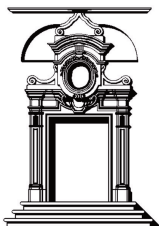


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI SUOR ORSOLA BENINCASA
QUADERNI DELLA DIDATTICA
2

Paola Giordano

NOTE
PER UN LESSICO
GIURIDICO



Università degli Studi Suor Orsola Benincasa 2008
80132 Napoli - via Suor Orsola, 10
Tutti i diritti sono riservati
ISBN 978-88-96055-05-2

Sommario

- 5 Premessa
- 7 *Diritto*
Diritto naturale/diritto positivo
- 23 *Stato*
Modernità
Sovranità
Diritti soggettivi
Legittimità/legalità
- 53 *Legge*
Stato di diritto/Stato sociale
- 75 *Costituzione*
- 83 *Ordinamento giuridico*
Fonti
- 99 *Norma*
Interpretazione
Sanzione
Effettività /Ordinamento internazionale
- 143 *Indice dei nomi*

Premessa

Questo 'lessico' muove da una precisa esigenza didattica, di sistemazione e sintesi di un ciclo di lezioni che nasce nel corso di laurea in Scienze della Comunicazione dell'Università Suor Orsola Benincasa e che si consolida nella Facoltà di Giurisprudenza della stessa Università.

L'esigenza è quella di coinvolgere nell'apprendimento delle scienze giuridiche studenti con interessi diversi da quelli indirizzati allo studio del diritto e delle professioni legali, nel primo caso. Nell'altro caso si tratta invece di avvicinare agli argomenti di natura giuridica gli allievi che hanno scelto studi di diritto, cercando di dare loro gli strumenti lessicali e teorici di base, che devono essere approfonditi nel corso degli studi successivi.

L'intento è quello di introdurre all'acquisizione di alcuni concetti fondamentali in campo giuridico, sintetizzandone il senso e definendo un taglio metodologico inevitabilmente incompleto, ma che cerca di seguire una linea che ne delimiti l'ambito teorico, dando anche un quadro storico dell'evoluzione dei concetti.

Mi limito a suggerire alcuni spunti critici accanto alla descrizione dei lemmi principali: diritto, stato, ordinamento, legge, Costituzione, norma.

A questi si accompagnano brevi digressioni sui temi che vi sono connessi: la modernità, il rapporto tra diritto naturale e diritto positivo, quello tra legalità e legittimità e tra Stato di diritto e Stato sociale, i diritti soggettivi, il sistema delle fonti, l'interpretazione giuridica, l'ordinamento internazionale.

Sono evidentemente argomenti così importanti e di così ampia portata teorica, che è inevitabile rinunciare in partenza a qualunque aspirazione, anche lontana, all'esaustività. C'è però l'auspicio e l'intenzione di provocare un interesse iniziale negli studenti che li induca ad approfondire e a integrare lo studio dei concetti giuridici partendo dalla conoscenza di un lessico di base.

Ringrazio perciò i Presidi di Scienze della Formazione e di Giurisprudenza, Lucio d'Alessandro e Franco Fichera, che mi hanno affidato i corsi nelle Facoltà che conducono.

E ringrazio naturalmente il Rettore Francesco De Sanctis, che oltre ad essere da sempre la mia guida negli studi, ha concepito e permesso la realizzazione di questa collana editoriale dedicata alla didattica in cui può vedere la luce questo testo.

Diritto

“Che cos’è il diritto? Questa domanda potrebbe ben mettere il *giureconsulto*, che non vuol cadere in una tautologia o che, invece di dare una soluzione generale, vuol rimandare alle leggi positive di un paese qualunque e di un qualunque tempo, appunto nello stesso imbarazzo in cui la celebre domanda: «Che cos’è la verità?» mise il logico”¹.

Questa considerazione di Immanuel Kant rende sufficientemente l’idea delle difficoltà in cui si trova chiunque voglia tentare una sintesi, sia pure obbligatoriamente parziale, del concetto di diritto e delle sue molteplici declinazioni storico-concettuali, che si sono delineate e continuano a delinearsi secondo criteri di progressiva specificazione.

Come è stato scritto autorevolmente², peraltro, il concetto specifico del diritto è dato dalla sua immaterialità: non possiede segni visibili, né tangibili né soggettivi, e dunque si configura ulteriormente come un concetto sfuggente e di difficile definizione, soprattutto se se ne vuole sottolineare la distanza, o quanto meno evitare l’identificazione, con l’idea di giustizia, con quella di morale e con quella di legge.

Se ne può parlare, inizialmente, perlomeno in due sensi: come *ordine*, regolamentazione della vita sociale, o come *pretesa* a cui corrisponde un *obbligo*. Si può intendere inoltre, con ri-

¹ I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto* (1797), tr. it. G. Vidari, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1978, p. 405.

² P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 5.

guardo ai comportamenti dei soggetti, dal punto di vista della ‘fisiologia’ dell’ordinamento o da quello della sua ‘patologia’³.

Nella prima accezione il diritto si configura come l’elemento di strutturazione prevalente di qualunque gruppo sociale: una società è tale perché, e solo se, è ordinata secondo uno schema organizzativo e, in questo senso, giuridico, su cui converge il consenso della maggior parte degli individui che la compongono. In questo modo si avvicina concettualmente ad una forma di linguaggio che rende possibile la coesistenza tra soggetti e gruppi di soggetti che, pur conservando le rispettive peculiarità, si coordinano tra loro organizzandosi, talora istituendo disegualianze e gerarchie, in nome di un comune interesse alla convivenza pacifica⁴.

La socialità rappresenta certamente una caratteristica essenziale del diritto, intesa così, sia pure con sfumature e toni diversi nell’impostazione della questione, da Aristotele a Grozio, fino a Santi Romano⁵.

Non ogni manifestazione sociale, però, è di per sé giuridica: il diritto non si può confondere con la sociologia. La regolarità giuridica è di tipo deontologico, si fonda sul criterio precipuo della prescrittività: la giuridicità va intesa come funzione ordinativa della condotta umana, che in questo senso la distingue dalla realtà naturale perché qualifica e ordina i comportamenti secondo criteri normativi, che presuppongono sempre la libertà e l’attività dell’uomo, a differenza dalle leggi fisiche che invece la escludono. “Gli esseri umani sono liberi – scrive Hans Kelsen – perché imputano la ricompensa, la penitenza o il castigo come conseguenza, al comportamento umano come condizione, malgrado la sua determinazione in base a leggi causali, perché questo comportamento umano è il punto finale dell’imputazione”⁶.

³ Risponde alla differenza di impostazione, in termini generali, tra il diritto civile e quello penale.

⁴ P. Grossi, *ivi*, p. 27.

⁵ Cfr. su questo aspetto, A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche (Parte prima. Il concetto del diritto)*, Milano, (IV edizione), 1992, p. 8.

⁶ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), tr. it. R. Treves, Torino (1952), 2000, p. 220.

Si può parlare, in questo senso, di necessità normativa, intesa come una sorta di ‘necessità condizionata’: il Discorso della montagna, così come l’atto con cui Dio dà a Mosè le Tavole della Legge, può avere valore solo per i credenti⁷.

Solo nel Tardo Antico, peraltro, si afferma nel lessico comune l’uso specifico del temine ‘diritto’ (*directus*), diverso da *ius*, participio passato del verbo *dirigere*, che ha in sé una dimensione dinamica, ordinativa, attiva, che rispecchia il consolidamento culturale del Cristianesimo, inteso come fatto che sconvolge l’ordine del mondo precedente e ripensa un ordine nuovo derivante dalla volontà dell’unico Dio cristiano⁸. È il giurista Cassiodoro, vissuto tra la fine del 400 e gli inizi del 500 d.C., che sintetizza questo passaggio in modo esemplare: “*Directus dicitur quod, de curvo, rectus efficitur*”⁹.

La funzione del diritto consiste nell’orientare i comportamenti, non nel limitarsi a rispecchiarli: è fondato sulla normatività, non sulla normalità.

Si può discutere se il carattere normativo del diritto debba essere ritenuto l’elemento principale, ma ne costituisce sicuramente un elemento essenziale (v. *infra*).

In epoca primitiva, e ancora nell’esperienza della Grecia antica, il diritto era considerato essenzialmente come *ordo ordinatus*, conservava un ruolo sostanzialmente statico e oggettivo, mentre restava ancora lontano il momento dinamico della volontà e dunque della soggettività che darà vita alla fase dell’*ordo ordinans*.

Le regole di convivenza, le norme etiche ma anche le leggi civili, rientravano tutte in un concetto di *Nomos*, l’ordine complessivo del mondo, che includeva anche costume, tradizione, *ethos* sacro (*Nomos Basileus*, Re del mondo). Il *Nomos* era inteso

⁷ A. Falzea, *Introduzione*, cit., p. 20. Sul tema cfr. F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All’origine dell’immaginario giuridico*, Bologna, 2007.

⁸ G. Ambrosetti *Diritto naturale cristiano: profili di metodo, di storia e di teoria*, Roma, 1970

⁹ W. Cesarini Sforza, *Diritto (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, pp. 630-647; Id., «*Ius*» e «*directum*». *Note sull’idea di diritto*, Bologna, 1930.

come Regola e Misura del mondo, la cui Legge universale veniva personificata da Dike, figlia di Zeus e di Temi.

L'immagine si presenta limpidamente in un noto frammento di Eraclito, in cui si legge che se il sole fosse uscito dal suo corso, le Erinni, ministre di Dike, ve lo avrebbero riportato, allo stesso modo in cui se l'ordine fosse stato turbato dall'uomo, Dike sarebbe intervenuta per punire il responsabile. L'intento di Dike non è però quello di condannare il colpevole per vendicare chi ha subito un torto, ma solo di ripristinare l'ordine espresso dalla Regola, dal *Nomos*.

È la fase del diritto naturale classico, in cui il diritto coincide con la giustizia e la giustizia è naturale come le leggi che reggono il cosmo, la creazione e la costituzione dell'universo; naturali in questo senso sono anche le norme su cui si fonda la convivenza sociale.

Ogni azione in epoca premoderna assume un significato morale ed etico che non si disgiunge da quello giuridico. E il fondamento dell'atto compiuto non si trova obbligatoriamente nella volontà libera del soggetto che lo compie.

Nella percezione 'antica' del mondo e della natura ciascun essere umano occupa il posto assegnatogli dal destino; ciascun elemento del cosmo si muove in sintonia con gli altri per raggiungere obiettivi predeterminati; la nozione di eguaglianza deve essere intesa nel senso relativo dell'appartenenza ad un contesto sociale e politico gerarchico e strutturato in modo pressoché statico, secondo una logica di tipo 'geometrico' più che 'aritmetico'¹⁰.

La libertà degli uomini implica l'accettazione del fato, del destino inteso come ordine cosmico universale e l'accettazione della legge che presiede a quest'ordine. L'*adikia* (ingiustizia), non viene considerata la violazione di un diritto soggettivo, ma la violazione di una regola superiore da parte di chi è spinto dallo *iùbris* (arroganza, tracotanza, dismisura).

¹⁰ Cfr. F.M. De Sanctis, *Eguaglianza e giustizia. Prime indicazioni per un percorso storico-concettuale*, in *Tra antico e moderno. Individuo, eguaglianza, comunità*, Roma, 2004, p. 12.

È difficile in questo senso individuare i termini della libertà dell'azione umana e prima ancora della volizione che spinge un soggetto ad agire: sono ad esempio argomenti esimenti dalla responsabilità (e dalla colpa), gli ordini degli dei e dei superiori, ma anche le emozioni che impediscono la riflessione razionale, inducendo ad agire secondo *thymos*, l'impulso irragionevole e fugace.

Anche l'intervento di Ate, la figlia di Zeus, dea dell'errore, rientra tra gli elementi che scagionano chi agisce sotto il suo influsso dalla responsabilità di aver commesso deliberatamente un atto e quindi dalle sue conseguenze¹¹.

Persino l'amore (*eros*) rende incolpevoli e irresponsabili: Gorgia nel suo *Encomio di Elena*¹², lo include tra i motivi che scagionano Elena dall'essere ritenuta colpevole della sua fuga a Troia e delle conseguenze funeste che ne seguirono. Insieme con la 'volontà del caso', con la 'decisione degli dei', con il 'decreto della necessità', con l'ipotesi della 'violenza' o con la 'persuasione delle parole', anche l'amore rende Elena piuttosto una vittima che non la vera responsabile delle sue azioni.

Sarà Aristotele, nell'*Etica Nicomachea* ad analizzare il tema della libertà del volere, definendo la differenza tra atti volontari, delle cui conseguenze si è comunque responsabili, e atti involontari, tra cui devono rientrare quelli commessi 'per forza o per ignoranza'¹³, 'per paura di mali peggiori o a causa di qualcosa di bello'¹⁴. L'azione umana è volontaria e libera quando non deriva da una costrizione esterna, e quando si fonda sulla conoscenza idonea delle circostanze che inducono ad agire. La capacità di scelta definisce l'attività virtuosa come valutazione

¹¹ E. Cantarella, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano, 2002, spec. pp. 176 e ss. Cfr. anche Id., *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, pp. 130 e ss.

¹² Gorgia, *Encomio di Elena*, tr.it. e cura di F. Donadi, Roma, 1982. Cfr. ancora E. Cantarella, *Itaca*, cit., p. 185.

¹³ Aristotele, *Etica Nicomachea*, III, 1111a 25, tr. it. a cura di C. Natali, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 83.

¹⁴ *Ivi*, III, 1110a 5-15, p. 77.

razionale dei mezzi che meglio possono condurre all'ottenimento di determinati fini.

Per Aristotele il bene consiste nell'esercizio del pensiero, che è anche la dote più rilevante dell'uomo, e si realizza nell'esito di ogni scelta che renda la vita degna di essere vissuta secondo il criterio della virtù, che conduce alla felicità (*eudajimonìa*).

L'uomo aristotelico, peraltro, è un animale che vive nella comunità politica; trova la vera felicità, conseguente alla vita condotta secondo virtù, nella dimensione esistenziale della *polis*; rimane compreso in una condizione collettiva, che ne qualifica l'essenza. È lo stesso Aristotele nella *Politica* a definire la priorità logica e ontologica del tutto sulla parte e quindi della comunità sull'individuo. "Il tutto precede necessariamente la parte, perché tolto il tutto, non ci sarà più né piede né mano... (dunque) la città è per natura anteriore all'individuo"¹⁵.

L'universo culturale della romanità, difficilmente sintetizzabile, trova una sua specifica connotazione d'insieme nella *civitas*, concetto unitario in termini politico-giuridici pur se non escludente, perché privo del carattere statico e naturalistico della *polis* greca. Qui prevale piuttosto la possibilità di essere membri di un'entità giuridica che prevede la condivisione di un sistema istituzionale, in cui è ipotizzabile anche l'inclusione dello straniero che decida di sottomettersi: intento dei Romani era sì di *debellare superbos*, ma anche di *parcere victis*, e di rispettare in buona misura la cultura dei popoli assoggettati, in modo da costituire una comunità politico-religiosa multiforme e composita¹⁶.

Rispetto all'idea greca di un mondo ordinato dagli dei o dal fato, in epoca romana comincia a prevalere il concetto della rilevanza della volontà umana che crea il *ius*, inteso come ordine

¹⁵ Aristotele, *Politica*, I (A), 2, 1253a 20, tr. it. R. Laurenti, Roma-Bari, 2002, p. 7.

¹⁶ P. Bellini, *Le radici culturali e religiose dell'identità europea*, in AA.VV, (a cura di S. Panunzio), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 216.

dato, non semplicemente trovato. Il *ius*, anzi, in certo modo si sovrappone e a volte si oppone al *fas* come alla volontà degli dei.

La libertà del cittadino romano si connota in senso per lo meno duplice: per un verso qualifica la condizione di chi è soggetto pieno di diritti in contrapposizione a chi invece, in assenza di cittadinanza (e delle prerogative che la cittadinanza stessa attribuisce), ne è privo in tutto o in parte; per un altro verso indica l'appartenenza ad un popolo libero, dove l'aggettivo *liber* designa chi non è asservito, chi è indipendente dallo straniero e quindi vive in assenza di schiavitù.

Il cittadino libero peraltro, è contemporaneamente titolare dei doveri che assume nei confronti della *res publica* insieme con il privilegio della cittadinanza, e proprio la consapevolezza dei doveri di partecipazione e di fedeltà alle istituzioni, rende il *civis* diverso dal suddito¹⁷.

Mentre per i greci commettere un atto illecito significava turbare un ordine naturale che solo l'intervento di *Dike* poteva ripristinare¹⁸, nella cultura romana, pur nella diversità delle sue fasi¹⁹, emerge distintamente l'elemento della volontà e persino quello della individualità. Certo si è ancora lontani dalla nozione dell'individuo in senso moderno, inteso come entità autonoma, dotata di capacità di autodeterminazione esclusiva, propria, indipendente dalla struttura sociale: il soggetto singolo dotato di diritti, di doveri, di responsabilità, di oneri suoi propri, rappresenta, come si è detto e come si vedrà meglio in seguito, una 'scoperta' della modernità²⁰.

¹⁷ *Ivi*, p. 218.

¹⁸ Come si è visto poco sopra, a proposito del frammento eracliteo.

¹⁹ Gibbon, ad esempio, ha suddiviso la storia di Roma in quattro periodi: il primo va dalla fondazione alle XII tavole, il secondo dalle XII tavole a Cicerone, il terzo da Cicerone ad Alessandro Severo, e infine il quarto da Alessandro Severo a Giustiniano. E. Gibbon, *Storia della decadenza e caduta dell'Impero romano*, (1788), tr. it. a cura di G. Frizzi, Torino, 1967.

²⁰ Importanti riferimenti su questo aspetto del problema si trovano in M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno* (a cura di F. D'Agostino), Milano, 1986; cfr. inoltre il recentissimo A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 397. In senso problematico P. Bellini, *Le radici culturali e religiose*, cit., p. 218: "Eppure (...) non appare tuttavia negabile

La peculiarità pragmatica e volontaristica del diritto romano, pur con tutte le differenze che implica una vicenda svoltasi lungo circa dodici secoli di storia, si determina nella costruzione dell'impianto logico del diritto civile.

Dalla pratica giudiziaria che si realizza attraverso leggi, *senatus consulta*, *edicta magistratum*, e soprattutto *responsa* giurisprudenziali, si compone il *jus civile* come regolamentazione dell'attività del cittadino, il quale utilizzando lo strumento processuale dell'*actio*, assume la facoltà e l'onere di proteggere il *suum*, la proprietà, nei confronti di chi commette atti che gli arrecano danno.

Per Cicerone il *ius civile* si definisce come “*aequitas constituta iis, qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas*”²¹. In sostanza quindi, il principio razionale dell'equità, desumibile dalla tradizione giurisprudenziale, induce a fondare come precetto essenziale all'interno della *civitas*, la protezione della proprietà e la tutela del *dominus* che viene danneggiato da atti contrari al *ius* (*iniuria*). È significativo osservare inoltre, come il concetto stesso di *iniuria* ponga l'accento sull'atto che provoca il danno, più che sul danno stesso: si va precisando il ruolo dell'azione e quello del soggetto che la compie più o meno volontariamente, ma in ogni modo colpevolmente.

Si definisce il concetto di rapporto giuridico come corrispondenza di potere ed obbligo: dal contrasto eventuale tra i due elementi, si fa strada l'idea della responsabilità in termini di diritto.

Bisogna tenere presente, tuttavia, che pur nel crescente grado di raffinatezza che il diritto romano raggiunge fino alla

che le radici profonde della scoperta della unicità di ciascun uomo (di ciascun nato di donna) vadano ben retrodatate: e ricondotte a una speculazione filosofica – quale fu appunto quella antica – già per sua parte giunta a teorizzare la superiore eccellenza della ‘componente pneumatica dell'uomo’: dell'anima di lui: non già intesa siccome semplice riflesso d'un'entità cosmica, della quale i singoli siano fatti occasionalmente e transitoriamente compartecipi, ma proprio come un che di ‘strettamente individuale’: di appartenente (diremmo in esclusiva) a ‘ciascun essere umano’ proprio perché essere umano”.

²¹ Cicerone, *Topica*, 2, 9.

grande compilazione giustiniana, si è ancora lontani dall'arrivare a distinguere nitidamente l'autonomia del diritto rispetto alla morale, e delle regole giuridiche rispetto a quelle etiche: la definizione di una disciplina giuridica della responsabilità per i danni civili o per i reati commessi dai cittadini, non implica ancora che si riconosca la colpa morale come concetto completamente indipendente dalla causalità naturale e dalla responsabilità giuridica, e che questa a sua volta si configuri soltanto come imputazione di una conseguenza ad un atto illecito.

Ancora più complessa si rivela la distinzione tra i due piani del diritto e della morale nel periodo medievale e – soprattutto dopo la rivoluzione culturale indotta dal Cristianesimo – in relazione alla questione dell'esercizio della volontà, della libera azione individuale e delle relative conseguenze etiche e giuridiche.

Soprattutto nei primi secoli del medioevo l'individuo si percepisce come elemento di un ordine collettivo e come soggetto di relazioni, a loro volta fondate su rapporti legati alle cose piuttosto che alle persone.

Il concetto stesso di individuo e quello di soggetto appaiono difficili da definire se non in termini di opposizione, di diversificazione rispetto alla sfera sociale²². In ambito giuridico, coesistono retaggi di diritto germanico, istituti di tradizione romanistica e precetti derivanti dalle aperture culturali alla spiritualità cristiana.

In una condizione generale di indifferenziazione tra pubblico e privato, non si distinguono neppure chiaramente gli aspetti di natura civile da quelli penalistici.

La faida, cioè la vendetta privata, trova una propria esplicita menzione nell'Editto di Rotari (643 d.C.) dove è considerata come forma prevalente di sanzione e come strumento privile-

²² Si parla specificamente di 'scoperta del soggetto' che avviene solo in epoca tardo-medievale, P. Ariès, G. Duby, *La vita privata dal feudalesimo al rinascimento*, Roma-Bari, 1987, pp. 448 e ss.; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2004, spc. pp. 99 e ss.

giato per rimuovere l'offesa e ripristinare la pace tra famiglie. Non si distingue neppure chiaramente dalla guerra, che solo in una fase più tarda verrà intesa come attività lecita, propria del Principe, poiché il torto, il danno, il crimine, il delitto, vengono pressoché indistintamente considerati come elementi di turbativa dell'ordine sociale e quindi come cause di interruzione temporanea della pace a cui è possibile porre rimedio con la vendetta e la ritorsione²³.

Il diritto di proprietà non viene concepito come prerogativa del soggetto singolo, ma come conseguenza di una condizione economica complessiva le cui regole dipendono dalla funzione delle cose, dallo scopo cui gli oggetti sono destinati in vista del loro utilizzo nella vita comune²⁴.

Il principio della 'tipicità' che contrassegnava il diritto romano, viene ora sostituito da quello dell' "effettività" e la forza della consuetudine e degli usi è tale da prevalere in modo netto sulla volontà delle parti e sull'idea stessa di consenso²⁵.

Il consolidamento e la diffusione delle dottrine cristiane e della riflessione sui testi sacri peraltro, fa sì che si cominci a porre come questione centrale nell'ambito della speculazione filosofica il tema della volontà libera, del libero arbitrio, la questione della "facoltà umana del volere, che era ignorata dalla filosofia antica, e fu scoperta solo, in tutta la sua inquietante complessità, da Paolo e Agostino"²⁶.

²³ Sul tema della faida nella struttura politica medievale, il riferimento fondamentale è O. Brunner, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale* (1939), tr. it., a cura di G. Nobili Schiera, C. Tommasi, Milano, 1983, spec. pp. 3-153; per ulteriori spunti importanti, cfr. G.P. Massetto, *Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, cit., pp. 1100-1101.

²⁴ P. Grossi, *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, 1979, p. 27 e *passim*.

²⁵ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 102-106; A. Schiavone, *Ius*, cit., spec., pp. 176-178.

²⁶ H. Arendt, *La responsabilità personale sotto la dittatura* (1964), tr. it., R. Esposito, *Responsabilità*, in Id. (a cura di), *Oltre la politica. Antologia del pensiero "impolitico"*, Milano, 1996; ora anche in H. Arendt, *Responsabilità e giudizio* (1965-1975), a cura di J. Kohn, tr. it. D. Tarizzo, Torino, 2003, p. 60.

Il concetto espresso da S. Agostino, secondo cui “*reum non facit nisi mens rea*”, rappresenta un elemento fortemente innovatore rispetto al fatalismo dominante la cultura tradizionale, introducendo il tema del rilievo dell’elemento psichico nelle azioni umane e delle relative conseguenze. La proiezione di questo argomento in ambito giuridico, si manifesta con l’emissione del Decreto di Graziano, che accogliendo il senso della rilevanza della volontà libera e della consapevolezza dell’azione, fissa i criteri che tuttora determinano le premesse dell’imputabilità giuridica degli atti e l’affermazione del principio della ‘capacità di intendere e di volere’²⁷.

La questione appare in ogni modo assai complessa e multiforme²⁸: il problema della volontà libera, nell’accezione agostiniana, si pone come problema della volontà buona, della liberazione dal male del peccato originale. La premessa teorica si fonda sulla tradizione stoica, che identifica la ‘vera libertà’ con la libertà dello spirito e si sviluppa attraverso il concetto di *arbitrium*, che viene inteso come libertà dell’intelletto nel senso precipuo di liberazione, come possibilità di scegliere tra il bene e il male e come capacità di liberarsi da quest’ultimo. L’uomo è inserito in una totalità, nella comunità spirituale della Chiesa, e soltanto in relazione a questa può sperare nella salvezza. Il libero arbitrio viene concepito da S. Agostino come *libertas minor*²⁹, limitata dalla soggezione al trascendente, e diversa dalla *libertas maior* che identifica l’autonomia dell’uomo e che implica la responsabilità effettiva delle azioni che egli compie.

²⁷ in G.P. Massetto, *Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)*, cit., p. 1105; G. Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, p. 47, che ne parla come “di una formula quasi mitica”.

²⁸ Il pensiero di S. Agostino è stato definito come “la più tipica e grandiosa espressione delle incertezze che si accompagnano al primo impatto del cristianesimo con il mondo classico... sintesi problematica e, per tanti aspetti, drammatica, dei conflitti e delle incertezze dei primi tempi del cristianesimo”, E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1983, p. 89.

²⁹ S. Agostino, *Contra duas epistulas Pelagianorum*, I, 2, 5 (P.L. 44, 552).

Diritto naturale/diritto positivo

Sono state fin qui considerate quelle impostazioni teoriche che si possono riassumere e ricondurre sotto la comune definizione di *giusnaturalismo*, antico e medievale: la dottrina secondo la quale esiste e può essere conosciuto un *diritto naturale*, inteso come un insieme di norme di condotta intersoggettiva che ha validità di per sé, indipendentemente dal fatto che vi sia un diritto posto dagli esseri umani che di volta in volta rappresentano l'istituzione politica.

L'elemento comune, pur nell'evidenza delle molteplici differenze e sfumature di significato, consiste soprattutto nella indifferenziazione tra fatti e valori e fonda sull'assunto che esista una giustizia naturale, indipendente dalla volontà umana, derivante dalle leggi naturali che reggono il cosmo, e quindi anche sulla naturalità e universalità delle norme che fondano e governano la convivenza sociale.

Accanto al diritto naturale si è peraltro sempre individuato il problema posto dall'esistenza di un diritto *positivo*, 'convenzionale', cioè posto dagli uomini e più specificamente da chi detiene il comando della comunità politica (pur se non si può ancora definire Stato)³⁰. È celebre la definizione aristotelica secondo cui: "Del giusto civile una parte è di origine naturale, un'altra si fonda sulla legge. Naturale è quel giusto che mantiene ovunque lo stesso effetto e non dipende dal fatto che ad uno sembra buono oppure no; fondato sulla legge è quello invece, di cui non importa nulla se le sue origini siano tali o tal altre, bensì importa come esso sia una volta che sia sancito"³¹. In questo senso

³⁰ L. Strauss, *Diritto naturale e storia*, trad. it., Milano, 1953.

³¹ Aristotele, *Etica Nicomachea*, tr. it., Milano, 1994, p. 359. Sul rapporto del diritto naturale con il diritto positivo in Aristotele, ma anche nelle fasi successive della storia del pensiero pre-moderno, è ancora preziosa l'analisi di N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996; e anche Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977. Più in generale, nella sterminata bibliografia sul rapporto tra queste due concezioni del diritto e sulla relativa evoluzione storica mi limito a dare qualche indicazione bibliografica 'classica': G. Fassò, *Il di-*

il rapporto del diritto naturale con il diritto positivo si propone come rapporto fra il generale ed il particolare.

Emblematica di questa contrapposizione (e talora sovrapposizione), è la tragedia di Sofocle che ha per protagonista Antigone: il re (il *tiranno*) di Tebe, Creonte, vieta la sepoltura del corpo di Polinice, uno dei fratelli di Antigone, che opponendosi ad un editto di Creonte, aveva mosso guerra alla città e all'altro fratello, Eteocle. Antigone, contravvenendo agli ordini del re, seppellisce il corpo di Polinice, appellandosi alle leggi non scritte ed eterne degli dei, che gli uomini non possono contraddire. Creonte, peraltro, non ha promulgato le sue leggi per un capriccio, ma perchè ritiene che queste abbiano ragioni che si fondano sull'utilità comune, che siano necessarie per la sopravvivenza della città. Non è in discussione, in questo senso, il rapporto tra il giusto e l'ingiusto, ma tra due modi di intendere la giustizia: una divina ed eterna, una umana e mutevole, un valore in sé ed un valore funzionale al bene pubblico³².

L'argomento centrale che si presenta a proposito delle dottrine del diritto naturale, è quello che deriva dall'indistinzione tra fatti e valori (oltre che tra diritto e morale) e dall'esigenza di determinare il tema della delimitazione storica e teorica del concetto di valore e del suo rapporto con la normatività giuridica.

ritto naturale, Torino, 1964; H. Welzel, *Diritto naturale giustizia materiale* (1951), tr. it. a cura di G. De Stefano, Milano, 1965; L. Strauss, *Diritto naturale e storia* (1953), tr. it., N. Pierri, Genova, 1990; A. Passerin d'Entreves, *La dottrina del diritto naturale*, Milano, 1979; P. Piovani, *Giusnaturalimo ed etica moderna*, (1961), nuova edizione a cura di F. Tessitore, Napoli, 2000; H.A. Rommen (*L'eterno ritorno del diritto naturale*(1947), tr. it. a cura di G. Ambrosetti, Roma, 1965; G. Tarello, *La nozione di diritto positivo nella cultura giuridica italiana*, ora in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988.

³² Sul mito di Antigone, la tragedia di Sofocle rappresentata per la prima volta ad Atene nel 442 a.c., la letteratura è sterminata. Segnalo soltanto per un'idea generale dell'argomento, tra i più recenti, M.C. Nussbaum, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca* (1986), a cura di G. Zanetti, Bologna, 1996; M.F. Rabaglietti, *Diritto e legge nell'intramontabile mito di Antigone*, Torino, 2000; G. Carillo, *Bia(i)polikon. Sulla disobbedienza di Antigone*, in «Filosofia politica», 1, aprile 2008, pp. 5-20.

Il problema se esistano valori universali, e dunque presenti in ogni tempo e in ogni luogo, è stato posto spesso dai pensatori contemporanei, tanto dal punto di vista della filosofia morale, quanto da quello più specifico del diritto.

Secondo Hannah Arendt esistono “regole e norme in base alle quali gli uomini distinguono il bene dal male e che vengono sempre invocate per giudicare gli altri e giustificare se stessi: regole e norme la cui validità è ritenuta evidente da chiunque sia sano di mente, facendo essa parte del diritto naturale o divino”³³.

Tra i giuristi, oltre a Kelsen, di cui si parlerà più diffusamente in seguito, mi soffermo soltanto, in maniera esemplificativa, sulle valutazioni di Herbert Hart, che rappresenta forse la corrente più matura del giuspositivismo novecentesco. Secondo Hart, se è vero che alcune azioni, ad esempio il furto e la violenza, sono sempre state considerate malvagie e riprovevoli anche nelle società primitive, è vero anche che “la parola «morale» e tutti gli altri termini connessi o quasi sinonimi, come «etica», hanno una loro notevole zona di ambiguità o «struttura aperta». Vi sono certi tipi di principi o norme che alcuni catalogherebbero come morali e altri no”³⁴.

La problematicità del concetto di morale e la sua variabilità e progressione cronologica e quindi sociale, soprattutto quando si prescinda dalla religione o dalla fede, viene sintetizzata limpidamente da Norberto Bobbio, che infatti, a questo proposito, scrive: “Ciò che noi chiamiamo «coscienza morale», soprattutto per effetto della grande, per non dire esclusiva, influenza che ha avuto l’educazione cristiana nella formazione dell’uomo europeo, è da collegarsi al formarsi e al crescere della consapevolezza dello stato di sofferenza, d’indigenza, penuria, miseria, in genere d’infelicità in cui versa l’uomo nel mondo, e al sentimento d’insopportabilità di questo stato”³⁵.

³³ H. Arendt, *Responsabilità e giudizio*, cit., p. 42.

³⁴ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), tr. it. M. Cattaneo, Torino, 1991, p. 197.

³⁵ N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Torino, 1997, p. 51.

La determinazione dei diritti e degli obblighi dei soggetti è uno dei principali elementi di unificazione in una società, in cui i valori si pongono come elementi comuni e accomunanti. Il concetto di ‘valore’, peraltro recente se inteso nella sua accezione attuale, può essere considerato come “denominatore comune di una certa unità di fondo che variamente si manifesta e si atteggia nella dimensione pratica della moralità del diritto e del costume, nella dimensione estetica della poesia e dell’arte, nella dimensione teoretica della conoscenza e della scienza, nella dimensione religiosa della speranza o aspirazione umana in un trascendente oltremondo... In ogni campo il valore emerge da ciò che è irrilevante indifferente neutrale come ciò che ha rilievo e fa differenza”³⁶.

E dunque, dal punto di vista del diritto “... un ordinamento giuridico può considerarsi una gerarchia di valori giuridici, perché tutte le sue norme sono l’esito di un apprezzamento dei valori in gioco o, come usualmente si dice, di una *ponderazione* degli interessi”³⁷ e dei convincimenti che di volta in volta li riguardano, determinandone l’ordine gerarchico e la priorità cronologica.

La difficoltà di stabilire i confini del giusto e del bene, è uno degli elementi che porta all’affermazione della nuova forma del diritto naturale, che, a sua volta, conduce al *giusnaturalismo moderno*. Dalla prima metà del secolo XVII secolo le leggi generali che reggono il cosmo sembrano trovare il loro fondamento nella ragione universale, comune a tutti gli esseri umani, che li spinge ad associarsi tra loro attraverso la stipula di un contratto sociale, variamente definito dai diversi autori che sono riconducibili a questa corrente teorica³⁸.

Il padre del giusnaturalismo moderno può essere considerato Hugo Grozio, che così scriveva: “(...) l’uomo è sì un ani-

³⁶ A. Falzea, *Introduzione*, cit., p. 22.

³⁷ A. Falzea, *ivi*, cit., p. 24.

³⁸ Ricordo soltanto tra i sommi del pensiero politico moderno e del contrattualismo, H. Grozio, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, dei quali si parlerà diffusamente *infra*.

male, ma un animale di eccezione, che si distacca da tutti gli altri molto più di quanto le altre specie differiscano fra loro (...). E fra queste caratteristiche specifiche dell'uomo vi è la ricerca della vita sociale, ossia di una vita in comune - ma non qualsiasi, bensì pacifica e ordinata secondo la norma della propria ragione - con gli esseri della sua specie (...)”³⁹.

In questo modo gli uomini passano volontariamente da una condizione di stato naturale ad una di stato civile, in cui il diritto è posto e riconosciuto nella sua artificialità e non più semplicemente identificato come naturale e universale.

La *modernità* costituisce un vero e proprio spartiacque in termini giuridici e, più generalmente, in termini culturali.

A partire dalla modernità si specificano i concetti di diritti *soggettivi* (o *individuali*) e quello di *Stato* (*sovrano*), con la conseguenza dell'affermazione dell'idea di *diritto positivo* (e di positivismo giuridico)⁴⁰.

³⁹ H. Grozio, *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace* (1625) tr. it. di G. Fassò, Bologna, 1949, *Prolegomena*, 6, pp. 20-21.

⁴⁰ Sul positivismo giuridico v. *infra*, pp. 48 e ss.

Stato

Si può tentare di definire sinteticamente lo Stato (dal latino *status*, ‘condizione’ della *res publica*⁴⁾) come organizzazione della vita di un determinato gruppo sociale (*popolo*), su un determinato *territorio*, che assume in sé l’esclusività del potere coattivo.

Il sorgere dello Stato moderno territoriale, viene fatto comunemente coincidere con la stipula del trattato di Westfalia (1648), con cui ciascuno Stato accetta di riconoscere i diritti degli altri.

Lo Stato moderno rappresenta quindi una condizione storicamente definita (pur se non definitivamente conclusa): nasce dall’esigenza e dal tentativo di ricomporre in unico *status* politico, etico, economico, giuridico e su una base territoriale circoscritta, interessi e ideologie contrapposti nell’Europa cinque-seicentesca, in cui la religione non si riconosce più come punto di riferimento unitario, ma diventa al contrario terreno di scontro.

L’enunciazione più classica, chiara ed esaustiva, del significato dello Stato moderno risale a Max Weber: “Oggi (invece) dovremmo dire che lo stato è quella comunità umana la quale, nell’ambito di un determinato territorio – e il «territorio» è un elemento caratteristico – pretende per sé (con successo) il monopolio dell’uso legittimo della forza fisica. Infatti l’aspetto specifico dell’epoca moderna è costituito dal fatto che il diritto all’esercizio della forza fisica viene attribuito a tutti gli altri gruppi o individui singoli soltanto nei limiti in cui lo stato lo ammette

⁴⁾ Ma anche Costituzione, o forma di governo o *species politiae*, cfr. N. Matteucci, *Lo Stato moderno*, Bologna, 1993, p. 25; P.P. Portinaro, *Stato*, cit., pp. 31 e ss.

in mano loro: lo stato vale come unica fonte del «diritto» all'uso della forza"⁴².

Si realizza così la specifica esigenza di razionalizzazione del potere, che in epoca medievale appariva diffuso e policentrico, pur se fondato sull'idea di un ordine gerarchico prevedibile e immutabile: si modifica invece successivamente, accentrandosi nella figura di un soggetto sovrano che assume su di sé l'esplicita artificiosità del comando, ed esprime contemporaneamente la razionalità dell'azione umana che non riproduce più la traduzione immediata dei precetti di ordine naturale e divino. È il motivo per cui, se si parla di Stato, bisogna riferirsi ai concetti di *modernità* e di *sovranità*, che ne integrano obbligatoriamente il significato, e di cui lo Stato sembra condividere la parabola: con la fine della modernità, negli anni successivi alla prima guerra mondiale e ancora dopo la fine dei totalitarismi, il concetto di Stato sovrano diventa oggetto di discussione profonda.

Si può cominciare a parlare di *modernità*⁴³ in primo luogo a partire dalla consapevolezza determinata dalla crisi dei metodi

⁴² M. Weber, *Economia e società* (1922), tr. it., F. Casabianca, G. Giordano, a cura di P. Rossi, Milano, 1980, IV, p. 479. Mi limito qui a ricordare alcuni tra i numerosissimi riferimenti essenziali sul tema dello Stato moderno: G. Capograssi, *Saggio sullo Stato*, Milano, 1918; E. Cassirer, *Il mito dello Stato*, Milano, 1950; P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Otto e Novecento*, Milano, 1986; L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Milano, 1995; M. Fioravanti, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993; H. Heller, *La sovranità e altri scritti sulla dottrina del diritto dello stato* (1926-1929) tr. it., P. Pasquino e G. Silvestrini, Milano, 1987; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945) tr. it., S. Cotta e G. Treves, Milano, 1984; N. Matteucci, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997; P.P. Portinaro, *Stato*, Bologna, 1999; S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969; E. Rotelli-P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno*, Bologna, 3 voll., 1971-1974; C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'* (1932, 1934, 1958, 1963, 1968), tr. it., P. Schiera, Bologna, 1972; G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Torino, 1962; M. Troper, *Per una teoria giuridica dello Stato*, tr. it., Napoli, 1998.

⁴³ I confini cronologici della modernità sono di solito collocati convenzionalmente dagli storici tra la scoperta dell'America (1492) e la Rivoluzione Francese (1789). In sostanza si tratta dei tre secoli XVI, XVII, XVIII, in cui si realizza il passaggio dalla condizione sociale, politica ed economica tipica del periodo medievale a quella caratterizzata dalla progressiva espansione della borghesia.

tradizionali della conoscenza: la *razionalità del metodo*, che con Cartesio ridefinisce la funzione della scienza e soprattutto dell'intelletto umano che identifica se stesso mediante il riconoscimento del dubbio⁴⁴; la *secolarizzazione* dei concetti relativi alla religione e la *laicizzazione* delle istituzioni, la separazione di ciò che è spirituale e religioso da ciò che è politico, di Chiesa e Stato; *l'esclusione della storia* rispetto all'idea di natura dell'uomo, che sembra invulnerabile rispetto al tempo; *l'espulsione dell'etica* dalla politica (che si definisce con le teorie di Machiavelli) e anche dal diritto: i valori possono continuare a contrapporsi, purché nel privato, nel foro interno.

Si possono individuare inoltre alcuni accadimenti storici precisi, a cui attribuire un rilievo fondamentale per definire l'inizio della modernità.

In primo luogo la scoperta dell'America che determina lo spostamento più a occidente dell'orizzonte del mondo e ne modifica la percezione: lo spazio fisico si contrae, le distanze si accorciano.

La Riforma protestante inoltre, induce all'interpretazione personale dei testi sacri e quindi consolida la nascente cognizione dell'individuo che si riconosce nella sua specificità: assume la coscienza di poter agire liberamente e consapevolmente e accetta perciò l'obbligo di rispondere sempre dei suoi comportamenti, non solo nei confronti dell'autorità morale, ma anche di quella sociale, politica e giuridica. L'individuo moderno è, infine, come si è visto, un'entità autonoma, dotata di facoltà di decisione esclusiva, indipendentemente dall'organizzazione sociale di cui fa parte.

L'espropriazione dei beni ecclesiastici dà uno scossone al concetto di inamovibilità della proprietà privata: è una delle conseguenze della Riforma che si aggiunge alla constatazione dell'esclusione della legge del maggiorascato nella regolamentazione giuridica delle colonie americane del nord. Qui l'idea tradizionale di proprietà privata, basata sull'acquisizione ereditaria dei

⁴⁴ G. Solari, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1950, p. 8 e ss.

beni immobili che a sua volta deriva dalla ‘preziosità’ della proprietà terriera in uno spazio fisico circoscritto, come quello dell’Europa, viene superata dalla constatazione della grande estensione degli spazi nelle nuove colonie, che a sua volta induce alla frammentazione ereditaria e alla appropriazione fondata sulla transazione e sullo scambio⁴⁵.

Si modifica così in modo radicale anche il rapporto degli uomini con il lavoro e il denaro, che diviene uno strumento di manifestazione della grazia di Dio⁴⁶. Come scrive Hannah Arendt: “Forse la più importante tra le conseguenze spirituali delle scoperte dell’età moderna e, nello stesso tempo, la sola che non poteva essere evitata, perché strettamente connessa con la scoperta del punto di Archimede e con il concomitante insorgere del dubbio cartesiano, è stato il rovesciamento dell’ordine gerarchico tra la *vita contemplativa* e la *vita attiva*”⁴⁷.

L’altro accadimento dirompente è la scoperta del telescopio che cambia la percezione della realtà sensibile, prima tra tutte le grandi scoperte scientifiche di quegli anni per le implicazioni filosofico-politiche che ne seguirono: in primo luogo la questione del *dubbio* e la teoria di Cartesio che fonda sul presupposto che si deve dubitare della realtà sensibile, della conoscenza empirica che può trarre in inganno così come la vista del sole che gira intorno alla terra aveva per secoli ingannato l’uomo: “la filosofia moderna cominciò con il *de omnibus dubitandum*

⁴⁵ Sulle differenze di stato sociale tra la condizione di *ancien regime* che aveva caratterizzato l’Europa continentale lasciando ancora ampie tracce nei primi anni dell’Ottocento, e quella del Nuovo Mondo in espansione culturale ed economica, gli Stati Uniti d’America, rimane insuperata l’analisi di Alexis de Tocqueville, sia ne *La democrazia in America* del 1835 e in quella del 1840, entrambe in Id., *Scritti politici*, tr. it. a cura di N. Matteucci, Torino, UTET, 1981, sia ovviamente ne *L’antico regime e la Rivoluzione* (1856), tr. it. e cura di G. Candeloro, Milano, 1981, sia in uno splendido saggio del 1836, *L’assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789*, in *Scritti politici*, cit., pp. 191-227.

⁴⁶ Sono imprescindibili le considerazioni ormai classiche di Max Weber, *L’etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1922), tr. it., P. Burrelli, Firenze, 1977.

⁴⁷ H. Arendt, *Vita attiva. La condizione umana* (1958), tr. it. S. Finzi, Bergamo, 2004, p. 214.

est di Descartes, con il dubbio... nella filosofia e nel pensiero moderni, il dubbio occupa la stessa posizione centrale che occupò per tutti i secoli prima il *thaumazein* dei greci, la meraviglia per tutto ciò che è in quanto è... Non era la ragione ma uno strumento artificiale, il telescopio, che praticamente cambiava la visione del mondo fisico... La vecchia opposizione di verità sensibile e verità razionale, della capacità inferiore di cogliere la verità propria dei sensi e di quella superiore della ragione, sbiadì davanti a questa sfida, davanti all'implicazione evidente che né la verità né la realtà sono date, che né l'una né l'altra appaiono come sono, e che solo la sospensione dell'apparenza, abolendo le apparenze, può offrire la speranza di una vera conoscenza⁴⁸.

Il dubbio, l'esigenza e l'incapacità di avere certezze assolute, se da un lato rappresenta il fondamento del pensiero giuridico moderno come *premessa della libertà di pensiero*, e dunque della costruzione teorica dell'individualità, dall'altro, soprattutto in senso politico-giuridico, segna la perdita della certezza, la premessa del *disordine*, che si contrappone alla prevedibilità dell'organizzazione medievale, ordinata gerarchicamente: "Ciò che il medioevo sentiva ed esprimeva, era che ogni uomo aveva un superiore. Questo superiore era il suo signore, il suo sovrano, che, a sua volta aveva un signore, un sovrano. Così la società offriva allo sguardo quello che Augustin Thierry ha magnificamente definito «una grande catena di doveri»⁴⁹.

L'Europa cinque-seicentesca appare dilaniata dalle guerre di religione, e quindi dalla consapevolezza della perdita dell'unico riferimento religioso e politico che era stato, in epoca medievale, la cristianità. Si trova davanti lo scardinamento dell'ordine gerarchico tradizionale e si pone il problema dell'ordine come argomento decisivo: bisogna sottrarre l'individuo all'insicurezza, ed occorre un'autorità nuova e forte, che si ponga come

⁴⁸ *Ivi*, cit., pp. 202-203.

⁴⁹ B. de Jouvenel, *La sovranità* (1955), tr. it. (a cura di E. Sciacca), Milano, 1971, p. 214.

custode di un ordine nuovo: è la ragione ad indicare questa strada⁵⁰.

Thomas Hobbes, che si può considerare al contempo come uno tra i più grandi esponenti del giusnaturalismo moderno e come l'iniziatore del positivismo giuridico, pone la questione in termini decisivi. Come è stato esattamente sintetizzato: “il *giusto* ed il *bene* sono considerati *destabilizzanti* per gli obiettivi perseguiti della pace e dell'ordine: i contenuti di valore che, con riferimento al giusto ed al bene possono emergere, vengono quindi relativizzati e ricondotti ad una razionalità formale, quella per cui ‘è giusto obbedire alle leggi’”⁵¹. Dunque i valori non stanno semplicemente nel mondo, nella natura delle cose, ma nella ragione umana, che spinge a ritrovare un nuovo ordine, affidandolo ad un soggetto nuovo, lo Stato sovrano, che promulga le leggi, dando uniformità ai principî, ed esercitando una funzione autoritativa.

“Immaginiamoci di essere posti su un'altura, da cui possiamo scorgere un borgo medievale e una città del Rinascimento. Il primo, questa piccola foresta di guglie e di torri, non è forse la realizzazione plastica del principio feudale? Forse la guglia della cattedrale domina con la sua altezza e con la sua finezza tutte le altre. Poco importa. Era così che la sovranità dell'imperatore, durante il feudalesimo, dominava sulle altre... Ma la pluralità, e nella pluralità la profusione, ecco ciò che rappresenta il profilo giuridico della vita feudale, al pari del profilo architettonico del borgo. Ma il Medioevo è finito. I re soggiogano i signori. Nello stesso tempo, con lo stesso spirito, le cupole sostituiscono le guglie. Una cupola, corona di un grande edificio pubblico, sembra essere la sua anima. Essa raccoglie tutte le linee strutturali dell'edificio, le fa convergere, le riconduce ad uno stesso punto. Essa riassume tutta la vita della città e la completa...”⁵².

⁵⁰ P. Costa, *Diritti*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 39.

⁵¹ F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, p. 182.

⁵² E. D'Ors, *Cupole et Monarchie*, in «Les Cahiers d'Occident», VI, II serie, 1926, in B de Jouvenel, cit., pp. 216-217.

Questa splendida metafora architettonica illustra in modo esemplare, a mio avviso, il passaggio, anche cronologico, tra l'epoca medievale, socialmente e politicamente pluralista e gerarchizzata, culturalmente tesa verso la conoscenza della parola di Dio, e la modernità giuridica in cui la separazione tra il potere temporale e quello spirituale definisce il senso dell'assolutezza dello *Stato sovrano*: “quindi il solo supremo è colui che non riconosce niente al di sopra di sé né uomo né legge. Questo potere è assoluto e supera ogni limite. Il principe non è vincolato dalle leggi, diceva la legge, e da quel momento in poi, la legge è ciò che piace al principe”⁵³.

La sovranità si presenta come attributo fondamentale dello Stato, come *summa potestas*, potere ultimo ed esclusivo di comando, e allo stesso tempo come espressione di razionalità ed esigenza di razionalizzazione.

Ha una duplice, essenziale valenza: esterna, come tutela della sicurezza dello Stato nei confronti degli altri Stati, e come ricerca della pace attraverso la predisposizione di misure diplomatiche e militari riferibili esclusivamente alla centralità dell'istituzione.

E interna, come il tentativo di stabilire l'ordine, con l'eliminazione dei poteri feudali, con il porre un insieme di norme, prevalentemente scritte, che permettano al gruppo una convivenza quanto più è possibile pacifica e ordinata e che disciplinano l'esercizio dei poteri decisionali, e soprattutto con l'assumere l'esercizio esclusivo del potere coattivo che implica il diritto di ricorrere alla forza in ultima istanza.

La sovranità è altresì la coniugazione di diritto e forza, è la coniugazione di aspetti giuridici e politici: le norme emanate dal sovrano si identificano con una 'qualità' diversa e superiore, una forza speciale che lo legittima a porsi in modo diverso, la sovranità appunto; un esempio è dato dalle conseguenze delle *Ordonnances*,

⁵³ Albericus Gentilis, *Regales Disputationes Tres*, Londra, 1605 (in B. de Jouvenel, *La sovranità*, cit., p. 227).

emesse da Luigi XIV nel 1667, in materia di organizzazione del processo civile e penale, di commercio, di diritto marittimo e della navigazione, con le quali si tendeva ad abrogare ogni forma di diritto che contenesse disposizioni contrastanti con quelle del sovrano⁵⁴.

Le caratteristiche della sovranità intesa come prerogativa eminentemente giuridico-politica vengono sintetizzate da Jean Bodin nel 1576 ne *I sei libri della Repubblica*⁵⁵, secondo alcuni criteri precisi:

1) l'originarietà: poiché il potere sovrano non deriva da alcun altro potere preesistente;

2) la perpetuità: poiché essa non coincide con le persone fisiche che ne incarnano temporaneamente il ruolo: è un attributo del potere in quanto tale;

3) l'assolutezza: poiché essa non è limitata da vincoli posti da leggi superiori o comunque esterne: in questo senso il potere dello Stato sovrano si identifica anche con la sua laicità. Il sovrano assoluto ha la facoltà di fare le leggi senza richiedere il consenso di alcun superiore gerarchico, e neppure ha bisogno di riferire la propria volontà alla divinità e di ascrivere necessariamente la derivazione del proprio potere da quello di Dio.

E inoltre, indivisibilità, inalienabilità e imprescrittibilità, qualità che sottolineano la specificità della differenza tra *diritto privato* e *diritto pubblico*.

Si comprende così perché lo Stato sovrano moderno assoluto, sia paradossalmente l'altra faccia dello Stato liberale⁵⁶, e perché il concetto di Stato assoluto sia completamente diverso tanto da quello di Stato tirannico o dispotico, quanto da quello di Stato totalitario.

⁵⁴ V.M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di) *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 11.

⁵⁵ J. Bodin, *I sei libri dello Stato* (1576), tr. it., a cura di M. Isnardi Parente, Torino, 1964.

⁵⁶ P. Schiera, *Assolutismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983.

Il comando del sovrano è assoluto ma non illimitato, e inoltre razionale e prevedibile, e dunque molto lontano dalla illimitatezza dell'arbitrio, che è invece tipica della tirannide e delle forme di potere dispotico.

La nozione di assolutismo è anche molto distante da quella di totalitarismo, che rappresenta appunto una dimensione 'totalizzante', pervasiva, del potere, che tende a trasformare la natura stessa dell'uomo, definendone l'identità in senso esclusivamente ideologico e plasmandone la personalità attraverso l'uso strumentale del terrore e della propaganda che si serve dei mezzi di comunicazione di massa⁵⁷.

Infine, una delle caratteristiche comuni degli Stati totalitari è il controllo politico sulla sfera economica. Lo Stato moderno assoluto pone al contrario le premesse della libertà economica e individuale: Thomas Hobbes, definiva la libertà come l'"assenza di impedimenti al moto" e specificava la differenza sostanziale tra la necessità di obbedire al sovrano, e la possibilità di dissentire "in foro interno"⁵⁸.

Nasce così il concetto di *jus publicum*, distinto in modo sostanziale dal diritto privato, in cui ogni cittadino mantiene la sua sfera di autonomia: nella società medievale, in una condizione olistica, organicistica, di stato patrimoniale, il diritto si presentava come un fenomeno sociale, prodotto dalla società civile (*consuetudine*).

Nell'età moderna viene invece concepito come complesso di regole rese obbligatorie in un determinato gruppo sociale, perché dettate dalla volontà di un'autorità superiore, che esprime e genera razionalità e ordine.

Rispetto alla fase precedente, feudale, la caratteristica è la sempre più accentuata monopolizzazione del potere di *imperium*: il pluralismo della società medievale viene sostituito, l'esercizio della giurisdizione, il potere di imporre tributi,

⁵⁷ Su questo aspetto caratterizzante i totalitarismi, il riferimento imprescindibile è H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1951), tr. it., Milano, 1967.

⁵⁸ Th. Hobbes, *Leviatano* (1651), tr. it., M. Vinciguerra, a cura di A. Paci, Roma-Bari, 1974, p. 185; p. 541.

l'organizzazione dell'esercito e la creazione di una burocrazia professionale, di estrazione non feudale, predispongono la fine dei privilegi e l'affermazione dell'idea moderna di libertà. Nel medioevo le prerogative e gli oneri dei soggetti non sono separabili dalle appartenenze e dalle gerarchie: l'individuo appartiene indissolubilmente ad un 'corpo' sociale che attribuisce privilegi e doveri, occupa un posto definito nella scala gerarchica della società. Ora si può finalmente scorgere la nascita e l'evoluzione dei principî su cui si fonda il mondo borghese⁵⁹, e dunque con la modernità si fissa anche il criterio di consapevolezza dell'esistenza dei *diritti soggettivi* e dei diritti individuali.

Diritti soggettivi

Prima della modernità l'individuo non viene pensato come soggetto autonomo dei diritti.

Originariamente, negli ordinamenti tradizionali, l'immagine regolativa tipica è quella del dovere, non quella del diritto: la società viene preservata nel suo insieme dall'imposizione di regole formulate come comandi o divieti, che hanno la funzione specifica di disciplinare e quindi rendere possibile la convivenza tra i soggetti⁶⁰.

L'individuo (e l'individualismo) viene anzi ritenuto prevalentemente pericoloso proprio perché possibile elemento disgregatore della società: ancora per Hobbes, ad esempio, l'individualismo presente nello stato di natura è temibile e deve essere superato con l'affermarsi dello Stato civile che viene inteso come un grande organismo vivente (Leviatano).

Solo nella modernità il concetto di individuo si afferma oltre la teoria organicista che concepisce il complesso politico

⁵⁹ M. Fioravanti, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2005.

⁶⁰ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 54; sul tema del dovere, come opposizione necessaria rispetto al diritto, cfr. P. Calabrò, P. Helzel, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Torino, 2007.

come un *unicum*, un'*universitas*, e se ne comincia a problematizzare il senso e a porre l'esigenza della tutela.

In inglese il termine *right* indica solo il diritto soggettivo: non a caso si comincia a parlarne a partire dal 1689, con l'emanazione del *Bill of rights*, la dichiarazione dei diritti approvata dal Parlamento inglese alcuni secoli dopo la *Magna Charta* del 1215⁶¹, che insieme al concetto dell'*Habeas corpus*⁶² rappresenta, nei sistemi di *common law*, il nucleo dei diritti posti a tutela della libertà personale: comporta, infatti, la conquista dei poteri del Parlamento e delle libertà dei cittadini di fronte al tentativo di affermazione assoluta delle prerogative regie, che aveva caratterizzato il regno di Giacomo II.

Negli Stati Uniti il *Bill of rights* si riferisce invece ai primi 10 emendamenti della Costituzione, approvati nel 1791, che elencano i diritti di libertà dei cittadini e fissano i limiti dell'ingerenza del governo. I diritti previsti dal *Bill of rights* sono assoluti, ma possono essere limitati qualora si ritiene che entrino in conflitto

⁶¹ La *Magna Charta* (*Magna Charta Libertatum*) è un documento concesso dal Re Giovanni Senzattera il 15 giugno 1215, ai baroni che pretendevano una regolamentazione nell'esazione delle tasse. Tra gli articoli della *Magna Charta Libertatum* rileva in modo particolare il divieto per il Sovrano di imporre nuove tasse senza il previo consenso del Parlamento (*no taxation without representation*) e la garanzia per tutti gli uomini di non poter essere imprigionati senza prima aver sostenuto un regolare processo (*due process of law*), riducendo quindi l'arbitrio possibile del re in termini di arresto preventivo e detenzione. Benché la *Magna Charta* nel corso dei secoli sia stata ripetutamente modificata da leggi ordinarie emanate dal Parlamento, conserva in qualche modo tuttora, il ruolo di Carta fondamentale della monarchia britannica.

⁶² *Habeas corpus ad subiciendum*, cioè 'abbi la disponibilità della tua persona': era un *writ* emesso da Edoardo I, che imponeva la conduzione di un suddito imprigionato di fronte ad un tribunale per un giusto processo, o la scarcerazione come alternativa. Era, in sostanza, l'ordine impartito dalle corti di giustizia ai guardiani delle carceri perché evitassero detenzioni illegali conducendo il prigioniero davanti alla corte stessa quando questi doveva essere sottoposto al processo. Con l'emissione dell'*Habeas corpus*, una corte reale poteva ordinare a qualsiasi altra giurisdizione la consegna del prigioniero garantendolo dall'arbitrio del singolo signore feudale. L'importanza di questo atto può essere compresa meglio se si considera che nella condizione precedente, ogni suddito poteva essere soggetto a una pluralità di giurisdizioni locali, le quali tutte potevano disporre fisicamente del soggetto.

con altri diritti costituzionalmente protetti. Per esempio: la libertà di parola o di stampa può essere limitata quando la pubblicità eccessiva può violare il diritto dell'imputato a un giusto processo o quando costituisce un pericolo per la sicurezza nazionale; la libertà religiosa quando l'esercizio delle pratiche mette in pericolo la vita o viola altri valori fondamentali morali o sociali.

Il concetto di *diritto soggettivo* nasce quindi dal rovesciamento, tipico della modernità e caratteristico della formazione dello Stato moderno, del rapporto Stato-cittadini: dalla priorità dei doveri dei sudditi si passa a quella dei diritti dei cittadini.

Solo a partire dalla Rivoluzione Francese e dalla Dichiarazione dei diritti dell'89, viene sancito definitivamente il cambiamento del rapporto tra Stato e individuo singolo, che inverte anche il rapporto tra diritto e dovere⁶³.

Si possono intendere in questo senso i diritti soggettivi, come diritti o 'facoltà' attribuiti al cittadino, di agire e di fare ciò che egli ritiene, purché sia consentito dalle leggi vigenti.

Si considerano inoltre come espressione del grado più alto di protezione accordata dall'ordinamento (inteso in questo senso come diritto oggettivo: il diritto come complesso regolatore dei rapporti umani)⁶⁴ ad ogni soggetto che intenda liberamente realizzare un suo proprio interesse.

Esprimono insieme una posizione di *forza* e una posizione di *libertà*. Infatti il soggetto è libero di decidere se avvalersi o meno del potere conferitogli (e in questo consiste la libertà), ma una volta esercitato, il diritto è in grado di realizzare pienamente l'interesse (forza).

Si usa distinguere tra i *diritti reali*, che hanno per oggetto una cosa (*res*); e i *diritti di credito*, che hanno per oggetto una

⁶³ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 59.

⁶⁴ Ma anche come sintesi di una tra le branche della disciplina giuridica (diritto romano, diritto pubblico, storia del diritto). Cesarini Sforza, nella distinzione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo, individua un'analogia con l'opera d'arte in cui distinguiamo un momento creativo, nel quale l'artista esprime le sue emozioni, le sue scelte stilistiche, la sua storia personale, il suo tempo, cronologicamente inteso, dall'oggetto, dalla realtà oggettiva che ne deriva. Id., *Diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 660.

prestazione, da parte di un soggetto nei confronti di un altro soggetto (debitore/creditore). I primi si possono far valere *erga omnes* (l'esempio tipico è quello della proprietà privata); i secondi nei confronti di un soggetto specifico (l'obbligazione giuridica).

Un'ulteriore, fondamentale differenza si pone tra i diritti soggettivi privati, che sono quelli che riguardano esclusivamente i rapporti di diritto privato e civile tra soggetti che si trovano in una posizione paritaria; e quella nozione che verrà specificamente individuata nello Stato di diritto ottocentesco, dei *diritti pubblici soggettivi*, e cioè dei diritti soggettivi che possono essere fatti valere anche nei confronti dello Stato e dei suoi organi: non si tratta più solo di garantire i diritti sulle cose, riconosciuti già dal diritto romano, né gli scambi e la contrattazione in senso privatistico, ma anche di salvaguardare il cittadino e la sua sfera di libertà, nei confronti della comunità politica⁶⁵.

Si determina così il concetto dei diritti soggettivi intesi come espressione di una posizione tutelata direttamente dal legislatore, non solo nei confronti degli altri membri dell'ordinamento, ma anche, più specificatamente, nei confronti della Pubblica Amministrazione (ad esempio nei casi di violazione della proprietà privata o di mancata corresponsione dello stipendio per i pubblici dipendenti). In questo senso si può distinguerlo da quello dell'*interesse legittimo* che è invece una posizione giuridica tutelata solo indirettamente rispetto ad un interesse più generale (il caso di scuola è quello del concorso pubblico, in cui chi si considera danneggiato può richiedere una tutela specifica della sua posizione solo subordinatamente alla correttezza complessiva delle modalità con cui si è svolto il concorso).

La teoria della differenza sostanziale tra diritti soggettivi e diritto oggettivo subisce una critica negativa di grande rilievo teorico con la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen, che ne se-

⁶⁵ Il riferimento testuale 'classico' non può che essere G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* (1892), trad. it. a cura di G. Vitagliano, Milano, 1912; nell'ambito della letteratura italiana sul tema, mi limito a ricordare il contributo recente di G. Gozzi, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 260-283.

gnala l'ideologia surrettizia. Secondo Kelsen, la distinzione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo equivale a quella tra diritto pubblico e diritto privato, persona fisica e persona giuridica, tra Stato e ordinamento giuridico: tutte mascherano la effettiva scelta ideologica di chi intende far prevalere opinioni politiche che di volta in volta privilegiano l'idea statualistica o quella liberale, organicista o individualista, ma che nulla hanno a che vedere con l'unità concettuale del diritto positivo⁶⁶.

Ai diritti pubblici soggettivi si fa risalire la categoria dei *diritti umani*, la cui enunciazione risale alle Dichiarazioni settecentesche, americana e francese. Si possono definire come “diritti che ineriscono alla persona in quanto tale a prescindere dal riconoscimento o dall'attribuzione di qualche potere pubblico”⁶⁷.

L'origine giusnaturalistica del concetto così inteso, appare evidente fin dal senso del termine ‘dichiarazione’ con cui si esprime la condizione di un diritto preesistente e indipendente dall'organizzazione giuridica.

Il tema dei diritti umani pone due ulteriori questioni, diverse tra loro pur se in qualche modo connesse: quello della loro storicità e quello della ‘giustiziabilità’.

In primo luogo, il problema dei diritti umani nasce con la considerazione della difficoltà di trovarne un fondamento assoluto e quindi immutabile: “Partiamo dal presupposto che i diritti umani sono cose desiderabili, cioè fini meritevoli di essere perseguiti, e che, nonostante la loro desiderabilità, non sono ancora stati tutti, dappertutto e in egual misura, riconosciuti”⁶⁸. E dunque: “...i diritti dell'uomo costituiscono una classe variabile come la storia di questi ultimi secoli mostra a sufficienza”⁶⁹.

⁶⁶ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., pp. 77-94.

⁶⁷ F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 88; A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007, p.14.

⁶⁸ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 6.

⁶⁹ *Ivi*, p. 9.

Sono state così individuate quattro generazioni di diritti a partire dall'osservazione che in ogni modo il concetto della protezione dei diritti nasce come esigenza di difesa dal potere nelle diverse forme in cui questo si esprime: prima il potere religioso, poi quello politico, poi quello economico e infine quello tecnologico che si identifica con la scienza e le sue applicazioni: già Bacone aveva scritto che la scienza è una forma temibile di potere⁷⁰.

I primi diritti di cui storicamente si richiede e si ottiene la tutela giuridica sono i diritti di *libertà*, che esprimono la richiesta allo Stato e al potere giuridico-politico che questo rappresenti, di astenersi dall'intervenire lasciando liberi i cittadini di agire nell'ambito della vita politica ed economica, e assicurando dunque la protezione dei diritti civili e politici (riunione, stampa, pensiero, parola...).

La seconda generazione corrisponde invece a quella dei cosiddetti *diritti sociali*, quelli, ad esempio, alla pubblica istruzione, al lavoro, alla tutela della salute, per i quali diventa necessario l'azione dello Stato che ne deve assicurare l'esecuzione oltre che la tutela. Se ne comincia a parlare, nella specifica accezione di diritti, nelle costituzioni francesi del 1791, in quella del 1793 (peraltro mai entrata in vigore) e in quella del 1848. Anche nella Germania bismarkiana si era considerata l'esigenza della protezione dei diritti sociali, ma senza l'inserimento del concetto nella Carta fondamentale. In realtà solo con la Costituzione di Weimar si comincia ad avere un embrione di protezione giuridica di questo tipo di diritti.

Nel 1891 viene pubblicata l'enciclica *Rerum novarum*, emessa da Leone XIII, che rappresenta l'interesse della Chiesa di Roma nei riguardi dei diritti sociali con l'affermare il diritto dei lavoratori ad associarsi e il diritto ad 'un giusto salario'⁷¹.

⁷⁰ Bobbio individua una "terza" e a una "quarta" generazione, successive a quella dei diritti civili e politici e a quella dei diritti sociali, indicando i diritti all'ambiente non inquinato, alla *privacy* e all'integrità del proprio patrimonio genetico, *ivi*, pp. 263-266. Sul concetto di potere nelle sue diverse forme e accezioni, v. G. Duso (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, 1999; G. Preterossi (a cura di) *Potere*, Roma-Bari, 2007.

⁷¹ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 260; v. anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 97 e ss.

La distinzione tra i diritti di libertà, che prevedono la inattività da parte dello Stato che deve limitarsi ad assicurarne il rispetto, e tra i diritti che invece prevedono la partecipazione dello Stato, richiama il celebre discorso di Benjamin Constant, che nel 1819 proponeva un'efficacissima contrapposizione tra due forme di libertà diverse, che egli assimilava alla tradizione antica e a quella moderna, identificando schematicamente la prima con la partecipazione alla vita pubblica e la seconda con l'indipendenza nelle attività private; nel primo caso si è liberi nello Stato, si intende la libertà di essere o di agire perseguendo attivamente un progetto in termini politici; nell'altro caso si è liberi dallo Stato, che deve evitare di creare impedimenti all'azione individuale.

La forma antica di libertà, corrisponde specificamente, secondo Constant, alla condizione tipica di Sparta (ma ancora a quella di Roma), mentre Atene sembra precorrere i tempi e mostra un sistema istituzionale, oltre che di vita e di pensiero, molto più vicino a quello moderno⁷².

Una distinzione che rimane paradigmatica nel pensiero politico contemporaneo e che è stata ripresa, in termini diversi ma con significati analoghi, ancora nel 1958, da Isaiah Berlin, con la definizione della differenza tra libertà negativa e libertà positiva, che qualifica la prima, negativa, moderna, sostanzialmente come assenza di impedimenti all'azione individuale (quella che Hobbes definiva assenza di impedimenti al moto, come per il fiume che segue il suo corso naturale finché non trova ostacoli ad impedirglielo); e la seconda, quella positiva, antica, come autodeterminazione politica, collettiva, non del singolo, ma del corpo sociale inteso nella sua totalità, che sia esso popolo, comunità, nazione⁷³.

Rispetto al tema del rapporto tra i diritti di libertà e quelli sociali emerge anche la diversa modulazione del concetto di

⁷² B. Constant, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1819), tr. e cura di G. Paoletti, Torino, 2001.

⁷³ I. Berlin, *Due concetti di libertà* (1958), tr. it., M. Santambrogio, Milano, 2002.

eguaglianza: nell'ambito della tutela dei diritti sociali, non si può non tener conto delle differenze specifiche senza le quali una eguaglianza reale non sarebbe possibile. Nel caso del lavoro, ad esempio sono rilevanti le differenze di sesso e quelle di età come la tutela della maternità o la definizione dell'età pensionabile, mentre rispetto all'istruzione si devono necessariamente accertare le differenze tra bambini sani e quelli che presentano menomazioni o impedimenti di ordine fisico o psichico⁷⁴.

Il problema, nella contemporaneità, si fonda proprio sulla questione dell'eccessiva astrattezza della nozione dei diritti dell'uomo, che pure nella modernità ne aveva caratterizzato l'elemento di novità: l'idea del soggetto di diritto inteso come entità astratta e generale aveva originariamente il senso di annullare le differenze economiche e sociali, riconoscendo l'eguaglianza sostanziale di tutti gli individui come titolari di diritti.

“Il soggetto ‘astratto’ comprendeva tutti ma nel prosieguo del tempo rischiava di non definire compiutamente alcuno”, tanto che si preferisce ora riferirsi al concetto più compiuto di ‘persona’ e nelle formulazioni normative più recenti (ad esempio nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) si tratta di bambini, anziani, donne, portatori di handicap, nella specificità delle rispettive definizioni⁷⁵.

Nella contemporaneità si avvia un procedimento di apertura ulteriore nella direzione della teoria dell'uomo concreto, attraverso un ‘processo di graduale differenziazione o specificazione dei bisogni e degli interessi’⁷⁶, che conduce all'individuazione ulteriore di una terza e di una quarta generazione di diritti che nasce sostanzialmente dalla diffusione delle nuove tecnologie: l'esigenza di protezione dall'inquinamento, di tutela della privacy, e anche i problemi relativi alla bioetica che nascono dalle nuove scoperte della scienza medica⁷⁷.

⁷⁴ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 71.

⁷⁵ S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 25; Id., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

⁷⁶ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. IX.

⁷⁷ S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., *passim*; Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; v. anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 138-140.

Anche nell'ambito degli stessi diritti, definiti cioè allo stesso modo, si manifestano storicamente delle differenze evidenti: il diritto alla vita, era inteso da Hobbes come il diritto a non essere uccisi in modo violento, come diritto alla sicurezza personale nella guerra di tutti contro tutti, tipica dello stato di natura.

Oggi il problema del diritto alla vita assume connotazioni completamente diverse e in qualche caso entra in conflitto con l'altro diritto fondamentale che è quello di libertà: la libertà di disporre del proprio corpo, ad esempio, può riguardare la libertà dell'aborto e dell'eutanasia che possono apparire in contrasto con il diritto alla vita⁷⁸.

Se l'evoluzione storica dei diritti umani è dunque caratterizzata da un progressivo allargamento di confini, tale da ricomprendere al suo interno un numero sempre maggiore di valori e beni da tutelare, il soggettivismo giuridico, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, subisce una lenta ma inesorabile erosione il cui risultato è un sostanziale e irreversibile ridimensionamento della sua funzione storica e ideologica⁷⁹.

In Germania, l'influenza della visione kantiana del diritto e, successivamente, l'affermarsi della scuola storica con Friedrich von Savigny e i suoi epigoni, determinano la centralità, nell'analisi scientifica del diritto, dei rapporti intersoggettivi e degli istituti giuridici, marginalizzando la tematica dei diritti soggettivi⁸⁰. In altri termini, l'elemento relazionale e la dimensione oggettiva del diritto cominciano a prendere il sopravvento sulla concezione individualistico-borghese, pietra angolare e caposaldo indiscutibile del pensiero giusfilosofico moderno.

⁷⁸ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 261.

⁷⁹ M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo: una vicenda teorica*, Milano, 1996, p. 29 e ss.

⁸⁰ R. Orestano, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche: Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, p. 141. La posizione di Bierling, soprattutto in merito al tema del riconoscimento e della norma, è in netto contrasto con la visione kelseniana del diritto e della considerazione filosofico-giuridica dello Stato. Sul tema cfr. F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane*, Milano, 1989, pp. 70 e ss.

La nozione di diritto soggettivo, negli sviluppi successivi, dapprima sarà identificata con il concetto stesso di diritto oggettivo, sia nella teoria corporativa di Gierke⁸¹ sia nella lettura psicologista di Bierling⁸², ed infine assorbita e negata dalla ‘dottrina pura’ di Hans Kelsen che, come si è detto, risolve la dialettica diritto soggettivo-diritto oggettivo come uno dei tanti falsi dualismi che la scienza giuridica tradizionale aveva arbitrariamente sostenuto⁸³.

Anche in Francia, d’altro canto, dopo l’entrata in vigore del *Code Napoleon* e il provvisorio predominio dottrinario della cosiddetta *Scuola dell’Esegesi*, fiorisce un movimento di critica radicale al soggettivismo giuridico che ha come scopo quello di far emergere con maggior vigore gli aspetti sociologici e l’essenza solidaristica del diritto. Il maggior esponente di tale indirizzo è, senza dubbio, Leon Duguit⁸⁴, il cui percorso filosofico viene costantemente contrassegnato dalla sua ostinata volontà di eliminare dalla scienza giuridica tutti i concetti da lui ritenuti “metafisici” e arbitrariamente formulati lungo i primi secoli dell’epoca moderna – tra cui peraltro sono compresi il diritto soggettivo e la proprietà privata – nel tentativo di edificare un sistema giuridico basato sui principi “immanenti” della solidarietà e della funzione sociale di ogni norma e di ogni istituto.

Se, pertanto, l’origine del diritto soggettivo costituisce un rovesciamento, la sua evoluzione è caratterizzata da un duplice

⁸¹ O. v. Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1913.

⁸² E. von R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1877.

⁸³ “La teoria generale del diritto così come fu svolta dalla giurisprudenza positivista del secolo XIX è caratterizzata da un dualismo che predomina in tutto il sistema e divide tutti i suoi problemi. Questo dualismo è l’erede della teoria del diritto naturale, al cui posto è subentrata la dottrina generale del diritto. Il dualismo del diritto naturale come si è indicato consiste nel fatto che, al di sopra dell’ordinamento statale del diritto positivo, si suppone l’esistenza d’un ordinamento giuridico più elevato, divino, razionale o naturale, la cui funzione è stata conservatrice e legittimista almeno secondo i rappresentanti classici della teoria giusnaturalistica nei secoli XVII e XVIII”, così H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 77.

⁸⁴ L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l’État*, Paris, 1908, p. 45 e ss.

e opposto fenomeno: da un lato si assiste ad una espansione delle rivendicazioni individuali e collettive che, facendo perno proprio sulla forza propulsiva che il diritto soggettivo esercita, trova terreno fertile nella teoria dei diritti umani che ha il pregio, e forse il limite, di oltrepassare i confini del diritto statale, ponendosi *a priori* e in assoluto rispetto ad esso. Dall'altro lato il concetto di diritto soggettivo sembra subire una sorta di ridimensionamento che ne limita il suo intrinseco potenziale egoistico e anti-sociale, equilibrando il rapporto fra le pretese individuali e l'interesse collettivo, tra la libertà dei privati e il bene comune, tra i diritti dei cittadini e il potere dello Stato all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali.

In realtà solo con le costituzioni contemporanee, e solo con il passaggio definitivo dalle posizioni settecentesche, giuridico-naturalistiche, al positivismo giuridico, e ancora più specificamente al *costituzionalismo*, si può parlare effettivamente di diritti nel senso secondo cui le costituzioni passano da una funzione meramente descrittiva, ad una prescrittiva: non ci si limita più a dichiarare i diritti dell'uomo e del cittadino, dando per presupposta una esistenza naturale di questi diritti, ma si presume che essi vengano non più solo riconosciuti, ma bensì fondati, costituiti appunto, solo nel momento in cui una Costituzione ne prevede una specifica tutela.

I cittadini francesi dell'*ancien régime* godevano di una forma effettuale di libertà: non erano prigionieri, non vivevano incatenati. Ma la loro libertà non era oggetto di diritto da parte dello Stato. Scrive Tocqueville nell'*Ancien régime*: “una specie di libertà irregolare e intermittente... legata ad un'idea di eccezione e di privilegio, che... non giungeva mai a concedere a tutti i cittadini le garanzie più naturali e più necessarie”⁸⁵.

Si pone in questo senso anche il problema dei *diritti fondamentali*, che specifica e chiarisce quello dei diritti umani: possono coincidere, ma i secondi si intendono di solito in un'acce-

⁸⁵ A. de Tocqueville, *L'antico regime e la Rivoluzione* (1856), cit., p. 173.

zione universalistica, sono ‘astratti’, sono concezioni filosofiche degli esseri umani; i primi sono invece i fondamenti giuridici della società⁸⁶. Non ha dunque senso l’enuciiazione dei diritti se non c’è contestualmente una disciplina organizzativa che attribuisce loro esistenza giuridica⁸⁷.

Con l’inizio del XX secolo, i diritti vengono intesi come limiti allo stesso legislatore: essi divengono principî costituzionali superiori, garantiti attraverso organi istituiti per il controllo di legittimità delle leggi rispetto alla Costituzione.

Dalla seconda metà del ‘900, si ritiene inoltre che il contenuto dei diritti debba essere sottratto alla competenza dei singoli Stati attraverso il loro riconoscimento sul piano internazionale, introducendo così il concetto di tutela internazionale dei diritti degli individui, oltre che di quelli delle minoranze e dei popoli.

E’ questa la fase in cui la questione si ripresenta in modo più problematico: proprio a partire dalla crisi della statualità, si manifesta in maniera più vistosa il tema centrale e spinoso della tutela giuridica dei diritti e del loro fondamento⁸⁸.

Si va così ulteriormente precisando il concetto di diritto, inteso in termini contemporanei: si tratta in ogni modo di una struttura deontica poiché non c’è diritto senza che vi sia un obbligo corrispondente e non c’è diritto né obbligo giuridico senza una norma di condotta⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), a cura di G. Rebuffa, Bologna, 1982; G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali* (1990), a cura di V. Ferrari, Milano, 1993; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, (a cura di E. Vitale), Roma-Bari, 2001; F. Viola, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, 1987; Id., *Le basi antropologiche dei diritti umani*, in L. Lippolis (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo verso il Duemila*, Napoli, 2001; G. Palombella, *L’autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, 2002; Id., *Diritti*, in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali* (a cura di U. Pomarici), Torino, 2007, pp. 183-226; F. Riccobono, *I diritti e lo Stato*, Torino, 2004; A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005.

⁸⁷ A. D’Atena, *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multi-livello tra Europa e Stati nazionali*, in “Studi e materiali di diritto costituzionale”, Milano, 2004, pp. 19 e ss.

⁸⁸ Cfr. F.M. De Sanctis, *Diritti umani e globalizzazione*, in Id., *Tra antico e moderno*, cit., pp. 211-225.

⁸⁹ N. Bobbio, *L’età dei diritti*, cit., p. XVIII.

Avere un diritto significa imporre un obbligo e disporre della forza di un terzo (giudice, arbitro, potere politico), che può e deve costringere l'obbligato.

Si può in questo senso, definire il diritto come la pretesa *legittima* da parte di un soggetto (individuo o gruppo) a che altri soggetti facciano o non facciano qualcosa nei suoi confronti; non si tratta, peraltro di un'aspirazione interiore e inefficace, ma di un meccanismo che provoca azioni e reazioni. Non si tratta neppure di una pretesa arbitraria o immotivata: si parla piuttosto di una pretesa 'giusta', o meglio, 'legittima', 'fondata' che presuppone di potere imporre un obbligo e avere la forza di un terzo (il giudice, la comunità, il potere politico), che costringe l'obbligato nei confronti dell'obbligante e in ogni modo ad un comportamento *conforme* alla pretesa.

Ogni diritto deve quindi avere un fondamento di legittimità e in questo senso *diritto e forza, diritti e sovranità*, si collegano strettamente⁹⁰, poiché la sovranità si identifica con il potere ultimo di comando in una società politica, che quindi si differenzia dalle altre associazioni umane nella cui organizzazione manchi questa forma di potere supremo, esclusivo e non derivato. E' un concetto strettamente legato a quello di potere politico: infatti la sovranità si può definire, sinteticamente, come la razionalizzazione giuridica del potere, cioè la trasformazione della forza in *potere legittimo*.

Legittimità/legalità

La *legittimità* si può intendere come il criterio di validità del potere, il titolo in base al quale esso emette le sue regole ed esige l'obbedienza (osservanza⁹¹) da coloro a cui si rivolge.

È la condizione dell'autorità: ciò che rende il potere diverso dalla forza (*auctoritas: augere*, quel 'qualcosa in più'), un at-

⁹⁰ P. Costa, *Diritti*, cit., p. 37.

⁹¹ Sulle differenze tra obbedienze e osservanza, v. *infra*; cfr. P. Grossi, *Prima lezione*, cit., pp. 19-29.

tributo che qualifica lo Stato come sovrano, che si fonda sulla presenza in una parte rilevante della popolazione di un grado tale di *consenso* da assicurare l'obbedienza, ricorrendo alla forza solo in casi eccezionali. È la caratteristica che assicura ad un ordinamento il riconoscimento interno (da parte dei sudditi) ed esterno (da parte degli altri ordinamenti sovrani); riguarda la titolarità del potere, non il suo esercizio.

Ancora una volta la definizione paradigmatica del concetto di legittimità e la classificazione dei suoi profili idealtipici, risale a Max Weber, che ne individua e ne descrive tre forme distinte: quella *tradizionale*, tipica della condizione giuridico-politica pre-moderna, in cui le regole si trasmettono per tradizione e si rinnovano per opera del corpo giudiziario.

Quella *carismatica*, fondata sul potere di capi 'naturali' che non sono impiegati o professionisti della politica, "bensì portatori di uno specifico dono del corpo e dello spirito che era concepito come soprannaturale (nel senso di non essere accessibile a tutti)"⁹².

E quella *legale*, che definisce la modernità. Secondo Max Weber: "la forma oggi più corrente di legittimità è la fede nella legalità: l'accettazione di precetti formalmente corretti e posti in essere secondo procedimenti determinati... il comando viene impartito non in nome di un'autorità personale, ma in nome di una norma impersonale, e a sua volta l'esercizio stesso del comando è obbedienza a una norma, non arbitrio illimitato, o grazia, o privilegio"⁹³.

Se un potere legittimo si può considerare dunque genericamente un potere giuridicamente fondato, un potere legale è un potere che viene esercitato secondo le leggi. Si collega all'ideale greco dell'*isonomia*⁹⁴, ma si manifesta solo con l'affermarsi definitivo dello Stato moderno e del processo di razionalizzazione che vi si accompagna, in cui il diritto diviene sempre più diritto statale, e il diritto statale diviene sempre più diritto legislativo.

⁹² M. Weber, *Economia e società*, cit., p. 218.

⁹³ *Ivi*, cit., p. 480.

⁹⁴ È il termine greco che indica l'eguaglianza nei confronti alla legge.

Con l'affermazione dello Stato moderno, che implica una struttura monistica della società, lo Stato avoca a sé tutti i poteri (sia pure separati), in primo luogo quello di *creare diritto*, con la conseguenza fondamentale dell'abrogazione di tutti i diritti particolari e l'obbligo di applicare solo norme poste dallo Stato ⁹⁵.

Il giudice, che identifica il ruolo tipico del cambiamento di condizione giuridica, non può più ricavare regole dal costume o dalla precedente elaborazione giudiziaria, o in base ai principi della ragione naturale. La posizione del potere giudiziario e della figura del giudice cambia e diviene emblematica della trasformazione del modo di porre e di intendere il diritto, con il progressivo affermarsi della centralità del potere statale e del positivismo giuridico.

Da arbitro con il compito di 'dire' diritto, sulla base del diritto consuetudinario e di regole considerate obbligatorie in una determinata società (*iurisdictio*), il giudice diviene dapprima *funzionario* dello Stato e poi *organo*⁹⁶, fino alla definitiva afferma-

⁹⁵ "Su questa congruenza di diritto e legge riposava, alla fine, tutto ciò che nel corso dell'Ottocento, è stato sviluppato a sistema ed inventario, valido ancor oggi, di concetti formule e postulati dello Stato di diritto. Lo Stato è la legge, la legge è lo Stato. Solo alla legge è dovuta ubbidienza; solo nei confronti della legge è negato il diritto di resistenza. Esiste solo la legalità, non l'autorità o il comando dall'alto... In altre parole: il legislatore e la procedura legislativa da lui manipolata, è l'ultimo custode di ogni diritto, l'ultimo garante dell'ordine costituito, l'ultima fonte di ogni legalità, l'ultima sicurezza e l'ultima difesa contro il torto... Solo così fu possibile sottomettersi alla sovranità della legge proprio in nome della libertà... Ma quando venne meno il dualismo di Stato e società e contemporaneamente la struttura dualistica della monarchia costituzionale, per modo che, con piena consequenzialità democratica, volontà dello Stato e volontà del popolo furono rese identiche, in corrispondenza a questa stessa logica democratica si indicò come «legge» ogni manifestazione della volontà popolare, attribuendo ad essa quella dignità e superiorità che è propria di questo concetto in virtù del suo legame con il diritto e la giustizia": così Carl Schmitt, *Legalità e legittimità* (1932), in *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 225-226-231. Sull'*iter* teorico del concetto di legge e la relativa critica schmittiana, cfr. da ultimo P.P. Portinaro, *Stato*, Bologna, 1999, spc. pp. 113-116.

⁹⁶ Il concetto di organo interviene nell'evoluzione giuridica dei concetti proprio per significare il rapporto di totale identificazione tra lo Stato e i suoi funzionari, laddove quello di rappresentanza lasciava intendere una dualità, una distanza ipotizzabile tra volontà diverse.

zione del dogma dell'onnipotenza del legislatore e della completezza dell'ordinamento giuridico, che trova il più evidente riscontro nell'articolo 4 del Codice napoleonico del 1804, il quale recita: 'Il giudice che ricuserà di giudicare sotto pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere *processato* come colpevole di denegata giustizia' e stabilisce implicitamente che anche la regola interpretativa debba essere trovata all'interno del sistema legislativo (*analogia*)⁹⁷.

Questo aspetto segna un'ulteriore differenza sostanziale non solo nei confronti della tradizione giusnaturalistica, ma anche di quella anglosassone, fondata sulla *common law* (v. *infra*): nella cultura giuridica inglese il concetto di Stato-persona è infatti inesistente.

L'idea di *persona giuridica* descrive una nozione ottocentesca, tipica degli Stati continentali che individua nel mondo del diritto altri soggetti, oltre gli esseri umani, come titolari di diritti e di doveri. Prima al massimo si distingueva tra soggetti singoli e soggetti membri di gruppi organizzati (*res communia pluribus uti singuli; res communia pluribus uti universi*).

La sovranità diviene quindi l'attributo di un ente astratto, lo Stato-persona giuridica, inteso come soggetto distinto dalla società (che nell'Ottocento si identifica fundamentalmente con la borghesia), che così può richiedere privilegi per lo Stato, mascherandone la domanda per sé.

Sarà Hans Kelsen, nella prima metà del Novecento, a sostenere che si tratta di una metafora ideologica utile a celare la volontà di potenza dello Stato sovrano⁹⁸; e sarà Carl Schmitt, sup-

⁹⁷ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 79 e ss; sul concetto di analogia come metodo di auto integrazione dell'ordinamento giuridico in assenza di disposizioni normative specifiche per la risoluzione di casi complessi, cfr. lo stesso N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, pp. 265 e ss.

⁹⁸ Secondo Kelsen, la distinzione tra persona fisica e persona giuridica, lo si è detto sopra, come quella tra diritto pubblico e diritto privato, tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, tra Stato e ordinamento giuridico ha lo scopo precipuo di mascherare opinioni che sostengono alternativamente l'idea statualistica o quella liberale, ma che non si conciliano con l'unità concettuale del diritto, di cui la dottrina pura si fa interprete.

pergiù negli stessi anni, a individuare una distinzione storica e concettuale tra sovranità e statualità, poiché lo Stato non sembra più in grado di interpretare il suo originario ed essenziale ruolo politico⁹⁹.

Nell'Europa continentale si era giunti intanto al compiersi di un processo di razionalizzazione e di formalizzazione, il cui esito finale è rappresentato dall'affermazione del *diritto positivo*, mutevole, contingente, artificiale, formalistico, moralmente neutro, agnostico, che a sua volta comporta l'indipendenza del diritto da tutte le pressioni culturali extragiuridiche, e in primo luogo dalla natura oltre che dalla morale e dalla religione.

Si può intendere per *positivismo giuridico* quella dottrina secondo la quale non esiste altro diritto se non quello posto dallo Stato¹⁰⁰, attraverso atti autoritativi (tra cui assumono un valore precipuo le *leggi*), la cui violazione implica, come risposta, la previsione di sanzioni a loro volta fissate dallo Stato secondo criteri precisi.

Il positivismo giuridico si afferma in Europa tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento, paradossalmente proprio nella fase in cui le dottrine del giusnaturalismo moderno, fondate sull'idea della ragione universale e del contratto sociale, sembrano essersi consolidate anche sulla spinta della diffusione della cultura illuminista. Il Codice Napoleonico (*Code civil des Français*), promulgato a Parigi nel 1804 da Napoleone Bonaparte, si prefiggeva la riunificazione, la sistematizzazione e la diffusione dei principî del diritto naturale moderno, dando vita ad un testo che ponesse fine alla tradizione giuridica caratterizzata dalla mol-

⁹⁹ C. Schmitt, *Teologia politica*, in *Le categorie*, cit., pp. 33-86.

¹⁰⁰ Si è parlato in questo senso di 'monismo' delle dottrine del diritto positivo, secondo cui non esiste altro diritto se non quello posto dallo Stato, in contrapposizione al 'dualismo' delle teorie giusnaturaliste, che invece ammettono la possibilità che esistano due forme di diritto, quello naturale e quello positivo, sia pure dotate di diverso valore, così M. Troper, *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano, 2003, pp. 10-11; su questo tema v. anche G.M. Labriola, *Giusnaturalismo*, in *Filosofia del diritto*, cit., pp. 261-285.

teplicità e dal particolarismo giurisprudenziale tipici dell'An-
cièn Régime.

Il paradosso di questa condizione di passaggio, che ha segnato la crisi del diritto naturale proprio nel momento in cui ne veniva consacrata l'affermazione, è stato espresso in maniera magistrale da Hans Kelsen con il ricorso ad una splendida metafora: "Se vi fosse una giustizia nel senso in cui si vuole invocare la sua esistenza (...), il diritto positivo sarebbe allora del tutto superfluo e al sua esistenza del tutto inconcepibile. Di fronte alla presenza d'un ordinamento sociale assolutamente buono risultante dalla natura o dalla divina volontà, l'attività del legislatore statale sarebbe l'insensato tentativo di illuminare artificialmente la splendente luce solare"¹⁰¹.

I caratteri distintivi del positivismo giuridico, nella sua versione tradizionale, sono stati riassunti da Norberto Bobbio in 7 punti fondamentali:

1) *L'avalutatività*: che consiste nel fondare la validità del diritto esclusivamente sulla sua struttura formale, escludendo qualsiasi riferimento ai contenuti.

2) *La coattività*: il diritto si definisce in funzione della coazione poiché le norme giuridiche che lo connotano, devono essere fatte valere avvalendosi della forza.

3) *La legalità*: la legge è un atto autoritativo, cioè posto dallo Stato, e costituisce la fonte prevalente, in particolare rispetto alla consuetudine.

4) *L'imperatività*: il diritto è un insieme di norme giuridiche che si intendono come comandi. Le norme e/o i comandi giuridici si distinguono da quelle non giuridiche per il fatto di essere sanzionate e le sanzioni per essere poste dallo Stato.

5) *La sistematicità*: le norme giuridiche non devono essere considerate isolatamente, ma come un sistema unitario, coerente e completo che forma un *ordinamento*.

6) Il *meccanicismo interpretativo*, secondo cui il giudice deve porsi nei confronti delle norme in modo tendenzialmente

¹⁰¹ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 58.

poco o per nulla creativo, attenendosi strettamente al testo normativo e deve risolvere i casi ricavando la soluzione dall'interno dell'ordinamento. Il giudice, inoltre, non può ricavare regole dal costume o dalla precedente elaborazione giudiziaria o in base ai principî della ragione naturale: da arbitro con il compito di 'dire' diritto, come si è detto.

7) La *teoria dell'obbedienza*, che impone di rispettare le regole a prescindere dalla condivisione dei contenuti¹⁰².

Il positivismo giuridico si fonda dunque sul principio del formalismo scientifico e di quello interpretativo secondo cui il diritto come forma, generalmente costante, viene distinto da un contenuto, generalmente variabile. Le norme giuridiche esistono, a prescindere dal loro contenuto e la scienza giuridica deve costruire un sistema unitario, coerente e completo ricavando all'interno del sistema la risoluzione delle eventuali controversie¹⁰³.

È questa, una definizione estremamente sintetica di giuridpositivismo, che tenta di riassumere il complesso delle sfaccettature che il termine-concetto assume, nell'analisi degli autori che a quest'impostazione teorica si possono ricondurre¹⁰⁴.

Si considera comunque *come* il diritto si produce e non ciò che viene prodotto, la forma e non la materia della regolamentazione.

La conformità al dovere giuridico prescinde dall'adesione al contenuto e in questo senso riguarda una *proprietà formale* che

¹⁰² N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 151-154.

¹⁰³ Sull'evoluzione metodologica nella scienza del diritto cfr. K. Larenz *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. S. Ventura, Milano 1966; W. Wilhelm, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, trad. it., Milano, 1965.

¹⁰⁴ Uberto Scarpelli in un noto e importante saggio della metà degli anni '60, descrive criticamente le interpretazioni più significative del positivismo giuridico da parte dei maggiori teorici del diritto contemporanei. In particolare si riferisce alle tesi di Bobbio, Cattaneo e Hart, imputando loro una 'scomposizione' del positivismo giuridico funzionale alla dimostrazione delle rispettive posizioni scientifiche, v. U. Scarpelli, *Che cos'è il positivismo giuridico* (1965), *Introduzioni e cura* di A. Catania e M. Jori, Napoli, 1997, spc. pp. 61 e ss.; v. anche A. Catania, *Teoria e filosofia del diritto. Temi, problemi, figure*, Torino, 2006.

si fonda sul criterio dell'avalutatività, intesa come distinzione dei giudizi di fatto da quelli di valore.

Già Kant rilevava come l'adesione interiore ai contenuti dell'obbligo riguardasse la sfera della morale, mentre il diritto richiede una mera conformità esterna nei confronti della norma giuridica, a prescindere dall'intenzione che lo sottende¹⁰⁵, distinguendo quindi nettamente il concetto di *formalismo etico* secondo cui sarebbe giusto ciò che è conforme alla legge¹⁰⁶.

La questione dell'avalutatività delle scienze sociali, fu espressa per la prima volta in maniera compiuta nel 1904, quando divenne il programma della nuova redazione della rivista «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», fondata da Max Weber con Werner Sombart e Edgar Jaffé: "Realizzare la distinzione tra il conoscere e il valutare, cioè tra il compimento del dovere scientifico di vedere la verità dei fatti e il compimento del dovere pratico di difendere i propri ideali: questo è il programma al quale intendiamo mantenerci fermamente fedeli"¹⁰⁷.

La scienza del diritto, che fa parte delle scienze sociali, non ha quindi per oggetto fatti del mondo fisico o umano, ma *qualificazioni normative* di fatti sui quali le norme prendono posizione in maniera esplicitamente 'autoritativa', senza pretendere di qualificarli come 'oggettivamente' buoni in sé: sono emblematiche in questo senso le questioni che vengono comunemente definite eticamente rilevanti, come l'aborto, l'immigrazione, la conflittualità tra diritti diversi, il pluralismo culturale¹⁰⁸.

Ogni regola (*norma*) indica quali sono i caratteri formali dell'atto giuridicamente rilevanti, in modo che solo quando un determinato comportamento li possieda, si produce l'effetto giu-

¹⁰⁵ I. Kant, *Introduzione alla metafisica dei costumi* (1786), in Id., *Scritti politici*, cit., pp. 394-395 (v. *infra*).

¹⁰⁶ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 265 e ss.

¹⁰⁷ M. Weber, L'oggettività 'conoscitiva' della scienza sociale e della politica sociale. In *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Torino, 1958, p. 65; U. Cerroni, *Kant e la fondazione della categoria giuridica moderna*, Milano, 1962, pp. 151 e ss.

¹⁰⁸ A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 1998, pp. 71 e ss.

ridico. In questo senso, la descrizione giuridica dell'atto da compiere, o da non compiere, non è sociologica, etica o psicologica: è quella di un modello astratto, di una *fattispecie*, intesa come schema prefissato, come situazione tipica alla quale si collegano fatti concreti, o come condizione dal cui verificarsi dipende la possibilità di applicare una determinata norma giuridica con i suoi possibili effetti, che ne è la conseguenza. La *fattispecie* è dunque quella parte della norma giuridica nella quale sono espresse le condizioni il cui avverarsi rende applicabile la norma stessa. Più specificamente: si usa indicare con la locuzione *fattispecie concreta* un fatto o un insieme di fatti che si verificano effettivamente e che vengono ricondotti alla descrizione astratta contenuta nella norma, la quale costituisce invece la cosiddetta *fattispecie astratta* (o ipotesi normativa).

Negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, il giurispositivismo, inteso nella sua forma più radicale, ha subito un forte ripensamento da parte della dottrina giuridica contemporanea, che si collega alla crisi della sovranità statale e della rappresentanza parlamentare.

In particolare, se per diritto si deve intendere solo quello posto dallo Stato che si esemplifica in atti autoritativi, la legge, da fonte privilegiata, espressione della razionalità giuridica, della volontà generale, del popolo o della nazione, comincia ad essere considerata inadeguata o addirittura pericolosa: non più esauritiva nella pretesa di ricomprendere tutto il diritto e nell'ambizione di esprimere e rappresentare i diritti individuali, e non più ipotizzabile come manifestazione unica della legittimità: richiede al contrario una legittimazione e una stabilizzazione ulteriori, che si ottengono sottoponendone la presunzione di validità ad una fonte di grado superiore che ne definisce i limiti di contenuto, oltre che di forma: la Costituzione. Il diritto non costituisce più necessariamente un sistema unitario, coerente e completo: si apre all'esistenza dei principî costituzionali.

Legge

Nel processo di sviluppo dello Stato moderno accanto alla monopolizzazione della produzione giuridica da parte dello Stato, si assiste anche alla sostanziale riduzione di tutte le fonti tradizionali del diritto a un'unica fonte, quella della legge.

Il Principe medievale si proponeva come il Gran Giustiziere del suo popolo, produceva poche leggi lasciando ad altre fonti (prassi, consuetudine, dottrina giuridica), l'ordine giuridico della società; lo *ius* prevaleva sulla *lex*, e bisognava *iuris dicere*, cioè attuare un diritto preesistente rispetto all'autorità politica.

Il sovrano moderno concepisce il diritto come funzione fondativa della dimensione politica: diviene strumento di espressione e di controllo del potere, e si basa sempre di più sulla legge, che a sua volta si configura come l'espressione della sovranità¹⁰⁹.

Il diritto si statalizza e ne deriva la supremazia della legge su ogni altra manifestazione giuridica.

La modernità si compie dunque attraverso il primato della legge generale e astratta, che garantisce *eguaglianza*, poiché tutti i soggetti sono trattati in modo eguale, e *prevedibilità*, che esprime un'esigenza tipicamente borghese¹¹⁰.

Si tratta di un principio economico, che facilita quello della libera concorrenza, ma anche etico, perché garantisce l'eguaglianza dei cittadini. La legge *generale* e *astratta*, diviene così lo strumento privilegiato della protezione dei diritti.

¹⁰⁹ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, cit., pp. 57 e ss.

¹¹⁰ F. Neumann, *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in *Lo stato democratico e lo stato autoritario* (1957), tr. it. G. Sivini, Bologna, 1973, pp. 245-296.

Il requisito dell'astrattezza vale anche in termini simili a quelli che riguardano la caratterizzazione originaria del diritto soggettivo: poggia su un fondamento di tipo economico, che 'normalizza' l'uomo, lasciando fuori dalla regolamentazione giuridica individui e categorie che vengono considerati ininfluenti dal punto di vista dell'economia di mercato¹¹¹.

La generalità della legge, cioè la regolamentazione di intere classi di azioni¹¹², garantisce una normatività media, adatta per tutti, tipica della condizione dello stato di diritto, borghese, monoclasse, di cui la legge interpreta l'omogeneità sociale e se ne fa espressione¹¹³.

Peraltro la legge, nella sua generalità deve essere *specificata*, poiché altrimenti si rischia che dietro la presunta maschera di generalità si celino dei provvedimenti individuali, il cui contenuto viene lasciato in un'indeterminatezza, che a sua volta può produrre arbitrio, come nel caso delle *Generalklauseln* prodotte dall'interpretazione dei tribunali nazisti: in epoca nazista: "I contratti che violano le consuetudini pubbliche o che sono irragionevoli o immorali sono nulli"; o ancora, l'articolo 2 del codice penale nazista recitava: "Colui che compie un atto dichiarato punibile dalla legge, o che merita punizione perché in conflitto con il sano sentimento popolare, deve essere punito"¹¹⁴.

La funzione della legge è dunque, originariamente quella di garantire stabilità, razionalità e sicurezza¹¹⁵: la razionalità dipende dal fatto che la decisione giuridica viene considerata l'applicazione 'calcolabile', e quindi controllabile razionalmente, di un principio giuridico astratto. Si parla in questo senso di 'razionalità delle regole', come della funzione essenziale di un procedimento che assicura la giustizia di tutte le decisioni assunte, secondo regole indeterminate rispetto ai contenuti.

¹¹¹ S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 26.

¹¹² N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 147.

¹¹³ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 32.

¹¹⁴ F. Neumann, *Lo stato democratico*, cit., p. 253; v. anche M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, 2000, p. 45.

¹¹⁵ P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in Id. e D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 95.

La *prevedibilità* delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni serve a garantire la presunta certezza del diritto, che come si è visto deriva da un'esigenza fundamentalmente borghese, poiché le decisioni giurisdizionali e amministrative non sarebbero prevedibili se non fossero fondate su norme preesistenti e note ai loro destinatari.

L'*eguaglianza*, è garantita dalla uniformità delle azioni del potere giudiziario e di quello esecutivo: se i giudici o i funzionari amministrativi fossero autorizzati a decidere caso per caso e non in conformità a norme preesistenti, nulla impedirebbe che fattispecie eguali fossero trattate in modo diverso. In senso 'negativo', il principio dell'eguaglianza della legge viene considerato come freno e limite al potere politico.

Per l'opinione dominante nella Francia ottocentesca, era ancora la legge ad essere considerata come il migliore strumento di difesa dei diritti e a definirne l'ambito ed il rilievo; la tutela dei diritti si riduceva di fatto alla riserva di legge; il *Tribunal de Cassation*, istituito nel 1791 per disporre della legittimità delle decisioni delle giurisdizioni di merito, aveva la funzione precipua di salvaguardare la legge (non i diritti), dall'interpretazione giurisdizionale, considerata una minaccia¹¹⁶.

¹¹⁶ G. Zagrebeky, *Il diritto mite*, cit., p. 67; ed anche, pp. 20-50; 78-79. Sull'argomento v. anche Id., *Le contrôle de constitutionnalité des lois en France et en Italie: confrontation de certains de leur aspects*, in «Journées de la Société de législation comparée», 1990, pp. 25 e ss.; sul ruolo del parlamento e sui rapporti tra legge e costituzione in Francia, appare obbligatorio riferirsi ad uno dei più grandi giuspubblicisti francesi della prima metà del Novecento, R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, 2 voll., Paris, 1920-22, spc., pp. 488-492, vol. I e pp. 493-500, vol. II; Id., *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931, spc., pp.104-110; L. Favoreu- L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 1991, pp. 650 e ss.; J. Morange, *La protection des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1991, pp.251 e ss.; N. Zanon, *L'exception d'incostitucionalité in Francia: una riforma difficile*, Torino, 1990; P. Colombo, *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano, 1993, spc. pp. 515 e ss.; L. Compagna, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bologna, 1998, pp.240-60.

Eppure già il terrore giacobino aveva messo in crisi “la ‘presunzione di razionalità’ del legislatore”¹¹⁷ e il problema degli abusi del legislativo era stato rilevato con grande acume da Benjamin Constant, che ne attribuiva buona parte della responsabilità alle teorie di Jean Jacques Rousseau: questi “in buona fede”, aveva elaborato una idea di legge, che omettendo di fissare dei limiti precisi all’estensione del potere pubblico, si era esposta alla strumentalizzazione da parte di chi conculcava la libertà in nome della libertà stessa.

Rousseau identifica infatti la libertà con la partecipazione ininterrotta dei cittadini alla volontà generale e prescrive la necessità di lavorare per il bene collettivo, al quale è necessario sacrificare totalmente l’indipendenza individuale. In questa prospettiva l’individuo è protagonista, ma in termini negativi. Per Rousseau l’interesse particolare, le volontà particolari, gli atti particolari, rappresentano entità sospette, pericolose poiché si oppongono alla volontà generale, che non è semplicemente la somma delle volontà di tutti o della maggioranza, ma ne diviene una sintesi tenuta insieme dalla componente essenziale della moralità, che esprime la legge.

La libertà diviene la facoltà degli individui di far predominare sulla *propria* volontà particolare, la *propria* volontà generale (che è di ciascuno ed è di tutti), annullando ‘l’amore di sé’ a vantaggio dell’“amore del gruppo”.

Chi, dominato dalla propria volontà individuale non si sottomette alla volontà generale, si rifiuta di obbedire alle leggi a cui ha acconsentito di sottomettersi, deve ‘essere costretto ad essere libero’: “Quando prevale il parere opposto al mio - scrive Rousseau nel Contratto sociale - questo non prova niente altro se non che mi ero ingannato e che quella che ritenevo essere la volontà generale, non lo era affatto. Se fosse prevalso il mio parere personale, allora avrei agito altrimenti da quello che avevo voluto, ed è allora che non avrei potuto essere libero”¹¹⁸.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 225.

¹¹⁸ J.J. Rousseau, *Il contratto sociale* (1762), tr. it. J. Bertolazzi, a cura di P. Alatri, in *Scritti politici*, Torino, 1970, l. III, ch. XII, p. 797.

Come nella riflessione antica, Rousseau, considera il complesso sociale come un organismo unico, in cui il potere sovrano, una volta costituitosi per volere della collettività, diventa infallibile e “non ha bisogno di dare garanzie ai sudditi perché è impossibile che il corpo voglia nuocere a tutti i suoi membri”¹¹⁹.

La teoria di Rousseau, nelle mani dei rivoluzionari vittoriosi, si era trasformata in un’arma ideologica, che finiva per giustificare qualsiasi estensione del loro potere in nome della presunta moralità della volontà generale.

Nella prospettiva rivoluzionaria, o meglio nella deriva giacobina che ne è seguita, si tende a rimuovere il senso della distanza concettuale tra *conformità esterna* al dovere giuridico, a prescindere dall’intenzione che la sottende, cioè dall’adesione interiore ai contenuti dell’obbligo: una differenza che era stata espressa da Kant, secondo cui la *moralità* esige l’agire per il dovere, la *legalità* si limita a pretendere la *conformità esteriore* al dovere, mentre motivazioni e convinzioni sono irrilevanti¹²⁰.

Si traccia così quella linea teorica che, partendo dalla concezione rousseauiana della supremazia della legge, secondo la quale “il corpo sovrano, non avendo altra forza oltre il potere legislativo, non agisce che per mezzo delle leggi”¹²¹, passa per la codificazione napoleonica e giunge al giuspositivistico principio di legalità che assegna alla legge un ruolo eminentemente formale, in quanto la compenetrazione reciproca di Stato e società ne confonde il rapporto con la volontà generale.

Si tratta della condizione descritta magistralmente alla metà del XX secolo, da Carl Schmitt: “Su questa congruenza di diritto e legge riposava, alla fine, tutto ciò che nel corso dell’Ottocento, è stato sviluppato a sistema ed inventario, valido ancor oggi, di concetti formule e postulati dello Stato di diritto. Lo Stato è la legge, la legge è lo Stato. Solo alla legge è dovuta ubbidienza; solo nei confronti della legge è negato il diritto di resistenza. Esiste solo la legalità, non l’autorità o il comando dall’alto... In altre

¹¹⁹ *Ivi*, p. 746.

¹²⁰ I. Kant, *Introduzione alla metafisica dei costumi*, cit., pp. 394-395.

¹²¹ J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit. l. III, ch. XII, p. 797.

parole: il legislatore e la procedura legislativa da lui manipolata, è l'ultimo custode di ogni diritto, l'ultimo garante dell'ordine costituito, l'ultima fonte di ogni legalità, l'ultima sicurezza e l'ultima difesa contro il torto (...). Solo così fu possibile sottomettersi alla sovranità della legge proprio in nome della libertà (...). Ma quando venne meno il dualismo di Stato e società e contemporaneamente la struttura dualistica della monarchia costituzionale, per modo che, con piena consequenzialità democratica, volontà dello Stato e volontà del popolo furono rese identiche, in corrispondenza a questa stessa logica democratica si indicò come « legge » ogni manifestazione della volontà popolare, attribuendo ad essa quella dignità e superiorità che è propria di questo concetto in virtù del suo legame con il diritto e la giustizia”¹²².

Ancora Schmitt descrive con grande efficacia la meccanizzazione progressiva della funzione dello Stato inteso, a partire dall'affermazione teorica dei precetti tipici dello Stato di diritto, come un 'apparecchio' il cui funzionamento diventa misurabile attraverso lo strumento della legge positiva: “Il diritto si fa legge positiva, la conformità alla legge diviene legalità, la legalità diventa il modo positivistico di funzionamento del meccanismo statale”¹²³.

La legge si può definire, in termini giuridici contemporanei, come una delle fonti del diritto positivo, mediante la quale il diritto si produce in modo volontario (cioè non spontaneo), come risultato di una specifica deliberazione, e specialistico poiché la funzione legislativa è attribuita ad organi specificamente competenti: i Parlamenti.

In Italia la Costituzione prevede il procedimento di formazione della legge all'articolo 70 e a quelli successivi. L'iniziazione

¹²² C. Schmitt, *Legalità e legittimità in Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 225-226-231. Sull'iter teorico del concetto di legge e la relativa critica schmittiana, cfr. da ultimo P. P. Portinaro, *Stato*, Bologna, 1999, spc. pp. 113-116.

¹²³ C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Milano, 1986, p.56; su cui vedi specificamente lo stesso C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, pp. 780 e ss.

tiva legislativa (cioè i termini della proposta di legge) è affidata in prima istanza al Governo, inteso come organo collegiale, ma anche ai membri del Parlamento, individualmente o collettivamente, al corpo elettorale (50.000 elettori), ai consigli regionali, o al CNEL. La procedura normale inizia con l'esame della proposta di legge da parte della commissione competente per materia, che conclude l'esame con l'approvazione di un testo eventualmente anche diverso da quello originario. La proposta passa poi all'Assemblea, la quale la discute sulla base del testo e della relazione presentata dalla commissione (detta perciò *referente*).

La procedura normale può essere abbreviata quando ne sia richiesta l'urgenza, e può in alcuni casi essere prevista una procedura speciale, con cui si affida alla commissione (che in questo caso agisce in sede *deliberante*) il compito di deliberare e approvare la proposta di legge.

Il procedimento si conclude con la promulgazione da parte del Capo dello Stato, e la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Il rispetto dei requisiti formali rappresenta tuttora una garanzia per il cittadino: il fatto che le regole siano stabilite preventivamente, che possano essere conoscibili, e che debbano essere approvate seguendo procedure formali definite, assicura una tutela rispetto alla possibilità che le autorità statuali impartiscano ordini o divieti solo sulla base della propria volontà¹²⁴.

Fuori dalla legge non c'è il potere, e il potere deve attenersi alle leggi. Se viene richiesta una prestazione obbligatoria, per esempio in materia economica, il cittadino ha il diritto di verificare se questa sia autorizzata da una legge espressa dal Parlamento.

Si tratta del *principio di legalità* di cui un esempio chiaro viene dato dall'articolo 23 della Costituzione italiana, che recita: "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

¹²⁴ V. Onida, *La Costituzione*, Bologna, 2004, pp. 67-68.

Il principio di legalità si specifica ulteriormente attraverso il concetto di *riserva di legge*, che prevede che la disciplina di una determinata materia sia regolata soltanto dalla legge e non da fonti secondarie (decreti, regolamenti, consuetudine, direttive comunitarie).

Ha una specifica funzione di garanzia poiché vuole assicurare che in materie particolarmente delicate, come nel caso dei diritti e delle libertà fondamentali, le decisioni vengano prese dall'organo rappresentativo del potere sovrano, ossia il Parlamento.

La riserva di legge può essere *assoluta* nei casi in cui la materia deve essere regolata integralmente dalla legge. Ad esempio l'art. 13 della Costituzione italiana, al II comma ammette restrizioni della libertà personale nei soli casi e modi previsti dalla legge. O *relativa*: i regolamenti amministrativi possono contribuire a regolare la materia, ma i *principi* devono essere stabiliti dalla legge (un esempio è quello dell'art. 97, I comma, della Costituzione). Si parla anche di una riserva di legge rinforzata: la materia è disciplinata dalla legge secondo un contenuto o un procedimento ben preciso (art. 16 della Costituzione).

Il principio di legalità va dunque inteso come il principio in base al quale tutti gli organi dello Stato, cioè tutti gli organi che esercitano un pubblico potere, sono tenuti ad agire nell'ambito delle leggi, salvo casi eccezionali, espressamente stabiliti ed anch'essi legalizzati, in modo da garantire la discrezionalità, non l'arbitrarietà dell'azione della Pubblica Amministrazione¹²⁵. Non va quindi confuso con il *legalismo*: quella teoria secondo la quale un atto è *giusto* in quanto risulta conforme alla legge (*formalismo etico*) anche dal punto di vista dei contenuti.

¹²⁵ Sul tema v. almeno, S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XIII, spc. pp. 696 e ss.

Stato di diritto/Stato sociale

Il principio di legalità è certamente uno dei principî cardine dello *Stato di diritto*: è questo un concetto che nasce nel XIX secolo dalla lotta ingaggiata dalla borghesia contro l'assolutismo monarchico. Indica dunque, almeno inizialmente, un valore: l'eliminazione dell'arbitrio dalle attività che fanno capo allo Stato e che incidono sulle posizioni individuali dei cittadini, a protezione della vita, della libertà e della proprietà, il nucleo di giustizia concreta, quella del *suum cuique*, che caratterizzava la richiesta fondamentale della società borghese in progressiva ascesa sociale.

Secondo Carl Schmitt: “(il termine stato di diritto), può significare cose tanto diverse quanto il termine stesso ‘diritto’ e anche cose tanto diverse quanto lo sono le numerose modalità organizzative implicite nel termine Stato”... ed era comprensibile quindi che “propagandisti e avvocati di ogni genere si appropriassero volentieri del termine per diffamare i propri avversari come nemici dello stato di diritto”¹²⁶.

La teorizzazione del concetto risale a Kant, che ne aveva rappresentato gli elementi essenziali, pur senza definirlo ancora con il termine precipuo di *Rechtsstaat*.

Solo nella prima metà dell'Ottocento, con Robert von Mohl, si comincia a individuare una più precisa connotazione lessicale del modello di Stato di diritto, inteso come contrapposizione allo Stato di polizia¹²⁷.

¹²⁶ C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie*, cit., p. 223; sullo Stato di diritto rimando alle riflessioni ormai classiche di E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione* (1964), tr. It. Milano, 1973.

¹²⁷ R. von Mohl, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, 1832-34. Cfr., D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 17-88, spc., pp. 21-23. Sulla posizione di Mohl, cfr., F.M. De Sanctis, *Robert von Mohl: una critica liberale all'individualismo*, in Id., *Società moderna e democrazia*, Padova, 1986, pp. 35-57. Sul concetto di Stato di diritto, nell'ambito della terminata bibliografia, v. almeno il volume collettaneo (a cura di B. Montanari), *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Torino, 1992; e quello più recente (a cura di P. Costa, D. Zolo), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002.

Se ne può sintetizzare la struttura come fondata su 5 requisiti formali: 1) la separazione dei poteri legislativo, amministrativo e giurisdizionale; 2) l'indipendenza della magistratura, che dunque risulta sottoposta soltanto alla legge; 3) la tutela giurisdizionale dei diritti del cittadino, anche nei confronti dell'azione del potere pubblico; 4) la legalità dell'amministrazione che garantisce la regolarità quanto meno formale dell'azione amministrativa che può agire solo nell'ambito dello spazio concesso dalle leggi; 5) il principio dell'*indennizzo*, che tutela la sfera patrimoniale del singolo e quindi il principio fondamentale della proprietà privata.

Si ridimensionano le funzioni dello Stato che diventa per questo Stato minimo; l'individuo singolo diviene il protagonista indiscusso della scena giuridica: ci si richiama ai comuni presupposti teorici del liberalismo e del giusnaturalismo moderno.

Lo Stato di diritto contiene dunque un corollario di valori individualistici, che implicano l'esigenza di salvaguardare la sfera di libertà del singolo attraverso un sistema di garanzie che si determina in primo luogo con l'applicazione più rigorosa del principio di legalità, inteso come principio di libertà, poiché la legge sembra comprendere il diritto in modo pressoché esaustivo.

Sembra questa la caratteristica peculiare del concetto di Stato di diritto nella sua versione continentale, simile tanto nella formulazione del *Rechtsstaat* tedesco, quanto in quella francese dell'*État de droit*: in entrambi i casi l'attenzione nei confronti della separazione dei poteri, subisce uno sbilanciamento in favore del legislativo, che manca invece nell'esperienza inglese in cui si parla piuttosto di *Rule of law*, e che denuncia un diverso e maggiore equilibrio soprattutto nei rapporti tra potere legislativo e giurisdizionale. Le Corti di giustizia, in Inghilterra, devono fare riferimento, nella loro attività, tanto alla legge espressa dal Parlamento, quanto al precedente che riposa sulla *common law*, eventualmente disapplicando le leggi che considerano contrarie al 'diritto e alla ragione' anche quando queste risultino formalmente valide secondo un'idea del diritto che non si riduce ad una fonte univoca e non si esaurisce necessariamente nella

legge, che esprime la volontà generale e anche il potere dello Stato sovrano¹²⁸.

Nella teoria kantiana, lo Stato doveva essere una collettività giuridicamente ordinata e giuridicamente operante, in modo da garantire la possibilità di espansione e di realizzazione del singolo, lasciandolo, tuttavia, libero di diventare ‘adulto’. L’illuminismo, scrive Kant, segna “l’uscita dell’uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a se stesso. Minorità è l’incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro”. E aggiunge poco oltre: “... ed è così comodo essere minorenni! Se io ho un libro che pensa per me, se ho un direttore spirituale che ha coscienza per me, se ho un medico che decide per me sul regime che mi conviene eccetera, io non ho più bisogno di darmi pensiero di me. Non ho bisogno di pensare: altri si assumeranno per me questa noiosa occupazione”¹²⁹.

È una preoccupazione molto comune nel pensiero liberale ottocentesco, che va da Humboldt a Mill, e soprattutto a Tocqueville, che guarda con grande diffidenza all’idea di uno Stato-tutore, di un ‘nuovo dispotismo’, “assoluto, minuzioso, sistematico, previdente e mite. Assomiglierebbe all’autorità paterna se, come questa, avesse lo scopo di preparare l’uomo all’età virile, mentre non cerca che di arrestarlo irrevocabilmente all’infanzia – e rischia di togliere agli uomini anche – “il fastidio di pensare e la fatica di vivere”¹³⁰.

Diventa perciò compito di tutti i cittadini, riuscire a sottrarsi al “tutorato” che può venire loro subdolamente offerto, mascherato da protezione e tradotto in realtà attraverso l’intervento continuo e capillare di uno Stato forte e accentrato.

La libertà si configura ancora in questa fase come libertà dei moderni, secondo la definizione celebre che ne dà Benjamin

¹²⁸ Sul *rule of law*, v. anche *infra*; cfr., D. Zolo, *Teoria e critica*, cit., pp. 23-26; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 24-29.

¹²⁹ I. Kant, *Risposta alla domanda: che cos’è l’illuminismo?* (1784), in Id., *Scritti politici*, cit., p.141.

¹³⁰ A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, II, (1840) in Id., *Scritti politici*, tr.it. a cura di N. Matteucci, Torino, 1981, p. 812.

Constant, nel 1819, cioè esattamente a 20 anni di distanza dalla Rivoluzione, nel celebre discorso tenuto a Parigi, presso l'Ateneo Reale, che ha per titolo: *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, e al quale si è già fatto cenno (v. *supra*).

L'immagine della libertà antica rimanda a un uomo, animale politico, che realizza la propria natura solo attraverso l'attività pubblica. Quella della libertà moderna, espressa nello Stato di diritto attraverso lo strumento legislativo, mostra invece un individuo che salvaguarda se stesso, sottraendosi agli interventi costrittivi del complesso sociale-politico, e che considera buon governo quel governo che non si preoccupa affatto dei fini della comunità, ma che fa la guardia a uno spazio neutro, in cui si rafforza la libertà dei singoli.

Rispetto alla libertà dei moderni, tutta incentrata sulle prerogative e sui diritti dell'individuo, la libertà degli antichi si può al contrario definire come *'libertà collettiva'*, dal momento che essa consisteva nell'esercitare appunto *collettivamente e direttamente* le funzioni della sovranità.

Il problema è che la libertà collettiva si rivela compatibile con l'asservimento completo dell'individuo singolo al potere sociale, poiché questa non riconosce alcun limite a sé stessa e si fonda su un criterio pedagogico che pervade la sfera pubblica e quella privata, legiferando su tutto, sul modo di portare la coccarda sull'abito, di darsi del tu, di scegliere gli amici, di organizzare il tempo libero, facendo della *'virtù'* la condizione della libertà¹³¹.

È a partire dall'osservazione di questa tendenza *'pedagogica'*, che si misura la distanza rispetto all'idea di libertà più diffusa e consolidata nel liberalismo sette-ottocentesco, che indica invece come pericolo grave la pretesa di *'tutela'* da parte dello Stato, che considera i cittadini come minorenni di cui bisogna prendersi cura e indica invece come fecondo e vitale l'antagonismo tra soggetti adulti e responsabili, consapevoli dei propri interessi e delle proprie scelte e dei propri errori. Nel 1793 Kant

¹³¹ Cfr., M. Ozouf, *Libertà*, in F. Furet, M. Ozouf, *Dizionario critico della Rivoluzione Francese*, tr. it. Milano, 1994, II vol., pp. 846-858.

scrive: “Un governo fondato sul principio della benevolenza verso il popolo, come il governo di un padre verso i figli, cioè un governo paternalistico, in cui i sudditi, come figli minorenni che non possono distinguere ciò che è loro utile o dannoso, sono costretti a comportarsi solo passivamente, per aspettare che il capo dello Stato giudichi in qual modo essi devono essere felici, e ad attendere solo dalla sua bontà che egli lo voglia, è il peggior dispotismo che si possa immaginare”¹³².

Ed è questo tema della scelta, della decisione, che riporta all’idea antica di libertà come *proairesis* e come *arbitrium*, che dimostra come l’evoluzione del termine-concetto di libertà, in senso politico, non possa che andare nella direzione della sintesi tra l’idea di libertà come indipendenza e quella di libertà come partecipazione all’attività politica dello Stato di cui si è parte.

L’importanza del discorso di Benjamin Constant, che abbiamo considerato come paradigmatico in una discussione sulla libertà politica, non sta tanto nell’individuare una contrapposizione netta tra due modelli diversi e più o meno storicamente identificabili. Sta piuttosto nell’indicare quale sia la potenziale pericolosità di ciascuno di questi due modelli, qualora siano visti come inconciliabili, e come sia importante invece, ottenerne la sintesi.

Si determina così il senso del concetto contemporaneo di libertà. La libertà moderna, la libertà individuale, non può sussistere davvero senza la libertà politica che ne è la garanzia. La libertà intesa come indipendenza, non ha senso senza la possibilità della partecipazione politica.

Più specificamente, senza libertà civili, come quella di opinione, di stampa, di associazione, la partecipazione popolare al potere politico si rivela un inganno, una rappresentazione vuota e forzosa. Ma senza la partecipazione popolare al potere, le libertà civili hanno poche possibilità di durare. E dunque le due forme di libertà possono e devono coesistere necessariamente perché si possa parlare correttamente di libertà.

¹³² I. Kant, *Sopra il detto comune «Questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica»* (1793) in *Scritti politici*, cit., p. 255.

La libertà politica, la partecipazione attiva alla vita politica, peraltro, non deve essere intesa soltanto come la garanzia delle libertà civili, private, è piuttosto il mezzo che consente agli individui di andare oltre la ristretta dimensione degli interessi personali, dilatando il loro spirito, nobilitando i loro pensieri; è anche un problema etico, che viene espresso, ancora da Constant, con una splendida metafora: “Il suo effetto naturale (quello della società moderna) è di fare in modo che ogni individuo sia il suo proprio centro. Ma quando ciascuno è il centro di se stesso tutti sono isolati. Quando tutti sono isolati, non c’è che polvere. Quando arriva la tempesta, la polvere diventa fango”.

L’esercizio della libertà pubblica fa sì che gli individui, da atomi disgregati, si trasformino in cittadini consapevoli.

In questo senso i diritti politici devono diventare un’integrazione naturale dei diritti di libertà e dei diritti civili; la libertà politica, cioè il controllo popolare del potere politico, è la condizione necessaria per il conseguimento prima, e la conservazione poi, delle libertà civili e d’altro canto, come si è visto, la partecipazione (intesa essenzialmente come esercizio del voto) può essere considerata come espressione del funzionamento corretto ed efficace della libertà politica, cioè del potere di influenzare la formazione delle decisioni collettive, soltanto se si svolge liberamente, cioè se l’individuo gode adeguatamente della libertà di opinione, di stampa, di riunione, di associazione, in una parola di tutte le libertà che costituiscono l’essenza dello Stato liberale, consentendo così di coniugare la libertà con la democrazia, o meglio gli ideali liberali con il metodo democratico.

Nel 1929, Kelsen scrive: “Alla libertà concepita come autodeterminazione politica del cittadino, come partecipazione del cittadino stesso alla formazione della volontà direttiva dello Stato, in breve all’idea antica di libertà, si suole contrapporre l’idea di libertà come assenza di qualsiasi dominio(...). L’importanza davvero enorme dell’idea di libertà nell’ideologia politica sarebbe inesplicabile se essa non provenisse dal profondo dell’anima, da dove proviene pure quell’istinto primitivo che spinge l’individuo contro la società. Pur tuttavia, per un’illusione quasi incom-

prensibile, quest'idea di libertà non esprime in realtà altro che una determinata posizione dell'individuo nella società. Dalla libertà che conduce all'anarchia, si forma così la libertà della democrazia"¹³³.

Nella seconda metà dell'Ottocento, con l'affermarsi della società industriale comincia a emergere anche il problema nuovo della *questione sociale* che richiede il principio dell'interventismo statale perché si attuino concretamente gli ideali di solidarietà e giustizia sociale, la cui richiesta comincia a manifestarsi in maniera pressante. Si comincia in questa fase a parlare di *società* e a considerarla come un soggetto nuovo, con le sue esigenze autonome nei confronti dell'autorità dello Stato.

Allo Stato di diritto si affianca perciò il nuovo modello di *Stato sociale*, che deve garantire livelli minimi di reddito, alimentazione, salute, abitazione, educazione, e si propone l'intento di assicurarli ad ogni cittadino come diritto politico, non soltanto come effetto della carità e della generosità elargite occasionalmente da parte dei cittadini più abbienti.

È un concetto questo che si fa risalire idealmente a Lorenz von Stein, che non cita espressamente la locuzione 'Stato sociale', così come Kant non parlava di 'Stato di diritto', ma descrive una condizione specifica, prodotta dalle conseguenze della rivoluzione industriale.

Lo Stato sociale nasce infatti dalla contrapposizione tra Stato e società industriale, e si qualifica a partire dalla peculiarità del sistema economico, caratterizzato dal forte accumulo di capitale e dallo sviluppo della tecnologia; dalla consapevolezza della presenza di classi sociali spesso in conflitto tra loro e da un sistema culturale basato sulla diffusione dell'istruzione, il cui accesso viene messo alla portata degli strati più disagiati della popolazione¹³⁴.

¹³³ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), tr. it. G. Meloni, in *La democrazia*, Bologna, 1981, p. 41.

¹³⁴ L. von Stein, *Sozialismus und Communismus des Heutigen Frankreichs. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte*, Leipzig, 1842. In traduzione italiana v. Id., *Opere scelte. Antologia* a cura di E. Basone Remiddi, Milano, 1986. Sul concetto

Si tratta di una condizione già delineata nella Germania di Bismarck che, tra il 1883 e il 1889, garantiva previdenza e assistenza con l'attuazione di un ampio sistema di assicurazioni obbligatorie a tutela del proletariato industriale, che fu successivamente perfezionato con la Costituzione di Weimar del 1919.

In Italia un avvio dello Stato sociale si ebbe con il fascismo, con l'introduzione del sistema previdenziale valido per tutti.

L'amministrazione assume in questo modo, una funzione sempre più attiva: viene concepita come il momento vitale, concreto, in cui lo Stato entra direttamente e continuamente in contatto con i cittadini provvedendo alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla soddisfazione di tutti i bisogni della società e tende ad autonomizzarsi rispetto alla giurisdizione, il cui ruolo invece si depotenzia ulteriormente.

Lo Stato sociale si realizza attraverso l'intervento dello Stato, e anzi esigendone l'azione, laddove lo Stato di diritto ne richiedeva l'astensione: se dunque quest'ultimo era caratterizzato dal prevalere della legge come strumento privilegiato per ottenere le finalità della borghesia, lo Stato sociale si attua soprattutto attraverso l'azione della Pubblica Amministrazione, al punto da essere definito anche 'Stato-Provvedimento'.

Il ruolo dell'amministrazione quindi, se da una parte serve, appunto, alla costruzione della società, entra in contrasto dall'altra, con la funzione assolutizzante che ha assunto la legge come unico vero strumento autoritativo.

La *crisi della legge* si manifesta dunque in maniera palese con l'avvento e la presa di coscienza di sé della società pluralistica, che a sua volta determina la mancanza di riconoscimento di un ordine comune fra i poteri dello Stato.

La complessità della società contemporanea produce la mancanza di accettazione di un contenuto comune, di un ordine condiviso, quale era quello esistente nella società borghese otto-

di Stato sociale e specificamente su Stein, v. F.M. De Sanctis, *Diritti e Stato: illusioni e delusioni dell'individualismo*, in *Tra antico e moderno*, cit., pp. 65-114; Id., *Individuo, proprietà e Stato: Locke, Hegel e Stein*, ivi, pp. 135-210.

centesca, con la prima conseguenza di creare disordine nei rapporti tra le fonti¹³⁵.

I nuovi compiti dello Stato dilatano in particolare la sfera dell'amministrazione e determinano casi diffusi di pletoricità, di sovrabbondanza dell'attività legislativa e dunque l'estensione ipertrofica della regolamentazione per legge: anche le questioni meno rilevanti sul piano generale sono spesso regolate con legge, e anche le relative modificazioni richiedono nuove leggi. La conseguenza principale diviene quindi l'*inconoscibilità* della condizione giuridica.

Il Parlamento appare lento, diviso nella frammentazione partitica; la sua attività sembra concertata, mercificata: Carl Schmitt ne ha parlato come di una negoziazione compromissoria, mercimonio quotidiano di ciò che è politico¹³⁶.

La crisi dello Stato è quindi parallela alla sua ipertrofizzazione e ha tra le sue conseguenze la crisi della legge. La crescita delle funzioni statali e il loro processo di razionalizzazione e burocratizzazione aprono così la strada allo Stato costituzionale ottocentesco e poi a quello costituzionale democratico novecentesco fondato sul suffragio universale, in cui cambia definitivamente l'ordine del rapporto tra la legge e la Costituzione, che viene intesa come espressione del popolo sovrano, segnando così la 'novità' delle costituzioni contemporanee¹³⁷.

Il tema della 'sovranità' della Costituzione¹³⁸, che come elemento caratteristico della contemporaneità, sostituisce la moderna 'sovranità' della legge, era presente da tempo nella tradi-

¹³⁵ P. Grossi, *Prima lezione*, cit., p. 95

¹³⁶ Secondo Schmitt il potere reale si determina attraverso intrighi di corridoio, prima e fuori dalle aule parlamentari.

¹³⁷ P. Grossi, *Prima lezione*, cit., pp. 88-89; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 1998.

¹³⁸ È l'espressione che usa Gustavo Zagrebelsky, in Id., *Il diritto mite*, cit., pp. 8-11, per significare la presenza, negli Stati contemporanei, di una costituzione 'aperta', che sostituisce la funzione unificante della nozione originaria di sovranità statale; Otto Kirchheimer parlava piuttosto della fine della sovranità in presenza della costituzione, in particolare riferendosi all'esperienza weimariana, in alcuni saggi di grande interesse che datano dal 1928 al 1933, raccolti in

zione giuridica anglosassone che va da Edward Coke a James Otis¹³⁹.

Alla base c'è un'esperienza culturale e politica tipica dell'Inghilterra, che ha ignorato il concetto di Stato, usando piuttosto quello di *governo*, che è comprensivo delle tre funzioni classiche, o almeno dell'esecutiva e della legislativa, e segna la differenza dello Stato di diritto continentale con il *rule of law* britannico.

Si tratta di una locuzione difficilmente definibile e traducibile (governo della legge o regola del diritto¹⁴⁰) che indica un particolare carattere del diritto inglese, che vede accanto alla pro-

Id., *Costituzione senza sovrano*, tr. it. di M. Bertaggia e M. Keller, *Introduzione* e cura di A. Bolaffi, Bari, 1982. Il dibattito su questo tema è ampio e importante anche in Italia. Mi limito a suggerire gli spunti offerti da M. Fioravanti, *Costituzione e Stato di diritto*, in «Filosofia politica», 2/1991, pp. 325 e ss.; Id., *Quale futuro per la 'costituzione'?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», XXI, 1992; Id., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993, oltre al già citato *Costituzione*; L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 349 e ss., in cui si prospetta “un costituzionalismo senza Stato... (come) unica alternativa al tramonto dello Stato di diritto e alle nuove forme di assolutismo del mercato e della politica”, Id., p. 372; sulla stessa linea G. Bonacchi (a cura di), *Una costituzione senza stato*, Bologna, 2001; M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994; Id., *Interpretazione della costituzione*, Milano, 1982; M. Barberis, *Progetto per la voce "costituzione"*, in «Filosofia politica», 2/1991, pp. 351 e ss.; F. Viola, *Politica e diritto nella Costituzione*, in «Ragion pratica», 4, 1995, pp. 230-239; G. Palombella, *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*, Bari, 1997; E. Ripepe, *Riforma della costituzione o asalto alla costituzione?*, Padova, 2003; oltre ai saggi contenuti nel volume collettaneo, G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di) *Il futuro della costituzione*, cit. Mi permetto inoltre un rinvio al mio *Profili della sovranità. Il dibattito giusfilosofico degli anni Venti*, Napoli, 1995.

¹³⁹ È un argomento che avrà particolari ripercussioni sul tema del giudizio di legittimità costituzionale, su cui v. *infra*. Sul tema della limitazione del potere in Inghilterra e nell'America dell'età della Rivoluzione e sul relativo rapporto fra legge e costituzione, v. N. Matteucci, *Lo Stato moderno*, cit., spc. pp. 157 e ss.; L. d'Avack, *Dal «Regno» alla «Repubblica»*, cit., spc. pp. 71-187; v. anche Id. *I nodi del potere*, Milano, 1984; e Id., *Costituzione e rivoluzione. La controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del '600*, Milano, 2000.

¹⁴⁰ Per dei riferimenti bibliografici essenziali sul concetto di *Rule of law*, N. Matteucci, *Costituzionalismo in Dizionario di politica*, cit.; A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo in-*

duzione legislativa-parlamentare, la *common-law*, di cui i giudici sono depositari: i giudici possono dichiarare nulle e prive di efficacia le leggi del Parlamento che vadano contro il diritto e la ragione, realizzando così l'autolimitazione dell'onnipotenza parlamentare.

I sovrani inglesi, proprio per la presenza di questa impostazione giuridico-costituzionale, non hanno mai avuto quella condizione di assoluto predominio che ci fu in altri paesi: il loro potere è sempre stato bilanciato da quello di altri soggetti, il Parlamento, ma anche le Corti di giustizia.

L'origine della *common-law*, sembra risalire al 1066, quando Guglielmo il Conquistatore istituì le tre Corti centrali, con sede a Londra, con le quali si sviluppò un diritto centralizzato, contrapposto alle consuetudini locali, fondato *sull'autorità dei precedenti*, cioè sul vincolo che una determinata pronuncia giudiziale rappresenta per le sentenze successive. Una decisione pronunciata su un caso già risolto, diviene utilizzabile per le deliberazioni successive, tanto da costituire un elemento vincolante per queste ultime, poiché il vincolo si fonda sulla *ratio* generale sulla cui base la decisione è stata assunta.

Nella seconda metà del '700 si fece strada il principio della tassatività del vincolo del precedente, secondo il criterio che la *common-law* non si crea, ma viene continuamente riscoperta dai giudici, in un continuo adattamento ai diversi casi che si presentano nella prassi: la grande distanza culturale della tradizione di *common-law* con il diritto legislativo, continentale, consiste

glese (1885), tr. it., A. Torre, Bologna, 2003; S.L. Paulson, *Teorie giuridiche e Rule of Law*, tr. it., P. Comanducci, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), «Analisi e diritto», 1992, Torino, 1992, pp. 251-274; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 24 e ss.; E. Santoro, *Rule of law e "libertà degli inglesi". L'interpretazione di Albert Venn Dicey* in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 173-223; Id., *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Torino, 2005-2009; D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, ivi, pp. 17-88, spc., pp. 26-27; G. Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006, spc. pp. 154 e ss; Id., *Il Rule of law. Argomenti di una teoria giuridica istituzionale*, in «Sociologia del diritto» 1, 2009, pp. 27-66; F. Viola, *Il Rule of law e il concetto di diritto*, in «Ragion pratica», 1, 2008, pp. 151-170.

proprio nell'attenzione al caso concreto nell'ambito dell'attività interpretativa, che segna “una concezione individualizzante della giustizia, che si rende maggiormente attenta al singolo caso, al singolo individuo, ai singoli diritti”¹⁴¹.

La legislazione (*statute law* o *civil law*), costituisce un corpo distinto dalla *common-law*, e in questa prospettiva non ha particolare rilievo la distinzione tra diritto pubblico e privato, essenziale negli ordinamenti continentali¹⁴².

Le leggi costituzionali inglesi, quelle che in altri paesi sono contenute in una Costituzione scritta, non sono considerate la fonte, ma la conseguenza dei diritti soggettivi degli individui, come essi vengono definiti e garantiti dalle Corti giudiziarie.

La Gran Bretagna non ha una Costituzione scritta, ma se si segue il criterio sostanziale enunciato nell'art.16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 (su cui v. *infra*), bisogna dire che anche la Gran Bretagna ha una Costituzione perché riconosce i diritti e attua la separazione dei poteri, almeno fino dalla Gloriosa Rivoluzione del 1689.

Si tratta di una accezione di *costituzionalismo* inteso come espressione del valore della difesa dei diritti della persona, dell'individuo, del cittadino, diverso dal costituzionalismo francese di matrice rivoluzionaria, fondato piuttosto sulla “delimitazione della materia costituzionale: la strategia della regola, per la quale i diritti degli individui e le attribuzioni dei poteri supremi devono essere rigorosamente fissati dalla Costituzione”¹⁴³ pur sempre nel

¹⁴¹ F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 234; sul concetto di *common-law*, O.W. Holmes, *The Common Law*, Cambridge 1967; R. Pound, *Lo spirito della common law*, trad. it., Milano, 1970; U. Mattei, *Il modello di common law*, Torino, 1996.

¹⁴² P.G. Monateri, *Il modello di Civil Law*, Torino, 1997.

¹⁴³ M. Barberis, *I limiti del potere: il contributo francese*, in G. Duso, *Il potere*, cit., p. 236. Sulla limitazione del potere fondata sulla ‘regola’, in contrapposizione al metodo della ‘bilancia’, v. B. Manin, *Les deux libéralisme: la règle et la balance*, in C. Biet, I. Théry, *La famille, la loi, l'État: de la Révolution au Code Civil*, Paris, 1989; sulle diverse forme di costituzionalismo, in particolar modo rispetto alla distinzione tra la versione francese e quella anglosassone, v. spc. H. Arendt, *On Revolution* (1963), tr. it., *Sulla rivoluzione* a cura di M. Magrini, Milano, 1999, *passim*; C. Mc Illwain, *La rivoluzione ame-*

riconoscimento del ruolo dominante del legislatore. È invece la forma tipica del costituzionalismo anglosassone, fondato precipuamente sul bilanciamento reciproco tra le funzioni governative, e sulla presa di coscienza della molteplicità, della pluralità di centri di potere pubblico¹⁴⁴, diversi da quelli derivanti dal legislativo.

L'onnipotenza del Parlamento, tipica degli Stati continentali viene quindi storicamente limitata nei paesi anglosassoni, per la presenza della *common law* che fa da barriera contro la sovranità assoluta nelle diverse forme che questa riveste (quindi anche l'assolutismo parlamentare), e funge altresì da controllo di costituzionalità degli atti del Parlamento.

Questi principî non sono mai stati proclamati per iscritto in una carta costituzionale perché si sono affermati progressivamente, e consolidati attraverso un'evoluzione costituzionale più continua, meno interrotta dagli eventi traumatici (rivoluzioni, totalitarismi), che hanno caratterizzato la storia dei paesi continentali.

Alexander Hamilton, uomo politico e statista statunitense, morto agli inizi dell'Ottocento, autore principale del *Federalist Papers*, rileva addirittura la pericolosità di una disciplina esplicita, positivizzata, costituzionale dei diritti, che presupporrebbe il fatto che allo Stato possa competere la potestà di deliberare in un ambito che invece gli è *naturalmente* sottratto: la garanzia migliore deriverebbe dal silenzio della Costituzione nei riguardi dei diritti.

ricana: una interpretazione costituzionale (1923), tr. it. Bologna, 1965; N. Matteucci, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna, 1987; A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit.; G. Rebuffa, *Costituzione e costituzionalismi*, Torino, 1990; T. Bonazzi, *Un «costituzionalismo» rivoluzionario. Il demos basileus e la nascita degli Stati Uniti*, in «Filosofia politica», 2/1991, pp. 282 e ss.; P. Comanducci, *La costituzionalizzazione americana: un capitolo della cultura giuridica moderna*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2/1987, pp. 466 e ss.

¹⁴⁴ Sulla moltiplicazione dei centri di potere negli Stati contemporanei, v. soprattutto, M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, spc. pp. 69 e ss.

In questo caso non si tratta di una posizione strettamente giusnaturalista, ma fondata sul federalismo specifico degli Stati Uniti: in un'organizzazione federale la materia dei diritti doveva essere sottratta alla Costituzione dello Stato centrale (la Costituzione federale), la quale può essere considerata come possibile pericolo o comunque come un ostacolo per le libertà individuali⁴⁵.

⁴⁵ Cfr., su questo argomento, A. D'Atena, *Tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 22-23; v. anche come riferimento importante, L.M. Friedman, *Storia del diritto americano*, a cura di G. Alpa, M. Marchesiello, G. Rebuffa, Milano, 1995.

Costituzione

Si può tentare di dare una prima definizione del concetto di Costituzione, come l'insieme dei principi che stanno alla base del sistema normativo di cui costituiscono il nucleo fondamentale inderogabile e il relativo tentativo di cristallizzazione.

Originariamente il termine indicava ciò che è stabilito (*statuto*) e dunque la struttura costitutiva e ordinativa di una comunità politica organizzata¹⁴⁶.

Nell'età antica e in epoca medievale si poteva già trovare un inizio di riflessione su concetti simili a quelli che si osservano a proposito delle costituzioni: nel primo caso si parla di *politèia* (intesa come insieme dei cittadini, o delle magistrature, o come organizzazione giuridica). Per Aristotele: “la costituzione è l'ordinamento delle varie magistrature d'uno stato e specialmente di quella che è sovrana suprema di tutto: infatti, sovrana suprema è dovunque la suprema autorità dello stato e la suprema autorità è la costituzione”¹⁴⁷.

Nel Medio Evo si segnalano prevalentemente studi e teorizzazioni sulla figura del re-tiranno, sul diritto di resistenza, sulle leggi fondamentali¹⁴⁸. Certamente si può considerare un primo

¹⁴⁶ Sulle difficoltà di definizione del concetto di Costituzione, termine per sua natura polisemico, v. spc., M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, pp. 11-32.

¹⁴⁷ Aristotele, *Politica*, III (I), 6, 1278 b, tr. it. e cura di R. Laurenti, Roma-Bari, 1993.

¹⁴⁸ Cfr. I. Mc Illwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit. pp. 89 e ss. e *passim*; M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, 1999, pp. 7-14 e ss.; G. Re-

esempio di Costituzione la *Magna Charta* del 1215, promulgata in Inghilterra durante il regno di Giovanni senza Terra, con cui si sanciva la limitazione di alcune prerogative del Re, che da quel momento dovevano essere sottoposte all'approvazione di un consiglio composto dai rappresentanti della nobiltà e del clero.

Ma è solo con la modernità che si può cominciare a parlare di Costituzione come 'ordinamento generale dei rapporti sociali e politici'¹⁴⁹, fondato sull'idea della limitazione del potere sovrano e della protezione dei diritti.

Il 17 settembre 1787 viene promulgata a Philadelphia la prima vera Costituzione moderna: era composta originariamente di soli 7 articoli che disciplinavano l'organizzazione, i poteri e gli organi dello Stato federale e degli Stati membri della federazione. Solo l'anno dopo si aggiunse il *Bill of rights*, che rappresentava il nucleo normativo posto a protezione dei diritti.

Nell'Europa continentale la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, promulgata come atto iniziale della Rivoluzione Francese, segna l'esordio di quel concetto di Costituzione, definito come *sostanziale*, in cui l'enumerazione dei diritti da tutelare contiene in sé il senso dei principî filosofico-politici su cui si fonda. Vi vengono infatti solennemente proclamati quei principî dello Stato liberale, che poi diverrà Stato di diritto, espressi con la protezione dei diritti individuali e di libertà, oltre che della separazione dei poteri¹⁵⁰.

Originariamente, dunque, la Costituzione caratterizza il senso politico di un'organizzazione giuridica, definendo un determinato contenuto, conforme ai principî politici liberali.

buffa, *La costituzione impossibile*, Bologna, 1995; R. Bifulco, *Costituzione*, in U. Pomarici (a cura di), *Filosofia del diritto*, cit., pp. 117 e ss; H. Hofmann, *La libertà nello Stato moderno: saggi di dottrina della Costituzione*, a cura di A. Carrino, Napoli, 2009.

¹⁴⁹ M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p.7.

¹⁵⁰ "Lo scopo di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, e la resistenza all'oppressione" (art. 2); "Una società, nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha Costituzione" (art. 16).

Solo successivamente si è cominciato a riferirsi ad un concetto più ampio di Costituzione, senza particolare riferimento a specifici modelli di organizzazione politica: ogni Stato ha le sue regole fondamentali, in base alle quali si organizza e si struttura l'apparato giuridico-organizzativo, poiché le regole costituzionali non si considerano subordinate alle ragioni della politica, ma viceversa¹⁵¹.

Ogni Stato dunque, è una Costituzione¹⁵² e ogni Stato ha una Costituzione, che può essere scritta o non esserlo, come nel caso della Gran Bretagna, in cui le regole costituzionali poggiano sulla tradizione giuridica di cui è espressione la *common-law*¹⁵³.

La formalizzazione attraverso la forma scritta, tipica delle Costituzioni continentali, si può considerare un tentativo di cristallizzazione dei principî essenziali, che probabilmente si rivela deludente: la politica imprime necessariamente delle spinte, che risentono delle trasformazioni sociali e che impongono delle sollecitazioni a questo criterio della *formalizzazione*.

Accanto all'insieme delle norme scritte, che definiscono il concetto di Costituzione formale, è stato elaborato in Italia da Costantino Mortati quello di *Costituzione materiale*, che si può riassumere come l'insieme dei fini e dei valori che costituiscono l'effettivo principio di unità (e di permanenza) di un ordinamento, e l'insieme delle forze politiche e sociali che esprimono quei fini e quei valori, assicurandone la realizzazione eventualmente anche al di là e perfino contro la costituzione formale. La Costituzione, secondo questa accezione: "è data dal valore o dal complesso dei valori, di cui sono portatori una data classe sociale e il partito, che ne è l'espressione attiva, e intorno ai quali sono coordinate le varie istituzioni statali"¹⁵⁴.

¹⁵¹ V. Onida, *L'organizzazione costituzionale*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1986, pp. 86-87.

¹⁵² C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), tr. it., a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 167.

¹⁵³ V. Onida, *La Costituzione*, cit., pp. 10-11.

¹⁵⁴ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), ristampa con Prefazione di G. Zagrebelsky, Milano, 1998, p. 198; v. Id., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962. Sul tema v. almeno

Alla base c'è l'identificazione dell'elemento originario dell'esperienza giuridica, che Mortati individua nell'"ordinamento concreto" più che nelle norme valide dal punto di vista formale: "... l'ordinamento... (si pone) come giuridico in quanto collegato non con un semplice ordine formale di poteri, bensì con un'organizzazione di forza sociale, capace di conferire ad esso l'effettività, da considerare (...) come uno dei caratteri della giuridicità"¹⁵⁵.

La dottrina della Costituzione materiale, pone quindi l'accento sui principî sostanziali espressi dalle forze politiche dominanti in un determinato periodo storico.

Accade infatti relativamente spesso che alle norme espresse nel documento scritto (la Costituzione in senso formale), non corrispondano le relative scelte politiche e la necessaria attuazione: lo Statuto albertino era ancora formalmente in vigore durante il fascismo; il principio democratico era formalmente espresso nelle Costituzioni liberali ottocentesche, che prevedevano elezioni a suffragio ristretto; la Costituzione italiana ha visto la mancata o tardiva attuazione di alcune sue parti, come la Corte Costituzionale, il decentramento regionale, e così via.

Né lo Stato sovietico né quello fascista, inoltre, hanno mai rinunciato a una Costituzione in senso formale. È rimasta anzi la fondamentale funzione 'costitutiva', della Costituzione, che attesta nella comunità internazionale l'esistenza di uno Stato.

La Corte costituzionale non può però accogliere nella sostanza, esplicitamente, norme in aperto contrasto con la costituzione formale, ma semmai provvederà a dare delle interpretazioni che tendano ad avvicinare il senso reciproco: l'attentato alla costituzione si potrà contestare ad esempio, solo in violazione della Costituzione *formale*.

Ma quali sono i principî caratterizzanti la Costituzione di uno Stato? Quelli che definiscono le scelte essenziali sulla forma di Stato, sulla organizzazione e le funzioni dei poteri pubblici, sui diritti e doveri dei cittadini.

il recente volume collettaneo, A. Catelani e S. Labriola (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, in «Quaderni della rassegna parlamentare», Milano, 2001.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 91.

Negli Stati contemporanei, la sovranità può essere pensata come una condizione unitaria ma non statica, in cui sia affidato alla Costituzione (che in questo senso non è mai meramente formale) il ruolo di salvaguardare la complessità della struttura statale, mediando fra i principî giuridici storicamente determinati ed in continua evoluzione, ed il diritto positivo nella sua accezione originaria, ristretta, ‘esclusiva’.

L’evoluzione del concetto di Stato, non necessariamente il suo tramonto, può forse identificarsi con quello di Stato costituzionale: i diritti individuali e le scelte politiche entrano a far parte della vita degli Stati giuridificandosi attraverso le Costituzioni, intese come la massima espressione della razionalizzazione del potere.

Nel XX secolo, soprattutto nel periodo successivo alla prima guerra mondiale, e soprattutto ad opera del positivismo giuridico di ascendenza kelseniana, il concetto di Costituzione tende a perdere il suo originario contenuto politico: “... le dittature degli anni Venti e Trenta intimidirono i giuristi, li costrinsero a non fiatare, e anzi spesso, a redimere con una parola «buona» (Costituzione era termine elogiativo) le malefatte di una prassi cattiva(...). La prima guerra mondiale aveva dilacerato il consenso e la fiducia sulle magnifiche sorti e progressive. La Rivoluzione Russa, il fascismo, il nazismo, inducevano i giuristi a trovare tranquillità e riparo in una loro torre d’avorio e – nel caso in oggetto – nell’ambito di una definizione di Costituzione che fosse puramente «organizzativa», che lavorasse soltanto su un organigramma”¹⁵⁶.

Le Costituzioni rappresentano comunque, nella realtà giuridica contemporanea, il punto di chiusura di ogni sistema giuridico e di apertura ai principî storico-politici presenti nelle società, la cui complessità è inevitabile e indiscussa.

Del resto l’individuare aspetti procedurali piuttosto che contenutistici di un’organizzazione politica, non esclude il riferimento ad un sistema di valori implicito nelle scelte stesse di una

¹⁵⁶ G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1995, pp. 19-21.

procedura piuttosto che di un'altra: “ (il termine) Costituzione non nacque affatto come un concetto bifronte. Il termine fu riconcepito, adottato e amato non perché significava semplicemente «ordine politico», ma perché denotava quel particolare ordine politico che non solo «dava forma» ma anche *limitava* l'azione di governo (...). Per noi Costituzione significa una struttura della società politica, organizzata *tramite e mediante la legge*, allo scopo di limitare l'arbitrarietà del potere e di sottometterlo al diritto”¹⁵⁷.

La Costituzione è un ‘prodotto’ della politica’, intesa nel senso più alto: tuttavia si propone essa stessa di limitare e regolare l'esercizio dei poteri politici, e specificamente di quelli supremi.

La funzione della Costituzione è di stabilire un terreno comune, dei limiti al cui interno possa svolgersi la pacifica competizione democratica, tipica di una società dinamica e pluralista. Proprio perché la Costituzione esprime ciò che è tendenzialmente stabile in una società, essa ammette normalmente una pluralità di orientamenti e di scelte politiche diverse nel tempo purché compatibili con i suoi principî. Il cambiamento, l'innovazione politica, deve necessariamente avvenire, ma entro i limiti segnati dal rispetto costante dei principî costituzionali.

Non ogni alternativa politica si può qualificare in termini di costituzionalità/incostituzionalità: anzi il confronto e l'alternativa si devono manifestare tra opzioni tutte costituzionalmente compatibili. Ad esempio, nell'ordinamento italiano, fermi i principî della tutela del lavoro (art. 35) e dello Stato sociale (art. 38), la scelta degli strumenti e degli equilibri tra intervento pubblico e autonomia privata dei sistemi di finanziamento può essere variamente modulata. Fermi i principî del concorso di tutti alla spesa pubblica, e i criteri della proporzionalità e progressività della capacità contributiva, le scelte in materia fiscale, possono dipendere dalle scelte politiche¹⁵⁸.

¹⁵⁷ *Ivi*, pp. 22-23.

¹⁵⁸ V. Onida, *La costituzione*, cit., pp. 47-48-49; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 147 e ss.

La Costituzione più che determinare, limita e incanala le scelte dei Governi e dei Parlamenti, che restano, entro questi larghi confini, affidate ai meccanismi della politica e del consenso elettorale.

I confini della Costituzione, segnano il limite tra ciò che nel confronto politico è per sua natura discutibile e contrattabile, e ciò che non lo è: il confine (anche nell'attività degli organi di garanzia, come la Corte costituzionale) tra il rispetto delle scelte e della 'discrezionalità' del legislatore, cioè delle maggioranze politiche che si formano nel tempo e la difesa dei principî fondamentali da ogni possibile attentato da parte di qualsiasi maggioranza. Anche i principî costituzionali possono cambiare nel tempo, ma si tratta di un'evoluzione molto diversa, più lenta, di quella della politica quotidiana.

Si pone in questo senso anche il problema del *consenso*, inteso come adesione duratura ai principî dell'ordinamento da parte del maggior numero di coloro che lo compongono, che si rende indispensabile per reggere ogni sistema giuridico. È il problema posto nella filosofia del diritto contemporanea, con diverse sfumature, e in periodi storici differenti, tanto da Hans Kelsen, quanto da Herbert Hart: si introduce l'argomento dell'ordinamento giuridico, della sua composizione, delle sue prerogative e della sua effettività.

Ordinamento giuridico

L'etimo del termine 'ordinamento' deriva da *ordo*, che indica la composizione di più parti in un sistema: implica dunque un giudizio di fatto, ma anche di valore poiché designa non solo un insieme, ma un insieme bene ordinato; si parla di ordinamento *giuridico* in quanto questo distingue l'ordine della condotta umana nel senso deontologico del *dover essere*, e non in quello naturalistico o sociologico dell'essere¹⁵⁹.

L'ordinamento giuridico è anche il titolo di un celebre libro del grande giurista siciliano Santi Romano, che nei primi decenni del Novecento¹⁶⁰ elabora una teoria dell'ordinamento, imprescindibile anche come interpretazione della crisi dello Stato moderno di cui rappresenta una critica particolarmente significativa, che individua il fondamento della giuridicità non più

¹⁵⁹ Sul concetto di ordinamento, P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 2004; Id., *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005; Id., *Ordinamento*, in U. Pomarici (a cura di), *Manuale di filosofia del diritto*, cit., pp. 439-449; v. inoltre, come riferimenti bibliografici essenziali, F. Modugno, *Ordinamento giuridico (dottrina)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980; Id., *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002, pp. 3-47; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, ora in Id., *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 157 e ss.; A.G. Conte, *Ordinamento giuridico*, in *Noviss. Dig. It.* vol. XI, Torino, 1965; E. Fazzalari, *Ordinamento giuridico (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990; V. Frosini, *Ordinamento giuridico (Filosofia del diritto)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980; R. Guastini, *Ordinamento giuridico*, in *Dig. disc. pubbl.* vol. X, Torino, 1995.

¹⁶⁰ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918; II edizione (riveduta e annotata) Firenze, 1946; v. anche Id., *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), ora in Id., *Scritti minori*, I, Milano, 1990.

nelle norme giuridiche prodotte dallo Stato in termini autoritativi, ma nella società che si struttura autonomamente in un'organizzazione giuridica. "L'ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità. Se così è, il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è una istituzione e, viceversa, ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria e assoluta"¹⁶¹.

Questo implica, anche sulla scorta delle *teorie dell'istituzione* risalenti al francese Maurice Hauriou¹⁶², che il diritto sia considerato come un fenomeno spesso indipendente da aspetti meramente soggettivi, che si manifesta in modo 'involontario', sulla base di comportamenti acquisiti e sedimentati nel tempo, contro la teoria della monopolizzazione della produzione giuridica da parte dello Stato.

La teoria dell'ordinamento giuridico intesa in senso istituzionale, rappresenta tuttora un punto fermo imprescindibile negli studi di teoria del diritto e segna un cambiamento di importanza fondamentale nella riflessione giuridica, in primo luogo perché individua i termini della storicizzazione del concetto di

¹⁶¹ *Ivi*, cit, p. 12.

¹⁶² M. Hauriou, *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (1933), tr. it. a cura di W. Cesarini Sforza, *Presentazione* di A. Baratta, Milano, 1967. Ancora di W. Cesarini Sforza, v. *Ordinamenti giuridici (Pluralità degli)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, Torino, 1965. Sull' 'attualità' di Santi Romano, v. anche V. Frosini, *La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi*, a cura di F. Riccobono, Torino, 2001, pp. VI-266.

Stato moderno, chiarendo come la presunta identificazione fra diritto e Stato avrebbe dovuto condurre ad escludere l'esistenza del diritto nel periodo precedente la nascita e la formazione dello Stato¹⁶³.

L'impostazione di Romano si coniuga inoltre con la concezione pluralistica degli ordinamenti, secondo cui l'ordinamento giuridico non si esaurisce in quello statale: "... Tutte le volte che si ha un organismo sociale di qualche complessità, sia pure lieve, nel suo interno si instaura una disciplina, che contiene tutto un ordinamento di autorità, di poteri di norme, di sanzioni..."¹⁶⁴.

Per Romano lo Stato è una istituzione, ma non è l'unica istituzione; è un ordinamento giuridico, ma non è l'unico ordinamento giuridico: la giuridicità, il fenomeno giuridico, non si esauriscono nello Stato, se è vero che si individuano numerose istituzioni diverse e anche, qualche volta, ostili allo Stato. In questo senso, infatti, "una società rivoluzionaria e la stessa associazione per delinquere non costituiranno diritto per lo Stato di cui violano le leggi ma ciò non porta ad escludere che siamo egualmente di fronte ad ordinamenti che isolatamente presi ed intrinsecamente considerati siano giuridici. È noto, infatti, come sotto la minaccia delle leggi vivono spesso, nell'ombra, associazioni la cui organizzazione si direbbe quasi analoga in piccolo a quella dello Stato; hanno autorità legislative ed esecutive, tribunali che dirimono controversie e puniscono, affiliati che eseguono inesorabilmente le punizioni"¹⁶⁵.

Dentro (e oltre) lo Stato si impongono talora "governi particolari o privati" con le loro fonti e regole concorrenti, a cui corrisponde la limitazione del ruolo della legge che spesso lascia

¹⁶³ "È facile comprendere come, restringendo ogni investigazione all'ordinamento già costituito di questo o quello Stato, non si creda di dover tener conto, se non fosse ai fini di magri cenni storici, di quei principi giuridici che alla formazione di siffatto ordinamento avranno pur presieduto, e, dall'altro canto, si ritenga un fuor d'opera prevedere il caso di mutazioni future", S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 29-30 e ss.

¹⁶⁴ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 113.

¹⁶⁵ *ivi*, p. 111.

spazio a fonti normative diverse, derivanti da soggetti sociali diversi, come i sindacati o le associazioni professionali. Di tali soggetti collettivi alcuni possono essere nemici dell'ordinamento statale, che in questo caso li persegue, considerandoli illeciti, in tutti in tutti i modi di cui dispone, cercando quindi di determinarne la fine "... Ma finché essi vivono – scrive Romano – ciò vuol dire che sono costituiti, hanno un'organizzazione interna e un ordinamento che, considerato in sé e per sé, non può non qualificarsi giuridico..."¹⁶⁶.

Si dà così rilievo essenziale al significato giuridico del *pluralismo* dei gruppi sociali, aprendo la strada all'idea, oggi sensibilmente consolidata¹⁶⁷, secondo cui non solo la legge, ma anche fonti ulteriori come i regolamenti delle associazioni interne e delle organizzazioni internazionali, o la scienza giuridica e la prassi giurisprudenziale, debbano essere considerati a pieno titolo espressioni del diritto.

È uno degli argomenti fondamentali che induce a ripensare il problema delle fonti in termini diversi, più complessi e disancorati dalla obbligatorietà dell'idea di gerarchia normativa di matrice kelseniana.

Secondo Kelsen, e secondo gli esponenti della gran parte delle dottrine giuspositivistiche di impostazione formalista, l'ordinamento è un sistema dinamico, coerente, completo e unitario di produzione giuridica, che si fonda su un rapporto di reciproca esecuzione e produzione di norme, ordinate fra loro gerarchicamente e chiuse al vertice da una norma fondamentale: "Un ordinamento è un sistema di regole. Il diritto non è una regola,

¹⁶⁶ S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 37.

¹⁶⁷ V., tra i riferimenti maggiori, C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie*, cit., pp. 245 e ss., spec. p. 260; G. Capograssi, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi* (1921), Milano, 1977; Id., *Il significato dello Stato contemporaneo* (1942), in Id., *Opere*, Milano, 1959; M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2001.

come talvolta si dice. Esso è un complesso di regole aventi quel genere di unità che concepiamo come sistema”¹⁶⁸.

Coincide con la teoria del *normativismo*, la dottrina secondo cui un atto o un fatto è giuridico solo se e quando sia *qualificato* come tale da una norma che ne definisce la validità formale, prescindendo dai contenuti.

La forma viene rappresentata come una sorta di *recipiente*, all’interno del quale si possono trovare elementi diversi che si presentano come ‘giuridici’ soltanto perché vengono definiti in questo senso da una norma giuridica valida, cioè rispondente ai criteri previsti dall’ordinamento medesimo¹⁶⁹.

Si intende così l’ordinamento come un *sistema dinamico*, in cui il principio di autorità si presenta in maniera esplicita, come manifestazione di volontà legittima; vengono indicati nelle norme coloro che sono autorizzati a dire o fare qualche cosa che assume perciò un preciso significato giuridico: “Il fatto che qualcuno comandi qualcosa non è di per sé, una ragione perché ci si debba comportare in conformità del comando... Il fondamento della validità di una norma è sempre una norma, non un fatto. La ricerca di tale fondamento riporta non già ad una realtà, ma ad un’altra norma dalla quale la prima è derivabile...¹⁷⁰.

Un ordinamento giuridico inteso nel senso della sua dinamicità, fondata sul principio della delega formale di autorità dall’una all’altra norma, si distingue dai *sistemi statici* impostati invece sulla presunta esistenza di norme fondamentali da cui, con procedimento deduttivo, si traggono tutte le altre norme (ama il tuo prossimo; *neminem laedere*).

Un sistema statico è basato su criteri normativi contenutistici, di origine morale e giusnaturalistica, in cui manca l’elemento essenziale della *delega* che collega tra di loro norme di forza diversa.

¹⁶⁸ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), tr. it. S. Cotta, G. Treves, Milano, 1984, p. 3.

¹⁶⁹ H. Kelsen, *Teoria generale*, cit., p. 39; M. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1979.

¹⁷⁰ H. Kelsen, *Teoria generale*, cit., p. 112.

La staticità del sistema implica il ricorso a un principio di ricerca della verità sostanziale, fondato sul criterio della deduzione dal particolare all'universale. Scrive in questo senso Kelsen: "Secondo la natura della norma fondamentale possiamo distinguere due diversi tipi di ordinamenti o sistemi normativi: sistemi statici e sistemi dinamici. In un ordinamento del primo tipo le norme sono «valide», cioè noi assumiamo che gli individui, la cui condotta è regolata dalle norme, «devono» comportarsi come prescrivono le norme, in virtù del loro contenuto. Il loro contenuto ha una qualità d'immediata evidenza che ne garantisce la validità (...). Norme come «non mentire», «non ingannare», «mantieni la tua promessa», derivano dalla norma generale che prescrive la veridicità"¹⁷¹.

Un sistema dinamico si basa invece sull'idea di un insieme di regole, ordinate tra loro in una scala gerarchica, in cui ogni norma 'produce' il significato giuridico della norma immediatamente subordinata, e allo stesso tempo 'esegue' la prescrizione prevista dalla norma di grado superiore. Al vertice si pone una *norma fondamentale* che attribuisce validità all'intero sistema. Alla base sono gli atti esecutivi e quelli derivanti dall'autonomia negoziale.

"Le varie norme di esso (l'ordinamento) non possono essere ottenute da quella fondamentale mediante alcuna operazione intellettuale. La norma fondamentale pone semplicemente una data autorità, la quale a sua volta può benissimo attribuire a qualche altra autorità il potere di creare delle norme. Le norme di un sistema dinamico debbono venir create mediante atti di volontà, da parte di quegli individui i quali sono stati autorizzati a creare delle norme da una qualche norma più elevata. Tale autorizzazione è una delegazione"¹⁷².

La natura autoritativa si dichiara in questo modo senza infingimenti e rende paradossalmente più semplice la valutazione

¹⁷¹ Id., *Lineamenti*, cit., pp. 95-96; sul concetto di norma fondamentale nell'ambito della teoria normativa riferibile a Kelsen, v. *infra* pp. 88 e ss.

¹⁷² H. Kelsen, *Teoria generale*, cit., p. 114.

del profilo morale, ideologico, politico, culturale, degli atti proprio perché questo viene espressamente distinto dagli aspetti meramente giuridici: una sentenza viene riconosciuta come valida e i suoi effetti diventano esecutivi indipendentemente dal suo contenuto e dalle opinioni sul merito che può suscitare¹⁷³.

Fonti

Il principio dinamico della costruzione a gradi dell'ordinamento è quello su cui si basa ancora, nell'odierna dottrina giurispubblicistica continentale, e pur con la consapevolezza del complicarsi dell'ordine tradizionale, la costruzione del sistema delle *fonti normative*.

Le fonti si definiscono come quei fatti e quegli atti da cui l'ordinamento fa dipendere la produzione di norme giuridiche.

Si tratta di fatti o atti a seconda della presenza o meno di quello che si qualifica come l'aspetto *soggettivo* riconducibile alla *conoscenza* e alla *volontà* del soggetto che pone l'atto; per i fatti si parla di *idoneità*. Nel primo caso l'esempio classico è quello della legge. Nel secondo, quello della consuetudine o delle norme del diritto internazionale.

Si usa ancora distinguere le fonti *di cognizione* da quelle *di produzione* e da quelle *sulla produzione*. Queste ultime si possono definire come *norme sulla normazione*, cioè sulla produzione di norme: sono dunque quelle norme che individuano quali siano gli atti o i fatti idonei a creare norme giuridiche in un

¹⁷³ A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., pp. 43 e ss. Sulla dinamicità degli ordinamenti giuridici, e sulla relazione di gerarchia esclusivamente formale tra le norme che li compongono, v. anche A.J. Merkl, *Il sistema kelseniano di teoria pura del diritto* (1921) e *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto* (1931), entrambi in A.J. Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, a cura di C. Geraci, Milano, 1987, con una interessante *Presentazione* di M. Patrono, pp. VII-LX; v. anche A. Abignente, *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza. Studio su Adolf Julius Merkl*, Napoli, 1990; AA.VV., *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, 1991.

dato ordinamento. L'ordinamento giuridico, dunque, oltre a regolare il comportamento delle persone, regola anche il modo in cui si devono produrre le norme, disciplinando la propria produzione normativa: nella Costituzione ci sono norme che attribuiscono direttamente diritti e doveri ai cittadini (ad esempio quelle che riguardano i diritti di libertà), ma anche norme che regolano la procedura che il parlamento deve seguire per esercitare il potere legislativo.

Le fonti *di cognizione* corrispondono agli atti scritti, emanati da pubbliche autorità, ma privi di contenuto normativo ed esclusivamente rivolti al fine di rendere conoscibile il diritto oggettivo vivente come la Gazzetta Ufficiale, che ha però un valore 'privilegiato' o le raccolte di usi e consuetudini del Ministero dell'Industria e del commercio, e delle Camere di commercio.

Le fonti *di produzione* sono, invece, gli atti o i fatti considerati idonei a produrre norme giuridiche in un determinato ordinamento. Secondo alcuni studiosi, peraltro, la distinzione non sarebbe così netta e significativa, perché anche semplicemente riunire, ricomporre e riordinare comporta in fondo innovazione e quindi attività normativa¹⁷⁴.

Un'ulteriore distinzione si usa fare tra *fonti riconosciute* e *fonti delegate*.

Le prime corrispondono alla ricezione di norme esistenti: è il caso della *consuetudine*, che viene considerata produttiva di diritto quando si ritrova la ripetizione generale, costante ed uniforme di un determinato comportamento (*usus*), protratta nel tempo (*diuturnitas*), insieme con la convinzione di rispettare una norma giuridica (*opinio juris ac necessitatis*). È una fonte importante nelle società a carattere statico, per esempio in quelle agrarie che è stata considerata inidonea a ordinare la complessità dei gruppi sociali tipici della contemporaneità. Il carattere della durata, il fatto che si tratta di un comportamento durevolmente ripetuto, ne costituisce insieme la forza e la debolezza: 'la consuetudine nasce dal *particolare*'¹⁷⁵.

¹⁷⁴ F. Modugno, *Diritto pubblico*, cit., p. 137.

¹⁷⁵ P. Grossi, *Prima lezione*, cit., p. 102.

In epoca recentissima, peraltro, di fronte alla nuova condizione giuridica connotata dall'economia globale, dal dominio del diritto delle imprese transnazionali, dal nuovo e differente rilievo del diritto internazionale e anche dal 'consolidarsi della giurisprudenza in indirizzi giurisprudenziali'¹⁷⁶, le fonti consuetudinarie hanno riacquisito un ruolo significativo e una nuova considerazione da parte della dottrina giuridica.

Le *fonti delegate* sono quelle che derivano dalla delega che un potere giuridico di grado superiore fa ad uno inferiore perché produca norme in sua vece. È una condizione che si verifica tipicamente negli ordinamenti complessi, in cui la produzione normativa viene distribuita tra gli organi e, ad esempio, affidata dal potere legislativo all'esecutivo, per integrare leggi troppo generiche, che contengono solo direttive di massima e non potrebbero essere applicate senza essere ulteriormente specificate. Questo compito spetta appunto agli organi esecutivi, molto più numerosi e differenziati, che hanno quindi l'incarico di renderle eseguibili: il regolamento è, rispetto alla legge, la tipica fonte delegata; un analogo rapporto di delegazione si trova tra Costituzione e leggi ordinarie, ma lo è anche il cosiddetto potere negoziale attribuito ai privati per regolare mediante atti volontari, i propri interessi.

Le fonti normative vengono pertanto individuate ed analizzate come disposte secondo un criterio di tipo gerarchico. È lo

¹⁷⁶ "Che non si basano dunque sulla singola decisione, ma su una pratica giudiziale ripetuta nel tempo, come ad esempio quelli di una Corte costituzionale che deve necessariamente tener conto, nei suoi giudizi, delle catene di precedenti costituiti dalle sue stesse sentenze", F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit. pp. 166-167; qui viene anche messa bene in rilievo quella contraddizione che attribuisce alle fonti consuetudinarie la gestione di affari e di istituti giuridici che evolvono con tempi rapidissimi, laddove caratteristica della consuetudine è la sedimentazione lenta dei comportamenti. Sul tema della consuetudine nel diritto, v. almeno, N. Bobbio, *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *Le fonti normative*, Padova, 1976; G. Lazzaro, *Reciprocità e consuetudine*, in U. Scarcelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983, pp. 231-247; B. Celano, *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996, pp. 185-214.

schema che segue l'idea kelseniana di ordinamento giuridico, costruito secondo una struttura a gradi che implica la relatività dei termini di *produzione* ed *esecuzione* delle norme, ciascuna delle quali esercita un potere e crea un obbligo. Questo sistema si fonda sull'ipotesi di un criterio di unità formale, che definisce la validità di tutte le norme che compongono l'ordinamento, assicurato da una *norma fondamentale* che postula, per convenzione, la chiusura del sistema.

L'ordinamento lega dunque le norme tra loro attraverso rapporti di *produzione* e di *esecuzione* che sono reciprocamente relativi, fondati su una struttura gerarchica in cui la norma di grado superiore stabilisce limiti formali e materiali nei confronti della norma di grado inferiore (più si scende nella struttura dell'ordinamento, più saranno frequenti i limiti formali rispetto a quelli materiali, che sono invece più numerosi nel rapporto tra Costituzione e legge).

Se le norme sono valide, cioè se contravvenire alle disposizioni normative implica incorrere in una sanzione che il giudice deve applicare (v. *infra*), è indispensabile stabilire quando una norma è valida, cioè quando fa parte di un ordinamento giuridico poiché risponde ai requisiti formali da cui l'ordinamento stesso fa dipendere la validità.

Il giuspositivismo normativista di stampo kelseniano, per spiegare il fondamento di validità formale delle norme, ricorre all'espedito teorico della *norma fondamentale*. Questa stabilisce il criterio di appartenenza delle norme a un sistema senza uscire dall'ordinamento inteso in senso giuspositivistico, cioè senza ricorrere alle teorie secondo le quali il fondamento ultimo del diritto riposerebbe sulla legge divina, o sulla razionalità umana, o sul contratto sociale.

Rappresenta dunque il presupposto di validità, il fondamento di legittimità di tutto il sistema, il criterio supremo che permette di stabilire l'appartenenza di una norma ad un ordinamento, nello stabilire come deve essere posta la sanzione¹⁷⁷.

¹⁷⁷ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 98.

La norma fondamentale autorizza chi detiene il potere ad esercitare la forza, non pretende che questa sia giusta. Riposa su quegli elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento giuridico, a cui corrisponde *fino a un certo grado* il comportamento degli uomini ai quali si riferisce il comportamento stesso¹⁷⁸.

Questo modo di intendere l'ordinamento, risponde comunque a una convenzione, perché in realtà quello gerarchico non è l'unico criterio di sistemazione delle fonti: si deve tener conto anche del *principio della competenza*, che è una conseguenza del carattere pluralistico degli ordinamenti contemporanei e specificamente del nostro, e che implica una forma di sistemazione e di riconoscimento delle fonti che segue una linea orizzontale, non più soltanto verticale. Storicamente si può considerare una conseguenza dell'affermazione degli Stati costituzionali, caratterizzati dalla presenza di una Costituzione rigida, non modificabile dalla legge ordinaria rispetto alla quale è manifesta come una fonte di grado superiore. Questo fatto, da un lato allunga la scala gerarchica delle fonti, creando un nuovo rapporto di diversa subordinazione, che non riguarda più legge e regolamento, ma Costituzione e legge. Dall'altro lato, introduce o comunque accresce l'importanza di un altro criterio di composizione dell'ordinamento, attribuendo alcune materie a determinate fonti specifiche, ad esempio i regolamenti parlamentari o le leggi regionali.

Non esiste una disposizione specifica che contenga in modo esaustivo tutte le fonti del diritto italiano vigente.

Un elenco è contenuto nell'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale (*preleggi*), premesse al codice civile del 1942 che indica: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) le norme corporative; 4) gli usi.

Si tratta di un elenco certamente superato con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana oltre che incompleto, poiché non tiene conto, ad esempio, di tutte le disposizioni della Costituzione che individuano fonti del diritto (ad esempio, quella

¹⁷⁸ *Ivi*, p. 100.

sui regolamenti parlamentari, oppure quelle che attribuiscono potestà legislativa alle regioni, o, ancora, gli atti con forza di legge, cioè i decreti legislativi e i decreti legge). Neppure esaminando l'insieme delle norme costituzionali, tuttavia, si può definire l'elenco completo delle fonti: ad esempio, la Costituzione non prevede le fonti comunitarie (regolamenti e direttive), che ormai possono considerarsi a pieno titolo fonti anche nell'ordinamento italiano.

Un ulteriore sforzo di sistemazione delle fonti dell'ordinamento si trova nell'articolo 1, della legge 11/12/1984, che enumera: a) leggi costituzionali; b) leggi ordinarie dello Stato; c) decreti che hanno forza di legge; d) altri decreti, del Presidente della Repubblica, del Presidente del consiglio dei ministri e ministeriali, nonché le delibere e gli altri atti di comitati di ministri...; e) i dispositivi di sentenze della Corte costituzionale che dichiarino la illegittimità costituzionale di leggi o di atti aventi forza di legge; f) gli accordi ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni internazionali.

Non si menziona qui esplicitamente la Costituzione, perché, proprio in quanto *fonte delle fonti*, rimane fuori dall'ordinamento che essa stessa costituisce. Rimangono però anche qui fuori dall'elenco le leggi regionali, gli statuti degli enti locali¹⁷⁹, i contratti collettivi di lavoro, i regolamenti parlamentari e quelli della Corte costituzionale, oltre che il *referendum* abrogativo, previsto dall'art. 75 della Costituzione, che viene considerato fonte normativa perché abrogare non significa non disporre, ma disporre diversamente¹⁸⁰.

Il principale elemento di novità (e anche di destabilizzazione) del sistema tradizionale delle fonti deriva, inoltre, dall'affermazione e dal consolidamento, rispetto al diritto interno agli

¹⁷⁹ F. Modugno, *Diritto pubblico*, cit., p.140. V. anche Id., *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo* (con il contributo di A. Celotto, R. D'Alessio e M. Ruotolo) Torino, 2000.

¹⁸⁰ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II, L'ordinamento costituzionale (Le fonti normative)*, Padova, 1993, p. 112.

Stati, della normativa internazionale, e più specificamente, per quanto riguarda l'Italia, di quella comunitaria.

Le *fonti comunitarie* sono state introdotte in seguito all'entrata in vigore della Costituzione italiana, con leggi ordinarie di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali. Si usa distinguere in due categorie prevalenti: i *regolamenti*, che hanno portata generale, sono obbligatori in ogni loro parte, e si considerano applicabili direttamente in ciascuno degli Stati membri; e le *direttive*, che non sono immediatamente efficaci, ma sono dirette agli Stati che devono conformarvi le rispettive legislazioni.

Ancora nella seconda metà degli anni Sessanta, la Corte Costituzionale riteneva che le leggi di esecuzione dei trattati e delle direttive della Comunità Europea, essendo recepite con legge ordinaria, avessero una forza pari a quella delle leggi ordinarie, fossero sottoponibili al giudizio di legittimità costituzionale, e potessero essere abrogate da altre leggi ordinarie promulgate successivamente.

Con una serie di sentenze emesse tra il 1973 e il 1998, la Corte ha invece rivisto questo criterio: le leggi di esecuzione possono derogare anche alle norme costituzionali, e non possono essere abrogate da leggi posteriori. I limiti derivano dal necessario rispetto di quelli che si considerano i principî fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inviolabili della persona umana: si è parlato, in questo senso, di un livello di fonti definibile come *super-primario*¹⁸¹.

Pur nella consapevolezza della complessità che domina il sistema normativo, perché si possa parlare di ordinamento nell'accezione giuspositivistica del termine, è necessario individuare i criteri di sistemazione delle fonti utili a risolvere i casi che si verificano in presenza di *antinomie*, cioè i casi di incompatibilità tra norme che abbiano in comune lo stesso ambito di validità spaziale, temporale, personale e materiale.

¹⁸¹ F. Modugno, A. Celotto, M. Ruotolo, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in F. Modugno (a cura di), *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, spc. pp. 364-370.

Il sistema deve essere una *totalità ordinata* per rispondere all'esigenza di un alto grado di *prevedibilità* nell'ambito dell'ordinamento: l'indeterminatezza (così come una troppo libera attività giurisdizionale) comporterebbe la presenza di una sorta di 'fonti parallele', che sfuggono alla legittimazione democratica senza necessariamente garantire maggiore giustizia e razionalità.

Il primo criterio è quello *gerarchico*, cioè la conseguenza della supremazia che, sul piano dell'organizzazione costituzionale e della forma di governo, assumono certi organi rispetto ad altri. Determina il concetto di forza normativa, o *forza di legge*, come capacità di 'innovare' al diritto oggettivo cioè di immettere nuove norme o di abrogare quelle precedenti o al contrario (forza passiva), di 'resistere' al sopravvento eventuale di fonti successive. La forza che è riconosciuta a ciascuna fonte cambia storicamente in funzione dei mutamenti che intervengono nei rapporti tra i vari organi abilitati a porre norme giuridiche.

Si riconosce poi il criterio *cronologico*, che risponde al principio secondo cui *lex posterior derogat priori*, e ha la funzione precipua di salvaguardare la libertà del gruppo sociale che costituisce l'ordinamento, di modificare e rinnovare le proprie norme. Il criterio cronologico ha una applicazione residuale rispetto agli altri criteri: entra in gioco quando non è possibile utilizzare gli altri¹⁸².

E infine, ma non per ultimi, il criterio della *specialità*, che dispone della deroga ad una legge più generale come naturale processo di differenziazione delle categorie: sarebbe una forma di ingiustizia se non venissero riconosciute e dunque trattate come tali, in modo differenziato, situazioni diverse in omaggio al principio di trattamento di casi eguali in modo eguale, e di casi diseguali in modo diseguale; e il criterio della *competenza* (v. *supra*), che è la conseguenza dell'affermarsi di una fonte superiore ad ogni altra che delimita le sfere riservate ai vari processi di produzione normativa.

Negli ordinamenti giuridici continentali, fondati sul sistema di *civil-law*, le norme rimangono presenti e presuntiva-

¹⁸² Si parla di un 'criterio debole', laddove gli altri costituiscono 'criteri forti' per la risoluzione delle antinomie, cfr. N. Bobbio, *Teoria generale*, cit., pp. 228-232.

mente valide, fino a che l'invalidità non sia dichiarata espressamente con l'esplicitarsi dell'abrogazione, che è una conseguenza specifica del criterio cronologico, o dell'annullamento, che riguarda invece il rapporto gerarchico. Il giudice, o il soggetto competente ad applicare il diritto, ha il dovere di verificare se una norma si possa considerare conforme alle norme introdotte da fonti superiori e se sia stata prodotta da una fonte competente a regolare quella materia.

Nel caso in cui accerti che non lo sia, il giudice può disapplicare la norma: ciò significa, da un lato, che decide la controversia (o comunque adempie alla sua funzione) come se quella norma non esistesse; e, dall'altro, che non ha il potere di eliminare la norma, che continua ad esistere nell'ordinamento e potrà essere applicata ogni qual volta un diverso giudice ritenga invece che essa sia conforme alle norme superiori e rispondente ai requisiti previsti.

Questo avviene perché, come scrive Kelsen, in un ordinamento non può esserci 'contraddizione logica' tra norme: "Se è possibile che una legge incostituzionale, cioè una legge valida che contraddica le prescrizioni della costituzione vigente, o per la forma della sua produzione o per il suo contenuto, questo fatto non può essere spiegato se non in questo modo: che la costituzione non solo ammette la validità della legge conforme alla costituzione, ma anche in certo senso, la validità della legge incostituzionale; altrimenti non si potrebbe parlare di una validità di quest'ultima. Il fatto che la costituzione ammetta anche la validità delle cosiddette leggi incostituzionali deriva da ciò che essa non solo prescrive che le leggi debbano essere prodotte in un determinato modo e debbano avere o non debbano avere un determinato contenuto, ma prescrive anche che, se una legge viene prodotta in una forma diversa da quella prescritta o ha un altro contenuto da quello prescritto, in nessun modo deve ritenersi nulla, ma deve valere fintanto che non sia annullata da un'istanza destinata a questo scopo, come sarebbe un tribunale costituzionale o un procedimento regolato dalla costituzione"¹⁸⁵.

¹⁸⁵ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 112.

Il sistema dell'annullamento connota, in Italia, ad esempio, le relazioni tra la legge e la Costituzione: in caso di contrasto è la Corte costituzionale, e solo la Corte Costituzionale, che, verificando appunto tale contrasto, pronuncia una sentenza di annullamento della legge (cioè della fonte inferiore illegittima). Fino a che questo non avviene, la norma continua ad esistere nell'ordinamento, in ragione della sua validità formale¹⁸⁴.

Cosa è dunque una norma giuridica?

¹⁸⁴ Il sistema della disapplicazione contraddistingue invece la relazione fra le norme comunitarie e le norme nazionali. Come meglio vedremo in seguito, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte costituzionale italiana ha stabilito che, in caso di contrasto tra le norme nazionali e il diritto comunitario, sia il giudice che l'amministrazione dello Stato membro devono *disapplicare* il diritto nazionale contrastante con il diritto comunitario.

Norma

Si usa distinguere tra statuizione normativa che corrisponde al testo scritto della norma, e disposizione normativa, derivante dall'interpretazione.

Si tratta di due concetti distinti ma collegati, perché la *norma* si trae dalla *disposizione* attraverso un'operazione intellettuale, l'interpretazione, che è a sua volta regolata dal diritto.

Interpretazione

Sul piano lessicale, l'etimo del termine 'interpretare' sembra derivare dalla connessione della preposizione latina *inter* e del vocabolo indoeuropeo *pret* (parlare): richiama cioè l'attività di chi mette in relazione tra loro due soggetti diversi, ciascuno dei quali 'parla'¹⁸⁵.

Più specificamente, l'interpretazione giuridica si può intendere come una tecnica di integrazione della produzione normativa che mette in relazione reciproca segni e significati diversi.

Diversamente dall'interpretazione artistica o dalla traduzione letteraria, più libere nella forma e nel risultato, l'interpretazione giuridica è a sua volta regolata dal diritto tramite la predisposizione di norme specifiche. Tuttavia è caratterizzata dal ruolo specifico dell'interprete che è comunque attivo, generativo,

¹⁸⁵ V. Frosini, *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Roma, 1992, p. 109.

tende cioè a modificare la realtà sociale, trasformando l'idea astratta in un'azione pratica e complessa che esprime una scelta: non si risolve nella mera applicazione di un comando, né appare semplice espressione del pensiero, ma si presenta come un'attività creativa.

Nella fase in cui il positivismo giuridico si è affermato nell'Europa continentale, con le conseguenze connesse alla richiesta di certezza del diritto, alle esigenze di razionalità e prevedibilità espresse dalla classe borghese emergente e realizzate attraverso la prevalenza pratica e concettuale della legge, la funzione del giudice doveva limitarsi ad una interpretazione letterale del testo normativo: il giudice non era e non poteva essere altro che “la bocca della legge”, secondo la nota definizione di Montesquieu¹⁸⁶.

Era una concezione culturale comune e condivisa nell'Europa dell'illuminismo e della codificazione napoleonica¹⁸⁷,

¹⁸⁶ “Potrebbe accadere che la legge, la quale è al tempo stesso chiaro-veggente e cieca, fosse, in certi casi, troppo rigorosa. Ma i giudici non sono (...) se non la bocca che pronunzia le parole della legge, degli esseri inanimati che non possono moderare né la forza né la rigidezza.”, Ch. de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), tr. it. a cura di S. Cotta, Torino, 1973, cap. XI, p. 287. V. anche Id., “Il potere giudiziario non deve essere attribuito a un senato permanente, ma deve essere esercitato da persone scelte tra il popolo (...). In questo modo il potere giudiziario, così terribile tra gli uomini, non essendo legato né a una determinata condizione né a una determinata professione, diviene, per così dire, invisibile e nullo.”, *ivi*, p. 278. Questa impostazione del pensiero di Montesquieu a proposito del ruolo del potere giudiziario, piuttosto nota, in realtà si riferisce specificamente alla condizione degli Stati repubblicani, mentre per quanto riguarda la monarchia, la complessità dell'ordine sociale e la molteplicità dei corpi intermedi, rende meno netta la ‘nullità’ dei giudici, e necessariamente più attiva la loro funzione.

¹⁸⁷ Basta pensare a Bentham: “Quando il giudice ardisce di arrogarsi il potere di interpretare le leggi, vale a dire, di sostituire la sua volontà a quella del legislatore, l'arbitrio è dappertutto, nessuno può prevedere il suo capriccio”, così J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), di cui è nota una traduzione italiana parziale, a cura di M. Azzariti, *trattati di legislazione civile e penale*, Napoli, p. 126; su questo tema v. L. d'Alessandro, *Utilitarismo e scienza della legislazione. Studio su Jeremy Bentham*, Napoli, 1981; anche Cesare Beccaria era su questa linea: “In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale,

che presupponeva la rappresentazione della legge come forma esaustiva del diritto e come corrispondenza piena alla volontà generale, che diede vita alla cosiddetta Scuola dell'Esegesi¹⁸⁸.

In questa prospettiva lo spazio per l'interprete era ridotto al minimo, poiché si riteneva che la legge contenesse in sé tutti i possibili argomenti e significati.

L'opinione secondo la quale si considerava il diritto risolto nella forma della legge e nella razionalità semplificatrice della codificazione, presupponeva altresì la ricerca, considerata possibile e quindi auspicabile, della conoscenza della vera natura del diritto attraverso un procedimento logico rigoroso, che conducesse all'unico significato possibile, più o meno evidente, ma comunque già tutto contenuto nel dato linguistico del testo normativo.

La complessità della struttura sociale novecentesca evidentemente non può corrispondere più a questa sorta di passività intellettuale che aveva accompagnato la scienza giuridica nella fase dell'affermazione della legge e dello Stato di diritto durante il secolo precedente.

la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta dell'incertezza". Id., *Dei delitti e delle pene* (1764), IV, a cura di R. Fabietti, Milano, 1973, p. 31.

¹⁸⁸ Si tratta di un movimento culturale che si affermò in Francia prevalentemente tra gli anni Trenta e gli anni Settanta dell'Ottocento, secondo il quale l'attività del giurista doveva esaurirsi nel commento analitico del Codice napoleonico: davanti al corpo organico di norme sistemate secondo un perfetto ordine logico, lo studioso non doveva spingere la propria indagine al di là di quella che appariva una costruzione perfetta, tale da rendere superflua ogni ulteriore elaborazione e sistemazione dei concetti. Il riferimento bibliografico fondamentale è J. Bonnecase, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, 19242 (1a ed 1919), pp. 1-8. Per una ricostruzione storica degli argomenti, v. ancora N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 92-100 e il più recente saggio di P. Chiassoni, *Scuola dell'esegesi. Progetto di voce per un "Vademecum" giuridico*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2003, pp. 335-358.

Le fonti normative si moltiplicano e se ne modifica la gerarchia; l'azione dello Stato si dilata e si fa più incisiva; l'attività economica si estende al di fuori dei confini nazionali; i parlamenti si compongono sulla base di un suffragio sempre più ampio. Sono queste le premesse principali di un cambiamento radicale nell'impostazione delle teorie contemporanee sull'interpretazione giuridica: queste si allontanano definitivamente dalla pretesa di esaurirne l'azione nella forma del metodo sillogistico, che condurrebbe 'logicamente' all'unica conclusione ipotizzabile.

Per Kelsen "L'interpretazione è un procedimento spirituale che accompagna il processo di produzione del diritto nel nuovo sviluppo da un grado superiore a uno inferiore regolato da quello superiore"¹⁸⁹. Il rapporto tra grado normativo superiore e inferiore (ad esempio quello tra la Costituzione e la legge ordinaria così come quello tra la legge e la sentenza), non è mai frutto di una determinazione completa: rimane un margine più o meno ampio di potere discrezionale, uno schema che deve essere riempito con un atto di volontà, non di conoscenza, da parte dell'interprete.

Tutti i metodi interpretativi, secondo questa tesi, conducono ad un risultato possibile, non all'unico corretto. Il problema di trovare una norma 'giusta' si fonda su aspirazioni ideologiche e sull'*illusione della certezza del diritto*¹⁹⁰.

La posizione di Kelsen anticipa e riassume l'impostazione teorica ormai prevalente, secondo la quale l'interpretazione consiste nello svolgere un'attività, quella che attribuisce a un testo giuridico un significato che ne costituisce il prodotto¹⁹¹, poiché "presupposto dell'attività interpretativa è (...) la pluralità e la novità delle interpretazioni (...). Vi è una pluralità di modi, tutti le-

¹⁸⁹ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 117.

¹⁹⁰ *Ivi*, p. 124.

¹⁹¹ V.G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, spc. p. 394; *Id.*, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1990, p. 63 e ss.; S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Genova, 1978, pp. 232 ss., 247 ss.

gittimi, di fare le cose e occorre optare per uno di essi, che non è detto sia il migliore (...)”¹⁹².

Esiste tuttavia un elemento di tensione tra conoscenza e volontà, che implica a sua volta la dialettica fondamentale tra teoria e prassi, che Kelsen sembra sottovalutare quando separa l’attività decisionale, creativa, del giurista (e più specificamente del giudice) da quella meramente cognitiva, intesa come espressione della scienza del diritto, trascurandone la inevitabile connessione¹⁹³.

Non a caso proprio a partire dalla riflessione sulla crisi teorica del positivismo giuridico tradizionale e di quello kelseniano, si è perfezionato il concetto di *ermeneutica giuridica*, insieme con la teoria del *ragionamento* e dell’*argomentazione*: secondo queste impostazioni concettuali il giurista, quando interpreta, non si limita ad applicare una premessa maggiore ad una minore per arrivare alla conclusione di tipo sillogistico con cui si deduce il senso ‘vero’ di una norma, ma argomenta cioè struttura e organizza il ragionamento attraverso passaggi dialettici progressivi e talora discordanti tra loro. Arriva così a ‘motivare’ (ad esempio, tipicamente, il giudice nella motivazione della sentenza, ma anche l’avvocato quando discute e predispone gli atti da sottoporre a giudizio) la tesi interpretativa che lo conduce a scegliere, tra i possibili significati della norma, quello che appare il più adeguato alla risoluzione del caso in esame. Influisce in questo senso la cosiddetta ‘precomprensione’, intesa come “un’ipotesi di partenza, una sorta di rappresentazione anticipata del risultato, influenzata dall’appartenenza dell’interprete ad un preciso contesto decisivo e vitale”¹⁹⁴.

¹⁹² F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma, 1999, p. 244.

¹⁹³ Cfr. qui, V. Omaggio, *Teorie dell’interpretazione. Giuridicismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*, Napoli, 2003; Id., *Interpretazione giuridica*, in U. Pomarici, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 375-409, spec., pp. 392 e ss.; G. Gavazzi, *L’interpretazione giuridica in H. Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2/1957, p. 253; E. Betti, *L’ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, in G. Mura (a cura di), Roma, 1987; G. Zaccaria, *L’arte dell’interpretazione. Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990; A. Catania, *Manuale di teoria*, cit., pp. 157 e ss.

¹⁹⁴ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 218.

Ogni atto di ermeneutica giuridica comporta quindi una correlazione dialettica tra il messaggio normativo e la sua interpretazione finale: interpretazione e applicazione generano quel rapporto che dà vita ad un cosiddetto ‘circolo ermeneutico’, ovvero la connessione tra la singola norma, l’ordine normativo in cui si colloca il testo originario, e la coscienza giuridica e sociale dell’interprete che ne condiziona inevitabilmente l’azione.

Nell’interpretare un atto giuridico non è sufficiente e non è corretto richiamarne il presunto significato originario: la norma non si esaurisce nella sua formulazione, ma acquista nuova forza se attraverso la coscienza dell’interprete si riconnette alla condizione sociale dell’ordinamento in cui è inserita, adattandosi alla realtà¹⁹⁵.

¹⁹⁵ “La descrizione e fondazione esistenziale heideggeriana del circolo ermeneutico rappresenta, rispetto a ciò, una svolta decisiva. È vero che della struttura circolare dell’interpretazione aveva già parlato la teoria ermeneutica del XIX secolo, ma sempre nel quadro di una relazione formale tra parti e tutto e in rapporto ai suoi riflessi sul piano soggettivo, all’anticipazione intuitiva del tutto e all’*articolazione successiva* nei particolari. Secondo questa teoria, il movimento circolare si svolgeva all’interno del testo, e finiva con il raggiungimento della piena comprensione. Coerentemente con questa prospettiva, la teoria ermeneutica culminava nella dottrina schleiermacheriana di un atto divinatorio mediante il quale l’interprete si traspone totalmente nell’autore e risolve tutto ciò che di estraneo e di incomprensibile il testo dapprima presentava. Per Heidegger, invece, il circolo è caratterizzato dal fatto che la comprensione del testo è permanentemente determinata dal movimento anticipante della precomprensione. Il circolo di parti e tutto non si risolve dissolvendosi nella comprensione raggiunta, ma piuttosto proprio in tale comprensione si realizza nel modo più pieno”, così H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it. G. Vattimo, Milano, 1990, pp. 342-43. Su questi aspetti, v. almeno, oltre H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., Id., *Sul circolo ermeneutico* (1959), tr. it., F. Vercellone, in «Aut Aut», 1987, pp. 13-20; R. Alexy, *Teoria dell’argomentazione giuridica* (1978), tr. it. a cura di M. La Torre, Milano, 1998; J. Habermas, *Teoria dell’agire comunicativo* (1981), tr. it. a cura di G. Rusconi, Bologna, Bologna, 1986; J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), tr. it., S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983, pp. 132-137; C. Perelman, *Il dominio retorico. Retorica e argomentazione* (1977), tr. it. M. Gotto, D. Gibelli, Torino, 1981; G. Zaccaria, *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984; Id., *Ermeneutica e Giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, 1984, pp. 22-50; Id., *Teoria generale dell’interpretazione*, 2 voll., Milano, 1990; V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1995, pp. 59 e ss.

In particolare, negli ordinamenti di *Common Law*, i teorici del diritto riconducibili alla scuola del *realismo giuridico*¹⁹⁶, hanno sottolineato con forza il peso concettuale del procedimento di formazione del giudizio da parte delle Corti, e specificamente l'influenza che le convinzioni individuali e i diversi caratteri sociali esercitano nell'elaborazione delle sentenze e nelle scelte che determinano le risoluzioni delle controversie tra soggetti.

Un elemento ulteriore di grande rilievo che distingue quest'impostazione, si manifesta nell'attenzione rivolta ai casi concreti, alle situazioni singole, da cui l'interprete prende le mosse per arrivare progressivamente a una norma (o a un principio) che si adatti alla risoluzione del caso, attuando un procedimento intellettuale inverso rispetto a quello tradizionale, deduttivo, che va dal generale al particolare partendo da una regola astratta per adattarla alla fattispecie concreta¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Il realismo giuridico si può definire sinteticamente come quel movimento che ha caratterizzato la riflessione giuridica soprattutto in ambito statunitense (ma anche scandinavo) già dalla fine dell'Ottocento, fondato sull'idea della prevalenza dell'evoluzione sociologica rispetto alla staticità delle forme tradizionali del giuspositivismo, e su quella del ruolo dell'efficacia delle norme giuridiche (invece che la validità). Roscoe Pound, uno dei principali teorici di riferimento, distingue tra *'law in action'* e *'law in books'*: la prima corrisponderebbe al diritto in azione, cioè al diritto come fatto, che si oppone a quello astratto, tipico della riflessione dottrinale, lontana dalla realtà (appunto, il diritto nei libri, "law in books"). Pound esprime in questo modo quella "rivolta contro il formalismo", tipica del clima intellettuale americano, dominato dalla cultura sociologica e dal pragmatismo. Un'impostazione che si evolve con Holmes secondo cui il diritto è fatto da "predizioni di ciò che i tribunali faranno", e si radicalizza con Frank, secondo cui c'è diritto solo dopo le decisioni delle corti. Nel nord-Europa s'è sviluppata la cosiddetta 'Scuola scandinava', tra i cui interpreti principali figurano Karl Olivecrona e Alf Ross; sul tema v. S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, 2002; G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; A. Catania, *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli, 1993; S. Castignone, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, 1974; E. Pattaro, *Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1971, pp. 61-126; C. Faralli, *Il giudice e il diritto. Ermeneutica e realismo a confronto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXIV, 2/2004, p. 531 e ss.

¹⁹⁷ G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, spec., p. 54.

L'atto interpretativo, nella condizione giuridica determinata con il mutamento del ruolo della legge e con la crisi del positivismo giuridico, non è dunque un'azione che si risolve meccanicamente in sé stessa, ma è l'espressione di un procedimento complesso, in cui si mettono in relazione reciproca più componenti, oggettive e soggettive, che insieme contribuiscono all'esito conclusivo del testo normativo.

L'attività dell'interprete non è peraltro completamente libera né tanto meno arbitraria, ma deve essere svolta secondo precise regole giuridiche: così come esistono norme sulla produzione delle norme, esistono anche norme sulla interpretazione delle norme¹⁹⁸.

Norma giuridica

Per *norma* si intende una proposizione *prescrittiva* che ha lo scopo di influenzare il comportamento degli individui e dei gruppi e di dirigerne la condotta verso determinati obiettivi¹⁹⁹.

Le norme si distinguono dalle proposizioni descrittive per la maggiore oggettività della descrizione rispetto alla prescrizione: la prima ha come riferimento la realtà osservabile empiricamente; e da quelle espressive per l'impersonalità: viene

¹⁹⁸ In Italia l'articolo 12 delle preleggi al Codice Civile, recita: "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". Su questo aspetto, alcuni riferimenti fondamentali in G. Tarello, *Frammenti di una teoria dell'interpretazione*, in R. Guastini (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1990; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992; id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998; P. Comanducci, *L'interpretazione delle norme giuridiche*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. I: Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999, pp. 9-15; E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999, pp. 78-88.

¹⁹⁹ N. Bobbio, *Teoria generale*, cit., pp. 45 e ss.

evidentemente esclusa la partecipazione emotiva di chi pone la norma e chi ne è destinatario, rispetto alla valutazione dei criteri con cui viene prodotta la norma; e neppure importa il motivo per cui una norma viene eseguita. Importa solo se lo è.

Le norme sono dotate di forza precettiva, cioè della capacità ipotetica di modificare il comportamento del destinatario: la prescrittività (o precettività) della norma si deduce specificamente dalla sua formulazione, che si basa sull'uso di verbi deontici (è *obbligatorio*, *deve*, è *tenuto*) o di termini dotati di significato valutativo e non meramente descrittivo (la libertà personale è *inviolabile*, secondo il dettato dell' art. 13 della Costituzione).

Si ricava anche dal contesto proprio in cui le norme sono inserite: “Il Presidente della Repubblica indice le elezioni delle nuove Camere”, è una norma se corrisponde all'art. 87 della Costituzione italiana, ma potrebbe essere una notizia, dunque una proposizione con significato meramente descrittivo, se fosse pubblicata su un quotidiano.

Appare, in questo senso, particolarmente rilevante la distinzione di *norma giuridica* rispetto alla categoria più ampia delle norme sociali e a quella delle norme morali²⁰⁰, ma non esiste un tipo veramente ‘puro’ di norma giuridica con caratteristiche totalmente peculiari rispetto agli altri tipi di norme, della morale o del costume né una nozione unica di norma giuridica, che pretenda di rispecchiare l'essenza della giuridicità²⁰¹.

Le norme, proprio in virtù della loro molteplicità e diversità, non vanno tutte ricondotte alle categorie della generalità e dell'astrattezza, che sono invece ascrivibili al concetto specifico di legge. Accanto a prescrizioni normative generali e astratte se ne trovano altre individuali e concrete, giacché sono forme di produzione normativa anche le sentenze o gli atti che derivano dai

²⁰⁰ A. Catania, *Manuale di teoria*, cit., pp. 109-112; v. anche, Id., *Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008; H. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), cit., pp. 23 e ss; H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, a cura di Mario G. Losano, tr.it., M. Torre, Torino, 1985; B. Celano, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto*, cit., pp., 411-438.

²⁰¹ G. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1984, pp. 19-33.

negozi giuridici e dalle transazioni tra privati: ogni norma di grado superiore viene individualizzata nella norma di grado inferiore, che a sua volta definisce, con un procedimento creativo di produzione normativa, la disciplina giuridica che si riferisce a casi specifici: “La norma generale che collega a un fatto astrattamente determinato una conseguenza pure astrattamente determinata ha bisogno di essere individualizzata per raggiungere il suo proprio significato (...) perciò la sentenza è di per se stessa una norma giuridica individuale, l’individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale o astratta, la continuazione del processo di produzione del diritto dal generale all’individuale. Soltanto il pregiudizio per cui tutto il diritto si esaurirebbe nella norma generale, soltanto l’erronea identificazione del diritto con la legge ha potuto offuscare questa concezione”²⁰².

Le norme giuridiche non si limitano a rispecchiare la realtà e a descrivere la ‘normalità’ dei comportamenti umani: definiscono la qualificazione degli atti e dei fatti in senso giuridico, operando una sorta di selezione tra gli innumerevoli aspetti della vita umana e distinguendo quelli che vengono assunti nella sfera del diritto. Sono quindi valutazioni di natura politica quelle che stabiliscono l’opportunità di disciplinare questo o quell’aspetto, anche in vista delle conseguenze che ne possono derivare.

La funzione specifica di una norma è dunque quella di influenzare *direttamente* il comportamento altrui: anche la descrizione di un accadimento può modificare un comportamento, così come l’espressione di uno stato emotivo, ma in modo soltanto indiretto.

La specificità del diritto sta quindi nel tentare di orientare i comportamenti, non di riprodurli. Il diritto, nell’accezione kelseniana che è tuttora una nozione di grande rilievo, è considerato una tecnica sociale, non la previsione sociologica dei fatti. Il com-

²⁰² H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., pp. 108-109. V. anche N. Bobbio, *Teoria generale*, cit., pp. 147-150.

pito non è di spiegare, e il fine non è naturalisticamente inteso e quindi necessario, come per le scienze naturali, ma è quello di costruire il sistema.

Le norme giuridiche hanno per oggetto non fatti del mondo fisico o umano, ma qualificazioni normative di fatti, e sono riconducibili quindi alla categoria più ampia dei giudizi ipotetici, che collegano normativamente determinate conseguenze giuridiche al verificarsi di una *fattispecie*²⁰³, esprimendo il rapporto specifico di un fatto condizionante con una conseguenza condizionata: “Come l’effetto è attribuito alla sua causa, così la conseguenza giuridica è attribuita alla sua condizione giuridica, ma quella non può essere considerata come causalmente prodotta da questa. La conseguenza del diritto (o della violazione del diritto) è imputata alla condizione giuridica... La legge naturale dice: se c’è A deve necessariamente (*muss*) esserci B; la legge giuridica dice: se c’è A deve (*soll*) esserci B, senza che, con ciò, essa dica nulla del valore, cioè del suo valore morale o politico, di questo rapporto”²⁰⁴.

Con la teoria dell’imputazione, secondo la quale a un fatto condizionante (illecito), viene *imputata* una conseguenza condizionata (sanzione), Kelsen ha profondamente innovato la dottrina giuridica di impostazione statualistica, ottocentesca, fondata sull’idea della norma come espressione di imperio da parte dello Stato, e che inoltre considerava l’illecito come una violazione, un’infrazione o anche un’interruzione del diritto: *illecito* è, al contrario, il mezzo con cui il diritto si realizza.

²⁰³ Termine che deriva dal latino *facti species*, figura del fatto. Si riferisce a una situazione tipica, considerata astrattamente da una norma come produttiva di effetti giuridici. Corrisponde a uno *schema prefissato*: quando nella realtà si verifica un fatto che vi corrisponde, si realizzano in concreto le conseguenze giuridiche previste in termini generali e astratti dalla norma. Si usa anche per indicare il caso concreto che forma l’oggetto di una questione: si parla in questo caso di fattispecie concreta.

²⁰⁴ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., pp. 63-64. La riduzione del diritto a mero *Sollen* fu oggetto di una critica serrata da parte di Alf Ross (cfr. *supra*). Sul tema cfr. F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane*, cit., pp. 102-112.

In questo senso la norma giuridica non è un comando, né un imperativo: il comando definisce un'espressione di volontà diretta a modificare la volontà altrui; si può parlare quindi di comando rispetto alla morale, ma il comando giuridico, fondato sull'eteronomia, non può dare garanzie che il comportamento altrui si adegui alla volontà di chi prescrive in senso naturalistico, come conseguenza di un effetto ad una causa.

La concezione imperativistica del diritto si attaglia all'idea ottocentesca di un ordine conferito da un'imposizione del sovrano. Essa si mostra però inadeguata, nella contemporaneità, a spiegare fatti produttivi di effetti giuridici come la consuetudine, il diritto internazionale, e anche alcuni aspetti del diritto civile; è connotata inoltre da un'accezione prettamente *antropomorfa*, in cui lo Stato si presenta come la personificazione di un'entità superiore, che non permette di spiegare l'impersonalità delle norme e tutti gli effetti concreti che ne derivano, come il problema degli illeciti commessi da coloro che si definiscono *incapaci* (infermità mentale, ubriachezza, droga, ipnotismo, minorità, interdizione).

Il rapporto di imputazione implica altresì una prescrizione diretta non ai cittadini, ai quali non viene richiesto un determinato comportamento in termini di realtà effettuale, ma agli organi che devono applicare la sanzione nel caso si trovino in presenza di un illecito: per Kelsen la norma giuridica si definisce *primaria* quando viene enunciata "in modo corretto e completo. Cioè che alla condizione della condotta contraria debba seguire un atto coattivo come conseguenza (...). La norma che ordina il comportamento che evita la sanzione può valere quindi soltanto come norma giuridica secondaria"²⁰⁵.

Per Kelsen il diritto si riconduce a un insieme di norme a efficacia rafforzata, cioè norme che regolano l'uso della forza, dotate di potere coercitivo²⁰⁶.

²⁰⁵ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 70.

²⁰⁶ Sul 'dilemma' dell'efficacia in Kelsen cfr. F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane*, cit., pp. 161-172.

La teoria kelseniana del rapporto tra *norme primarie e secondarie*, secondo cui le prime regolano la sanzione e le seconde indicano il comportamento che implica l'illecito, è fondata su una prospettiva 'coercitiva', che individua nella sanzione negativa l'elemento essenziale del diritto.

Usando la stessa terminologia, Herbert Hart assume, qualche decennio dopo, un punto di vista più complesso e forse più raffinato, fondato sulla dualità *obbligo-potere*. Egli definisce infatti come norme primarie, le norme che impongono obblighi, e come norme secondarie, quelle che attribuiscono poteri sia in ambito pubblico che in ambito privato: sono diverse le norme che conferiscono poteri relativamente alla stipula di un testamento, da quelle di diritto penale che proibiscono il furto o la violenza²⁰⁷.

Sanzione

Le sanzioni sono misure predisposte dall'ordinamento come risposta alla violazione delle norme, cioè all'illecito: una norma prescrive ciò che *deve essere* non ciò che è (né ciò che presumibilmente sarà), poiché è nella natura di ogni prescrizione l'ipotesi che essa venga disattesa.

Il concetto di sanzione evoca anche nel linguaggio comune una reazione ad un determinato comportamento: le sanzioni "sono concepite sempre come *posterius* rispetto ad un *prius*, come conseguenza rispetto ad una causa"²⁰⁸.

Non è compito della scienza giuridica ricercare i motivi dell'obbedienza al diritto. Il proporre il concetto di dover essere evita di confondere quello che *deve essere* con il probabile decorso degli avvenimenti umani: dire che come conseguenza di un atto è prevista una sanzione, non vuol dire che certamente il comportamento degli uomini sarà quello immaginato o deside-

²⁰⁷ Così H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 33 e ss.

²⁰⁸ G. Gavazzi, *Sanzione* (teoria generale), in *Enciclopedia giuridica*, XXVIII, 1991, 1.

rato, né tanto meno quello giusto anche perché non si possono conoscere i motivi reali che inducono all'obbedienza.

Questo modo di considerare la sanzione giuridica, sottolinea l'aspetto dell'*artificialità*, della *convenzionalità* del diritto positivo: il fatto non è illecito perché vi siano degli accadimenti intrinsecamente illeciti, come si ritiene nelle dottrine giusnaturalistiche. Il fatto diviene illecito se c'è nell'ordinamento una sanzione che viene imputata come conseguenza al fatto stesso.

Già per Kant il problema della coattività si poneva in termini analoghi: la morale non è coercibile, il diritto lo è: "Il puro accordo o disaccordo di un'azione con la legge, senza riguardo alcuno all'impulso di essa, si chiama *legalità* (conformità alla legge); quando invece l'idea del dovere derivata dalla legge è nello stesso impulso all'azione, abbiamo la *moralità*. I doveri che impone la legislazione giuridica possono essere soltanto doveri esterni (...). Così l'etica comanda che io debba adempiere un impegno assunto in un contratto, anche quando l'altra parte non mi può costringere; ma essa accetta la legge (*pacta sunt servanda*) e il dovere ad essa corrispondente come dato dalla dottrina del diritto... Non è un dovere di virtù mantenere la propria promessa, ma un dovere di diritto, all'adempimento del quale si *può essere costretti*"²⁰⁹.

La sanzione giuridica si distingue da quella morale e da quella sociale per il carattere dell'*esteriorità* (rispetto alla morale la cui sanzione è invece interna, si pensi al rimorso) e per quello dell'*istituzionalizzazione* (la violazione delle regole sociali provoca risposte di solito efficaci ma non sempre prevedibili e proporzionate).

Questi caratteri, specifici della giuridicità, implicano invece certezza, prevedibilità e imparzialità nella risposta che dà l'ordinamento di fronte alla commissione dell'illecito²¹⁰.

²⁰⁹ I. Kant, *Introduzione alla metafisica dei costumi*, in *Scritti politici*, cit., pp. 394-395.

²¹⁰ Su questi concetti rimane insuperata la limpida enunciazione di N. Bobbio, in *Teoria generale*, cit., pp. 121 e ss.

Secondo la dottrina contemporanea prevalente, si usa distinguere la sanzione di tipo *risarcitorio*, che ha lo scopo di reintegrare il danno subito da un soggetto come conseguenza di un illecito, da quella *punitiva*, cioè afflittiva per il trasgressore.

La sanzione risarcitoria si propone di colpire le conseguenze dell'atto illecito e ha lo scopo precipuo di ricompensare chi è stato leso in suo diritto, mentre quella punitiva condanna il comportamento illecito in sé.

Quest'ultima si definisce più specificamente come *pena*: si tratta cioè della sanzione penale, ossia la tipica conseguenza del reato. Questa ha una sua peculiarità, poiché è intesa come sanzione *afflittiva*, prevista dall'ordinamento per chi viola una norma di natura penale.

L'afflittività è considerato un carattere essenziale della pena, pur se variabile storicamente nelle sue manifestazioni: nella contemporaneità consiste di solito nell'esclusione del reo da parte del gruppo sociale attraverso la soppressione fisica, l'espulsione, la sottrazione alla vista e ai rapporti tramite la reclusione in luoghi chiusi e sorvegliati dall'esterno, mentre in epoche meno recenti comportava l'esposizione del 'corpo' del condannato al pubblico²¹¹.

Si intendono come conquiste di civiltà, il principio della *personalità* della pena, secondo il quale essa è applicabile solo al reo, mai ai terzi; la *proporzionalità*, rispetto alla gravità del reato commesso; la *determinatezza* poiché essa si attribuisce come conseguenza di un fatto precedentemente individuato.

Una volta stabilito di sanzionare un determinato comportamento, il legislatore ha il compito di individuare lo strumento

²¹¹ Si tratta di un percorso storico-culturale ricostruito magistralmente in uno dei testi più noti del Novecento: M. Foucault, *Sorvegliare e punire: la nascita della prigione* (1975), tr. it. A. Trachetti, Torino, 1993. Sul tema della fisicità in relazione al potere, v. ancora M. Foucault, *La volontà di sapere*, traduzione di P. Pasquino e G. Procacci, Milano, 1978; Id., *Nascita della biopolitica*, tr. it. M. Bertani, V. Zini, Milano, 2005; AA.VV. (a cura di O. Marzocca), *Lessico di biopolitica*, Roma, 2006; R. Esposito, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004; L. Bazzicalupo, *Il governo delle vite. Biopolitica ed economia*, Roma-Bari, 2006.

più adatto e più efficace da utilizzare. Questa decisione va presa tenendo conto del principio che considera il diritto penale come *extrema ratio*, nel senso che “il ricorso alla normativa penale deve essere dettato dalla necessità, e che dunque prima di ritenerlo necessario devono essere tentate vie di tutela diverse da quella che si risolve in una privazione della libertà individuale”²¹².

Negli ultimi anni in Italia si tende a perseguire una politica di sistemi sanzionatori differenziati: accanto alla pena detentiva irrinunciabile per certi reati e per certi criminali, si prevedono le cosiddette *pene alternative*: arresti domiciliari, semidetenzione, lavori di pubblica utilità, pene pecuniarie ecc.

È un sistema che si usa definire a discrezionalità vincolata: non esiste più la sola pena fissa predeterminata per legge né si può parlare di discrezionalità libera. Il giudice è comunque vincolato dai tipi di pena, dai limiti legislativi, dal dovere di motivazione, dai criteri guida definiti dal Codice cui attenersi in base alla gravità del reato e alla capacità di delinquere.

La sanzione non corrisponde necessariamente alla *coazione*, concetto con cui si definisce specificamente l'applicazione (o la minaccia dell'applicazione) della forza fisica, che se pur ne rappresenta la forma tipica, non è sempre presente in tutte le sanzioni giuridiche, che possono ad esempio comportare la privazione di alcuni diritti o misure di natura pecuniaria.

Il concetto di sanzione comprende peraltro anche quello relativo alle cosiddette *sanzioni positive*: queste sono dirette ad agevolare determinati comportamenti invece che a scoraggiarli predisponendo, rispetto a specifiche azioni, conseguenze generalmente considerate favorevoli per il soggetto che le compie, con lo scopo diraggiungere l'attuazione di comportamenti socialmente desiderabili.

²¹² F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, Torino, 2007, p. 18. Tra le pronunce della Corte costituzionale che hanno esplicitato questo principio, c'è la sentenza n. 189 del 1987 nella quale si afferma che “il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell'ordinamento giuridico dello Stato, l'*extrema ratio*, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato”.

Bobbio descrive la presenza, negli ordinamenti contemporanei, di queste tecniche di incoraggiamento, come espressione del superamento di una “concezione negativa dello stato custode o guardia notturna, che era a sua volta l’espressione dell’ideologia politica del liberalismo classico, che passa da Hobbes a Kant, da Kant a Spencer”²¹³.

In ogni ordinamento che si definisce giuridico, vi sono nondimeno numerose norme sprovviste di sanzioni esterne e istituzionalizzate, ma la loro validità è definita dal fatto che esse sono parte di un ordinamento a sua volta valido perché sanzionato nella sua parte prevalente²¹⁴.

In un testo costituzionale molte delle norme relative all’organizzazione del potere dello Stato non prevedono sanzioni per la loro violazione: si tratta norme che si trovano tanto in alto nella gerarchia delle fonti da non consentire l’esistenza di un potere in grado di far valere l’esercizio della coazione.

L’ordinamento è un apparato coercitivo che presuppone il potere inteso come sintesi organizzativa di politica e diritto; ai gradi superiori dell’ordinamento si trovano le norme che rappresentano le fonti del potere: queste consistono in un insieme di

²¹³ N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, pp. 10-11. Su una linea analoga, Alfonso Catania che scrive: “(...) è innegabile che nell’ambito del nostro secolo la tematica della promozionalità trovi un’ampiezza e un’importanza degne di esplicita nota solo quando viene associata al cosiddetto «Stato sociale o del benessere»... Promozionalità ed effettività generale diventano il binomio che dà un senso al fenomeno dello Stato interventista, dello Stato sociale, del *Welfare State*: con esso il diritto viene chiamato a mediare attivamente tra le istanze e i bisogni sostanziali di quanti subiscono disuguaglianze distributive nel sistema economico capitalistico, senza intaccarne la struttura. In questa fase storica l’amministrazione, che nella concezione classica liberale ha una funzione marginale, assume un ruolo-chiave, con i problemi di controllo democratico che questo comporta: è alle sue capacità tecniche che viene affidata la programmazione e la promozionalità economica, decisa in sede politica.” Id., *Manuale di teoria*, cit., pp. 152-153.

²¹⁴ Con riferimento al diritto italiano vigente, si cita, ad esempio, l’art. 315 Codice Civile (Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa). Su questa parte v. ancora N. Bobbio, *Teoria generale*, cit., pp. 134-138.

regole destinate a far sì che un potere possa esercitarsi, corrispondono in linea di massima alle norme della Costituzione²¹⁵ e non consentono evidentemente la previsione di una sanzione, poiché la loro eventuale violazione non implica un'ipotesi di vera inadempienza, ma provoca la produzione di nuove norme che *modificano* le precedenti e generano una nuova configurazione dell'ordinamento.

Le norme, in questo caso, sono prodotte dagli stessi soggetti che dovrebbero eseguirle e che corrispondono all'insieme delle forze politiche che in un determinato momento storico, hanno instaurato un nuovo ordinamento giuridico fondato anche su forme di adesione o di consenso.

La parte della dottrina kelseniana, in cui il diritto si considera fondato sulla coazione, costituisce sicuramente un punto fermo negli studi di teoria del diritto, ma può essere considerata riduttiva rispetto alla complessità della giuridicità contemporanea, per avere considerato la coattività come “quintessenza del giuridico”²¹⁶: un ordinamento giuridico può contare sull'adesione dei destinatari, cioè sull'obbedienza data non per il timore delle conseguenze spiacevoli di un'eventuale violazione, ma per convinzione o per abitudine, comunque per motivi che non presuppongono la presenza del meccanismo della coazione.

Aprire quindi al problema dell'obbedienza al diritto, come rapporto articolato non solo in relazione al tema della sanzione, ma anche a quello della differenza tra *regole* e *principi*.

²¹⁵ Alcuni esempi si trovano nella nostra costituzione all'art.70, che conferisce il potere legislativo alle Camere; o all'art. 88, in funzione del quale il Presidente della Repubblica ha il potere di sciogliere le Camere, ma anche all'art. 139, che prevede la immodificabilità della forma repubblicana e che comporterebbe, nel caso di trasgressione, un vero e proprio evento rivoluzionario rispetto al nostro attuale sistema istituzionale.

²¹⁶ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Introduzione e tr. it., a cura di M. Losano, Torino, 1966, pp. 57 e ss.; su una linea analoga, A. Ross, *Diritto e giustizia* (1958), a cura di G. Gavazzi, Torino, 2001, pp. 52-53; v. qui A. Catania, *Manuale di teoria*, cit., p. 116; Id., *Effettività e modelli di diritto*, in AA.VV. (a cura di A. Catania) *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano 2005, pp. 33-48.

Il rapporto complesso fra l'indefinitezza dei principi e l'esigenza, sempre avvertita, della certezza del diritto è uno degli argomenti di maggior peso su cui si misurerà la dottrina dello Stato contemporanea, in modo particolare dopo l'inevitabile ripensamento sul ruolo formale della legge, successivo alle esperienze totalitarie²¹⁷.

A partire dalla seconda metà del Novecento, infatti, specialmente con la promulgazione in molti paesi continentali di Costituzioni lunghe e rigide, che sono pensate per essere dotate di una forza normativa e assiologica superiore alla legge ordinaria, il diritto costituzionale si comincia a delineare come un diritto "per principi"²¹⁸. Negli ordinamenti giuridici contemporanei

²¹⁷ Il concetto di 'principio di diritto' non è nuovo nel pensiero giuridico: che il diritto contenga principi (e specialmente 'principi generali'), e che il giurista possa ricorrervi in determinate circostanze, è un dato di fatto recepito in molte codificazioni dell'Ottocento e del Novecento: v. N. Bobbio, *Principi generali del diritto* in «Novissimo Digesto Italiano», XIII, Torino, 1966, ora in Id., *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 257-258; Il riferimento più immediato, oltre al dibattito che coinvolge Kelsen, Schmitt, Smend, Forsthooff, Neumann, su cui v. *infra*, è naturalmente R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit. spc. pp. 54 e ss.; tra la sterminata bibliografia sul tema, cfr. ancora, V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; R. Alexy, *Concetto e validità del diritto* (1992), tr. it. F. Fiore, Torino, 1997, pp. 71 e ss; ma v. anche, G. Alpa, *I principi generali*, cit., *passim*; G. Zagrebelski, *Il diritto mite*, cit., pp. 147-178; S. Bartole, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 494 e ss.; U. Scarpelli, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi* in «Rivista di Filosofia», vol. LXXVIII, 1, 1987, pp. 3-15; F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991; L. Gianformaggio, *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1985, pp. 65 e ss.; A. Catania, *Manuale di teoria cit.*, spc. pp. 122 e ss.; M. Jori, *I principi nel diritto italiano*, in Id. *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, pp. 301 e ss.; G. Rebuffa, *Costituzionalismo e giusnaturalismo: R. Dworkin e la riformulazione del diritto naturale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1980, pp. 209-229; M. Jori, *I principi nel diritto italiano*, in «Sociologia del diritto», 2, 1983, pp. 7-33; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990; Id., *Sui principi di diritto*, in «Diritto e società», 1986, pp. 601 e ss; E. Pattaro, *La completezza degli ordinamenti giuridici e i «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»* in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1988, pp. 145 e ss; V. Omaggio, *Teorie dell'interpretazione*, cit., pp. 91 e ss.

²¹⁸ G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31, 2002, pp. 865-897.

molti principî sono infatti espressamente proclamati nelle disposizioni costituzionali (la Costituzione italiana contiene una sezione testualmente intitolata ai “principî fondamentali”). In questo senso la nozione di principio fondamentale può coincidere con quella di principio costituzionale²¹⁹.

Il richiamo ai principî, se da un lato è essenziale per definire un nucleo sostanziale di riferimento che presuppone la legittimità della Costituzione, d’altro canto esige che il contenuto della massima (nel senso in cui il diritto romano distingueva fra *regulae juris*, o norme giuridiche e *maximae juris*, o principî)²²⁰, vada circostanziato e specificato. Se pure essi si vogliono considerare come i valori fondamentali su cui si costruisce e si regge l’ordinamento giuridico, il problema deriva dall’incertezza della definizione e dunque dalla possibile ambiguità dei concetti²²¹.

²¹⁹ “Se il diritto attuale è composto di regole e di principî si può notare che le norme legislative sono prevalentemente regole, mentre le norme costituzionali sui diritti e sulla giustizia sono prevalentemente principî (e qui interessano in quanto siano principî. Distinguere i principî dalle regole significa perciò, a grandi linee, distinguere la Costituzione dalla legge”, G. Zagrebelsky, *Diritto mite*, cit. p. 148.

²²⁰ Cfr. P. Stein, *Regulae juris*, Cambridge, 1966, spc. pp. 105 e ss.

²²¹ Franz Neumann ha posto magistralmente il problema della pericolosa indeterminazione che si accompagna all’ipotesi di quelle norme di comportamento che nella giurisprudenza tedesca vengono indicate come *Generalklauseln*, per definire la necessità della specificazione di un contenuto sostanziale da cui derivi la effettiva conoscibilità della regola. Solo quando ne viene specificato il contenuto, una legge è veramente generale, altrimenti la generalità rischia di tramutarsi in genericità, e aprire la strada all’incertezza, la quale a sua volta produce l’arbitrio: “Massime come le seguenti: «i contratti che violano le consuetudini pubbliche o che sono irragionevoli o immorali sono nulli»; oppure «colui che reca danno ad altri contravvenendo alla morale è tenuto al risarcimento dei danni », o «colui che compie un atto dichiarato punibile dalla legge, o che merita punizione perché in conflitto con il sano sentimento popolare, deve essere punito», non sono leggi specifiche aventi un’autentica generalità: si fondano piuttosto su una pseudogeneralità. Siccome nella società odierna non vi può essere unanimità sulla questione se una data azione in un caso concreto sia immorale o irragionevole o se una certa punizione corrisponda o meno ad un «sano sentimento popolare », esse non hanno alcun contenuto specifico. Un sistema di diritto che derivi le sue massime giuridiche da simili cosiddetti principi generali (*Generalklauseln*) o da «norme

Il problema essenziale riguardo ai principî nel diritto, tuttora aperto, muove proprio da considerazioni che implicano l'esigenza di assicurare l'adeguata stabilità dei riferimenti giuridici fondamentali, in funzione di garanzia, evitando di incorrere negli esiti della pericolosa indeterminatezza provocata dai margini troppo ampi di un'interpretazione cui venisse consentita totale discrezionalità²²².

Quando ci si riferisce ai principî, bisogna interrogarsi sulla distanza che li separa, come argomenti di tipo filosofico-politico, e in quanto tale assiomatici, dalle norme giuridiche, dotate di funzione meramente applicativa²²³, e bisogna tentare di chiarire

giuridiche di comportamento » non è che una maschera dietro la quale si celano provvedimenti *individuali*”, F. Neumann, *Mutamenti della funzione della legge*, in *Lo Stato democratico* cit. p. 253.

²²² È la posizione di Kelsen, il quale propone di ridurre il numero dei principî, proprio per evitare un'eccessiva discrezionalità da parte del giudice costituzionale, cfr. H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., spc. pp. 229 e ss.; ed è una preoccupazione che esprime anche Forsthoff, quando, in polemica con Smend, rivendica l'esigenza di punti di riferimento certi, quali solo i criteri del positivismo giuridico possono dare: E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione* (1964), tr. it. Milano, 1973, spc. pp. 195 e ss.; laddove per Smend: “...Questo duplice senso di sistema culturale e di integrazione del popolo è l'orientamento positivo dei diritti fondamentali, che spiega il loro non-orientarsi, tanto spiacevole dal punto di vista della tecnica giuridica, al diritto speciale tecnico. Ma questo non-orientarsi non può essere isolato e fatto valere per argomentare intorno alla relativa mancanza di valore di questa parte della costituzione, ma deve essere inteso come complemento negativo di quella funzione positiva da cui soltanto può derivare la risposta alla questione della specificità della sua pretesa formale di validità”, R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), tr. it; F. Fiore, J. Luther, Milano, 1988, p. 245.

²²³ “Già Constant delimitava l'ambito disciplinare del proprio costituzionalismo rispetto a quello della sua filosofia politica in un passo fondamentale degli inediti... Alle verità autoevidenti, e universalmente valide, della filosofia politica (i *principes*) deve darsi applicazione diversa tenendo conto dei luoghi, dei tempi, nonché dell'atteggiamento della pubblica opinione. Se la politica è una scienza assiomatica, il costituzionalismo ne sarà dunque la specifica tecnologia... I discorsi costituzionalistici -cioè relativi alle istituzioni costituzionali- sarebbero opinabili, discutibili, e comunque non dotati di evidenza assiomatica: si tratterebbe infatti di discorsi relativi ai *mezzi*. I discorsi filosofico-politico-relativi ai principî, ai diritti individuali- sarebbero dotati di evidenza assiomatica: si tratterebbe, infatti, di discorsi relativi ai *fini*”, M. Barberis, *Benjamin Constant*, cit., pp.152-153.

la questione controversa e delicata sulla possibilità di equiparazione immediata dei principî alle norme: “I principî occupano un luogo intermedio tra i valori e le regole sicché la regola che vieta l’uso della tortura per ottenere una confessione poggia sul principio che vieta la tortura e quest’ultimo rimanda alla dignità umana²²⁴.”

Il principio può dare stabilità proprio nel lasciare spazio autonomo ‘di movimento’, ovvero di giudizio critico: “Le regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, possiamo agire in determinate, specifiche situazioni previste dalle regole stesse. I principî non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, ma ci danno criteri per *prendere posizione* di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente (...). Poiché non hanno “fattispecie”, ai principî, a differenza che alle regole, non può darsi alcun significato operativo se non facendoli “reagire” con qualche caso concreto. Il loro significato non è determinabile in astratto, ma solo in concreto e solo in concreto se ne può intendere la portata²²⁵.”

La tesi della ‘distinzione forte’²²⁶ fra principî e regole, si fonda sulla definizione di alcuni caratteri specifici che indivi-

²²⁴ M. Atienza, *Forum* in AA.VV., *Universalismo ed etica pubblica*, a cura di F. Botturi, F. Totaro, Milano, 2006, pp. 188-197. Anche Carl Schmitt poneva la questione dei principî generali del diritto che soltanto impropriamente sono definibili come norme: “L’interesse a questo problema con riguardo alla costituzione di Weimar è molto grande, giacché specialmente nella seconda parte della costituzione sono posti l’uno accanto all’altro i più disparati principî, disposizioni singolari di diritto sostanziale, programmi e direttive e compromessi dilatori di formule, e se si chiama «norme» tutto questo complesso di principî disparati, allora la parola norma diventa del tutto priva di valore ed inutile”, Id., *Il custode della costituzione*, cit, p. 72. .

²²⁵ G. Zagrebelski, *Il diritto mite*, cit. p. 149.

²²⁶ G. Pino, *Coerenza e verità nell’argomentazione giuridica*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1, 1998, pp. 84-126; Id., *Principi e argomentazione giuridica*; R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., pp. 14-45, 81-130; R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 13, 2000, pp. 294-304; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Tre approcci ai principî del diritto*, in “Analisi e diritto”, 1993, pp. 9-29; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pp. 115-140; cfr. inoltre E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, pp. 310 ss.; tra

duano una distanza netta tra i due concetti: i principî hanno una genericità di contenuti molto superiore rispetto a quella delle regole. Queste inoltre, prescrivono i comportamenti secondo il criterio del ‘tutto o niente’, e quindi possono essere tra loro in rapporto di reciproca opposizione e contraddittorietà (antinomia), mentre i principî non impongono una condotta definita, ma prescrivono il riferimento ad alcuni valori giuridici fondamentali, che possono eventualmente conciliarsi. Per questo motivo, infine, l’applicabilità dei principî richiede il ricorso al bilanciamento e all’azione ponderata di chi li utilizza come riferimento in termini di diritto.

Si tratta di una differenza sostanziale, che riguarda evidentemente la forza giuridica dei principî e la loro efficacia normativa. In una condizione istituzionale in cui il potere legislativo appaia nettamente preponderante, anche la scelta dei principî di riferimento, e la relativa traduzione in termini normativi, viene di fatto esercitata dal Parlamento, rischiando di produrre confusione fra le leggi e i principî.

È però nell’attività giurisprudenziale, più dinamica evidentemente nei paesi di tradizione e cultura giuridica anglosassone, che i principî vengono comunemente individuati come un orientamento obbligatorio per la risoluzione dei casi più complessi che si presentano all’interprete: Ronald Dworkin chiarisce

coloro che invece individuano una differenziazione ‘debole’, v. J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in “Yale Law Journal”, 81, 1972, pp. 823-854; N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, a cura di V. Villa, tr. it. e *Introduzione*, A. Schiavello, Torino, 2001; L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008, pp. 173-204; W. Twining, D. Miers, *Come far cose con regole*, Milano, 1990, pp. 180-183; H.L.A. Hart, *Postscript*, in *The Concept of Law, Second Edition*, Oxford, 1994, ora in Id., *Il concetto di diritto. Nuova edizione con un poscritto dell’autore*, tr. it. a cura di M. Cattaneo, Torino, 2002; J.J. Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in «Analisi e diritto», 1997, pp. 79-118; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, vol. 2, Torino, 1998, pp. 81-95; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., cap. XV; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, pp. 429-435; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, Torino, 2008, pp. 108-115; G. Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell’argomentazione giudiziale*, Torino, 2008, pp. 300-312.

con un esempio divenuto celebre il senso della distanza tra i principî e le regole evidenziando peraltro la specificità della cultura giuridica e della prassi giudiziaria anglosassone: “Nel 1889, un tribunale di New York, nel famoso caso *Riggs v. Palmer*, doveva decidere se una persona, designata erede nel testamento di suo nonno, potesse ereditare in base a quel testamento, sebbene a tale scopo avesse assassinato il nonno. Il tribunale iniziava il suo ragionamento con questa ammissione: « È vero che le leggi, che disciplinano la stesura, la prova, gli effetti dei testamenti e la trasmissione della proprietà, se interpretate alla lettera, e non potendosi in alcun modo o in alcuna circostanza attenuarne o modificarne la forza e gli effetti, attribuiscono questa proprietà all’assassino» Ma il tribunale continuava osservando che « tutte le leggi, come tutti i contratti, possono essere attenuate nel loro operare e nei loro effetti dalle generali e fondamentali massime del *common law*. A nessuno sarà permesso di trarre profitto dalla propria frode (...), o di acquisire una proprietà per mezzo di un delitto». L’assassino non ottenne la sua eredità (...)”²²⁷.

La presenza e il ruolo dei principî sembra così sollecitare un ripensamento del rapporto tra diritto e morale (essendo i principî spesso descritti, appunto, come un collegamento, un ponte che si erige tra il diritto e la morale), e dunque la necessità di ripensare il paradigma giuspositivistico che in buona misura era stato edificato proprio su questa distinzione radicale²²⁸.

La libertà di giudizio personale implica l’interpretazione e l’adesione all’ordinamento (anche quando questa sia implicita, complessiva) come forma caratterizzante il ruolo specifico del

²²⁷ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 91. La cognizione della effettiva distanza tra principî e regole risulta evidentemente più immediata negli scritti degli autori contemporanei che si sono posti in posizione critica nei riguardi del giuspositivismo tradizionale: v. H.L.A. Hart, R. Alexy, *Concetto e validità*, cit., pp. 17 e ss.; Id., *Giustizia come correttezza*, in « Ragion pratica », n. 9, 1997, pp. 103-113; V. Giordano, *Il positivismo e la sfida dei principî*, Napoli, 2004;

²²⁸ Cfr. M. Barberis, *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo*, in « Analisi e diritto », 2006, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 1-18; A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un’antologia*, Torino, 2005.

cittadino: significa pensare l'individualità e quindi la modernità non come causa di distrazione dai pubblici uffici, ma al contrario come elemento di consapevolezza del proprio ruolo, in una società di cui si è parte attiva.

Il rapporto di responsabilità reciproca fra lo Stato e i cittadini, e la necessità di modulare l'obbedienza in relazione al ruolo che ciascuno assume nello Stato, diviene il fulcro della teoria giuridica di uno degli autori che rappresenta forse meglio l'esito più maturo del positivismo giuridico contemporaneo: Herbert Hart, il quale, muovendo dalla critica all'imperativismo classico ottocentesco (in particolare quello rappresentato da John Austin), ma anche dalla sua idea di società libera, fonda l'obbligatorietà del diritto sull'esistenza di una cosiddetta 'norma di riconoscimento' che a sua volta presuppone un 'punto di vista interno' come espressione dell'adesione critica ai precetti normativi espressi in un ordinamento.

Riemerge l'aspetto soggettivistico del diritto che assume in Hart, una valenza particolarmente complessa. L'ordinamento giuridico, secondo Hart, che qui si distacca sensibilmente da Kelsen, è composto fondamentalmente di due tipi di norme: quelle primarie, che impongono obblighi, e quelle secondarie che attribuiscono poteri: i destinatari delle prime sono i cittadini comuni a cui è richiesta genericamente l'obbedienza, mentre le norme secondarie sono rivolte ai funzionari pubblici, che devono aderire criticamente alle norme che sono chiamati ad eseguire: « si richiede un'accettazione ufficiale, condivisa da tutti i funzionari... Essi devono considerare criticamente queste norme come dei criteri comuni di comportamento ufficiale e valutare criticamente le deviazioni proprie e di altri come errori»²²⁹.

²²⁹ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), tr. it. a cura di M. Cattaneo, Torino, Einaudi, 1991, p. 138. Su questo e su altri aspetti rilevanti del pensiero di Hart, v. il saggio di V. Omaggio, *Teorie dell'interpretazione. Giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*, Napoli, 2003, spc. pp.174-175; A. Catania, *L'accettazione nel pensiero di Herbert L.A. Hart*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», IV serie, 48, 1971, ora in Id., *Riconoscimento e potere. Studi di filosofia del diritto*, Napoli, 1996, pp. 143-164; Id., *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli, 1993.

Diviene relativamente secondaria per Hart la questione dell'accettazione 'attiva', critica, da parte del cittadino comune, il quale può decidere di obbedire alla legge anche soltanto perché lo ritiene più conveniente in vista delle probabili sanzioni che possono seguire ad un suo comportamento in violazione delle norme giuridiche: "...l'accettazione delle norme come criteri comuni per il gruppo può essere separata dalla questione, relativamente passiva, dell'acquiescenza alle norme che il cittadino privato attua obbedendo soltanto per conto suo... In questo ordinamento più complesso può accadere che soltanto i funzionari accettino e usino i criteri di validità giuridica dell'ordinamento. La società in cui accadesse questo sarebbe deplorabilmente formata da pecoroni: e le pecore possono finire dal macellaio. Ma non vi sono ragioni sufficienti per ritenere che essa non possa esistere o per negarle il nome di ordinamento giuridico"²³⁰.

Hart prende evidentemente le mosse dall'ipotesi di una società di cittadini liberi e consapevoli, nella quale il riconoscimento di una norma come espressione di diritto positivo non significa che essa venga approvata o addirittura giustificata moralmente. Il diritto appare solo come uno strumento necessario per la sicurezza e la libertà, la cui funzione sociale, proprio in virtù della 'neutralità morale' che lo qualifica, non può essere messa in discussione negando la validità in nome di qualche supposta violazione della morale.

L'obbedienza passiva può apparire inevitabile nei confronti del potere assoluto. La coscienza di una capacità di discernimento e di critica fondata sulla consapevolezza del valore di poter prender parte alla conduzione dell'attività dello Stato, se da un lato ne qualifica e ne accentua la diminuzione di potere, dall'altro ne manifesta la forma nuova che converte il senso originario della sovranità statale in 'sovranità della Costituzione'²³¹.

Il rapporto fra consenso e obbedienza, fra adesione più o meno esplicita ai principi dell'ordinamento e accettazione pas-

²³⁰ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 138.

²³¹ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 8 e ss.

siva delle sue regole, diviene uno dei cardini intorno a cui ruotano alcuni degli aspetti più dibattuti dell'evoluzione novecentesca del positivismo giuridico. Sembra indiscutibile che il cosiddetto 'giuspositivismo acritico' sia una creatura dell'Ottocento e di una peculiare condizione storico-politica in cui tutta la produzione giuridica si concentrava nell'istanza legislativa e l'attività dei giuristi si poneva come semplice servizio alla legge.

Il legalismo tipico dello Stato di diritto ottocentesco tradizionale e di quell'impostazione giuspositivista che lo caratterizza, implicava un atteggiamento sostanzialmente avalutativo e di accettazione passiva nei confronti degli atti legislativi, che raramente veniva posto in discussione in maniera radicale tra i rappresentanti della scienza giuridica²³².

Questa concezione di Stato legislativo fondato sull'ordine legale-razionale, sull'idea-guida della spersonalizzazione, troverà il suo momento più alto di realizzazione, ma anche l'inizio della crisi, nella Costituzione di Weimar del 1919 e verrà poi ripensata proprio a partire dal fallimento dell'esperienza weimariana e dalle conseguenze dei totalitarismi novecenteschi che hanno drammaticamente mostrato i punti deboli di un sistema giuridico-politico fondato sull'ipotesi della prevalenza assoluta della legalità formale.

Solo nella seconda metà del Novecento, con l'affermarsi degli Stati costituzionali, quando si acquisisce come fatto che la Costituzione non indichi solo le procedure della produzione normativa, ma anche i suoi limiti sostanziali, si comincerà a porre in discussione quell'"inerzia mentale" che aveva caratterizzato il periodo precedente, in cui vigeva il postulato della centralità della legge e quello dell'avalutatività della scienza giuridica²³³.

²³² "La legge positiva ha trasformato i giuristi in larve, che si nutrono soltanto di legno putrido; allontanandosi da tutto ciò che è sano, essi si annidano soltanto nel marcio e vi tessono le loro tele", così scriveva Kirchmann (autore peraltro della celebre espressione "Un tratto di penna del legislatore e intere biblioteche diventano carta straccia"), *Della mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1847), tr. it. P. Frezza, in J.H. Kirchmann - E. Wolf, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, p.18.

²³³ V. ancora G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 38 e ss.

Uno dei maggiori critici di Kelsen in Italia, Giuseppe Capograssi, scrive nel 1950 un saggio sul tema dell'obbedienza alla legge²³⁴, in cui mostra come sia fondamentale il senso della valutazione soggettiva dell'atto legislativo come momento dell'esperienza giuridica.

Resta indiscusso il ruolo del diritto positivo, ma è altrettanto fondamentale la consapevolezza che deve sottendere l'obbedienza come atto di accettazione, di adesione cosciente, all'ordinamento giuridico di cui il soggetto è parte " all'intero complesso dei principî delle regole dei fini su cui l'ordinamento si fonda (...). Ciò significa pure che dietro il singolo atto di obbedienza vi è la coscienza del soggetto, la quale giudica che questo atto di obbedienza è necessario, perché è necessaria l'adesione all'ordine generale e concreto del diritto, nel quale si organizza la vita del mondo sociale in cui il soggetto vive. L'atto singolo di obbedienza è atto umano, avente carattere di consapevolezza umana, in quanto è retto da questo sicuro e segreto giudizio, in quanto c'è questo atto di coscienza"²³⁵.

Sono evidentemente complesse e molteplici le implicazioni che hanno accompagnato e tuttora accompagnano lo sviluppo teorico del positivismo giuridico, e che riguardano in particolare l'argomento del rapporto tra forma e contenuto, e quindi dell'analisi e della valutazione degli atti normativi e più specificamente di quelli legislativi.

Sembra comunque più corretto, negli ordinamenti giuridici contemporanei, parlare di 'osservanza' piuttosto che di 'obbedienza' alla legge, proprio per sottolineare il carattere 'attivo', di partecipazione alla realtà giuridica di cui le disposizioni normative sono parte, anche quando il consenso non si manifesta in modo esplicito e anche quando 'la dimensione valutativa dell'osservante è ridotta al minimo o addirittura annullata'²³⁶.

²³⁴ G. Capograssi, *Obbedienza e coscienza* (1950), ora in A.G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori, *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, pp. 165-176.

²³⁵ *ivi*, pp. 167-168.

²³⁶ P. Grossi, *Prima lezione*, cit., p. 19.

L'equivoco, scrive Hannah Arendt ruota proprio intorno al tema dell'*obbedienza*: "solo un bambino 'ubbidisce'; se lo fa un adulto in realtà appoggia l'organizzazione o l'autorità o la legge che pretendono obbedienza"²³⁷. "Persino in un'organizzazione rigidamente burocratica con tanto di ordinamento gerarchico ben strutturato, sarebbe molto più sensato considerare il funzionamento di ruote e 'rotelle' come un supporto globale a un'impresa collettiva, anziché parlare, come si fa di solito, di ubbidienza ai dirigenti. Se io ubbidisco alle leggi del paese, in realtà appoggio la sua Costituzione... di conseguenza a coloro che collaborarono e ubbidirono agli ordini non si dovrebbe chiedere mai 'perché hai ubbidito? Bensì 'perché hai dato il tuo sostegno?'"²³⁸.

Effettività/Ordinamento internazionale

Un ordinamento giuridico esiste ed è valido se i soggetti che lo compongono si attengono, in numero prevalente, alla maggior parte delle regole che lo stesso ordinamento prevede. Si possono considerare irrilevanti le motivazioni che inducono a osservarle: può trattarsi di paura, soggezione, convenienza o convinzione, può esserci o no un'approvazione espressa, o un'adesione consapevole di tipo politico, emotivo o psicologico.

Si parla, in questo senso, del criterio (o del principio) dell'*effettività*, che viene riconosciuta all'ordinamento giuridico nel suo complesso come elemento fondativo della validità: "quella regola in base a cui si considera legittimamente costituita la comunità politica, nella quale esiste un governo che, per un periodo di tempo prolungatosi senza soluzione di continuità, esercita organicamente uno stabile, palese potere, realmente obbedito dalla maggior parte dei soggetti viventi nell'ambito della comunità medesima..."²³⁹.

²³⁷ H. Arendt, *Responsabilità*, cit., p. 125.

²³⁸ *Ivi*, pp. 126-127.

²³⁹ P. Piovan, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953; *Id.*, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, pp. 420 ss.

Se ne può parlare altresì, come quel livello di ‘obbedienza media’ che distingue l’*efficacia* (possibile) di una singola norma dall’*effettività* (necessaria) dell’ordinamento nel suo complesso²⁴⁰, con un duplice significato, in termini di organizzazione giuridica interna e in termini di ordine internazionale.

Scrivono Herbert Hart: “Dall’inefficacia di una singola norma, che può avere o non avere effetti sulla sua validità, deve essere distinta una generale inosservanza sulle norme dell’ordinamento. Questa può essere così completa e prolungata, da dover dire, nel caso di un ordinamento nuovo, che questo non si è mai stabilito come ordinamento giuridico di un dato gruppo, o, nel caso di un ordinamento stabilito da tempo, che esso ha cessato di essere l’ordinamento giuridico del gruppo... Insistere ad applicare un ordinamento che non è mai stato realmente efficace o è stato abbandonato, sarebbe futile alla pari del giudicare l’andamento di un gioco in riferimento a una regola di punteggio che non è mai stata accettata o è stata abbandonata”²⁴¹.

Per Kelsen non rileva, ai fini della validità dell’ordinamento giuridico, la corrispondenza del comportamento dei sog-

²⁴⁰ A. Catania, *Manuale*, cit., pp.96 e ss., che in questo ambito fa dei rilievi particolarmente significativi anche a proposito dell’obbedienza all’ordinamento. Di A. Catania, v. anche sul tema, *Sovranità e obbedienza*, ora in Id., *Sovranità e giuridicità*, Torino, 1996, pp. 59 e ss.; Id., *Effettività e modelli di diritto*, cit., pp. 33-48, in cui scrive tra l’altro: “Il diritto è effettivo se e quando risponde alla accettabilità culturale e morale, sempre meno omogenea e quindi sempre più attestata su regole, punti di convergenza leggeri, non troppo densi di specificità culturali, ma anche e soprattutto su procedure, modalità dell’agire, (norme di struttura, di riproduzione, di cambiamento, di conferimento del potere) che ciascuno usa con fini diversi. Il diritto è effettivo se e quando possiede una giustificabilità che lo rende riconoscibile o in ultima istanza la sua effettività può poggiare sulla mera accettazione fattuale di rapporti di forza o di valori condivisi (...)”, *ivi*, p. 45.

²⁴¹ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 122. Il riconoscimento della validità dell’ordinamento, avviene in questo caso, sulla base di un ‘punto di vista interno’ all’ordinamento giuridico, che ne individua la specificità.

La conseguenza più immediata si rileva a proposito dell’attività dei Tribunali (la cosiddetta ‘effettività giudiziaria’), che indica come il diritto derivi in maniera decisiva dalle conseguenze dell’azione dei giudici, che attraverso l’interpretazione integrano la legge scritta ricorrendo all’insieme dei principi e dei valori rappresentati nella Costituzione, v. ancora A. Catania, *Manuale*, cit., pp. 97-99.

getti singoli rispetto al contenuto delle prescrizioni normative, cioè la loro efficacia. Tuttavia, questa diventa paradossalmente condizione di validità perché una norma si può considerare valida solo se è parte di un ordinamento che nel suo complesso si dimostra efficace: “Dal fatto che la validità di un ordinamento giuridico così come di un qualsiasi sistema chiuso di norme giuridiche dipenda dalla sua efficacia... non deriva che anche la validità di una singola norma giuridica si trovi nello stesso rapporto di dipendenza dalla sua efficacia... Questa norma rimane valida perché e in quanto si trova inserita nella concatenazione produttiva di un ordinamento valido”²⁴².

Si ripropone qui, in termini parzialmente nuovi, il tema della validità e della riconoscibilità giuridica degli ordinamenti (su cui v. *supra*): la prassi diventa il “laboratorio virulento”²⁴³ dove si manifestano le nuove forme del diritto contemporaneo, in cui il criterio della validità viene sostituito da quello dell’effettività e in cui si intrecciano, nella loro complessità, aspetti concreti legati ai comportamenti sociali e altri solo formali.

Questi vanno comunque tenuti distinti: il fatto che la validità di un ordinamento dipenda dalla sua efficacia, non deve indurre a sovrapporre i due concetti e confondere ‘l’essere’, la realtà naturale, con il ‘dover essere’ normativo, così come non sarebbe corretto identificare il diritto con la forza, pur nella consapevolezza che il diritto non può esistere senza la forza, della quale costituisce l’organizzazione²⁴⁴: “Soltanto se il diritto e la realtà naturale, il sistema delle norme giuridiche e l’effettivo comportamento umano, il «dover essere» e l’«essere», sono due regni diversi, la realtà può conformarsi o contraddire al diritto, ed il comportamento umano può essere qualificato come lecito o illecito”²⁴⁵.

²⁴² H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 103.

²⁴³ P. Grossi, *L’Europa e il diritto*, cit., p. 255.

²⁴⁴ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., pp. 101-102; Id., *Teoria generale*, cit., pp.

122-123.

²⁴⁵ H. Kelsen, *Teoria generale*, cit., p. 122.

Kelsen sostiene così l'esigenza di un minimo e di un massimo di efficacia delle norme giuridiche che nel loro insieme costituiscono un ordinamento, affinché questo possa considerarsi valido²⁴⁶.

Il comportamento effettivo dei membri dell'ordinamento deve essere tale da consentire la pensabilità dell'illecito, che a sua volta è l'elemento essenziale del diritto: la corrispondenza completa dei comportamenti dei destinatari alle prescrizioni normative renderebbe l'ordinamento, concepito come insieme di norme che regolano una sanzione, privo di qualunque significato logico.

D'altra parte, l'inosservanza totale delle norme sarebbe l'espressione di una trasformazione radicale, di una modifica definitiva della norma fondamentale e dunque dell'ordinamento che la sottende. La norma fondamentale mostra il suo contenuto, il suo significato specifico, quando ci si trova in presenza di un cambiamento repentino, originariamente illegale, dell'ordine istituzionale: una rivoluzione o un colpo di Stato, in cui una organizzazione sociale nuova sorge e si dà regole nuove. Queste vengono considerate giuridicamente valide in virtù della *presupposizione* che un nuovo fondamento di validità (una nuova norma fondamentale) si sia sostituito a quello precedente, determinando la legittimità di un nuovo e diverso ordinamento²⁴⁷.

Dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, infatti, ci si richiama al principio di effettività per chiarire come “anche quel governo che abbia raggiunto il potere per mezzo di una rivoluzione o di un colpo di stato venga considerato legittimo dal punto di vista del diritto internazionale quando è in condizione di procurare durevole obbedienza alle norme che ha emanato”²⁴⁸.

²⁴⁶ Questa relazione tra validità ed efficacia è stato autorevolmente giudicato come “il motivo più vitale della teoria del Kelsen”, G. Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento* (ultima edizione a cura di C. Faralli, G. Zanetti, Bologna, 1994), p. 240.

²⁴⁷ Il principio di effettività esprimerebbe la legittimità del sistema, ma ‘purificata’ dal senso ‘politico’ che era assunto dalla sovranità, così U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico?*, cit. p. 131.

²⁴⁸ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit. p. 102.

Questa concezione kelseniana dell'effettività intesa come principio di diritto internazionale, secondo cui "un'autorità di fatto costituita è il governo legittimo, l'ordinamento coercitivo..." esemplifica e riassume la crisi della modernità, intesa come il tempo della sovranità degli Stati territoriali, e mostra la complessità di definire giuridicamente, sulla base delle teorie di diritto positivo, il concetto di ordinamento internazionale.

Le teorie del *diritto internazionale* esprimono la difficoltà teorica di separare la 'forma' del diritto dal 'fatto' della sua legittimità: si parla di diritto internazionale come del diritto della comunità degli Stati²⁴⁹, per definire un diritto che vige su base consensuale e non imperativa, che quindi dipende ancora oggi dal *fatto*, empiricamente verificabile, che gli Stati vi consentano e lo rispettino spontaneamente, in virtù dell'osservanza delle norme consuetudinarie che ne costituiscono la fonte prioritaria (*pacta sunt servanda*).

Ha un fondamento organizzativo paritario, non gerarchico come quello statale: i membri della comunità internazionale sono giuridicamente uguali anche se tra loro non può certamente esserci eguaglianza politica sostanziale.

La definizione classica del diritto internazionale, prevalente fino alla metà del XX secolo, era condizionata dal dominio culturale della concezione stalistica che sfociava nella teoria, elaborata dalla giuspubblicistica tedesca, dell'"autolimitazione"²⁵⁰, secondo la quale non esisterebbe un vero e proprio ordinamento giuridico internazionale in quanto lo Stato può essere sottoposto soltanto a quegli obblighi che esso stesso ha accettato attraverso gli atti con cui, liberamente e unilateralmente, consente a limitare la propria sovranità.

Veniva quindi negata la validità di qualsiasi norma dell'ordinamento internazionale (ad esempio quelle risalenti ai prin-

²⁴⁹ B. Conforti, *Diritto internazionale*, 7° ed., Napoli, 2006.

²⁵⁰ Si tratta di una teoria elaborata tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo da Rudolf von Jhering e Georg Jellinek, entrambi rappresentanti di quella giuspubblicistica tedesca che mette lo Stato e la sua forza al centro di ogni forma di relazione giuridica.

cipî o alle consuetudini) qualora essa non fosse espressione di un vincolo autonomamente imposto dallo Stato stesso.

Questa concezione comincia a mostrare la propria inadeguatezza alla luce della discussione teorica che si apre tra gli studiosi del diritto pubblico europeo nella prima metà del Novecento sui temi dello Stato, della sovranità, della legge, del diritto positivo²⁵¹.

Kelsen considera la fine della teoria della sovranità, come il più importante tra i risultati scientifici della dottrina pura del diritto e della sua interpretazione dell'ordinamento come complesso di norme collegate tra loro da rapporti di reciproca delegazione ed esecuzione, tenute insieme da una norma fondamentale presupposta, e a sua volta subordinata, in un rapporto analogo a quello interno, alla norma fondamentale di diritto internazionale²⁵².

L'ordinamento internazionale peraltro, è concepito nel suo complesso come una struttura organizzativa, intesa in senso meramente formale, che include diversi livelli normativi alla cui sommità c'è una norma fondamentale di origine consuetudinaria, che implica la negazione di qualsiasi riferimento a contenuti politici o a valori etici.

La questione del diritto internazionale rappresenta uno degli argomenti più rilevanti e complessi nell'analisi kelseniana: egli rileva come manchi nell'ambito del diritto internazionale la possibilità di delegare la responsabilità delle scelte, delle decisioni e soprattutto dell'attribuzione di sanzioni a un soggetto terzo, imparziale, neutrale, e anche la possibilità di collegare direttamente obblighi, autorizzazioni e relative responsabilità ai singoli membri dell'ordinamento.

In questo senso l'ordinamento giuridico internazionale viene paragonato ad un ordinamento primitivo perché è privo di un'organizzazione burocratica accentrata, e perché si fonda sul

²⁵¹ È interessante al riguardo la critica di Kelsen ai capisaldi teorici dell'*Allgemeine Staatslehre*, in particolar modo sulla definizione dei rapporti parlamento-popolo e monarca-giudice. Sul tema cfr., F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane*, cit., pp. 94-95.

²⁵² H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 149 e ss.

principio dell'autotutela degli Stati membri e su quello dell'effettività.

Per questa ragione le norme che disciplinano i rapporti internazionali appaiono dotate di efficacia ridotta, per la maggiore facilità con cui possono essere violate e per la maggiore difficoltà di stabilire e comminare sanzioni che seguano alla violazione: manca infatti quel grado sufficiente di accentramento che negli ordinamenti interni consente l'individuazione di "un organo per la produzione e l'esecuzione di norme giuridiche il quale funzioni secondo la divisione del lavoro (...) così lo Stato leso nel suo diritto è anche autorizzato a reagire contro il trasgressore con l'atto coattivo istituito dal diritto internazionale generale, cioè con la rappresaglia o con la guerra"²⁵³. La guerra viene considerata dunque come sanzione e come forma estrema di autotutela.

È significativo anche il modo con cui viene affrontato da Kelsen il problema della responsabilità proprio a proposito del diritto internazionale e delle sue (presunte) sanzioni, la rappresaglia e la guerra: le conseguenze delle azioni compiute dallo Stato (e dunque da chi quello Stato governa) ricadono sui cittadini tutti, riproponendo una condizione di responsabilità collettiva che sembrava superata nella prospettiva moderna del diritto.

Kelsen risolve così definitivamente, ma anche contraddittoriamente, la fine della politicità e della sovranità statale: gli Stati sono ordinamenti giuridici parziali collegati tra loro da norme solo quantitativamente superiori di grado, che conducono ad una norma fondamentale internazionale. Questa, in quanto norma fondamentale, non è che un presupposto formale, ma in realtà riposa sulle premesse della consuetudine e dell'effettività.

La concezione monistica del rapporto tra diritto interno e diritto internazionale è recepita nella Costituzione italiana vigente nella seconda parte dell'art. 11²⁵⁴, pensata essenzialmente

²⁵³ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., pp. 150-151.

²⁵⁴ L'art.11, nella seconda parte, che non è un secondo comma, recita: "... (l'Italia) consente alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo".

in vista dell'ingresso dell'Italia nell'ONU (avvenuto nel 1955), e ha avuto soprattutto la funzione di legittimare dal punto di vista costituzionale le limitazioni alla sovranità statale derivanti dall'adesione dell'Italia alla Comunità e poi all'Unione Europea. Si può considerare il fondamento giuridico della 'cessione' da parte dello Stato italiano di 'quote' di sovranità a favore delle istituzioni comunitarie. Sancisce la rinuncia definitiva alla pienezza della sovranità interna e determina così la fine della teoria dualistica del rapporto tra Stato e diritto internazionale. Sul fondamento dell'art. 11 della Costituzione i poteri sovranazionali non solo operano legittimamente, ma, nell'ambito definito dai trattati, prevalgono sui poteri interni, e quindi le leggi nazionali non possono operare in contrasto con le norme comunitarie: i giudici italiani e le amministrazioni italiane sono dunque obbligati a rispettarle e a farle rispettare. L'art. 11 della Costituzione rende lo Stato italiano, per così dire 'permeabile' ai poteri sovranazionali, anche come conseguenza dell'istituzione della *Corte europea di giustizia*, la cui funzione è di garantire che la normativa europea sia interpretata e applicata in modo uniforme in tutti i paesi dell'Unione e che la legge sia quindi uguale per tutti gli Stati membri. Essa garantisce, per esempio, che i tribunali nazionali non emettano sentenze differenti in merito alle medesime questioni.

Con la locuzione *diritto sovranazionale* si può intendere "un nuovo modo di essere del diritto, che accompagna un nuovo modo di essere della politica: via via che gli Stati perdono il carico teorico derivante dalla tradizione assolutistica e legato al concetto di sovranità, diviene possibile il riconoscimento di forme di diritto che non sono più il chiaro prodotto di una 'volontà' politica degli stati stessi, e che talora contribuiscono piuttosto a vincolare la sovranità statale"²⁵⁵. Caratterizza perciò in modo specifico, il processo europeo di integrazione politica tra Stati, sulla base di quella che originariamente era una convergenza di interessi economici. È una delle questioni che maggiormente rilevano a proposito del complicarsi del sistema delle fonti (su cui v. *supra*).

²⁵⁵ M.R. Ferrarese, *Globalizzazione*, in *Filosofia del diritto*, cit., p 356.

L'ammissione della limitazione della sovranità nazionale può essere considerata un passo importante in direzione del rafforzamento della solidarietà tra gli Stati.

La questione si fa peraltro particolarmente spinosa e complessa in relazione all'argomento della *tutela internazionale dei diritti dell'uomo*²⁵⁶ e delle relative garanzie giuridiche.

La *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite recita nel *Preambolo*: "E' indispensabile che i diritti dell'uomo siano protetti da norme giuridiche, se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione". Pochi anni dopo sono stati approvati altri documenti analoghi: la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* (1959) e la *Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* (1963).

Non è un caso però che si sia ritornati alla antica definizione di *Dichiarazione*, di ascendenza giusnaturalistica, che presuppone il riconoscimento di diritti esistenti a prescindere dallo Stato. All'interno dei singoli Stati, i diritti dell'uomo sono protetti quando la Costituzione prevede che il cittadino possa ricorrere in giudizio nel caso di una loro violazione.

In Europa, la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (4/11/1950) istituisce gli organi che dovrebbero provvederne alla tutela: la *Commissione europea* e la *Corte europea dei diritti dell'uomo*, a cui possono ricorrere anche i singoli cittadini. Nel 2000 è stata promulgata la *Carta di Nizza* in cui sono enunciati i diritti fondamentali dell'Unione Europea, che nel 2004 è divenuta parte integrante del trattato cui si riferisce il progetto di Costituzione europea.

La Convenzione però vale solo per gli Stati firmatari e il potere di far eseguire la sentenza eventuale, appartiene sempre al

²⁵⁶ Cfr. F. De Sanctis, *Diritti umani e globalizzazione*, in Id., *Tra antico e moderno*, cit., pp. 211-225; v. anche F. Riccobono, *Le aporie dei diritti all'identità culturale*, in L. d'Avack e F. Riccobono (a cura di), *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Napoli, 2004, pp. 95-106.

singolo Stato: la Corte non può annullare gli atti degli Stati, anche se questi dovrebbero essere obbligati a dare esecuzione alle sentenze e, se non fosse possibile ripristinare il diritto violato, provvedere all'attribuzione di un indennizzo per l'interessato. Ma possono gli organismi della Comunità avere tanta forza da indurre uno Stato a riconoscere i propri torti, a modificare un indirizzo di governo, o anche soltanto a liberare un detenuto condannato in violazione dei diritti dell'uomo?²⁵⁷.

Ancora più complesso e spinoso si fa il tema quando si esca dall'Europa e si guardi a una prospettiva più ampia di rapporti tra Stati diversi tra loro sul piano della storia, della cultura, delle condizioni economiche, delle confessioni religiose.

Nel 1946, immediatamente dopo la fine della seconda guerra mondiale, sono stati istituiti per conto dell'ONU due importanti meccanismi di garanzia che operano a livello universale: la *Commissione dei diritti umani*, che nel 2006 si è trasformata nel *Consiglio ONU per i diritti umani*; e l'*Alto Commissariato per i diritti umani* che opera dalla metà degli anni '90 per gestire tecnicamente le situazioni critiche relative alla tutela dei diritti.

Nel luglio del 1998 è stato firmato a Roma quello che attualmente si può considerare come lo strumento più compiuto sulla disciplina dei crimini internazionali: lo *Statuto della Corte penale internazionale*, della quale definisce la giurisdizione e il funzionamento.

La *Corte penale internazionale* è un tribunale per i crimini internazionali che ha sede a L'Aia, e ha competenza riguardo ai reati più gravi che riguardano la comunità internazionale nel suo insieme, come l'aggressione, il genocidio, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità. Ha peraltro una competenza complementare a quella dei singoli Stati, dunque può intervenire solo se e quando gli Stati non vogliano o non possano agire direttamente per punire quelli che vengono individuati come crimini internazionali.

²⁵⁷ Sul problema delle sanzioni e dell'obbligatorietà delle norme del diritto internazionale, tema classico tra gli studiosi, v. anche le riflessioni di H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 247 e ss.

Al di là delle affermazioni di principio, occorrerebbe comunque una tutela più efficace che si mostra ancora realisticamente difficile da ottenere: molti governi, in particolare quelli non democratici, non ammettono interferenze interne da parte di altri Stati e non considerano vincolante l'autorità della Comunità internazionale.

Come è stato autorevolmente rilevato: «Esiste (tuttavia) un notevole scarto tra il piano dell'«essere» e quello del «dover essere». Sotto il profilo della elaborazione normativa, i progressi sono stati enormi, sia a livello universale che regionale. Invece se si esamina l'azione internazionale per garantire il rispetto dei diritti umani, il bilancio è meno ottimistico (...). Nonostante siano state istituite alcune importanti procedure di monitoraggio all'interno del sistema delle Nazioni Unite o in virtù di alcune Convenzioni internazionali, fino ad ora esse non hanno portato a grandi risultati. Nel valutare tali procedure peraltro si deve tener conto del fatto che esse non sono né giuridicamente vincolanti né coercitive: la loro effettività si risolve nell'esercizio di una forma di pressione morale, psicologica e politica e nello stimolare l'opinione pubblica (sia dello Stato in questione, sia della comunità internazionale) a reagire. I loro effetti potranno pertanto essere apprezzati soltanto nel lungo periodo»²⁵⁸.

È sul piano dell'interpretazione che i giudici nazionali, e in particolare i giudici costituzionali, sembrano tentare di adeguare le Costituzioni dei rispettivi Stati alle dichiarazioni internazionali: si comincia così ad attenuare la differenza, affermata in molte Costituzioni, tra i diritti riconosciuti a tutti gli uomini (*Jedermannrechte*), e quelli riservati ai soli cittadini (*Bürgerrechte*). Basti pensare alle sentenze della Corte Costituzionale sul trattamento retributivo dei lavoratori dipendenti, sulla protezione delle lavoratrici madri, sulla tutela sanitaria, ecc.²⁵⁹

²⁵⁸ A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, pp; cfr., 212-213. T. Mazzarese (a cura di) *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002.

²⁵⁹ A. D'Atena, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 33; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 22-26.

Si parla, in questo senso, di un mutamento rivoluzionario di prospettiva del diritto costituzionale che non appare più legato unicamente all'organizzazione dei singoli ordinamenti statali, poiché l'attenzione diffusa per i diritti umani induce i giudici a cercare un cosiddetto 'dialogo di costituzionalismo', tra di loro e con le istituzioni non governative, espressione di 'una emergente giurisprudenza globale' e forse addirittura premessa di una 'Costituzione globale'²⁶⁰ che esprima una posizione comune laddove si presentino situazioni particolarmente delicate e complesse sul piano della tutela dei diritti²⁶¹.

Le questioni poste a proposito della giurisdizione internazionale²⁶², introducono e spingono ad approfondire uno dei grandi temi giuridici della contemporaneità: il mutamento di quella che appariva come una relazione indissolubile tra lo Stato e il suo territorio, e dunque la conclusione definitiva di quella fase che si era determinata storicamente con la pace di Westfalia.

Carl Schmitt, che si considera l'ultimo esponente tra i giuristi riconducibili allo *jus publicum europaeum*, propone, alla metà del Novecento, una visione del diritto lontana dal legalismo che aveva dominato concettualmente la modernità borghese: il diritto non si riduce alla norma o alla legge, né si racchiude nei confini che delimitano il territorio dello Stato, ma va riconsiderato nella sua accezione originaria di *nomos*, termine che richiama fin nella propria radice semantica il senso della divisione e dell'appropriazione originaria della terra (*nemein*), a sua volta costitutiva di un diritto evidentemente autonomo, anche perché cronologicamente precedente rispetto alla nascita e alla formazione degli Stati: "Il *nomos* è pertanto la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento politico e sociale di un popolo, la prima misurazione e divisione

²⁶⁰ S. Cassese, *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Napoli, 2006.

²⁶¹V. ancora M.R. Ferrarese, *Globalizzazione*, cit., p. 361.

²⁶² P. De Sena, *Giustizia internazionale*, in *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 309 e ss.

del pascolo, vale a dire l'occupazione di terra e l'ordinamento concreto che in essa è contenuto e da essa deriva"²⁶³.

La trasformazione del rapporto tra diritto e territorio è alla base di quel processo di modifica sostanziale delle relazioni giuridiche, che sostituisce il più consueto concetto di 'diritto internazionale pubblico', basato su accordi reciproci e sul rispetto dei trattati stipulati tra Stati sovrani (definibile come '*il diritto per diplomatici*'), con quello che si usa qualificare come diritto internazionale '*dei privati*'²⁶⁴ (piuttosto che diritto internazionale privato), che "concerne quel fenomeno di privatizzazione e di frammentazione delle fonti di produzione del diritto, che ha il suo aspetto più vistoso nella oggi tanto discussa globalizzazione giuridica"²⁶⁵.

Si parla più specificamente di diritto *transnazionale*, per indicare la condizione in cui la limitazione della sovranità dei singoli Stati si accompagna alla questione della pluralità delle fonti e al mutamento delle regole fondamentali del commercio mondiale: "Se il diritto sovranazionale mantiene ancora un significativo rapporto con il tradizionale apparato della sovranità degli stati e con la logica dei territori e dei confini, il diritto transnazionale è un diritto prodotto privatamente e che, pur passando attraverso confini e stati, resta privo di identità o di radicamenti territoriali"²⁶⁶. La base delle relazioni negoziali ed economiche va ben oltre i confini interni e assume i connotati di una nuova *lex*

²⁶³ C. Schmitt, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum* (1950), a cura di F. Volpi, tr. it. e postfazione, E. Castrucci, Milano, 1991, p. 59. V.C. Galli, *Genealogia della politica. cit.*, Bologna, 1996, spc. pp. 839 e ss.

²⁶⁴ Si usa non a caso questa espressione che sostituisce quella più tradizionale di diritto internazionale privato.

²⁶⁵ P. Grossi, *Prima lezione*, cit., p. 69; Id., *L'Europa e il diritto*, cit., *passim*; Id., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in «Il foro italiano», maggio 2002, V.

²⁶⁶ M.R. Ferrarese, *Globalizzazione*, cit., p. 359. V. anche più estesamente, Id., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; Id., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; v. anche, almeno, tra la vasta bibliografia sull'argomento, Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

mercatoria, intesa come l'emergere di norme giuridiche su base consuetudinaria, nate per la regolamentazione di determinati settori commerciali soprattutto in ambito specificamente contrattuale, indipendenti tanto dalle norme di diritto internazionale privato degli Stati coinvolti, quanto dai riferimenti alle codificazioni interne che potrebbero provocare problemi di coordinamento da parte di chi deve risolvere eventuali controversie (che si tratti di un giudice o di un arbitro): una condizione perfettamente esemplificata nell'immagine simbolica della *rete*.

Si ripropone, rinnovato, lo schema giuridico dell'istituzionalismo che dopo le teorie di Maurice Hauriou e di Santi Romano, riaffermate da Carl Schmitt²⁶⁷, si ritrova, più recentemente, nella consapevolezza della crisi della struttura del giuspositivismo tradizionale²⁶⁸.

Sembra quindi, in conclusione, che ci si trovi di fronte alla evoluzione, pur se non al definitivo superamento delle categorie giuridiche della modernità.

Il concetto di sovranità statale si è radicalmente modificato insieme con la trasformazione della gerarchia delle fonti: gli Stati territoriali resistono come entità necessarie soprattutto in relazione alla protezione dei diritti sociali, ma consentono lo sviluppo di istituti, in specie di diritto privato e commerciale, che legitti-

²⁶⁷ C. Schmitt: "L'esposizione moderna più significativa e nello stesso tempo più bella, comprovante la necessità di fare attenzione alla pluralità dei tipi di diritto, è quella del grande giurista francese Maurice Hauriou. Ci sono giuristi che riconoscono «come diritto in senso giuridico» (...) solo il diritto legale dello Stato.", in Id., *Il nomos della terra*, cit., p. 76, nota 1.

²⁶⁸ Ne rappresentano un passaggio significativo le tesi di due giuristi contemporanei, Ota Weinberger e Neil MacCormick, che propongono un tentativo di sintesi tra istituzionalismo e normativismo, con cui si tenta di conciliare la realtà giuridica dei fatti concreti con la costruzione teorica del giuspositivismo, da cui si distaccano solo parzialmente, N. MacCormick, O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, 1990; cfr. C. Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea. I temi e le sfide*, Roma-Bari, 2002, pp. 3-11; v. anche M. La Torre, Ota Weinberger, Neil MacCormick e il neoinstituzionalismo giuridico, in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, 1999; G. Palombella, *L'istituzione del diritto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 20, 1990.

mano e promuovono rapporti tra soggetti di nazionalità diverse, mentre si adeguano, in numero crescente e in termini per lo meno formali, alle disposizioni normative che disciplinano gli accordi tra Stati in materia penale.

La legge si svaluta come fonte prevalente, non solo nei riguardi della Costituzione, ma anche rispetto alla consuetudine, che assume una connotazione nuova in relazione allo sviluppo dei rapporti giuridici extra-statali ed extra-territoriali.

Il positivismo giuridico rimane come riferimento teorico necessario per la determinazione delle scelte normative, ma si diversifica negli orientamenti che assume: si muta in neocostituzionalismo²⁶⁹, o si qualifica come ‘inclusivo’²⁷⁰, rendendo espli-

²⁶⁹ Espressione con cui si distingue il costituzionalismo tipico degli Stati contemporanei, in cui le Costituzioni sono rigide e gerarchicamente superiori alla legge, dal costituzionalismo classico, ottocentesco, difficilmente distinguibile dallo Stato di diritto di cui condivide l’esigenza della limitazione del potere assoluto.

²⁷⁰ È una corrente scientifica che si definisce così (in antitesi rispetto al giuspositivismo ‘esclusivo’ il cui rappresentante più autorevole è Joseph Raz) perché considera inevitabile includere nella nozione di diritto alcuni concetti morali ‘traducendoli’, attraverso il ragionamento e l’argomentazione, in regole giuridiche più o meno ampie: “Nessuno in possesso delle sue capacità mentali – e vi sono almeno alcuni positivisti che sono in possesso delle loro capacità mentali – ha mai sostenuto, o sosterebbe mai, che il diritto in se stesso è scevro da valori. Se gli esseri umani non accordassero importanza all’ordine nella vita sociale, non avrebbero affatto leggi; inoltre, ogni sistema giuridico non incorpora semplicemente una forma di ordine sociale, ma quella particolare forma di ordine a cui è attribuito un valore da coloro che hanno il controllo dell’attività legislativa, esecutiva e giudiziaria – o, quantomeno, è un mosaico dei valori concorrenti accolti dai vari gruppi che partecipano a tali attività. Il punto di essere un positivista non è quello di negare verità evidenti di questa sorta, ma piuttosto quello di affermare che non è in nessun senso necessario condividere o accogliere questi valori, in tutto o in parte, per poter sapere che il diritto esiste, o quale diritto esiste”, così N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978, II ed. 1994), cura di V. Villa, tr. it. e *Introduzione* di A. Schiavello, Torino 2001, pp. 265-266. Sull’evoluzione dello Stato nazionale e le sue trasformazioni, v. Id., *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, tr. it. A. Torre, Bologna, 2003; J. Raz, (1985), tr. it. *Autorità, diritto e morale*, in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005; sui mutamenti del positivismo giuridico contemporaneo è molto efficace la sintesi che

cita un'attenzione sempre maggiore nei confronti dei principî che identificano quei valori etici, storicamente individuabili e sufficientemente stabili, che perdono la pretesa giusnaturalista di eternità e di universalità, di giustizia e di moralità e si 'traducono' nei principî costituzionali, di fronte ai quali l'attività interpretativa si fa sempre più rilevante e complessa.

fa M. Barberis, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 203 e ss.; Id., *Breve storia della filosofia del diritto*, Bologna, 2004, pp. 173 e ss.; v. anche ; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; V. Giordano, *Il positivismo giuridico*, cit.; G. Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in «Analisi e diritto», 1998, pp. 203-227 A. Schiavello, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Torino, 2004; V. Villa, *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*, in «Analisi e diritto», 2000, pp. 255-258; Id., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004; J. Raz, *Autorità, diritto e morale* (1985), tr. it., in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, 2005.

Indice dei nomi

- Abignente A., 89.
Alatri P., 57.
Albericus Gentilis, 29.
Alessandro Severo, 13.
Alexy R., 104, 117, 120, 122.
Alpa G., 17, 74, 117.
Amato G., 77.
Ambrosetti G., 9, 19.
Arendt H., 16, 20, 26, 31, 72, 127.
Ariès P., 15.
Aristotele, 8, 11, 12, 18, 75.
Atienza M., 120.
Azzariti M., 100.
Baratta A., 84.
Barbera A., 73.
Barberis M., 54, 70, 72, 119, 121, 122, 142.
Bartole S., 117.
Basone Remiddi E., 64.
Bauman Z., 139.
Bazzicalupo L., 113.
Beccaria C., 100.
Bellini P., 12, 13.
Bentham J., 100.
Berlin I., 38.
Bertaggia M., 70.
Bertani M., 113.

- Bertolazzi J., 57.
 Bessone M., 106.
 Betti E., 103, 117, 120.
 Bierling E.R., 40, 41.
 Biet C., 72.
 Bifulco R., 75.
 Bobbio N., 18, 20, 30, 32, 34, 36, 37, 39, 49, 50, 108, 112, 115,
 117.
 Bodin J., 30.
 Bolaffi A., 70.
 Bonacchi G., 70.
 Bonazzi T., 73.
 Bonnecase J., 101.
 Botturi F., 120.
 Brunner O., 16.
 Burrese P., 26.
 Calabrò P., 32.
 Candeloro, G., 26.
 Cantarella E., 11.
 Capograssi G., 24, 86, 126.
 Caracciolo A., 77.
 Carillo G., 19.
 Carré de Malberg R., 55.
 Carrino A., 76.
 Casabianca F., 24.
 Cassese A., 43, 137.
 Cassese S., 138.
 Cassirer E., 24.
 Castignone S., 102, 105.
 Castrucci E., 139.
 Catania A., 50, 51, 89, 103, 105, 107, 115, 116, 117, 123, 128.
 Catelani A., 78.
 Cattaneo M.A., 50, 121, 123.
 Celano B., 91, 107.
 Celotto A., 94, 95.
 Cerroni U., 51.

Cesarini Sforza W., 9, 34, 84.
Chiassoni P., 101.
Cicerone, 13, 14.
Colombo P., 55.
Comanducci P., 71, 73, 91, 106, 121, 122.
Compagna L., 55.
Conforti B., 131.
Constant B., 38, 56, 64, 65, 66, 119.
Conte A.G., 83, 126.
Costa P., 24, 28, 44, 54, 61, 71.
Cotta S., 24, 87, 100.
Crisafulli V., 91, 94, 117.
D'Agostino F., 13.
D'alessandro L., 100.
D'Alessio R., 94.
D'Atena A., 43, 74, 137.
D'Avack L., 70, 71, 135.
De Sanctis F.M., 10, 43, 61, 68, 135.
De Sena P., 138.
De Stefano G., 19.
Descartes R., 27.
Di Lucia P., 126.
Dicey A.V., 70.
Diciotti E., 106, 121.
Dogliani M., 70, 76.
Donadi F., 11.
D'Ors E., 28.
Duby G., 15.
Duguit L., 41.
Duso G., 37, 72.
Dworkin R., 43, 117, 120, 121, 122.
Esposito R., 16, 113.
Esser J., 104
Fabietti R., 100.
Falzea A., 8, 9, 21.
Facchi A., 36.

- Faralli C., 105, 130, 140.
Fassò G., 18, 22, 130.
Favoreu L., 55.
Fazzalari E., 83.
Felze P. 32.
Ferrajoli L., 24, 43, 70, 126, 137.
Ferrarese M.R., 134, 138, 139.
Ferrari V., 43.
Finzi S., 26.
Fioravanti M., 24, 28, 30, 32, 69, 70, 75.
Fiore F., 117, 119.
Fois S., 60.
Forsthoff E., 61, 117, 119.
Foucault M., 113.
Frezza P., 125.
Friedman L.M., 74.
Frizzi G., 13.
Frosini V., 83, 84, 99, 104.
Furet F., 64.
Gadamer H.G., 104.
Galli C., 58, 139.
Gavazzi G., 103, 107, 111, 116.
Geraci C., 89.
Gianformaggio L., 117, 121.
Giannini M. S., 73, 86.
Gibelli D., 104.
Gibbon E., 13
Gierke von, O., 41.
Giordano G., 24.
Giordano V., 122, 142.
Giustiniano, 13.
Gorgia, 11.
Gotto M., 104.
Gozzi. G., 35.
Grossi P., 7, 8, 15, 16, 44, 53, 69, 83, 90, 126, 129, 139.
Grozio, H., 8, 21, 22.

- Guastini R., 71, 83, 91, 102, 106, 117, 121, 122.
Habermas J., 104.
Hamilton A., 73.
Hart H.L.A., 20, 50, 81, 107, 111, 121, 122, 123, 124, 128, 136,
142.
Hauriou M., 84, 140.
Hegel G.W. F., 68.
Heller H., 24.
Hobbes Th., 21, 28, 31, 32, 38, 40, 115.
Hofmann H., 76.
Holmes O.W., 72.
Humboldt von W., 63.
Isnardi Parente M., 30.
Jellinek G., 35, 131.
Jhering, von, R., 131.
Jori M., 50, 117, 126.
Jouvenel, de, B., 27, 29.
Kant I., 7, 51, 57, 61, 63, 65, 67, 112, 115.
Keller M., 70.
Kelsen H., 98, 20, 24, 35, 36, 41, 47, 49, 66, 67, 81, 86, 87,
88, 92, 97, 102, 103, 107, 108, 109, 110, 116, 117, 119, 123, 126, 129, 130,
132, 133.
Kircheimer O., 69.
Kirchmann J.H., 125.
Kohn J., 16.
La Torre M., 40, 104, 140.
Labriola G.M., 48.
Labriola S., 78.
Larenz K., 50.
Laurenti R., 75.
Lazzaro G., 91.
Lippolis L., 43.
Locke J., 21, 68.
Losano M.G., 87, 107.
Luther J., 70, 119.
Mac Cormick N., 121, 140, 141.

Mac Illwain C., 73, 75.
Magrini M., 73.
Maniaci G., 121.
Manin B., 72.
Marchesiello M., 74.
Massetto G.P., 16, 17.
Matteucci N., 23, 24, 26, 30, 63, 70, 73.
Mazzarese T., 137.
Meloni G., 64.
Mengoni L., 120.
Merkel A.J., 89.
Miers D., 121.
Mill J.S., 63.
Modugno F., 83, 90, 94, 95, 117.
Mohl von R., 61.
Monateri P.G., 72.
Montanari B., 61.
Montesquieu de, Ch., 100.
Morange J., 55.
Moreso J.J., 121.
Mortati C., 77, 78.
Mura G., 103.
Neumann F., 53, 54, 117, 118, 119.
Nobili Schiera G., 16.
Nussbaum M.C., 19.
Olivecrona K., 105.
Omaggio V., 103, 117, 123.
Onida V., 59, 77, 80.
Opocher E., 17, 22.
Orestano R., 40.
Ost F., 9.
Ozouf M., 64.
Pacchi A., 31.
Palombella G., 43, 70, 71, 140.
Paoletti G., 38.
Panunzio S., 12.

Pasquino P., 24, 113.
Passerin d'Entreves A., 19.
Patrono M., 89.
Pattaro E., 105, 117.
Patti S., 104.
Paulson S.L., 71.
Peces-Barba G., 43.
Perelman C., 104.
Philip L., 55.
Pierri N., 19.
Pino G., 120, 142.
Piovani P., 19, 127.
Pomarici U., 43, 76, 83, 103.
Portinaro P.P., 23, 24, 46, 58, 70.
Pound R., 72, 105.
Pozzolo S., 142.
Preterossi G., 37.
Procacci G., 113.
Rabaglietti M.F., 19.
Ramacci F., 114.
Raz J., 121, 141, 142.
Rebuffa G., 43, 73, 74, 75, 117.
Riccobono F., 40, 43, 84, 109, 110, 132, 135.
Ripepe E., 70.
Ripoli M., 105.
Rodotà S., 39, 54.
Romano S., 8, 24, 83, 84, 85, 86.
Rommen H.A., 19.
Ross A., 105, 109, 116.
Rossi P., 24, 51.
Rotelli E., 24.
Rousseau J.J., 21, 56, 57.
Ruiz Manero J., 120.
Ruotolo M., 94, 95.
Rusconi G., 104
S. Agostino, 17.

- Santambrogio M., 38.
Santoro E., 71.
Sartori G., 79.
Savigny, von, F., 40.
Scarpelli U., 50, 91, 117, 130.
Schiavello A., 121, 122, 141, 142.
Schiavone A., 13
Schiera P., 24
Schmitt C., 24, 46, 47, 48, 57, 58, 61, 69, 77, 86, 117, 120, 138,
139, 140.
Silvestrini G., 24.
Sivini G., 53.
Smend R., 117, 119.
Sofocle, 19
Solari G., 24, 25.
Stein P., 118.
Stein von, L., 67.
Strauss L., 18, 19.
Tarello G., 19, 102, 105, 106.
Tarizzo D., 16.
Tessitore F., 19.
Théry I., 72.
Thierry A., 27.
Tocqueville de, A., 26, 42, 63.
Tommasi C., 16.
Torre A., 71, 141.
Torre M., 107.
Totaro F., 120.
Trachetti A., 113.
Treves G., 8, 24, 87.
Troper M., 24, 48.
Twining W., 121.
Vattimo G., 104.
Velluzzi V., 121, 122, 141, 142.
Vercellone F., 104.
Villa V., 121, 141, 142.

- Villey M., 13.
Vinciguerra M., 31.
Viola F., 28, 36, 43, 70, 71, 72, 91, 103.
Vitagliano G., 35.
Volpi F., 139.
Weber M., 24, 26, 45, 51.
Weinberger O., 140.
Welzel H., 19.
Wilhelm W., 50.
Wolf E., 125.
Zaccaria G., 28, 36, 72, 91, 103, 104, 105.
Zagrebelsky G., 37, 39, 54, 63, 69, 77, 80, 117, 118, 120, 124,
125.
Zanetti G., 19, 130, 140.
Zanon N., 55.
Zini V., 113.
Zolo D. 54, 61, 63, 71.

FINITO DI STAMPARE NEL MESE
DI GIUGNO MMVIII
PRESSO IL CENTRO STAMPA DI ATENEIO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
SUOR ORSOLA BENINCASA
NAPOLI

€ 12,00