridico nei termini di regola tecnica vogliano traghettarsi verso i lidi del diritto pubblico, penale in particolare, si dovrebbe acconsentire a ridurre il portato dell'imperativo ipotetico ad un utilitaristico ragionamento introno all'opportunità a meno di (rischiare di) incorrere nella sanzione, tanto da formularlo lungo l'angusto asse del "se vuoi evitare la sanzione, devi ottemperare alla regola", e nel far ciò ci ricondurremmo a quanto sopra rilevato in merito alle proposizioni prescrittive.

## § 2. ANCORA SU IL DIRITTO COME REGOLA TECNICA

Queste ultime constatazioni ci indurrebbero a ritenere che l'innesto delle regole tecniche nell'ambito giuridico di fatto potrebbe condurci a riconoscere il discorso prescrittivo quale momento centrale ed ineludibile dell'incedere giuridico.

A meno che non si voglia, sulla scorta del neokantismo di Adolfo Ravà<sup>7</sup>, ritenere che il diritto quale regola tecnica sia strumento di fini *etiche*. Pur ritenendo che il diritto non possa in alcun modo venire assimilato ad un'esperienza morale<sup>8</sup>, ciò non di meno l'autore riconosce come "l'etica illumina e guida tutta la vita del diritto"<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Sul pensiero del giurista romano cfr., fra i molti, N. Tabaroni, *La terza via neokantiana. Della gius-filosofia in Italia*, Napoli, 1987 e M. Fracanzani, *Adolfo Ravà. Fra tecnica del diritto ed etica dello stato*, Napoli, 1998.

<sup>8</sup> Per Ravà, qualora il diritto si risolvesse in una norma etica perderebbe ogni autonomia riconducendosi alla morale, la qual cosa appare non possibile dato che nel campo del diritto è circoscritto il *lecito*, non il *doveroso*, che è, all'incontrario, determinazione etica; il diritto si caratterizza anche attraverso la coercibilità, un principio etico, per quanto doveroso, sottolinea Ravà, non può ammantarsi di coercibilità. Cfr. in merito *Il diritto come norma tecnica*, ora in *Diritto e stato nella morale idealistica*, Padova, 1950 (ma 1911).

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 93

La vita del diritto viene pertanto qui finalizzata alla realizzazione di un ideale etico; infatti, Ravà afferma “che il concetto di diritto, pur essendo logicamente distinto dall’ideale di perfezione, sia però con esso in intimo rapporto; crediamo insomma che il concetto del diritto implichi anche un criterio per valutare il diritto”<sup>10</sup>.

In questa prospettiva, il diritto come regola tecnica pone regole finalizzate ad un fine supremo, che viene individuato in ultima analisi nella conservazione dell’ordine sociale; ed è in funzione di questo obiettivo che il diritto dispiega nella società i suoi effetti. In questo contesto, l’ottemperanza alla regola è finalizzata non al raggiungimento di uno scopo individuale o, ancor peggio, ad evitare la sanzione, ma a conservare l’ordine sociale, il quale è recepito quale fine ultimo e politicamente sovraordinato ad ogni altro.

Il diritto viene dunque valutato rispetto alla capacità di promuovere la finalità per la quale si costituisce: per Ravà “il diritto è l’insieme di quelle norme le quali prescrivono la condotta che è necessario sia tenuta dai componenti la società acciocché la società stessa possa esistere”<sup>11</sup>. In tal senso il diritto può venire riconosciuto quale regola tecnica (o imperativo ipotetico): *se vuoi che la società sussista, allora devi conformarti al diritto*.

La conservazione della socialità è lo scopo ultimo del diritto e questo obiettivo è perseguito e garantito, nella speculazione di Ravà, dallo Stato, il quale assume perciò le sembianze di “un organismo etico”<sup>12</sup>.

Non pare però che nel pensiero di Ravà si insinui in modo profondo, al di là di certe assonanze lessicali, l’idealismo hegeliano; vi è sì presente una tensione verso l’etica nel momento in cui si riconosce il valore etico del fine del diritto, ciò non di meno questo si riduce (per così dire) alla sola garanzia della vita sociale, la quale non viene ulteriormente qualificata attraverso il richiamo a specifici valori (o disvalori). Per Ravà “le formule vuote delle norme devono empirsi di un contenuto di vita vissuta: ciò che deve essere bisogna che si compenetri intimamente con ciò che è, l’idea deve divenire realtà”<sup>13</sup>. È quindi la vita sociale stessa ad offrire, attraverso il suo costante esperire, contenuto alle “formule vuote delle norme”; i valori sociali pre-

---

10 Così A. Ravà nella *Recensione* al testo di Giorgio Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905 (il saggio di Ravà è consultabile in *Id.*, *Scritti minori di filosofia del diritto*, Milano, 1958, pp. 152 e segg.).

11 *Il diritto come norma tecnica*, cit., p. 26.

12 *Ibidem*, p. 93.

13 *Lo stato come organismo etico*, ora in *Diritto e stato nella morale idealistica*, cit., pp. 133-134 (ma 1914).

senti ed operanti nella “vita vissuta” per un verso la condizionano facendola essere ciò che è, per altro esigono un riconoscimento giuridico che può attuarsi soltanto nella loro istituzionalizzazione nel diritto.

Se, per Ravà, “l’idea deve divenire realtà”, inverarsi in questa, ciò non di meno l’ideale etico, che illumina l’imperativo ipotetico del diritto (“si riverbera sul diritto stesso”), non può pienamente cogliersi; questo “non può raggiungersi se non attraverso un’opera e con un cammino infiniti”<sup>14</sup>.

Possiamo pertanto riconoscere nel pensiero dell’autore la tensione ad un continuo ricercare il contenuto valoriale del diritto, che non può essere dato aprioristicamente: l’eticità non si risolve, infatti, in un sistema etico da riversarsi nel sistema giuridico, sì da renderlo di per sé *buono* (o giusto, che dir si voglia); piuttosto è la vita sociale, che è – in buona sostanza – il fine supremo a cui tende il diritto, ad offrire, nel suo evolversi e nel suo ricercare ineshausto, di volta in volta il contenuto. La vita sociale è di per sé fonte di eticità.

In questo suo porsi problematico Adolfo Ravà si accosta, sia pure indirettamente, alla prospettiva dell’*esperienza giuridica*, che vede in Giuseppe Caporassi il suo iniziatore, un incontro certamente ideale, i cui esiti pur tuttavia si potrebbero cogliere nell’opera di Enrico Opocher, allievo di entrambi e magistrale continuatore dell’itinerario capograssiano. Ma seguendo queste suggestioni ci addentriamo in un campo che qui non può essere indagato.

Rientrando nel seminato, constatiamo come vi sia uno stacco notevole fra una prospettiva che riconosce nel diritto un insieme di regole riconducibili a quelle tecniche e quella che, viceversa, ritiene che il nostro oggetto debba venire ricondotto ineludibilmente alle regole prescrittive.

Nel primo caso, infatti, il diritto quale regola tecnica è rappresentato come funzionale al raggiungimento di un obiettivo, una meta finale che è (se non individuata, quanto meno) condivisa dal soggetto normativo, il quale si attiva giuridicamente per raggiungerla. In questo contesto egli è un soggetto attivo, partecipa alla vita giuridica offrendo (quanto meno) assenso sugli scopi indicati e con il suo attivismo diviene l’attore della vita giuridica, a maggior ragione se coinvolto nel processo decisionale che porta alla determinazione degli scopi e delle regole giuridiche atte a raggiungerli.

In un certo qual modo una rappresentazione del fenomeno giuridico in chiave di regola tecnica si colloca lungo un itinerario volto al pieno riconoscimento dell’autonomia: il giuridico non risulterebbe legato esclusiva-

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 134.

mente alla qualificazione offerta dal potere normativo, ma implicherebbe per il suo sorgere il coinvolgimento dei consociati.

Nel secondo caso, viceversa, il diritto quale regola prescrittiva rende in nostro oggetto funzionale a veicolare un comando o, più propriamente, un imperativo, il quale è giuridico in quanto proviene da un potere riconosciuto come legittimo. Il diritto quale imperativo racchiuso in una proposizione prescrittiva non richiede per sussistere alcun coinvolgimento del soggetto normativo, che non sia quello di ottemperarne il disposto. Ci troviamo, quindi, di fronte ad un soggetto totalmente passivo che recepisce ed esegue la prescrizione inviata dal potere costituito; fra il primo e il secondo non vi è comunicazione, che non sia di tipo unidirezionale: imposizioni che dall'alto scendono verso il basso.

Le due prospettive si divaricano radicalmente: se nella rappresentazione del diritto come regola tecnica il soggetto appare, sia pure con tutti i distinguo del caso, un protagonista (primario o comprimario, comunque sempre partecipe) dell'esperienza giuridica; nel caso invece della rappresentazione del diritto nei termini di regola prescrittiva, il soggetto ci appare a tutti gli effetti un *sub-iectum*, in quanto entità totalmente succube alla volontà di colui che pone in essere l'imperativo. Ci troviamo di fronte a due prospettive completamente divergenti sia nei loro presupposti teorici, che nei loro esiti pratici.

### § 3. IL DIRITTO E REGOLE DEFINITORIE (O, CHE DIR SI VOGLIA, DETERMINATIVE)

Se osservate da un punto di vista prettamente sintattico, la maggior parte delle disposizioni giuridiche possiedono la forma verbale declinata nel modo indicativo; richiamando reminiscenze più o meno antiche possiamo senza dubbio affermare che il *modo indicativo* è il modo della certezza e della realtà, "si usa per indicare azioni che realmente accadono e di cui chi parla o chi scrive è assolutamente certo"<sup>15</sup>; è pertanto il modo utilizzato per descrivere un accadimento o uno stato di cose.

A titolo d'esempio si può richiamare, per ciò che riguarda il gioco del *Bridge*, la regola per la quale "i semi delle carte sono in ordine crescente fiori, quadri, cuori, picche"<sup>16</sup>, oppure, rifacendoci ai testi giuridici, l'articolo pri-

---

15 Così V. Cappellini, *sub voce Indicativo (modo)*, in *Dizionario grammaticale*, Novara, 1978.

16 Cfr., fra i molti, R. Pomodoro, *Imparate il Bridge con il sistema standard Italia. Manuale completo di licita e gioco della carta*, Trieste, 1989.

mo delle *Disposizioni sulla legge in generale* il quale recita: “sono fonti del diritto: le leggi, i regolamenti, le norme corporative, gli usi”. In entrambe le proposizioni viene declinato il verbo essere nel tempo presente del modo indicativo ed entrambe, descrivendo uno stato di fatto, allo stesso tempo concorrono assieme ad altre regole a delimitare (definire o determinare) un particolare ambito: per un verso quello del gioco del *Bridge*, per altro quello dell’ordinamento giuridico italiano.

L’insieme delle proposizioni contenenti regole definitorie (o determinative) ha, oltre alla funzione operativa di permettere l’attivazione e lo svolgimento corretto di un gioco (di carte o – si passi l’espressione – giuridico), anche quella di *descrivere* uno stato di cose, distinguendolo da altri (nel gioco di carte denominato *Whist* ed antesignano del *Bridge* non vi è, ad esempio, una gerarchia dei semi, così come nei sistemi di *Common Law* il sistema della fonti appare totalmente differente). Ci troviamo di fronte a proposizioni che – apparentemente – non possiedono carattere prescrittivo, ma soltanto descrittivo. Possiamo, infatti, constatare come le proposizioni con carattere prescrittivo, da cui alle regole prescrittive, sono tali perché utilizzano il verbo nel suo modo imperativo, infatti questo è il modo che indica un comando<sup>17</sup>.

Se dovessimo soffermarci solo alla forma verbale (ovvero, più propriamente, al modo del verbo), non potremmo concludere che riconoscendo come nel mondo del diritto vi sono regole (non prescrittive ma) definitorie (o determinative), e queste formerebbero la maggioranza assoluta delle regole giuridiche. Il modo imperativo non risulta pressoché usato; lo stesso utilizzo di forme deontiche (ovvero enunciati posti nei termini di *dovere*, *obbligo*, *divieto* e così via), non appare particolarmente consueto nel lessico usato nei Codici.

Infatti, qualora volessimo soffermare la nostra attenzione sui primi dieci articoli dedicati dal nostro Codice civile ai contratti (dall’articolo 1321 all’articolo 1331), riscontreremmo soltanto due volte la forma deontica *deve*, la quale compare al secondo comma dell’articolo 1326 e al comma secondo dell’articolo successivo; la stessa nozione di contratto è, come noto, redatta con il verbo nel modo indicativo (“il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”). Sembrerebbe quasi, avuto riguardo all’articolo 1321 ora richiamato, che il legislatore nel redigere tale nozione più che prescrive l’elemento patrimoniale quale necessario acciocché un accordo fra le parti

---

<sup>17</sup> Cfr. ancora V. Cappellini, *Dizionario grammaticale*, cit., alla voce *Imperativo (modo)*.

possa venire annoverato fra i contratti, prenda piuttosto atto di uno stato di fatto, per il quale il contratto è un accordo di natura patrimoniale prescindendo da ogni suo previo intervento. Attraverso questa constatazione (la natura patrimoniale), istituita nella nozione di contratto, sarebbe possibile distinguere tale particolare forma di accordo da altre, che natura patrimoniale non hanno (ad esempio il matrimonio di cui agli articoli 82 e seguenti del Codice civile).

Se nel Codice civile scarseggiano imperativi e forme deontiche, non per questo abbondano nel Codice penale, tutt'altro. Infatti, la sua parte speciale (quella che espressamente prevede i fatti da considerarsi reato e, per ognuno di essi, commina una pena), è interamente redatta con il verbo declinato nel modo indicativo: "Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque compie atti violenti diretti e idonei a sottoporre il territorio dello Stato o una parte di esso alla sovranità di uno Stato straniero, ovvero a menomare l'indipendenza o l'unità dello Stato, è punito con la reclusione non inferiore a dodici anni", così l'articolo 241 del nostro Codice penale con il quale legislatore inizia la lunga sequela delle descrizioni di quelle fattispecie astratte che danno vita ai reati (delitti e contravvenzioni).

La preferenza mostrata dall'estensore dei nostri Codici per l'indicativo accompagnata dallo scarso uso di enunciati deontici non significa affatto che egli voglia derogare alle sue potestà prescrittive, per addentarsi *in toto* nel terreno della descrizione – presa d'atto – di accadimenti e di stati di cose. Il legislatore, pur utilizzando il modo indicativo, *prescrive* una condotta da tenersi<sup>18</sup> a fronte di determinati eventi<sup>19</sup>; sicché al di là della forma verbale utilizzata, ci troveremmo di fronte a degli enunciati prescrittivi (la maggior parte delle volte in senso lato, molto di rado in senso stretto).

---

18 Come già sottolineato, non appare questa la sede per indagare intorno alla figura del destinatario della prescrizione codicistica: i consociati nel loro insieme, oppure, come alcune autorevoli prospettive dottrinali suggeriscono, le autorità chiamate a giudicare controversie. Cfr. N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, cit.

19 Cfr. in proposito R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, cit., pp. 7 e segg.



## CAPITOLO QUINTO

# ANCORA SU DIRITTO E REGOLE DEFINITORIE

SOMMARIO: § 1. Su alcune questioni intorno all'assoluta prescrittività del diritto; § 2. Ancora sulle regole definitorie (o determinative)

### § 1. SU ALCUNE QUESTIONI INTORNO ALL'ASSOLUTA PRESCRITTIVITÀ DEL DIRITTO

Appurato tale utilizzo del modo verbale, va, ciò non di meno, ancora considerata e discussa la questione intorno all'assoluta preminenza delle proposizioni prescrittive nel linguaggio giuridico, non tanto perché si voglia negare che il potere competente ponga in essere degli imperativi, piuttosto perché si ritiene che qualora volessimo ridurre tutto il diritto ad un imperativo posto da un potere costituito, affermando incondizionatamente l'equazione diritto-prescrizione, ci troveremo di fronte ad alcuni problemi di non semplice soluzione.

In generale, la riduzione delle proposizioni contenenti regole definitorie (o determinative) alle proposizioni prescrittive, non appare priva di criticità; infatti, se anche le regole che vengono designate da Wright come definitore in realtà sarebbero delle prescrizioni, allora queste, e, con una certa ragionevolezza, anche gli altri quattro tipi regole che esulano dai due qui richiamati, non risulterebbero altro che specificazione di uno stesso genere: le prescrizioni. In tal modo non si ravviserebbero regole al di fuori delle prescrizioni e tutta la classificazione tassonomica di Wright risulterebbe sterile se non indirizzata verso l'accertamento e l'analisi delle distorsioni che caratterizzerebbero le altre regole rispetto alla purezza delle regole prescrittive vere e proprie. In questo senso, volendo riconoscere in ogni re-

gola una ineludibile radice prescrittiva, tutti gli altri cinque tipi di regole enunciati da Wright si ridurrebbero a delle mere specificazioni di un unico genere, che ritroverebbe il proprio paradigma nelle regole prescrittive. Risulterebbero essere delle specificazioni spurie, in quanto monche di quella completezza negli elementi che caratterizza invece le regole prescrittive così come vengono descritte dal logico finlandese. Sarebbero, in ogni caso, pur sempre delle declinazioni, sia pure imperfette, del genere prescrizione. Tutto ciò ci porterebbe a riconosce come qualsiasi regola, in qual si voglia modo concepirla ed enunciarla, risulterebbe pur sempre riconducibile alle prescrizioni.

Un secondo problema va considerato dal nostro particolare punto di vista; se il diritto nelle sue varie articolazioni va sempre ricondotto agli enunciati di tipo prescrittivo, ritenendo, quindi, che nonostante esso possa palesarsi agli occhi dell'osservatore a volte sotto forma di regole tecniche altre nella forma di regole definitorie (o determinative), queste in realtà celino in ogni caso costruzioni prescrittive; il diritto nel suo complesso si ridurrebbe sempre ad un imperativo. Se dal punto di vista d'una analisi lessicale ciò potrebbe non rappresentare un problema (in quanto mera constatazione di un dato di fatto), da altro punto di vista, ovvero quello legato al ruolo che il diritto svolge nella vita sociale, il discorso pare diverso. Infatti, ridurre il diritto a sola prescrizione implica l'isolare lo stesso dal tessuto sociale nel quale opera, nel senso di negare ogni derivazione del diritto dalla realtà fattuale per legarlo indissolubilmente alla volontà del potere normativo. Il diritto, lungi dall'apparire una forma di regolamentazione, la quale ritrova la propria fonte (anche) nella realtà sociale che è chiamata ad ordinare, risulterebbe, all'incontrario, essere fattore ordinatore esterno nelle esclusive mani del potere costituito<sup>1</sup>.

Ancora una volta si assisterebbe, per un verso, alla riduzione del soggetto normativo ad una sorta di *sub-iectus* inanimato e totalmente dipendente dal potere normativo; per altro, quest'ultimo risulterebbe, in linea di principio, del tutto indipendente dalla realtà fattuale che ritiene di dover ordinare; le dinamiche presenti nella società non influirebbero, sempre in linea di principio, in alcun modo sulla natura delle prescrizioni poste dal potere, essendo queste dipendenti esclusivamente dalla sua volontà (e, ovviamente, dalla sua capacità di farsi valere nel contesto sociale che pretende di ordinare). In questo senso, l'unico criterio di valutazione di una attività

---

<sup>1</sup> Mi permetto in proposito di rimandare al mio *Il regolo di Lesbo. Note sulla giurisprudenza tra diritto e legge*, Trieste, 2023.

esclusivamente prescrittiva sarebbe la sua operatività, la sua capacità di rendere effettivo l'imperativo giuridico. Da qui la commistione tra validità ed effettività che caratterizza, come visto, il pensiero kelseniano.

Quindi, slegare, per un verso, il diritto dagli obiettivi propri al contesto in cui dispiega i suoi effetti, negarlo quale regola tecnica finalizzata al raggiungimento di scopi sociali che sussistono anche in assenza di una prescrizione, non ritenere, per altro, che lo stesso possa recepire e istituzionalizzare ciò che è presente nella società, sempre a prescindere da una prescrizione su di essa, ci porta, assumendolo quale regola prescrittiva (più o meno pura), al riconoscimento del suo essere mero dispiegamento di una volontà di potenza che non può che sorreggersi sulla forza che effettivamente dispiega. Il suo essere realmente coercibile è il criterio cardine su cui si baserebbe l'intera vita del diritto.

Un'ultima constatazione va ancora effettuata: se il diritto venisse concepito soltanto come una prescrizione, allora la consuetudine, frutto di una legalità sociale diffusa e non di un imperativo, non avrebbe cittadinanza nel terreno contrassegnato dal diritto a meno che, come sottolinea Hans Kelsen, non vi sia una regola prescrittiva che richiami ed autorizzi l'utilizzo della consuetudine in ambito giuridico<sup>2</sup>. Ancora una volta tutto il giuridico viene ricondotto e ridotto a prescrizione (quindi a potere<sup>3</sup>).

Proseguendo lungo questa prospettiva si deve con coerenza ritenere che il diritto si riduca a coazione esercitata su un soggetto normativo. Così rappresentato il fenomeno giuridico non può che ritenersi il frutto d'un rapporto verticistico ed unidirezionale: l'imperativo giuridico discende dall'alto verso il basso<sup>4</sup> e, a prescindere da ogni possibile legittimazione del potere normativo, non può che ridurre il destinatario in una condizione

---

2 Kelsen sin dalle prime battute della sua *Reine Rechtslehre* sottolinea come "il senso soggettivo degli atti che costituiscono la consuetudine può essere interpretato come una norma oggettivamente valida solo se la consuetudine è elevata a fonte di diritto da una norma superiore", *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 18. Tale affermazione troverà poi specificazione nel prosieguo della trattazione kelseniana ed in particolare nel § 35, b (pp. 254 e segg. della trad. it. cit.).

3 Per Kelsen "la soluzione qui prospettata è soltanto la formulazione scientificamente esatta dell'antica verità: il diritto non può esistere senza la forza, però non si identifica con la forza: secondo la teoria qui esposta, esso è un certo ordinamento (o una certa organizzazione) della forza", *ibidem*, p. 243.

4 In questo contesto Natalino Irti ebbe a specificare come "il carattere della giuridicità non sale dal basso verso l'alto, ma discende dall'alto verso il basso, dalla fonte ai soggetti", così in *Società civile. Elementi per una analisi del diritto privato*, Milano, 1992, p. 133.

di perenne oppressione, di soggetto *pressato* da potestà sovrastanti con le quali non può instaurare alcuna forma di dialogo, non potendo che accettare passivamente l'ordine impostogli, a meno che non decida di opporvisi incorrendo però (con tutta probabilità) nella sanzione comminata accanto alla prescrizione. Per quanto sia legalmente organizzata all'interno di un ordinamento giuridico, si tratterebbe pur sempre di oppressione.

L'assoluta eteronomia di un rapporto giuridico così rappresentato si declina lungo la prospettiva segnata dal comando corredato dalla minaccia d'una sanzione che, nel caso di non ottemperanza, verrà erogata. In questo modo il rapporto giuridico si colloca su di un'asse alle cui estremità ritroviamo, da una parte, il sovrano e, dall'altro, il suddito.

## § 2. ANCORA SULLE REGOLE DEFINITORIE (O DETERMINATIVE)

Rientrando nel seminato, constatiamo come anche la non ottemperanza di una regola definitoria non appare scevra da conseguenze per quanto la stessa non necessiti, come osservato, la contemporanea statuizione di una sanzione e ciò la accomuna, nell'analisi di Wright, agli altri tipi di regole che non siano quelle propriamente prescrittive. Se nel caso delle regole tecniche il non seguire le indicazioni contenute nella stessa ha come conseguenza il non raggiungimento dello scopo, la non ottemperanza della regola definitoria ha come conseguenza negativa l'estraneazione del soggetto dal contesto che la stessa (meglio, l'insieme di regole definitorie fra loro ordinate) determina. Infatti, a titolo d'esempio, il non seguire, fra le altre, la regola che impone nel gioco del *Bridge* una gerarchia dei semi, fa sì che l'eventuale giocatore non possa venire annoverato fra i cosiddetti *bridgisti*, ovvero, non seguendo le regole di tale gioco, non appartiene a tale comunità. Lo stesso vale per chi muove i pezzi del gioco degli *Scacchi* con altre regole rispetto a quelle poste per determinare e distinguere questo gioco da altri giochi di simulazione, ad esempio la *Dama* (si rammenta come la *damiera* ha tradizionalmente lo stesso numero di caselle della *scacchiera*, ovvero sessantaquattro – nelle competizioni internazionali di *Dama* si usa la cosiddetta damiera francese con cento caselle).

Colui o coloro che non ottemperassero le regole giuridiche, qualora queste fossero intese quali regole definitorie (o determinative), si estranierebbero di fatto dal contesto (sociale) che tali regole determinano. Infatti, è lo stesso contesto, frutto di tali regole, a porre al *bando*, escludendoli dalla comunità, colui o coloro i quali le infrangono attraverso comportamento

difformi da quelli previsti. Tali comportamenti difformi generano allo stesso tempo, ma su due piani diversi, fenomeni come la devianza ed il reato (o, più in generale, l'illecito). Pertanto, da un lato, scelta, anche implicita, di estraneazione e, dall'altro, quale reazione, esclusione dal contesto determinato dalle regole non ottemperate.

Il diritto così considerato appare come un insieme regole caratterizzanti il (e condivise nel) contesto sociale ove vigono, un insieme di regole non necessariamente poste in essere da un potere normativo tramite una serie di prescrizioni e non necessariamente seguite a causa di dirette minacce sanzionatorie. Se, attraverso il recupero delle regole determinative ci allontaniamo dalla rappresentazione del diritto come imperativo, non per questo si nega loro il carattere della doverosità; infatti, la loro ottemperanza è vincolante se il soggetto vuole restare all'interno di un dato contesto comunitario, il quale fa di queste regole il proprio imprescindibile nucleo costitutivo; disattenderle implica esserne esclusi, quindi, banditi venendo meno ai *munia*.

Va effettuata ancora una considerazione; se la sanzione comminata a corredo della prescrizione è confezionata come minaccia di una privazione di un bene<sup>5</sup>, tale minaccia può essere recepita quale momento preventivo e, quindi, dissuasivo di un comportamento non conforme. Riconducendo l'intero fenomeno giuridico alle proposizioni prescrittive, la sanzione ha indubbia funzione preventiva (da cui alle teorie della pena come prevenzione nelle sue due declinazioni di prevenzione speciale e di prevenzione generale), nel senso che, come del resto evidenzia Wright, la sua presenza è indispensabile acciocché la prescrizione ritrovi (probabile) attuazione da parte del soggetto normativo, il quale ottempera l'imperativo per evitare una conseguenza spiacevole. Se, invece, la sanzione viene inquadrata in una cornice che vede il diritto sostanzialmente accostarsi alle regole determinative, allora la stessa si stacca da una sua rappresentazione in chiave prettamente preventiva per assumere altri significati.

Uno di questi potrebbe venire ricercato e ritrovato all'interno d'una prospettiva contrassegnata da una pena quale retribuzione, nello specifico significato offertoli dall'opera di Giuseppe Bettiol<sup>6</sup>. Appare fuori dubbio che per

---

5 Per Hans Kelsen, "un'altra caratteristica comune agli ordinamenti sociali designati come diritto è l'essere coercitivi, nel senso che essi reagiscono a certe circostanze, ritenute indesiderabili perché dannose alla società [...] con un atto coercitivo (cioè un male come la privazione della vita, della salute, della libertà o di beni economici o di altro genere), che deve essere applicato al destinatario anche contro la sua volontà e, se necessario, con il ricorso alla forza fisica, cioè coercitivamente", così ne *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 45.

6 Sul pensiero di Giuseppe Bettiol cfr. G. Marini, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofica*, Napoli, 1992 e S. Riondato, *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontano Giu-*

il penalista or ora richiamato, una violazione del diritto dia vita ad un reato e abbia profili formali (violazione di una precisa disposizione penale) e profili sostanziali (un'aggressione alle condizioni di esistenza di una società)<sup>7</sup>, a cui deve seguire una reazione da parte della società (*rectius*, dello Stato). Questa reazione deve però essere totalmente scevra da criteri di utilità, fra i quali va annoverata l'idea di prevenzione; la pena erogata, per Bettiol, deve "salvaguardare un ordine morale sul quale anche la socialità riposa" e deve essere "ispirata ad un criterio etico retributivo"<sup>8</sup> tale che premetta il reinserimento del reo nella società. Con la *retribuzione* offertagli dalla pena il reo, nel pagare il suo debito nei confronti del contesto sociale che ha offeso e dal quale si è estraniato, può rientrare nello stesso riappropriandosi di quelle regole che lo caratterizzano e che egli prima ha infranto. Rientra cioè nello spazio giuridico contrassegnato da un diritto inteso come regola determinativa.

Nella prospettiva bettioliana la sanzione non ha tanto la funzione di prevenire ed evitare comportamenti difforni dagli imperativi (penali), quanto, all'incontrario, senza per questo voler negare la necessità di erogare pene a fronte di comportamenti che infrangono le regole<sup>9</sup>, quella di reinserire il reo in un alveo di conformità alle regole e, quindi, di ricondurlo entro il perimetro sociale contrassegnato dal diritto<sup>10</sup>.

Il piano prospettico su cui si colloca tale concezione del diritto e, conseguentemente, le sanzioni da erogarsi a fronte di un comportamento illecito, appare, pertanto, diverso da quello che individua nel nostro oggetto un mero enunciato prescrittivo da solidificarsi attraverso la minaccia di sanzioni. Nella prima, il soggetto risulta centrale in quanto direttamente coinvolto nella determinazione, nel consolidamento e nell'evoluzione del contesto sociale in cui si colloca, nella seconda, all'incontrario, questo appare funzionale ad un ordine giuridico che lo sovrasta e lo spersonalizza rendendolo *sub-iectum* attraverso un suo uso strumentale.

---

*seppe Bettiol*, Padova, 2005.

7 Cfr. G. Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1980, pp. 12-13.

8 *Ibidem*, p. 110 e p. 117.

9 Scrive Bettiol: "la pena trova in sé stessa la sua ragion d'essere perché è uno dei valori morali cardinali di un mondo legato al riconoscimento della dignità, della autonomia, della libertà dell'uomo", *ibidem*, p. 108.

10 Cfr. in tema G. Marini, *Giuseppe Bettiol*, cit.

## CAPITOLO SESTO

# LE REGOLE IDEALI E IL DIRITTO

SOMMARIO: § 1. Le regole ideali ed il diritto; § 2. Diritto, morale e regole ideali

### § 1. LE NORME IDEALI ED IL DIRITTO

Se, come osservato, non appare agevole stornare completamente il diritto dalle regole tecniche e da quelle definitorie, allo stesso modo risulta difficoltoso ritenere che il fenomeno giuridico non abbia punti di contatto con quelle che Wright definisce regole ideali, le quali racchiudono enunciati relativi a comportamenti ritenuti, per l'appunto, ottimali e verso i quali l'agire del destinatario dovrebbe essere teso.

Un insieme di principi, riconducibili alle regole ideali, in quanto contenenti modelli comportamentali da emulare, può rappresentarsi quale uno dei momenti fondanti un ordinamento giuridico e, quindi, venire ricompreso a pieno titolo nel diritto. Questi possono declinarsi sia come indicazioni rivolte esplicitamente agli organi competenti nel porre e nell'amministrare il diritto, che quali vere e proprie regole di condotta (ideali) rivolte ai consociati<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> In fase introduttiva abbiamo già fatto cenno all'articolo 52 del dettato costituzionale, che statuisce il *sacro dovere* della difesa della Patria, richiamando il cittadino ad un comportamento *ideale*; sia pur in contesti meno drammatici, anche coloro che sono chiamati a funzioni pubbliche "hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore". In tale modo il comma secondo dell'articolo 54 del dettato indica al funzionario pubblico un comportamento ideale da perseguire.

Al fine di esemplificare tale innesto nella vita giuridica, vanno esaminati due fenomeni, fra loro distinti, che caratterizzano certe forme di vita del diritto: da un lato i cosiddetti sistemi giuridici a fonte divina, e, dall'altro, le teorie che subordinano il dispiegarsi concreto del diritto (delle sue specifiche regole) a dei principi inderogabili che lo sovrastino. Se nel primo caso non si può che far riferimento, per ciò che concerne il mondo del diritto a noi più vicino, agli ordinamenti canonici, islamici e ebraici tradizionali, per il secondo insieme vanno, sempre a titolo di esemplificazione, richiamate le teorie di Donald Dworkin e il complesso sviluppo in terra europea del cosiddetto neo-costituzionalismo (volendo qui tacer sulla *vexata quaestio* del giusnaturalismo).

Volendo prendere da prima in considerazione i sistemi giuridici a fonte divina, non si può che constatare come questi riconoscano quale loro primaria ed inderogabile fonte la *Rivelazione*, che ritrova la fonte di ricognizione principale nei Testi sacri (l'*Antico testamento* nella tradizione ebraico-cristiana a cui si aggiunge, per ciò che concerne il mondo islamico *Il Corano*). Non è nostro compito addentrarci all'interno di tali sistemi al fine di coglierne gli elementi precipui<sup>2</sup>; a fronte del riconoscimento d'una fonte (legislativa) divina non possiamo, a prima vista, che ricondurre tali sistemi ad un insieme organizzato di prescrizioni e, pertanto, ritenere che solo apparentemente contengano delle regole ideali. Rammentiamo, infatti, come Wright annovera fra le prescrizioni i comandi provenienti da un potere normativo teonomico: "chiamiamo *teonome* le prescrizioni che si ritengono provenire da un agente sopra-empirico. Tali prescrizioni si chiamano anche ordini o leggi di Dio"<sup>3</sup>.

Considerando utile seguire ancora le indicazioni del logico finlandese, non si può allora che ritenere come tali sistemi giuridici risultano composti da prescrizioni e non da regole ideali; si pensi al *Decalogo* (comunemente nominato come *I Dieci comandamenti*) tratto dal *Esodo*, 20, 1-17 o dal *Deuteronomio*, 5, 6-21, veri e proprio imperativi posti dalla Divinità e che costituiscono, ad esempio, nella tradizione ebraica il fondamento dei *613 Precetti*

---

2 Cfr. in merito, fra i molti, S. Ferrari (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam, induismo*, Bologna, 2008, H. P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, trad. it. Bologna, 2011 (ma Oxford-New York, 2010), M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000 e R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. it. Padova, 1980 (Paris, 1964).

3 G. H. von Wright, *Norma e azione*, cit., p. 121.

(*mitzvòt*), dai quali si dispiega l'ordinamento giuridico tradizionale: non, quindi, regole ideali, ma, all'incontrario, vere e proprie prescrizioni.

Ciò non di meno, osservando lo svolgersi di tali ordinamenti, possiamo ravvisare all'interno di questi ordinamenti regole giuridiche dai connotati riconducibili alle regole ideali. È, ad esempio, il caso dei *canoni* 224-231 (Libro secondo – *Il popolo di Dio*, Parte prima – *I fedeli cristiani*, Titolo secondo – *Obblighi e diritti dei fedeli cristiani* del Codice di diritto canonico). Vale la pena richiamare per esteso alcuni *canoni* dal Codice di Diritto canonico vigente al fine di meglio comprendere la commistione fra regola prescrittiva e regola ideale. A tale proposito il Canone 225, al § primo recita: “I laici, dal momento che, come tutti i fedeli, sono deputati da Dio all’apostolato mediante il battesimo e la confermazione, sono tenuti all’obbligo generale e hanno il diritto di impegnarsi, sia come singoli sia riuniti in associazioni, perché l’annuncio divino della salvezza venga conosciuto e accolto da ogni uomo in ogni luogo; tale obbligo è ancora più urgente in quelle situazioni in cui gli uomini non possono ascoltare il Vangelo e conoscere Cristo se non per mezzo loro”. Il § secondo del detto Canone afferma: “Sono tenuti anche al dovere specifico, ciascuno secondo la propria condizione, di animare e perfezionare l’ordine delle realtà temporali con lo spirito evangelico, e in tal modo di rendere testimonianza a Cristo particolarmente nel trattare tali realtà e nell’esercizio dei compiti secolari”. Altrettanto indicativo di una tensione verso un comportamento ideale appare il Canone successivo, il 226, che al § primo stabilisce: “I laici che vivono nello stato coniugale, secondo la propria vocazione, sono tenuti al dovere specifico di impegnarsi, mediante il matrimonio e la famiglia, nell’edificazione del popolo di Dio”; al § secondo rimarca che “I genitori, poiché hanno dato ai figli la vita, hanno l’obbligo gravissimo e il diritto di educarli; perciò spetta primariamente ai genitori cristiani curare l’educazione cristiana dei figli secondo la dottrina insegnata dalla Chiesa”.

Si coglie in modo indubitabile uno sprone al fedele ad assumere un comportamento che vada ben al di là di una mera adesione e conseguente conformità ai precetti posti; si richiede e si stimola il soggetto normativo ad una vita cristianamente attiva, attratta cioè da modelli ideali che devono ispirare il suo vivere quotidiano; si pensi, a titolo di esemplificazione, al dovere statuito “di animare e perfezionare l’ordine delle realtà temporali con lo spirito evangelico”.

Ci troviamo di fronte ad una serie di proposizioni (giuridiche) prescrittive non scevre però da elementi riconducibili a regole ideali; quasi che il potere normativo voglia additare al destinatario un comportamento, per così dire,

*super-conforme*; un tipo di comportamento descritto, per l'appunto, nelle regole ideali<sup>4</sup>.

Che le regole ideali non siano del tutto estranee ad un sistema di proposizioni giuridiche, potrebbe confermarsi anche attraverso il richiamo ad alcuni istituti presenti in ordinamenti a fonte non divina (quegli ordinamenti, per dirla ancora con Wright, "le cui autorità sono agenti empirici"<sup>5</sup>). A tale proposito va menzionata una prerogativa, presente nell'ordinamento italiano ed attribuita dal dettato costituzionale al Presidente della Repubblica. Ai sensi dell'articolo 87, comma dodicesimo, tale Ufficio "conferisce le onorificenze della Repubblica"; queste attestano una particolare benemerita sociale acquisita da un soggetto attraverso un comportamento *super-conforme*, un comportamento cioè non riconducibile alla mera ottemperanza delle disposizioni giuridiche vigenti (per le quali tutt'al più è prevista l'erogazione di una sanzione negativa in caso di non ottemperanza<sup>6</sup>). Se riscontriamo nell'ordinamento tale istituto, collegato ai cosiddetti *ordini cavallereschi* della Repubblica, allora dobbiamo ritenere che l'ordinamento stesso presupponga e riconosca l'esistenza e la rilevanza giuridica di regole ideali, che ispirano comportamenti socialmente più che benemeriti e perciò premiati giuridicamente.

---

4 Tale tensione non è riscontrabile solamente nell'ambito di ordinamenti giuridici *a fonte divina*, se, nel *Codice del matrimonio e della famiglia* adottato nel 1969 dalla Repubblica socialista federativa sovietica russa possiamo, all'articolo 52, leggere: "il genitori devono educare i propri figli nello spirito del codice morale dell'edificazione del comunismo". Cfr. in tema G. Codevilla, *La libertà religiosa nell'Unione sovietica*, Milano, 1985.

5 G. H. von Wright, *Norma e azione*, cit., p. 121.

6 Tralasciamo in questa sede di soffermarci sulle cosiddette sanzioni positive, ovvero incentivanti, a fronte di comportamenti ritenuti utili alla collettività. Essendo tali comportamenti espressamente previsti dalla normativa non possono in alcun modo venire definiti *super-conformi*, ovvero al di là di ciò che di norma l'ordinamento richiede; il *diritto promozionale*, da cui alla sanzione positiva, ha natura diversa dal diritto premiale, se non altro perché il primo, in quanto espressamente prevede la sanzione positiva da erogarsi, dà vita a quello che Kelsen definirebbe un rapporto di imputazione (la sanzione deve essere erogata, in quanto il soggetto è stato investito da una disposizione che la prevede). La conseguenza positiva di un comportamento ricollegabile al *diritto premiale* non è né preventivamente istituita, né tanto meno *deve* essere erogata (banalmente chi pone in essere un comportamento *super-conforme*, non ha *diritto* al premio, da cui all'onorificenza, diritto che invece acquisisce colui che pone invece in atto un comportamento previsto in un cosiddetto *diritto promozionale*).

## § 2. DIRITTO, MORALE E NORME IDEALI

In definitiva pare che, pur riconoscendo la presenza e la preminenza della componente prescrittiva all'interno delle regole giuridiche, queste non siano del tutto avulse anche da elementi riconducibili alle regole ideali. Tutto ciò potrebbe ritrovare ulteriore conferma volendo in questa sede richiamare non tanto esperienze giuridiche concrete, quali i sistemi a fonte divina e l'istituto della premialità presente anche nell'ordinamento italiano, quanto teorie (prescrittive) sul diritto come il sopra citato neo-costituzionalismo.

Tale corrente di pensiero giuridico si ricollega idealmente al *Taking Rights Seriously* di Donald Dworkin<sup>7</sup>, che, in aperta polemica con il positivismo giuridico, critica la separazione fra il diritto e la morale ritenendo che accanto alle regole giuridiche vere e proprie (poste cioè dall'organo competente) debbano ritrovare vigore dei *principles* il cui compito sia quello di integrare le *rules*. Un ordinamento giuridico, per rispondere alle esigenze di giustizia che promanano dalla società ove questi opera, deve rendere complementari *rules* e *principles*, non potendo ridursi alla sola applicazione di regole poste dai poteri competenti. In un certo qual modo si può ritenere che le *rules* debbano venire applicate tenendo conto non tanto della struttura formale dell'ordinamento, ma della loro aderenza alle esigenze morali presenti nel contesto sociale ove l'ordinamento dispiega i propri effetti. In questo senso gli operatori del diritto devono tendere più che ad una applicazione formalisticamente corretta della regola giuridica preposta alla regolamentazione del caso concreto, a far sì che la stessa possa accordarsi armonicamente con le esigenze di giustizia presenti nella società e di volta in volta espresse nei *principles*. Vi sono pertanto degli *standards*, frutto di un'esigenza sociale di giustizia, verso i quali l'operato degli organi competenti deve venire attratto. In questo modo l'attività giuridica si ricollega e si fonde con un'interpretazione il cui percorso viene informato dai *principles*, rispetto ai quali la stessa verrà valutata<sup>8</sup>.

Traspare chiaramente la volontà di riunificare all'interno dell'opera di ordinamento giuridico della società il diritto e la morale, riducendo quello iato che la prospettiva giuridica moderna aveva creato. Per Dworkin il diritto, di fatto, è la risultante dell'incontro fra regole prescrittive poste dall'organo normativo e i principi vigenti nel conteso sociale; in tal sen-

---

<sup>7</sup> Vedi *I diritti presi sul serio*, trad. it. Bologna, 2010 (ma Massachusetts, 1977).

<sup>8</sup> Cfr. *L'impero del diritto*, trad. it. Milano, 1989 (ma Massachusetts, 1986).

so, si può ravvisare nel pensiero dello studioso statunitense una tensione a rendere effettive, attraverso un processo di attuazione del diritto, quelle che Wright definirebbe regole ideali; il comportamento del giurista deve venire attratto verso questo modello che si manifesta attraverso il connubio tra morale e diritto.

Il carattere morale del diritto viene altresì evidenziato ampiamente, in ambito continentale, dalla componente del neo-costituzionalismo, per la quale la morale è inclusa nel diritto vuoi attraverso il richiamo ai diritti fondamentali, vuoi per mezzo del recepimento dei principi fondativi l'ordine morale della società. Anche questa prospettiva, che vede in Alexy<sup>9</sup> uno dei massimi cantori, si caratterizza per la negazione della riducibilità del diritto ai soli termini formali (mere prescrizioni poste dal legislatore). È importante notare come i principi assunti dal neo-costituzionalismo a guida di un comportamento specificatamente giuridico sono dei dettami non completamente realizzabili, in quanto rinviano a dei valori (assoluti), che nella pratica potranno solo in parte costituirsi, ma che, in ogni caso, dovranno ritrovare attuazione nella massima misura possibile.

Quindi, i principi si palesano in modo non troppo dissimile dalle regole ideali indicate da Wright, regole che, come ampiamente osservato, hanno la funzione di attirare verso modelli di perfezione (mai concretamente raggiungibili in quanto sempre perfettibili) il comportamento del soggetto normativo.

Vi è un'ultima considerazione da proporre; stante Alexy, l'operato del legislatore va valutato rispetto ai principi vigenti in un dato contesto; se ciò è corretto allora l'intera attività legislativa e giurisprudenziale deve essere indirizzata dalla (nel senso che appare subordinata alla) realizzazione di quei valori che rappresentano la base del contesto sociale ove questa si svolge. Anche qui si può cogliere una sorte di tensione alla realizzazione massimizzata dei principi ordinativi l'attività giuridica, la qual cosa può ancora una volta venire letta alla luce dell'influenza delle regole ideali nella vita del diritto.

---

<sup>9</sup> Cfr. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it. Milano, 1998 (ma Frankfurt, 1978) e *Concetto e validità del diritto*, trad. it. Torino, 1997 (ma Freiburg-München, 1992).

## CAPITOLO SETTIMO

# IL DIRITTO TRA SISTEMI DINAMICI E SISTEMI STATICI

SOMMARIO: § 1. L'artefatto giuridico e la coercibilità quale sua essenza; § 2. Il diritto e le regole sociali; § 3. Il diritto fra sistemi dinamici e sistemi statici; § 4. L'ordinamento fra autonomia ed eteronomia

### § 1. L'ARTEFATTO GIURIDICO E LA COERCIBILITÀ QUALE SUA ESSENZA

La difficoltà riscontrata nel cercare di separare nettamente il fenomeno giuridico, in particolare la regola giuridica, dagli altri tipi di regole catalogate da Wright nella sua proposta tassonomica, appare difficilmente sormontabile, tanto da poter constatare che la rappresentazione della regola giuridica in esclusiva *chiave* di prescrizione possa venire ricondotta alla creazione di una sorte di *artefatto*, il quale estrae dalla realtà concreta alcuni elementi del fenomeno a scapito di altri, che vengono non considerati, ed il funzione dei primi l'intero fenomeno viene ricostruito senza alcun riferimento ai secondi.

L'affermazione secondo la quale il diritto sarebbe da ricondurre *in toto* alle proposizioni prescrittive, appare perciò una sorta di riduzione o di semplificazione di un fenomeno che nella realtà sociale si presenta ben più complesso ed eterogeneo. Tale riduzione della complessità risulta funzionale all'esaltazione di un'unica componente del nostro fenomeno: quella riconducibile al suo essere un imperativo legato in modo indissolubile al potere dispiegato dall'organo normativo ed atto a coartare il soggetto normativo, attraverso la minaccia dell'erogazione di una sanzione, verso un compor-

tamento, la cui determinazione è totalmente avulsa dalla realtà/volontà in cui lo stesso soggetto si situa.

Si tratterebbe pertanto di perseguire una rappresentazione del fenomeno la quale risulti fondata sull'eteronomia e neghi, nelle sue stesse premesse, ogni riferimento all'autonomia. Significa in definitiva circoscrivere il diritto entro un perimetro del tutto convenzionale, asettico, dal quale sono stati espulsi tutti gli elementi ritenuti spuri (obiettivi sociali condivisi, elementi valoriali e morali, tensioni verso la giustizia, ma anche interessi materiali e via discorrendo) in quanto non funzionali all'obiettivo operativo prefissato: il controllo sociale.

Il nostro oggetto viene dunque definito in funzione operativa; la sua finalità è individuabile nel controllo sociale: il diritto è uno strumento di controllo sociale nelle mani d'un potere formalmente definito<sup>1</sup>. Non va sottaciuto infatti che all'interno di questa prospettiva<sup>2</sup>, l'organo normativo è tale per la sola ragione di avere la capacità (operativa) di rendere effettivo il proprio comando. Avendo stornato il diritto da ogni altro elemento che non sia riconducibile al potere, risulta consequenziale che anche la fonte di produzione sia caratterizzata unicamente dal potere che riesce a promanare.

Ma questa appare soltanto una delle possibili rappresentazioni del fenomeno giuridico, che si inserisce a pieno titolo all'interno di quell'itinerario tracciato dall'ideale di scienza moderna, sulla quale in altra sede ci si è in precedenza soffermati<sup>3</sup>.

A tale proposito giova qui richiamare l'analisi proposta da Patrick Glenn<sup>4</sup> in merito alle intime relazioni fra le scienze strettamente intese, così come si sono venute formando a partire dal Diciassettesimo secolo in seguito della cosiddetta rivoluzione scientifica<sup>5</sup>, ed il mondo del diritto (occidentale).

---

1 Per Kelsen il diritto "è la tecnica sociale che consiste nell'ottenere la desiderata condotta sociale degli uomini mediante la minaccia di una misura di coercizione da applicarsi in caso di condotta contraria", così nella *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., p. 19.

2 I cui prodromi, come osservato, si possono cogliere già nel *Defensor pacis* del 1324. Si veda in tema, oltre al già richiamato F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, anche lo studio di E. Ancona, *All'origine della sovranità. Sistema gerarchico e ordinamento giuridico nella disputa sui due poteri all'inizio del XIV secolo*, Torino, 2004.

3 Mi permetto di rimandare alle mie *Riflessioni sulla giurisprudenza come scienza. Dal more geometrico alla Geometrie der totalen Rechtserscheinung*, Trieste, 2018. Si veda in argomento anche F. Casa, *Epistemologia e metodologia giuridica dopo la fine della modernità*, Soveria Mannelli, 2020.

4 Il testo di riferimento è il già citato *Tradizioni giuridiche nel mondo*.

5 Cfr. in tema P. Rossi, *La nascita della scienza moderna in Europa*, Roma-Bari, 2000.

Ciò che li accomuna è la presupposizione, propria sia alle scienze fisico-matematiche, che a quelle giuridiche, di poter intervenire sul proprio oggetto di conoscenza al fine di modificarlo dato che “essi non sono altro che semplici oggetti positivi, semplici costruzioni”<sup>6</sup>.

In quanto artefatti, questi sono soggetti al potere di colui che li ha creati; questa idea ha pervaso e pervade tutt’ora, sia pur in parte, il mondo delle scienze e, in modo più incisivo, quello del diritto: infatti, “mentre gli scienziati, osservando il mondo ed apprendendo da esso, costruiscono un nuovo mondo positivo, i giuristi costruiscono un nuovo diritto positivo come strumento della razionalità umana”<sup>7</sup>. In questo contesto, per l’autore, “il diritto sarà solo diritto positivo (diritto posto, o creato)” e “la concezione del diritto come comando è stata forse la prima formulazione astratta di quest’idea”<sup>8</sup>.

Va riconosciuto come il diritto rappresentato quale prescrizione possiede un duplice pregio; per un lato l’oggetto giuridico e immediatamente isolabile dalle altre forme di regolamentazione che intervengono nella vita sociale; il diritto è quindi di immediato riconoscimento in quanto imperativo posto (e promulgato – aggiunge Wright). Per l’altro, in quanto oggetto interamente creato dal potere che lo ha posto, il quale in questa sua opera non appare soggetto ad altre entità o tessuti regolamentativi, è a sua completa disposizione potendo modificarlo a proprio piacimento con un semplice atto di volontà. In quest’ultima accezione l’organo normativo si autorappresenta quale sovrano e questo *status* è connaturato al dispiegarsi di un potere (irresistibile).

Quindi, per un verso assistiamo ad una semplificazione della realtà giuridica espungendo da questa tutti gli elementi non riconducibili alla pura forma della prescrizione e per altro ad un soggiacere della realtà giuridica alla volontà del potere. In quest’ultimo senso è la volontà del potere, che si veicola attraverso le prescrizioni da questa poste, a creare una *artificiale realtà* giuridica.

Seguendo caparbiamente la via del diritto come prescrizione si giunge a fondare un ordine artificiale in quanto frutto della sola volontà sovrana e (in linea di principio) totalmente avulso dal tessuto sociale che pretende di regolamentare. Il diritto appare quindi un artefatto, la cui efficacia

---

6 H. P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., p. 266.

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

regolamentativa è affidata alla concreta capacità di coartare le volontà dei soggetti normativi. Non è, infatti, un caso che all'interno di tali costruzioni teoriche la presenza della sanzione assuma una rilevanza assoluta. Scrive in proposito Hans Kelsen: "se si concepisce il diritto come un ordinamento coercitivo, la formula con cui si rappresenta la norma fondamentale di un ordinamento giuridico statale suona così: «La coazione da uomo a uomo deve essere esercitata nel modo ed alle condizioni determinate nella costituzione e considerata come prima dal punto di vista storico». [...] Con la norma fondamentale, quindi, si presuppone la definizione di diritto come norma coercitiva. Dalla definizione di diritto, presupposta dalla norma fondamentale, deriva che un comportamento può essere ritenuto giuridicamente prescritto (o, ciò che è lo stesso, contenuto in un dovere giuridico) solo quando il comportamento opposto è normativamente elevato a condizione di un atto coercitivo rivolto contro l'uomo che così si comporta"<sup>9</sup>. Seguendo questo ragionamento il "giuridicamente prescritto" è tale, ovvero risulta giuridico, solo se correlato da una sanzione (rammentiamo ancora che anche per Wright la regola prescrittiva non può sussistere se non accompagnata dalla minaccia di sanzionare il comportamento difforme). In quest'ottica "è da respingere ogni definizione di diritto che non lo definisca come ordinamento coercitivo"<sup>10</sup>; pertanto, ogni tentativo di allontanare la definizione di diritto dalle regole prescrittive apparirebbe, all'interno di tale prospettiva, illogica.

## § 2. IL DIRITTO E LE REGOLE SOCIALI

Che la rappresentazione del diritto quale prescrizione, ovvero quale imperativo, sia soltanto una delle possibili letture del nostro (complesso) fenomeno può venire confermata osservando le relazioni intercorrenti tra il mondo giuridico e l'insieme di regole (non formalmente giuridiche), che pur tuttavia vigono all'interno d'un contesto sociale. Per incamminarsi lungo questo itinerario appare utile ricondursi preventivamente ad una riflessione proposta da Lawrence M. Friedmann nella sua indagine sul sistema giuridico osservato dal punto di vista delle scienze sociali<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 63-64.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>11</sup> Il testo di riferimento è *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. it. Bologna, 1978 (ma New York, 1975). Si veda anche l'*Introduzione* all'edizione italiana di G. Tarello, *Lawrence M. Friedman e il sistema del diritto*.

È bene specificare come, dato il punto di vista assunto dall'autore richiamato, la produzione normativa è sì conseguenza delle pressioni che le forze sociali fanno sul sistema giuridico, ma le forze operanti nella società non vanno considerate tanto quali portatrici di interessi, quanto come forze che esercitano nei confronti del sistema giuridico delle *pretese*: "le semplici forze e i semplici interessi non creano il diritto: ciò che crea il diritto sono le forze e gli interesse che esprimono *pretese*".

Per Friedman, infatti, è possibile che dei gruppi sociali abbiano la forza per veicolare degli interessi, ma decidano di non tradurli in *pretese* nei confronti del sistema giuridico e, pertanto, non ricevano *risposte* (nel senso di atti normativi) da parte di questo<sup>12</sup>. Dunque, "il potere e gli interessi (oggettivi), per quanto concerne il diritto, sono irrilevanti se non si traducono in *pretese* e sino a quando non si traducono in *pretese*. [...] Alla conversione degli interessi in *pretese* presiede la *cultura giuridica*"<sup>13</sup>.

Più oltre, analizzando l'espressione cultura giuridica – è questa la questione sollevata da Friedman che qui specificatamente ci interessa – egli rileva ancora come "in prima istanza sono le forze sociali quelle che producono il diritto (gli atti normativi), ma le mere «forze sociali» sono ancora troppo grezze ed inarticolate per poter operare direttamente sul sistema giuridico. Ciò significa che, mentre resta vero che le leggi (gli atti normativi) sono il prodotto delle forze sociali e derivano da pressioni esercitate sulle istituzioni, da contrattazioni tra forze e gruppi, dal conflitto sociale, intervengono però nella formazione del diritto alcune variabili essenziali, riassumibili negli atteggiamenti e nei modi di sentire che predispongono gruppi e individui a rivolgersi al diritto o ad agire contro il diritto"<sup>14</sup>.

Soffermandoci un momento sui passi qui richiamati, possiamo osservare come ci troviamo di fronte ad un radicale cambiamento di prospettiva; infatti, la produzione del diritto non viene fatta risalire ad un atto di volontà unilaterale, che pone in essere una prescrizione, ma, all'incontrario, ad una dinamica sociale, che vede coinvolte forze che tentano di influire sul sistema giuridico manifestando palesemente delle *pretese* di protezione/realizzazione di determinati interessi; il diritto è conseguentemente rappresentato come sistema di allocazione (di risorse)<sup>15</sup>, alla determinazione del quale

---

12 Cfr. *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, cit., pp. 259-260.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*, p. 325.

15 Cfr. *ibidem*, pp. 62 e segg.

partecipano non soltanto, come ci si potrebbe aspettare, le forze sociali vittoriose, ma anche quelle che apparentemente risultano soccombenti<sup>16</sup>. Pertanto il diritto appare il frutto, più che di un atto potestativo, di un compromesso che ritrova nella regola giuridica la propria istituzionalizzazione. Ma ciò che maggiormente preme rilevare è il fatto di come la cultura giuridica (gli *atteggiamenti* e i *modi di sentire*, a cui va riferimento Friedman definendoli variabili essenziali del processo produttivo del diritto) intervenga in modo preponderante nella formazione del diritto.

Riformulando in parte l'affermazione precedentemente citata, egli constata come: "la forza sociale, cioè il potere e la capacità d'influenza, preme sul sistema giuridico e fa venire ad esistenza gli atti normativi allorché la cultura giuridica converte gli interessi in pretese ovvero consente che questa conversione avvenga"<sup>17</sup>. Sono pertanto le tensioni sociali mosse da sistemi valoriali a far sì che un (oggettivo) interesse (e la conseguente pretesa a farlo valere nell'ordinamento giuridico) possa venire riconosciuto come legittimo e, pertanto, perseguito in sede istituzionale al fine di tramutarlo, tramite un atto normativo, in legale<sup>18</sup>.

La cultura giuridica, nel senso inteso da Friedman, incide profondamente sulla determinazione del diritto formalmente inteso. Al di là di ciò, è importante sottolineare come, a detta del nostro autore, "le culture giuridiche sono elementi del *costume*, organicamente collegate alla cultura in senso generale, e non sono dei prodotti artificiali neutri che una società possa adottare o prendere da altre, privi dell'impronta genetica di una particolare singola società"<sup>19</sup>.

Se, come afferma Friedman, la cultura giuridica incide profondamente nella determinazione del diritto, e questa non può considerarsi in alcun modo frutto di un'arbitraria assunzione, allora anche il diritto, da essa determinato, non potrà palesarsi quale puro atto di volontà; non potrà cioè venire rappresentato quale *artefatto* legato soltanto alla prescrizione formalmente posta.

Pur non negando la presenza dell'elemento prescrittivo nel diritto, non per questo lo stesso può venire inteso solo in funzione di tale elemento; altri fattori concorrono nella determinazione delle regole giuridiche e nella loro

---

16 Cfr. *ibidem*, pp. 241 e segg.

17 *Ibidem*, pp. 325-326.

18 *Ibidem*, pp. 372 e segg.

19 *Ibidem*, p. 327.

qualificazione come giuridiche, primo far tutti i costumi. Se le regole sociali concorrono alla determinazione del diritto, allora questo non è creato *sic et simpliciter* dalla prescrizione dell'organo competente, il quale non forma dal nulla il diritto, ma nel porre la regola giuridica è necessariamente condizionato dalla presenza dei costumi sociali, che riverberano la loro portata sul contenuto della prescrizione e fanno sì che, qualora la regola giuridica sia consona alle regole sociali vigenti, la prima ritrovi attuazione ben al di là della presenza della sanzione comminata a corollario della prescrizione.

Quanto sopra affermato risulta evidente nel momento in cui, sempre sulla scorta del pensatore statunitense, riconosciamo come la cultura giuridica possa e debba distinguersi in *esterna* ed in *interna*; la prima appannaggio di tutta la popolazione, quindi presupposta comune a tutta la società<sup>20</sup>, la seconda propria ad uno specifico gruppo sociale che compie attività di natura propriamente legale<sup>21</sup>.

In questa prospettiva, è il riconoscersi della popolazione (i cosiddetti soggetti normativi) all'interno di una determinata cultura giuridica che fa sì che questa stessa popolazione possa ottemperare, prescindendo dal suo carattere prescrittivo e sanzionatorio, alla regola giuridica se quest'ultima risulta consona ai costumi vigenti in quel determinato contesto sociale. È l'adesione al sistema valoriale racchiuso nelle regole sociali e riproposto nelle regole giuridiche a determinare nel soggetto normativo quel senso d'obbligatorietà che lo porta ad ottemperare al portato della seconda a prescindere dalla minaccia della sanzione.

Anche volendo ragionare all'interno di quella particolare prospettiva teorica che rappresenta il diritto quale strumento di controllo sociale, non si può constatare che, se si riscontrasse un profondo scollamento contenutistico fra il sistema delle regole giuridiche e quello delle regole sociali, i costi del controllo sociale sarebbero non sostenibili e, pertanto, l'operazione di dominio non potrebbe svolgersi. Quindi, anche da questo particolare e prettamente operativo punto di vista appare d'uopo legare il diritto al costume vigente rinunciando a presentarlo quale pura regola prescrittiva

---

20 Friedman non prende direttamente in considerazione all'interno del lavoro richiamato il fenomeno del multiculturalismo, i cui effetti si riverberano anche nella cultura giuridica esterna, dando vita, per ogni cultura in generale ad una specifica cultura giuridica. Anche il fenomeno da egli analizzato del mutamento giuridico e del mutamento sociale (vedi *ibidem*, pp. 439 e segg.) si colloca all'interno d'un contesto monoculturale, pur non essendo, ovviamente, omogeneo per quanto riguarda gli interessi ivi presenti.

21 Cfr. *ibidem*, pp. 371 e segg.

posta dall'autorità normativa ad un soggetto normativo e, pertanto, ricondurlo alle regole sociali vigenti.

In una prospettiva che osserva il sistema giuridico dal punto di vista delle scienze sociali, il comportamento giuridicamente corretto viene determinato non tanto dalla specifica conoscenza del diritto, che è propria soltanto a coloro che appartengono alla cultura giuridica *interna*, ma, e ciò vale per la maggior parte di consociati, dalla conoscenza e dalla adesione alle regole sociali. Sono queste (gli *atteggiamenti* ed i *modi di sentire*, su cui si sofferma Friedman), che, alla prova dei fatti, indirizzano il comportamento e fanno sì che risulti giuridicamente corretto. Va ancora una volta ribadito come il comportamento può considerarsi giuridicamente legittimo perché lo stesso si accosta, più che alla formale e specifica prescrizione contenuta nella regola giuridica (il più delle volte misconosciuta dai consociati), alle regole di condotta sociale operanti in un dato contesto.

In questo modo si può riconoscere come sia la propensione alla *regolarità* del comportamento presente di per sé in un contesto sociale a far sì che la regola ritrovi attuazione<sup>22</sup>. Sicché non vi può essere regola senza un sostrato di regolarità ed a questa regolarità sociale il potere normativo risulta di fatto soggetto. In ultima analisi, non appare possibile, né, come sopra osservato, tanto meno utile, separare nettamente il diritto dai costumi sociali vuoi perché sono i costumi vigenti ad offrire il contenuto al diritto, vuoi perché, in conseguenza a ciò, è l'adesione ai costumi a far sì che la regola giuridica la quale li riproduce venga considerata obbligatoria. L'obbligatorietà non deriva pertanto dalla fonte che la pone formalmente in essere, né dalla presenza della sanzione, ma dal suo ricollegarsi armonico con il sistema delle norme sociali.

Pertanto, il diritto non può venire considerato nella sua interezza quale prescrizione convenzionalmente posta, piuttosto come una particolare regola da ricollegarsi a tutte le altre regole che operano in un determinato contesto e che fanno sì che lo stesso possa mostrarsi quale insieme sociale ordinato.

### § 3. IL DIRITTO FRA SISTEMI DINAMICI E SISTEMI STATICI

Utile appare a questo punto del precorso recuperare la distinzione kelseniana fra due tipi di sistemi regolamentativi; ci riferiamo alla nota distinzione fra sistemi normativi dinamici e sistemi normativi statici che il

---

22 Cfr. in tema F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit.

giurista praghese delinea interrogandosi sulla “natura del fondamento della loro validità”<sup>23</sup>. Come già osservato, si possono riscontrare dei sistemi in cui la singola regola può ritenersi valida, ossia appartenente a quel dato sistema, attraverso un rapporto di tipo contenutistico con una regola generale posta<sup>24</sup> a fondamento del sistema stesso. Dalla regola generale assunta a fondamento del sistema la regola particolare è dedotta: “tutte le norme di un ordinamento di questo tipo esistono già nel contenuto della norma presupposta, possono da questa essere dedotte mediante un’operazione logica, con una conclusione dal generale al particolare”<sup>25</sup>. In tal modo si può affermare che la regola posta a fondamento del sistema fornisca a tutte le altre regole che lo compongono sia il fondamento della validità, che il contenuto delle stesse. Se il contenuto della singola regola particolare è già, sia pur implicitamente, presente nella regola generale, allora la prima farà parte del sistema ordinato dalla seconda.

Pur volendo ammettere, seguendo il percorso kelseniano, la non consistenza della tesi dell’autoevidenza per la regola posta a fondamento del sistema, dovremmo, pur tuttavia, riconoscere come l’appartenenza al sistema della regola particolare risulta più legato all’evidenza, che non ad un atto di volontà. Se, infatti, il contenuto della regola dedotta è presente nella sua interezza nella regola presupposta come fondamentale, la derivazione della prima dalla seconda avviene attraverso, come lo stesso Kelsen sottolinea, un processo logico ed una operazione di deduzione logica avviene (e risulta corretta) indipendentemente dalla volontà del soggetto che la pone in essere.

Ciò che preme rilevare è che in questo contesto la presenza d’una volontà ordinatrice risulta offuscata dallo svilupparsi del rapporto di deduzione dal generale al particolare, mentre è centrale all’interno d’un sistema dinamico, ove, come evidenziato, il rapporto fra regola generale e regola partico-

---

23 H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 219. Nel Capitolo secondo, alla nota 15, sono già state richiamate le definizioni kelseniane; si ritiene pertanto di non riproporle.

24 Kelsen esclude che vi possano essere regole (norme) che non siano il frutto di un atto di volontà; in particolare, nel caso dei sistemi morali, le regole poste a loro fondamento non possono considerarsi autoevidenti, in quanto l’autoevidenza è fatto della ragione e “la funzione della ragione è il conoscere e non il volere, mentre la statuizione di norme è un atto di volontà. [...] Non può esistere alcuna norma che sia valida soltanto perché senz’altro evidente”; si deve in ogni caso presupporre la presenza di un potere che con un atto di volontà pone in essere una regola. Cfr. *ibidem*, p. 220.

25 *Ibidem*.

lare non è contenutistico ma di delegazione di potere, perché, come affermato da Kelsen, “la norma fondamentale presupposta non contiene altro che l’istituzione di una fattispecie produttiva di norme, l’autorizzazione di un’autorità legiferante o, cosa che è poi eguale, una regola che determina come si devono produrre le norme generali ed individuali dell’ordinamento riposante su questa norma fondamentale”<sup>26</sup>.

Se, come rilevato nel paragrafo precedente, il diritto è costituito da regole, le quali, per risultare cogenti all’interno di un contesto sociale che pretendono di ordinare, necessitano di armonizzarsi con tutti gli insiemi regolamentativi lì presenti ed operanti e non riconducibili formalmente al diritto in senso stretto, allora il suo contenuto assume un peso rilevante. Ciò, ovviamente, se il fenomeno è osservato non tanto da un punto di vista formale, ovvero della correttezza procedurale con la quale la regola giuridica viene posta in essere da un potere competente, quanto se colto attraverso lo spettro della sua *operatività*, ovvero del suo essere atto ad ordinare il contesto sociale.

Il richiamo all’*operatività* sopra effettuato ci riconduce a indagare quella che appare la funzione del diritto, che pare essere non tanto quella di veicolare dall’alto verso il basso la volontà di potenza, facendo sì che la stessa domini il contesto sociale su cui esercita il proprio potere, quanto quello di ordinare attraverso la regola la regolarità presente nel contesto sociale.

#### § 4. L’ORDINAMENTO FRA AUTONOMIA ED ETERONOMIA

Va qui rilevata l’ambiguità del termine ordinare, che nel contempo designa, per ciò che ci concerne, sia l’atto del porre in ordine, ovvero in *armonia*, un insieme di elementi secondo la collocazione che li è propria in modo che gli stessi si *accordino* tra loro, che quella di imperare ad un insieme di elementi l’assunzione della posizione imposta dal comando. Nel primo caso emerge una tensione all’autonomia, alla ricerca di un ordine che, in quanto proprio agli elementi che lo esperiscono e gli si auto-assoggettano, non sia pertanto ad essi estraneo, ma, all’incontrario consono alle loro essenziali relazioni.

Non si tratta qui di perorare cause riconducibili all’esistenza di un ordine, per così dire, trascendentale<sup>27</sup>, quanto di riconoscere, all’incontrario, l’im-

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 220-221.

<sup>27</sup> Cfr. in proposito, per la sua incisività, la voce *Trascendente e trascendentale* redatta nel 1937 da Guido Calogero per l’*Enciclopedia italiana*.

manenza dello stesso; il punto di riferimento è offerto dalla ricerca di un ordine prettamente empirico, che di volta in volta si accorda con la realtà che è chiamato a regolamentare. In questo processo è l'autonomia ad assumere un ruolo centrale in quanto motore della ricerca dell'ordine.

Nell'altra accezione del termine ordinare, che diviene sinonimo di comandare od imperare, l'ordine, lungi dal risultare frutto di una ricerca d'armonia (o di accordo, che dal punto di vista etimologico appare la medesima cosa), viene preventivamente determinato dal potere normativo, il quale, attraverso, il suo comando e, soprattutto, per mezzo della potenza che dispiega, lo veicola ai soggetti normativi, che perdono ogni connotato di autonomia risultando del tutto passivi a fronte della convenzione impostali. In questa seconda accezione è l'eteronomia il fulcro su cui si dispiega il rapporto giuridico.

Se quest'ultima rappresentazione del nostro fenomeno si inquadra pienamente all'interno di un kelseniano sistema normativo di tipo dinamico, chiuso cioè ad ogni elemento che non sia riconducibile alla delegazione di potere, la prima, all'incontrario, si accosta ad un sistema statico, ove la validità di ogni singola regola non viene valutata soltanto rispetto al suo involucro formale, ma, all'incontrario, al suo accertamento concorrono pesantemente elementi contenutistici. Nei sistemi statici criteri di valutazione formale si integrano con criteri di valutazione sostanziale, la qual cosa viene negata nel modo più assoluto avuto riguardo ai sistemi dinamici.

Un'ultima considerazione va effettuata in proposito alla differenza sostanziale fra i due sistemi. Come già osservato, una modificazione all'interno di un sistema dinamico è legata totalmente alla volontà potestativa; pertanto è la diretta conseguenza di quell'atto di volontà. Il sistema si evolve, in linea di principio, in modo del tutto slegato dalla realtà che è chiamato a regolamentare. La validità di una regola in questo ricompresa è dipendente soltanto dalla forma e non da suo contenuto; è quindi sufficiente un atto di volontà per determinare una modificazione-evoluzione del sistema, non essendo dipendente in alcun modo da fattori che non siano riconducibili alla delegazione di potere.

Si può ribadire, rifacendosi ancora alla sua denominazione, che lo stesso sistema presenta, per lo meno in linea teorica, una considerevole *dinamicità*; la qual cosa non appare riscontrabile nell'altro tipo di sistema, che non ha caso viene denominato come *statico*.

Infatti, una sua modificazione non potrà in nessun modo avvenire attraverso un mero atto di volontà, dovendo modificarsi il contenuto della regola, che non appare nella sua interezza totalmente disponibile agli organi

competenti. Per assistere al verificarsi di un mutamento, bisogna, infatti, attendere una evoluzione dei contenuti, ovvero del sistema valoriale che ne sta alla base. Questo rende il sistema e le sue singole norme non immediatamente disponibili. Se nel sistema dinamico la modificazione dello stesso ha, per così dire, una fonte eteronoma, che interviene dall'esterno con un comando, nel sistema statico, viceversa, la modificazione è autonoma, lo stesso deve evolversi dal suo interno per poter modificarsi. Attività, quindi, più complessa e dipendente da molteplici fattori, non tutti endogeni al sistema; da qui una sua certa *staticità*.

## PER UN'APERTURA ALL'ITINERARIO *CLASSICO*

SOMMARIO: § 1. Prescrizione *versus* comunicazione; § 2. Una digressione sulla giurisprudenza quale *razionale* del legislatore; § 3. Al di là della specializzazione dei poteri; § 4. Sulla convenzionalità della scienza giuridica; § 5. Oltre la convenzione; § 6. Verso un pensiero *an-archico*

### § 1. PRESCRIZIONE *VERSUS* COMUNICAZIONE

Ricollegandoci a quanto abbozzato nella parte introduttiva di codesto volumetto, va segnalato come la prescrizione è di fatto la negazione della comunicazione, sempre che questa venga intesa quale azione ispirata da un dovere (*munus*) reciprocamente condiviso. La prescrizione (*praescriptum*, quindi scritto prima, davanti), viceversa, determina un dovere prima del sorgere del rapporto e tende ad imporlo al destinatario dando vita, in linea di principio, ad una relazione di natura dispotica, ove il destinatario della prescrizione diviene strumento nelle mani di chi la pone, si tramuta in oggetto, così come ebbe a descrivere Aristotele nel primo libro della *Politica*. Il diritto, se inteso quale autentico momento di comunicazione e non mero strumento di domino, va dunque ricercato lungo un itinerario che coinvolga ambe le parti, facendo sì che l'intera comunità sia coinvolta nel processo di produzione delle regole giuridiche, in modo da palesare, ben al di là del testo della disposizione, una regola di fonte sociale, ovvero politica. Un diritto sociale (o *politico*, che dir si voglia), il quale sia frutto di un'attività interpretativa inter-sistemica, che sappia cioè adeguare la regola al vivere sociale e non la sovrapponga ad esso, tentando di coartarlo verso la direzione decisa (pre-scritta) dal potere di turno.

È la natura *politica* del diritto che fa sì che esso sia un momento di comunicazione tra soggetti sociali e non uno strumento di dominio su di questi. Sicché nella prospettiva qui solcata va radicalmente problematicizzata una rappresentazione del diritto che lo racchiuda interamente nella disposizione intesa quale atto di volontà del potere legislativo, che poi deve innervarsi nel tessuto sociale tramite una passiva attività giurisprudenziale, che si limita ad applicare l'altrui prescrizione, secondo una visione della divisione dei poteri sviluppata in chiave della rigida separazione delle funzioni, ove la giurisprudenza assumerebbe, per tanto, un ruolo meramente ancillare rispetto al legislatore.

## § 2. UNA DIGRESSIONE SULLA GIURISPRUDENZA QUALE *RAZIONALE* DEL LEGISLATORE

A tale proposito mi pare d'uopo rammentare, sulla scorta di un interessante ricerca di Tamar Herzog di recente proposta al pubblico italiano<sup>1</sup>, come, esaminando la storia del diritto in Occidente, si riconosce l'attribuzione di un preminente ruolo alla giurisprudenza all'atto di voler limitare in ambito regolamentativo un potere sovrano ritenuto sin troppo invasivo. È questo il caso dell'Inghilterra del Diciassettesimo secolo, ove la pretesa di assolutezza dei monarchi *giacobiti* risulta contrastata dal punto di vista prettamente giuridico (al di là delle vicende che portarono nel 1649, quale conseguenza dello scontro fra il Parlamento – *House of Commons* – e la Corona, alla decapitazione di Carlo I) attraverso la valorizzazione delle corti di *common law*, intese – attraverso una *fictio* alla quale contribuì con determinazione Edward Coke<sup>2</sup> – non più quali veicoli attraverso i quali i *writs* del monarca ritrovavano attuazione (in buona sostanza, corti regie, che amministravano la legislazione sovrana), piuttosto quali centri di elaborazione e di applicazione di un diritto consuetudinario, quindi indipendente dalla legislazione sovrana, al quale, anzi, la stessa doveva sottostare. Osserva Herzog come “questa reinvenzione del *common law* ha consentito di concepire un sistema giuridico che non dipendeva più dal re. [...] Secondo questa concezione, i giudici non erano più sudditi del re che dispensavano giustizia per suo conto e ne eseguivano gli ordini (*writs*), ma erano chiamati a

---

<sup>1</sup> Si tratta della *Breve storia del diritto in Europa. Dal diritto romano al diritto europeo*, trad. it. Bologna, 2024 (ma Cambridge – Mass., 2018).

<sup>2</sup> Un breve profilo del giurista inglese, si ritrova, fra gli altri luoghi, in G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Volume II: L'età moderna*, Bologna, 1968, pp. 125-130.

individuare le norme preesistenti (le consuetudini) e ad applicarle. [...] Un diritto «comune» poiché si riteneva avesse avuto origine nella comunità<sup>3</sup>. Sicché il potere del monarca non risulta assoluto, sciolto da ogni vincolo; all'incontrario, è soggetto all'attività giurisprudenziale e, in quanto vincolato, non più sovrano<sup>4</sup>.

La giurisprudenza rappresenta pertanto un fattore di bilanciamento del potere legislativo; tale funzione, sia pure in contesti e con esiti diversi, viene richiamata dai *Parlements* un secolo dopo in terra di Francia. Nella seconda metà del Settecento la magistratura, già pesantemente silenziata sotto il regno di Luigi XIV, si discosta e si oppone ad una prassi di registrazione meccanica delle ordinanze reali ritenendo, all'incontrario, di essere la custode del diritto, in quanto "le azioni del re non potevano essere in contrasto con le leggi fondamentali del Regno e con i diritti della Nazione"<sup>5</sup>. La reazione del monarca è durissima; il 3 marzo 1766 così Luigi XV *flagellava* il *Parlement* parigino: "è nella mia sola persona che risiede il potere sovrano [...] solo da me le mie corti traggono la loro esistenza e la loro autorità [...] a me solo spetta il potere legislativo senza dipendenze e senza condivisione [...] l'ordine pubblico proviene tutto solo da me e i diritti e gli interessi della nazione, di cui si osa fare un corpo distinto dal sovrano, sono necessariamente uniti ai miei e stanno solo in mano mia"<sup>6</sup>.

Anche in questo secondo esempio tratto dalla storia occidentale, riconosciamo come la giurisprudenza si sia posta quale argine allo straboccante potere legislativo di un monarca tutto proteso verso la sovranità assoluta, collocandosi all'interno d'una prospettiva di divisione dei poteri non basata sulla specializzazione.

Ciò che appare paradossale in quest'ultima vicenda, come ben rimarca Herzog, è che una volta spazzato l'*Ancien régime*, e insediatasi l'*Assemblée nationale constituante*, "i contemporanei compresero che i magistrati avevano poteri enormi per limitare l'azione dei governi. Essi dovevano quindi essere privati di qualsiasi facoltà legislativa ed essere trasformati in meri

---

3 *Breve storia del diritto in Europa*, cit., pp. 170 e 172.

4 È noto come contro tali rappresentazioni del fenomeno giuridico e politico, con particolare riguardo all'opera di Coke, si scagli con veemenza Thomas Hobbes nel suo *Dialogo tra un filosofo e uno studioso della common law d'Inghilterra*, redatto nel 1666 ma pubblicato postumo (si veda l'edizione italiana in *Opere politiche*. Vol. I, Torino, 1988).

5 *Breve storia del diritto in Europa*, cit., p. 242.

6 Si riprende il passo da J.-J. Chevallier, *Storia del pensiero politico. II. Il declino dello stato nazionale monarchico*, trad. it. Bologna, 1981, p. 318.

esecutori passivi di leggi disposte e forse persino interpretate da altri. In entrambi i casi, queste esperienze mostrano la necessità di separare nettamente il potere esecutivo da quello legislativo e giudiziario”<sup>7</sup>.

In questa prospettiva la giurisprudenza è privata di ogni discrezionalità, d’ogni funzione *politica*, in quanto deve applicare pedissequamente la legge frutto della volontà legislativa operando come un *razionale* al servizio contabile del suo padrone; un diritto concepito, per un verso, quale legge generale ed astratta, slegata in linea di principio dalle concrete dinamiche sociali e, per altro, quale prescrizione del potere sovrano<sup>8</sup>.

### § 3. AL DI LÀ DELLA SPECIALIZZAZIONE DEI POTERI

Da tale rappresentazione dei fatti giuridici si discosta una visione che preveda una cosiddetta non specializzazione dei poteri, la quale nel nostro specifico caso riconoscerebbe il diritto quale frutto dell’attività interpretativa della disposizione posta dal legislatore da parte della giurisprudenza, che di volta in volta ne attribuisce un significato consono, cioè in armonia, con il contesto sociale che deve essere giuridicamente ordinato, in modo tale che l’intera opera di ordinamento giuridico risulti, per così dire, frutto di una collaborazione fra diversi organi.

(Solo per inciso in questa sede, rammento come tale prospettiva sia stata fatta propria della Corte Europea dei Diritti umani, con sentenze del 17

---

<sup>7</sup> *Breve storia del diritto in Europa*, cit., p. 244.

<sup>8</sup> Le lontane vicende richiamate in questo paragrafo ci portano a considerare come il porre al centro del processo di determinazione del diritto l’attività giurisprudenziale, non legando interamente l’opera di ordinamento giuridico alla potestà legislativa, costituisca un vero e proprio argine a fronte del traboccare di un potere che si pretende, allora come oggi, assoluto e che pertanto pretende una giurisprudenza al totale servizio della propria *legge*. In tal senso appare utile richiamare le considerazioni proposte da Enrico Opocher sul pensiero di Capograssi – da cui, come accennato nell’introduzione a questo volumetto si è prese le mosse – una speculazione tutta protesa ad intendere il processo quale momento in cui si determina, si esperisce, il diritto e non si applica la *legge astratta* posta dal legislatore, quale fattore di freno di tendenze autoritarie. Infatti, per Opocher “la filosofia dell’esperienza giuridica si pone come una concezione decisamente «antitotalistica» e chiaramente esprime una reazione della cultura giuridica e filosofica italiana nei confronti dell’esperienza nazifascista e, successivamente, della sempre più accentuata «massificazione» dell’individuo imposta dall’avvento della società industriale”, *La filosofia dell’esperienza giuridica*, in *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX. Atti dell’XI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Milano, 1976, p. 85.

settembre 2009 e 8 dicembre 2009. La giurisprudenza di Strasburgo è stata recepita dall'ordinamento italiano con sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione Penale del 21 gennaio 2010).

In questa seconda accezione di ordinamento giuridico, che non lo riduce più all'insieme delle disposizioni vigenti, ma lo intende quale costante attività di ricerca di ordine sociale attraverso la vivificazione della lettera delle stesse, si stempera la natura prettamente volontaristica del fenomeno giuridico, slegandolo all'atto potestativo, per aprirlo alla vita sociale rendendo partecipe l'intera comunità, attraverso l'attività giurisprudenziale, alla determinazione del diritto che la regola e, nel contempo, la caratterizza in quanto tale.

#### § 4. SULLA CONVENZIONALITÀ DELLA SCIENZA GIURIDICA

Anche alla luce di quanto or'ora osservato possiamo riconoscere nuovamente come il riconnettere in modo esclusivo il fenomeno giuridico al dispiegarsi del sistema dinamico, escludendo con ciò ogni sua possibile partecipazione ad un sistema normativo statico, rappresenta una forzatura, allo stesso modo in cui appare quanto meno discutibile ritenere le regole giuridiche siano ascrivibili alle sole prescrizioni.

Va altresì notato come le due rappresentazioni qui criticate sono fra loro intimamente connesse, dato che non possiamo concepire un sistema normativo dinamico prescindendo dal supporre che le sue articolazioni siano riconducibili alle regole prescrittive. Un sistema dinamico si regge sul potere normativo, tanto da poter affermare che proprio il potere sia la sua categoria.

Le due correlate ipotesi danno vita a rappresentazioni del nostro fenomeno che si riconducono ad una sua semplificazione, nel momento in cui si esaltano alcuni elementi (quali la prescrittibilità e la coercibilità) a scapito di altri che pur pienamente concorrono a determinarlo.

Nel far ciò la scienza giuridica si colloca nell'alveo tracciato dall'ideale di scienza moderna, ponendosi come obiettivo operativo quel controllo sociale (foriero – non va sottaciuto – di pace sociale), il quale, data la struttura ipotetica che ne sta alla base, può essere utilmente perseguito soltanto attraverso l'esaltazione del concetto di sovranità, di un'entità posta, a causa della forza irresistibile che dispiega, al di sopra di tutte le altre (*in primis* i consociati) sulle quali esplica il proprio dominio.

Senza per questo nulla togliere all'utilità conoscitiva di tali *moderne* costruzioni ipotetiche, che, però proprio perché tali sono solo rappresentazioni di una parte della realtà, la quale nella sua interezza non è né colta, né indagata. Queste vanno pertanto investite da una tensione problematica; infatti, se possono risultare utili per una indagine conoscitiva della realtà, ciò avviene a patto che si inseriscano in una struttura di pensiero problematico, quindi dialettico (*classico* potremmo anche dire<sup>9</sup>); le costruzioni ipotetiche assunte in modo a sé stante e per tanto assolutizzate, a causa del loro essere soltanto rappresentazioni della realtà, risultano di per sé esiziali ad ogni tentativo di cogliere la stessa nella sua interezza, di sapere oltre il conoscere<sup>10</sup>.

Se lo studio del fenomeno giuridico non può prescindere da tali catalogazioni, va in ogni caso riconosciuto come lo stesso sia fenomeno sociale ben più complesso di tali semplificazioni e vada pertanto indagato problematicamente oltre ogni sua convenzionale rappresentazione, che ne cristallizza soltanto un singolo aspetto (nel nostro caso il suo apparire strumento di dominio). Il fenomeno giuridico va indagato anche (e soprattutto) con intento filosofico.

Sotto questo profilo mi permetto di rilevare (sarebbe più corretto dire postulare), come il pensiero qui detto *classico*, si caratterizza per certo atteggiamento di fronte alla realtà da indagare, un atteggiamento che definisco problematico e che lo porta a *tutto domandare*. Il che implica il ricercare ciò che si può definire l'essenza della cosa indagata attraverso l'infinito interrogarsi. È un pensiero che non si fonda, né si dispiega, su ipotesi sottratte (pertanto *poste sotto*) alla discussione, ma che tende, all'incontrario ed in linea di principio, ad investigare il tutto: a prosa il problema tendendo al sapere. Si vuole cioè *leggere* dentro il fenomeno (*intus legere*).

## § 5. OLTRE LA CONVENZIONE

La tensione a leggere dentro i fenomeni ed a non soffermarsi ad un conoscere ipotetico, ci conduce quindi verso un approccio sapienziale *classico*, e porta in evidenza una questione di non secondaria importanza per il

---

9 A tale riguardo cfr. i contributi intorno a *L'attualità del classico* apparsi su "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e argomentazione giuridica", XVI (2024), n. 2 (con saggi di E. Ancona, F. Casa, F. Macioce, L. M. Napolitano, P. Savarese e dello scrivente).

10 Vedi in tema M. Gentile, *Trattato di filosofia*, Napoli, 1987, pp. 17-23.

discorso che si sta facendo: che rapporto vi può essere tra il pensare filosofico e la ricerca del *principio*?

Il pensiero *moderno*, come è palese, *non tenta le essenze*; per cui, in quanto approccio conoscitivo meramente ipotetico ed operativo, in questo contesto il problema non si pone. La conoscenza scientifica non contempla il problema del principio (che non sia surrettiziamente rappresentato dall'ipotesi che regge la teoria).

Diverso appare l'ambito della filosofia, che, per mezzo del *tutto domandare*, tende ad indagare ogni recondito angolo del fenomeno, al fine di saperlo nella sua interezza. Il *classico* tende al principio, all'*archè*.

Al fine di non generare pericolose assolutizzazioni di dati parziali, scambiando una conclusione (opinabile, come sempre è, dato il procedere entimematico che la genera) di un'argomentazione per un *principio*, pare d'uopo, sia pur brevemente, interrogarsi su cosa possa intendersi all'interno di questo discorso con il termine *archè*, e, soprattutto, che funzione lo stesso svolga nel dispiegarsi del pensare *classico*.

Se il nostro termine designa il principio e l'origine, non va dimenticato come questo assume anche la significazione di potere, nel senso di comando, ovvero di imposizione. Sicché l'*archè* ha una duplice portata. Per un verso ci apre verso la ricerca dell'origine, che è poi l'in-finito, per altro, una volta che si ritenga di averla colta o solo intravvista, ci chiude a fronte di una posizione potestativa, di un potere che impone ciò che ritiene debba essere (contrabbandando in questo modo, data la finitezza del ricercare, la parte per il tutto e stroncando il dialogo).

Da un lato ricerca inesauribile di ciò che non può essere colto, dall'altro imposizione d'un'opinione quale "verità". Sembra, che il pensare *classico*, qui propugnato, sia destinato a implodere a fronte di un'aporia. Se tale metodo ci porta o a ricercare ciò che non può essere trovato (pensare inconcludente), oppure, nel caso in cui si ritenga erroneamente d'essere giunti alla meta, ci conduce verso l'imposizione d'una opinione attraverso l'esercizio del potere (pensare dogmatico), parrebbe ragionevole relegarlo nei tempi antichi ed abbracciare forme di pensiero più "moderne", costruttive (e meno pericolose), quali quelle proposte dalla *scienza* del diritto.

## § 6. VERSO UN PENSIERO *AN-ARCHICO*

Si consenta comunque prima di accomiarsi un ultimo paragrafo per argomentare a favore del pensare *classico*. A ben vedere, l'autentico pensare *classico*, nel ricercare l'origine (l'*archè*), la pone in discussione, in quanto

problematicizza radicalmente ogni parziale conclusione del suo itinerario speculativo, in modo tale che la stessa ricerca del principio si risolve in una costante messa in discussione del principio stesso dando vita ad una inesauribile esperienza, che, pur tendendo all'*archè*, nella piena consapevolezza dell'impossibilità di poterla cogliere nella sua interezza, si ponga, all'atto pratico, quale negazione d'ogni affermazione potestativa, tanto da negare, proprio in nome del principio (*archè*) il potere (*archè*). Perché se proprio vogliamo indicare un principio sul quale si basa il pensare classico questo non può essere che il *tutto domandare*, ovvero la costante irriducibile messa in discussione di ogni conclusione.

Il che non implica necessariamente imboccare la via dell'*epochè*, della sospensione del giudizio, piuttosto, in una prospettiva autenticamente *scettica*, continuare la ricerca (*sképis*), il costante osservare e l'inesauribile domandare evitando di cristallizzare la risultante di tale attività sapienziale.

Tutto ciò a differenza del pensiero *moderno*, che, basandosi su un sistema ipotetico-deduttivo, derivato dal suo ideale di scienza, non può che ancorarsi all'ipotesi, la quale dà origine e sostiene lo sviluppo della teoria; sicché l'ipotesi deve necessariamente venire assolutizzata e, quindi, mai problematicizzata, dando vita, in modo solo apparentemente paradossale, ad una forma di pensiero dogmatico, in quanto, non ricercando per sua stessa definizione l'origine (*archè*), si cristallizza nell'assunzione a-problematica di ipotesi (da qui le pericolose derive dello scientismo). Il *moderno* non legge dentro le cose, ma ragiona sulla rappresentazione ipotetica delle cose.

Solo attraverso il radicale *tutto domandare* il pensare *classico* si libera dai lacci del dogmatismo ed in quanto pensiero *an-archico*, si costituisce a supporto del pensare *moderno* impedendo, attraverso la sua presenza critica, che lo stesso si tramuti in scientismo, che sul *pensare* abbia la meglio il *dominare*.

Ecco allora che riemerge anche il portato *politico* e per certi versi anche polemico del nostro termine, in quanto l'abbracciare una prospettiva *classica* implica, per ciò che si è andati dicendo, un impegno anche civile volto a contrastare dialetticamente ogni affermazione potestativa.