

analisi e diritto

riccardo guastini

lezioni di teoria
del diritto e dello Stato

g. Giappichelli editore

Parte prima
Questioni di teoria del diritto

I.

L'ordinamento giuridico rivisitato

1. *Concezioni*

In letteratura si incontrano non meno di due diversi modi di concepire gli ordinamenti giuridici.

Secondo il modo di vedere standard e generalmente condiviso, un ordinamento giuridico è un insieme di norme.

Secondo un modo di vedere suggerito dall'istituzionalismo italiano, un ordinamento giuridico è piuttosto un complesso di istituzioni.

Ciascuna di queste due succinte definizioni esige qualche parola di chiarimento.

1.1. *L'ordinamento come insieme di norme*

Nell'uso comune dei giuristi e delle stesse fonti del diritto, il vocabolo 'norma' è notoriamente ambiguo: talora, è usato per denotare gli *enunciati* in lingua che si incontrano nel discorso delle fonti; talaltra, è usato per denotare il *contenuto di significato* di tali enunciati; spesso, in verità, è usato per denotare indistintamente l'una cosa e l'altra¹. Adottando una convenzione linguistica ormai lar-

¹ Come se ad ogni enunciato corrispondesse una, ed una sola, norma, e ad ogni norma uno, ed un solo, enunciato. Questo uso indistinto del vocabolo 'norma' presuppone una concezione cognitiva dell'interpretazione, ossia quel modo di vedere secondo cui ogni testo normativo incorpora uno, ed un solo, significato conoscibile mediante interpretazione, sicché l'interpretazione è atto (non di volontà, ma) di conoscenza (e dunque gli enunciati interpretativi possono essere veri o falsi). Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, cap. II: vedi anche *infra*, parte seconda, cap. I.

gamente accettata², possiamo chiamare (non norme, ma) ‘disposizioni’ gli enunciati del discorso delle fonti, e riservare il nome di ‘norme’ in senso stretto al loro contenuto di senso, quale risulta dall’interpretazione³.

Alla luce di questa distinzione, la prima concezione dell’ordinamento (l’ordinamento come insieme di norme) si duplica: nel senso che l’ordinamento può essere concepito alternativamente o come insieme di disposizioni o come insieme di norme propriamente intese⁴.

(i) Nel primo caso, un ordinamento giuridico si presenta banalmente come un insieme di testi normativi (la costituzione, le leggi, e quant’altro)⁵, ma il suo contenuto normativo – che cosa sia prescritto, a chi, in quali circostanze – resta totalmente ignoto.

(ii) Nel secondo caso, un ordinamento giuridico si presenta come un insieme di significati, di contenuti normativi. Senonché tali significati sono variabili dipendenti dell’interpretazione (nessuna disposizione ha un significato determinato se non dopo l’interpretazione)⁶. Sicché, per un verso, il contenuto normativo dell’ordinamento risulta alquanto inafferrabile, dal momento che ogni disposizione è suscettibile di interpretazioni: (a) da un lato, sincronicamente diverse e confliggenti; (b) dall’altro lato, diacronicamente mutevoli⁷. Per un altro verso, l’ordinamento è destinato a mutare al mutare dell’interpretazione dominante o consolidata senza che mutino le cosiddette fonti del diritto.

Nel seguito tratteremo l’ordinamento come un insieme di norme strettamente intese, senza ulteriormente problematizzare la distinzione tra disposizioni e norme.

² V. Crisafulli, “Disposizione (e norma)”, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964. Cfr. anche R. Guastini, “Disposizione vs. norma”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 3 ss.

³ R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., cap. VII.

⁴ R. Guastini, “Ordinamento giuridico”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, 1995.

⁵ Così ad es. R. Hernández Marín, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1989, spec. cap. 2.

⁶ G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980.

⁷ Conviene sottolineare che la concezione in esame *non* include nella nozione di ordinamento (ossia di diritto in senso oggettivo) né le decisioni (giurisdizionali e amministrative) degli organi dell’applicazione, né la dogmatica.

1.2. *L'ordinamento come complesso di istituzioni*

All'inizio del secolo scorso Santi Romano ha suggerito l'idea che un ordinamento giuridico sia un complesso (non di norme, ma) di "istituzioni": in questo senso, ad esempio, costituisce (parte di) un ordinamento non l'insieme delle *norme* costituzionali, ma l'insieme degli *organi* costituzionali⁸. Sicché, ad esempio, si ha una lacuna nell'ordinamento (non allorché manchi una norma a disciplinare una qualche fattispecie, ma) allorché di fatto venga meno una qualche istituzione (poniamo: la monarchia, per estinzione della casa regnante; la camera elettiva, per la perdurante astensione dal voto del corpo elettorale; etc.). A questo riguardo, peraltro, non sarà inutile osservare due cose.

In primo luogo, 'istituzione' è un concetto squisitamente normativo; e ciò sotto un duplice profilo⁹. Per un verso, nessun individuo o collegio può essere identificato come istituzione (o come organo) se non alla luce di un insieme di norme (costitutive) che gli attribuiscono tale valore¹⁰. Per un altro verso, un'istituzione pare interamente riducibile a (non pare avere una esistenza indipendente da) l'insieme delle norme che, imponendo obblighi e conferendo poteri e diritti a certi soggetti, ne disciplinano il funzionamento¹¹.

In secondo luogo, il venir meno in via di fatto di un'istituzione, quale la casa regnante in un ordinamento monarchico, non darebbe luogo affatto ad una lacuna ("istituzionale") – se non forse ad una lacuna del tutto effimera – ove esistesse una norma che disciplinasse

⁸ Non si allude qui all'opera più nota di S. Romano (*L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946, dove il diritto tutto intero è raffigurato come "istituzione"), ma al saggio "Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale", 1925, ora in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969.

⁹ Una riscrittura normativistica della concezione istituzionalistica del diritto si legge in N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 12 ss. Cfr. anche A.G. Conte, *Filosofia dell'ordinamento normativo*, Torino, 1997, 352 ss. Una nuova forma di istituzionalismo è stata elaborata da N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986.

¹⁰ J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969. Cfr. anche M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996, spec. cap. 2.

¹¹ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., 13 s.

la circostanza in questione (nell'esempio, la fattispecie: estinzione della casa regnante).

Come che sia, questa concezione, salvo forse qualche omaggio del tutto estrinseco (verbale)¹², non ha mai riscosso grande successo: i giuristi hanno continuato a pensare che un ordinamento sia un insieme di norme e a trattarlo come tale. Nel seguito terremo ferma la concezione normativa, che è quella largamente dominante.

Non è ozioso ricordare che, all'evidenza, la locuzione 'ordinamento giuridico' assume il significato comune di insieme normativo anche nel linguaggio delle vigenti fonti del diritto (l'allusione è alle disposizioni seguenti: art. 8, comma 2, cost.; art. 10, comma 1, cost.; art. 12, comma 2, disp. prel. cod. civ.; art. 3 St. Sardegna; art. 2 St. Valle d'Aosta; art. 4 St. Friuli-Venezia Giulia; art. 4 St. Trentino-Alto Adige)¹³.

2. Componenti

I componenti di un ordinamento giuridico inteso come ordinamento normativo, va da sé, sono norme. Tuttavia, in seno alle norme che compongono un ordinamento conviene distinguere sotto almeno cinque profili.

2.1. Norme originarie e norme derivate

In primo luogo, conviene distinguere le norme originarie dalle norme derivate¹⁴.

¹² Da parte, peraltro, della sola dottrina italiana.

¹³ Altro però, palesemente, è il significato del vocabolo 'ordinamento' nel titolo della parte seconda della vigente costituzione: "Ordinamento della Repubblica". Qui 'ordinamento' si riferisce non ad un complesso di norme, ma, banalmente, al modo in cui i pubblici poteri sono "ordinati", ossia organizzati nella loro formazione, nelle loro competenze, e nei loro reciproci rapporti.

¹⁴ Cfr. G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1963, 199; R. Caracciolo, *El sistema juridico. Problemas actuales*, Madrid, 1988, 31 ss.; E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, cap. XIII; Id., "El problema de la validez en Kelsen", in R. Vázquez (ed.), *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, México, 2005.

(i) Sono originarie – indipendenti, “sovrane” – le norme la cui appartenenza all’ordinamento *non* dipende dalla (previa) esistenza di altre norme. Tali sono le norme costituzionali o, se si vuole, le norme della “prima” costituzione¹⁵ (nel caso di una sequenza di costituzioni ciascuna delle quali sia giuridicamente fondata¹⁶ sulla precedente). Le norme costituzionali, infatti, sono – per definizione – frutto dell’esercizio di potere costituente, ossia di un potere *extra ordinem*, non conferito né disciplinato da alcuna norma preesistente (diversamente si tratterebbe di un potere non costituente, ma costituito).

(ii) Sono derivate – dipendenti – tutte le norme rimanenti: tutte quelle cioè la cui esistenza riposa – dinamicamente o staticamente¹⁷ – sulla previa esistenza di altre norme, o perché (a) sono state emanate da un soggetto investito di autorità normativa da una norma preesistente¹⁸, o perché (b) derivano¹⁹ logicamente (o pseudo-logicamente) da norme preesistenti²⁰.

2.2. Norme formulate e norme inesprese

In secondo luogo, conviene distinguere tra norme espressamente formulate (“emanate” o “promulgate” in senso generico e atecnico) e norme inesprese, non formulate.

(i) Sono formulate le norme che, per l’appunto, trovano espressa enunciazione in una qualche disposizione normativa (o in un frammento di disposizione normativa).

(ii) Sono inesprese, per contro, le norme ricavate dalle norme formulate (o da una combinazione di norme formulate, o da una combinazione di frammenti di norme formulate) mediante proce-

¹⁵ Una “prima costituzione” è una costituzione “originaria”, ossia non derivata da (non giuridicamente fondata su) una costituzione precedente. Vedi H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, 225.

¹⁶ *Infra*, § 3.1., *sub* (i).

¹⁷ *Infra*, § 3.1.

¹⁸ In questo senso, ad esempio, sono norme dipendenti tutte le norme di legge, giacché la loro esistenza riposa sulle norme costituzionali che attribuiscono competenza legislativa.

¹⁹ Nei modi che vedremo subito, *sub* § 2.2.

²⁰ In questo senso sono norme dipendenti tutte le norme inesprese, su cui *infra*, § 2.2.

dimenti argomentativi logici (*i. e.*, deduttivi) o pseudo-logici (ad es., per via di analogia).

Ogni norma inespressa è frutto (non di promulgazione o emanazione, ma) di un ragionamento degli interpreti. Senonché diversi sono i ragionamenti che mettono capo ad una norma inespressa. Ne parleremo a suo luogo²¹. Qui basti accennare alla distinzione fondamentale.

(a) Talora, una norma inespressa è ricavata mediante un ragionamento deduttivo (e pertanto logicamente stringente) tra le cui premesse compaiono esclusivamente norme espresse.

(b) Talaltra, una norma inespressa è ricavata mediante un ragionamento non deduttivo (e pertanto logicamente non stringente) tra le cui premesse non compaiono esclusivamente norme espresse, ma anche enunciati interpretativi e/o tesi dogmatiche.

Ora, le norme inesprese del primo tipo possono considerarsi implicite in senso stretto (ossia in senso logico) – si può ritenere cioè che siano già presenti nell'ordinamento, sia pure allo stato latente, e che gli interpreti si limitino a portarle alla luce – mentre le norme inesprese del secondo tipo sono frutto di creazione dottrinale (o giudiziale) di diritto nuovo.

2.3. *Norme primarie e norme secondarie*

In terzo luogo, conviene distinguere tra norme primarie e norme secondarie²².

(i) Si usa chiamare primarie le comuni norme di condotta, ossia le norme che attribuiscono o impongono situazioni giuridiche soggettive (diritti, obblighi, e quant'altro) ai comuni cittadini²³.

²¹ *Infra*, parte seconda, cap. III, § 4. Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 104 ss.

²² H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 175 ss.; N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 177 ss., 233 ss.

²³ Negli ordinamenti di tipo liberale, l'insieme delle norme primarie è chiuso dal principio di libertà: "Tutto ciò che non è espressamente vietato è (implicitamente) permesso". Cfr. D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910 (ora in Id., *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966).

(ii) Si dicono invece secondarie le norme – più precisamente: le metanorme²⁴ – sulla produzione e l'applicazione del diritto, ossia quelle che conferiscono poteri (“legislativi” in senso materiale, esecutivi, giurisdizionali) e ne disciplinano l'esercizio²⁵.

In seno alle norme secondarie occupano un posto speciale le norme c.d. “sulla produzione giuridica”, o norme sulle fonti: quelle cioè che conferiscono, e disciplinano l'esercizio di, competenze normative²⁶.

2.4. Norme valide e norme invalide

In quarto luogo, conviene distinguere tra norme valide e norme invalide. È infatti un'ingenuità – alquanto diffusa in teoria del diritto²⁷ – pensare che solo le norme valide appartengano all'ordinamento²⁸.

Si dice valida ogni norma che sia formalmente conforme e materialmente non incompatibile con le norme e metanorme che sono ad essa formalmente e materialmente superiori²⁹.

Ma la validità non è condizione necessaria di “esistenza giuridica” (*i. e.* di appartenenza all'ordinamento) di una norma. Di fatto, in ogni ordinamento esistono fatalmente anche norme invalide: leggi incostituzionali, regolamenti *contra legem*, etc. Norme che possono essere anche per lungo tempo osservate e applicate prima

²⁴ Si dice metanorma (in senso lato) ogni norma che abbia ad oggetto non la condotta, bensì: (a) atti normativi (es.: «La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere», art. 70 cost.); (b) altre norme (es.: il principio di irretroattività); o (c) altre disposizioni (es.: «È abrogato l'art. x della legge y»). In proposito: T. Mazzaresse, “Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto”, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996.

²⁵ Negli ordinamenti di tipo liberale, l'insieme delle norme secondarie è chiuso dal principio di legalità: “Tutto ciò che non è espressamente permesso è (implicitamente) vietato”. Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 31.

²⁶ Cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, cap. IV.

²⁷ Dove è del tutto comune definire la validità come appartenenza all'ordinamento.

²⁸ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, spec. 909 ss.; E. Bulygin, “El problema de la validez en Kelsen”, cit., 5 s.

²⁹ I concetti sottesi a questa definizione sono esplicitati *infra*: §§ 3.1 e 3.2.

che la loro invalidità sia (costitutivamente) riconosciuta dall'organo a ciò competente³⁰.

Si potrebbe aggiungere: in ogni ordinamento esistono anche norme né valide, né invalide. Alludo evidentemente alle norme supreme, originarie, o indipendenti³¹, ossia alle norme costituzionali. In assenza di norme sulla instaurazione (da non confondersi con la revisione)³² costituzionale e di norme materialmente superiori alla costituzione, non ha senso predicare vuoi la validità, vuoi l'invalidità della costituzione³³.

2.5. Norme e principi

È opinione oggi generalmente condivisa che ogni ordinamento sia composto non solo di “norme” – o “regole” (*rules*), come si usa dire con anglicismo – ma altresì di “principi” (aggettivati ora come “generali”, ora come “fondamentali”)³⁴. Ma la distinzione tra nor-

³⁰ A questo modo di vedere, che distingue tra appartenenza (“esistenza giuridica”) e validità, si potrebbe obiettare pressappoco così: le norme in questione (leggi incostituzionali, etc.), essendo invalide, non appartengono affatto all'ordinamento; nondimeno sono applicabili (fino a che non siano dichiarate invalide dall'organo competente); ma, appunto, ciò non vuol dire che appartengano all'ordinamento, giacché altro è la validità o appartenenza, altro l'applicabilità (vedi, ad es., il caso delle norme straniere, richiamate da norme di diritto internazionale privato: norme applicabili, ma certo non appartenenti all'ordinamento). Insomma: a ben vedere, ciò che io chiamo “esistenza giuridica” non sarebbe per nulla “appartenenza all'ordinamento”; sarebbe, banalmente, l'applicabilità. In questo ordine di idee è E. Bulygin, “El problema de la validez en Kelsen”, cit. Così, dicevo, si potrebbe obiettare. Ma sarebbe sbagliato. Ciò che chiamo “esistenza giuridica” è cosa distinta non solo dalla validità, ma anche dall'applicabilità. Prendiamo il caso di una legge incostituzionale in periodo di *vacatio*: una legge siffatta è (in ipotesi) invalida; non è applicabile (fino a che duri la *vacatio*); ma nondimeno è ormai appartenente all'ordinamento, essendo stata promulgata e pubblicata. È precisamente questa “appartenenza” che la distingue da un progetto di legge in attesa di approvazione, egualmente non applicabile e (per ipotesi) egualmente incostituzionale.

³¹ *Supra*, § 2.1.

³² *Infra*, § 3.1.2.

³³ R. Guastini, “La validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique”, in M. Troper, L. Jaume (eds.), *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles-Paris, 1994, 216 ss.

³⁴ La letteratura in proposito è molto vasta. Mi limito a menzionare pochi testi essenziali: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., London, 1978, spec.