

IMPLICAZIONI
DERIVANTI DALLA
GENERICITÀ SULLA
(IN)COERENZA
E (IN)COMPLETEZZA
DEI SISTEMI GIURIDICI

PEDRO MONIZ LOPES



Implicazioni derivanti dalla genericità sulla (in)coerenza e (in)completezza dei sistemi giuridici

Implications of Genericity on the (In)consistency and (In)completeness of Legal Systems

PEDRO MONIZ LOPES

Professore associato presso la Facoltà di Diritto dell'Università di Lisbona; Ricercatore Principale presso il Lisbon Centre for Research in Public Law
Email: plopes@fd.ulisboa.pt

ABSTRACT

La descrizione generica delle condotte e degli stati di cose ai quali si applicano le norme risulta particolarmente rilevante per valutare la completezza o l'incompletezza nonché la coerenza o l'incoerenza dei sistemi giuridici. Il presente articolo intende discutere queste due questioni centrali della teoria del diritto e le implicazioni di tale genericità. Si comincerà dall'analisi della struttura della norma in generale, concentrandosi in particolare sulla genericità dell'antecedente. In seguito, dopo aver illustrato le principali caratteristiche di tale proprietà, si valuterà il concetto di genericità come criterio per distinguere tra regole e principi. Si passerà poi alla valutazione di tutte le norme in base alle rispettive condizioni, sia per quanto riguarda l'(in)coerenza sia per quanto riguarda l'(in)completezza dei sistemi giuridici. Confutata la chiusura logica dei sistemi, si illustrerà il ruolo fondamentale della rappresentazione generica delle condotte da parte del sistema giuridico, come strumento per riferirsi (in maniera contingente) a tutte le condotte concepibili. Infine, si illustreranno i punti di forza e di debolezza della tesi dell'equivalenza pragmatica tra le non proibizioni e i permessi, in caso di silenzio del sistema. Anche per quanto riguarda questo punto la genericità sembra ricoprire un ruolo importante. L'ammissibilità di un'equivalenza pragmatica si tradurrà sempre nella regolazione più generica possibile, con implicazioni sulla (e relative spiegazioni della) *debolezza* dei permessi da questa risultanti.

The generic description of actions and states of affairs to which norms apply is particularly relevant for assessing the completeness or incompleteness, as well as the consistency or inconsistency, of legal systems. This paper intends to discuss the consequences of such genericity to these two central subjects of legal theory. The paper begins with the description of the general normative structure, mainly focused on the genericity of the antecedent. Subsequently, the main presupposed features of this property are explained and the concept of genericity is assessed as a criterion for the distinction between rules and principles. The evaluation of all norms through their conditions is then carried out both in what concerns (in)consistency and (in)completeness of legal systems. Upon refutation of the logical closure of normative systems, the crucial role of the generic description of actions by the legal system is highlighted as a tool for (contingently) covering all conceivable human actions. Lastly, the paper addresses the strengths and weaknesses of the thesis of pragmatic equivalence between non prohibitions and permissions *vis-à-vis* the silence of the legal system. The main conclusion is that genericity also seems to play an essential role in the latter topic. The acceptance of a pragmatic equivalence will necessarily lead to the higher possible level of genericity of the normative regulation, with implications to (and explanations of) the *weakness* of the permissions thereof.

KEYWORDS

Genericità, regole e principi, coerenza, lacune normative, permessi deboli e forti

Genericity, rules and principles, consistency, legal gaps, weak and strong permissions

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVII, 2017 / 1 (giugno) | pp. 275-327

Implicazioni derivanti dalla genericità sulla (in)coerenza e (in)completezza dei sistemi giuridici

PEDRO MONIZ LOPES

1. *Introduzione: l'antecedente normativo* – 2. *La genericità nell'antecedente normativo* – 3. *Genericità e distinzione tra regole e principi* – 4. *Implicazioni derivanti dalla genericità sulla (in)completezza e (in)coerenza dei sistemi giuridici* – 4.1. *Genericità e (in)coerenza dei sistemi giuridici* – 4.1.1. *Genericità ed espansione dell'ambito conflittuale delle norme* – 4.1.2. *Genericità e confutazione dei conflitti "alla luce dei fatti"* – 4.2. *Genericità e (in)completezza dei sistemi giuridici* – 4.2.1. *Tipologia di lacune dei sistemi giuridici* – 4.2.2. *Lacune normative, rilevanza e (in)completezza dei sistemi giuridici* – 4.2.3. *Necessità e contingenza nell'(in)completezza dei sistemi giuridici* – 4.2.4. *Norme di chiusura e (in)completezza dei sistemi giuridici* – 4.2.5. *La completezza del sistema giuridico portoghese* – 4.3. *La tesi della necessità logica della completezza e relativi equivoci* – 5. *La tesi dell'equivalenza pragmatica tra la non proibizione e il permesso: la forza dei permessi* – 5.1. *La teoria di Soeteman e Manero* – 5.2. *Tre critiche di Bulygin* – 5.2.1. *Argomento I: la gerarchia del sistema; replica: le lacune tecniche* – 5.2.2. *Argomento II: l'"aggregazione"; replica: la possibilità dell'equivalenza pragmatica* – 5.2.3. *Argomento III: proposizioni negative indefinite; replica: regolazioni generiche di grado massimo e la dimensione situazionale dei soggetti del sistema giuridico* – 5.3. *La graduazione della protezione dei permessi.*

1. *Introduzione: l'antecedente normativo*

In *Norm and Action*, von Wright afferma paradigmaticamente che le *condizioni di applicazione* delle norme corrispondono alle condizioni minime che devono essere soddisfatte qualora ci sia la possibilità di realizzare il contenuto di una norma (*norm-content*), ovvero la condotta o l'attività che è obbligatoria, permessa o proibita¹.

«Le condizioni di applicazione delle norme elementari sono semplicemente le condizioni per realizzare le corrispondenti condotte elementari. Si supponga che *p* descriva uno stato di cose. Si

* La base di questo articolo è un paper presentato nel XXII Seminario Luso-Hispano-Franco-Italiano di Teoria del Diritto, che si è svolto presso la Facoltà di Diritto dell'Università di Lisbona il 14 e il 15 giugno 2016. Uno speciale ringraziamento va a Giorgio Pino che, in qualità di commentatore, ha dato vita ad una discussione molto proficua. Ringrazio inoltre i commenti e le critiche di Rafael Hernández-Marín, Juan Ruiz Manero, Tecla Mazzarese, Josep Joan Moreso, Jordi Ferrer Beltrán, Luís Duarte d'Almeida, Juliano Maranhão, David Duarte e Sérgio Mascarenhas. Ovviamente, per quanto riguarda gli equivoci da me dimostrati, *sibi imputet*.

¹ VON WRIGHT 1963, 71 ss.; 74 ss.; ROSS 1968, 108. Nel testo si prenderanno in considerazione solo le norme regolative, mentre saranno tralasciate, in tutte le problematiche trattate, le norme costitutive. Su questa distinzione si veda, tra gli altri, BELTRÁN 2000, 123 ss.

prenda in considerazione un'occasione nella quale non è stato ottenuto né si è verificato tale stato di cose, indipendentemente dalle condotte. Ciò costituisce un'opportunità di realizzare o cessare di realizzare, attraverso la condotta, l'alterazione elementare descritta da $\sim pTp$. Realizzare tale alterazione può essere obbligatorio o permesso. Lasciare in sospeso la realizzazione di tale alterazione può essere allo stesso modo obbligatorio o permesso. Le espressioni simboliche per queste quattro prescrizioni elementari sono: $Od(\sim pTp)$, $Pd(\sim pTp)$, $Of(\sim pTp)$ e $Pf(\sim pTp)$ »².

Le norme operano in uno scenario di contingenza: l'obbligo implica la possibilità fattuale (*impossibile est nulla obligatio*). Ogni norma include un antecedente che rappresenta perlomeno un'opportunità di realizzare il contenuto del conseguente. Il conseguente, dal suo canto, non può essere inquadrato in un caso di *ça va de soi*³. Di conseguenza, l'aspetto categorico delle norme si manifesta solo a livello linguistico dell'enunciato normativo. L'enunciato (1) "bisogna sempre chiudere la porta" può essere definito (didatticamente) come categorico, anche se la condizione logicamente dipendente del conseguente non è qui implicata (ovvero, la porta è aperta e non si chiude da sola): in questo caso, la condizione della norma è data, come riferisce von Wright, con il suo stesso contenuto normativo⁴. L'enunciato può altresì essere caratterizzato (didatticamente) come *universale*: sebbene includa condizioni di applicazione che vanno a contraddire tale universalità di applicazione (come tutte le norme), tali condizioni sono strettamente funzionali al conseguente. Al contrario, l'enunciato (2) "bisogna sempre chiudere la porta quando piove" può essere (didatticamente) definito come ipotetico, dato che la norma include, in aggiunta alla condizione logicamente dipendente, una condizione logicamente indipendente dal conseguente, ovvero lo stato di cose "piove". La norma può essere caratterizzata (didatticamente) come occasionale semplicemente perché l'antecedente include condizioni che non sono logicamente collegate al conseguente.

Se non si considera la dimensione didattica, la visione *hard* della realtà normativa sostiene che tutte le norme sono per definizione (i) ipotetiche e (ii) occasionali. Sono (i) ipotetiche dato che includono necessariamente le condizioni di applicazione (anche se solo quelle logicamente presupposte per il conseguente); sono (ii) occasionali visto che la definizione stipulativa di tali condizioni implica *pari passu* la definizione di occasioni nelle quali, per la mancanza dell'opportunità di realizzare la condotta (inclusa nel *norm-content*), la norma non è operativa⁵.

Qualificare tutte le norme come ipotetiche richiede una descrizione sintetica dei

² VON WRIGHT 1963, 73.

³ Il contenuto delle norme giuridiche non può né essere aleticamente necessario (*die Menschen sollen sterben*), né fattualmente impossibile (*die Menschen sollen nicht sterben*). KELSEN 1979, 43-45; NINO 2003, 291.

⁴ VON WRIGHT 1963, 74.

⁵ Diversamente, per quanto riguarda i principi, ad esempio, MARTÍNEZ-ZORRILLA 2007, 81-84. Ammettendo norme categoriche come prescrizioni via un insieme vuoto di fatti, NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 179.

tre elementi dell'antecedente. Tutte le norme sono rivolte a soggetti (*addressees*): la localizzazione dei destinatari (elemento₁) è una derivazione necessaria della proposizione secondo la quale il diritto è una creazione dell'uomo rivolta all'uomo. Tutte le norme regolano le condotte (ovvero sono le ragioni alla base delle azioni): fanno pressione sulle *condotte umane* ipoteticamente descritte (elemento₂) nel loro antecedente⁶. Tutte le norme includono nell'antecedente condizioni obiettive o occasioni di applicazione (elemento₃), più precisamente quelle descritte da von Wright come, perlomeno, le *opportunità di realizzare il conseguente* o, nel caso di condizioni non logicamente collegate al conseguente, ogni stato di cose isolato come condizione per realizzare la condotta [ad es., "chiudere la porta se (è aperta e) sta piovendo"]⁷.

La caratteristica isolata per qualificare un comando deontico come una norma – fatta salva, ovviamente, la concezione kelseniana di norme individuali – è la definizione, nel contesto dell'emissione del comando, di una *classe aperta* suscettibile di variazioni logiche temporali⁸. Le norme sono generalizzazioni deontiche: si applicano a tutte le condotte z di tutti gli x ($\forall x$) ogni volta che si verifica y [$\forall x(y)$]. Più nello specifico, sono generalizzazioni deontiche soppressive, nel senso schaueriano. La generalizzazione nella creazione delle norme è un corollario del necessario deficit epistemico (*incomplete knowledge of states of affairs*) nel quale si trova l'autorità normativa al momento della positivizzazione normativa⁹. Nella qualificazione degli elementi dell'antecedente sorgono delle ambiguità relativamente a tale soppressione. È relativamente pacifico che le norme si applicano a *tutti* (*all, whole* = quantificazione universale) i singoli (da x_1 a x_n) che siano membri di x . Si può quindi affermare che si applicano a *qualsiasi* (*a, any*) condotta singola (da z_1 a z_n) che sia membro di z (una condotta o categoria di condotte descritte nell'antecedente), a condizione che si verifichi una *qualsiasi* (*a, any*) singola circostanza non specifica (da y_1 a y_n) che sia membro di y (un'occasione o una categoria di occasioni descritte nell'antecedente)¹⁰. Sussiste tuttavia una distinzione tra la generalità (*all, whole*) e la genericità (*a, any*).

⁶ Sulle ragioni per l'azione, RAZ 1999, 15-48. Su questa «*pressure of rules*» (senza fare distinzione tra *regole* e *principi*), SCHAUER 1991, 2-5. La pressione normativa esercitata dalle norme non può incidere esclusivamente sugli stati di cose, reale o ideale, inerte (ad es. su oggetti o su altre norme). Anche le norme di definizione semantica o le norme abrogative includono nel loro antecedente una condotta umana (rispettivamente, interpretare enunciati normativi o applicare norme giuridiche).

⁷ Sui tre elementi nella rappresentazione dell'antecedente, VON WRIGHT 1963, 70 ss.; ROSS 1968, 107 ss.

⁸ La definizione classica è quella di ROSS 1968, 109 ss. È tuttavia necessario considerare che l'interesse di Ross era rivolto principalmente ai destinatari.

⁹ HART 1994, 128 ss.; ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 61; BELTRÁN, RATTI 2012, 13. Relativamente alla generalizzazione soppressiva, SCHAUER 1991, 39.

¹⁰ SCHAUER 1991, 18 ss. Nella generalizzazione soppressiva inerente alla norma giace, ovviamente, la radice delle conosciute sopra-inclusività e sub-inclusività.

2. La genericità nell'antecedente normativo

Nell'interpretazione degli enunciati, tanto descrittivi quanto prescrittivi, possono essere predicate varie proprietà (ad es. vaghezza, struttura aperta, genericità)¹¹. La vaghezza è un predicato delle parole; la genericità è un predicato degli enunciati. La co-esistenza di entrambe in un enunciato è contingente. Le asserzioni vaghe sono asserzioni il cui grado di verificabilità è ridotto, data l'incertezza semantica implicita nelle parole¹². Diversamente, le asserzioni generiche non includono necessariamente un grado di verificabilità ridotto. Sono asserzioni che sono frequentemente vere o frequentemente false, sebbene tale verità o falsità sia relativamente banale. Si può pensare all'asserzione generica, presuntivamente vera, “uno (= qualsiasi) svedese è alto”, nonostante le singole asserzioni “Sven non è alto” e “Sven è svedese” siano anch'esse vere. Le asserzioni generiche non esprimono una quantificazione universale¹³. In tal senso, sono più simili al *default reasoning*¹⁴.

Si pensi a l'ordine “insegna un trucchetto al cane”¹⁵. La genericità non risulta dalla vaghezza della parola *trucchetto*, si evince dall'articolo indefinito “un” (= qualsiasi). La genericità è solitamente (ma non esclusivamente) riscontrata tramite l'uso di articoli indefiniti come “un”, partitivi come “di” o pronomi indefiniti come “qualsiasi”. Qualsiasi attività che deve essere specificata dall'emittente dell'atto di parola e che sia inclusa nello spettro semanticamente vago della parola “trucchetto” è indifferente per l'emittente. Implicando una minore verificabilità, la vaghezza rende l'enunciato relativamente incerto per quanto riguarda le sue condizioni o l'ambito del conseguente. D'altro canto, la genericità implica l'ammissione di un grado ridotto di informazione significativa tradotta dall'enunciato. Ad esempio, nell'ambito del discorso prescrittivo, si può pensare alla prescrizione presuntivamente applicabile, relativa ad un dato sistema giuridico (SG) “una (= qualsiasi) promessa deve essere mantenuta”, nonostante la prescrizione “una promessa può non essere mantenuta per salvare una vita” sia anch'essa valida in questo SG. Enunciati come “una promessa deve essere mantenuta” non ci dicono molto sulle condizioni alle quali le promesse devono essere mantenute. Semplicemente prescrive che, *per difetto*, le promesse devono essere mantenute (ovvero, “una promessa deve essere mantenuta” non equivale alla ragione conclusiva “una promessa deve essere mantenuta *in ogni caso*”).

Nella misura in cui non si vanno a distinguere le specificità dei casi che richiedono la verità dell'asserzione, *la genericità descrive disgiuntamente tutte le*

¹¹ ENDICOTT 2000, 72 ss.; ASGEIRSSON 2012, 299 ss.; SCHAUER 2011, 4.

¹² Ad es., l'asserzione “tutti i cigni sono belli” necessita di un certo consenso sulla bellezza o sulla definizione dei paradigmi che ne stanno alla base.

¹³ COHEN 2002, 60 ss.; PINTORE 1982, 23. Si veda MONIZ LOPES, 2017.

¹⁴ KRIFKA 1987, 4 ss. In merito al *default reasoning*, MARANHÃO 2012, 84 ss.

¹⁵ Sull'esempio “insegna un gioco al bambino” si veda WITTGENSTEIN 1953, 230 ss.

realtà incluse nell'enunciato¹⁶. È rilevante notare che tale disgiunzione non è esclusiva ma *inclusiva*¹⁷. Nel discorso descrittivo, la verità di un enunciato con disgiunzione esclusiva (*aut, aut*) implica che una delle asserzioni disgiunte sia vera e che l'altra sia necessariamente falsa. Le affermazioni disgiunte non possono essere né tutte vere né tutte false: in caso contrario l'enunciato sarà falso. D'altro canto, la verità di un enunciato con disgiunzione inclusiva (*vel, vel*) implica che, perlomeno, una delle asserzioni disgiunte sia vera, anche se è ammissibile che entrambe siano vere, ovvero le asserzioni disgiunte possono essere vere, così come l'enunciato¹⁸.

La relazione di proporzionalità inversa tra il grado quantitativamente elevato e quello qualitativamente basso di informazione fornita da un'asserzione generica risulta ora più chiara. Nel discorso prescrittivo, le norme alle quali si predica un grado elevato di genericità nell'antecedente includono un basso grado di informazione qualitativa per una soluzione *all things considered* e *all norms considered* dei casi regolati dal SG. Diversamente, dato che la generalità implica la congiunzione, le norme alle quali si predica la generalità avranno un grado qualitativamente elevato di informazione per una soluzione *all things considered* e *all norms considered* dei casi regolati¹⁹. Ipotizzando che quest'ultime, caratterizzate da un basso grado di genericità, vadano a regolare condotte specifiche, ci saranno quindi altre condotte specifiche e/o stati di cose (occasioni) specifici, che rimarranno esclusi dall'antecedente e, di conseguenza, dall'effetto di condizionalità. Tanto maggiore sarà il grado di generalità di una norma_x, tanto maggiore sarà la qualità di informazione fornita al destinatario: *sussiste una relazione di proporzione diretta tra la generalità di una norma_x e l'informazione deontica per risolvere i casi*. Nella genericità, la relazione è proporzionalmente inversa: *tanto più generico sarà l'enunciato normativo, maggiore sarà la quantità, ma minore la qualità, di informazione fornita per risolvere il caso, all things considered, basandosi unicamente su quella norma*. Il potenziale per una soluzione definitiva *all things considered* di una determinata norma cresce perciò in una relazione proporzionalmente inversa al grado di genericità del suo enunciato²⁰.

¹⁶ COHEN 2002, 75 ss.; LUZATTI 2012, 7 ss.; Sulle ambiguità contestuali, HERNÁNDEZ MARÍN 2002, 195 ss.

¹⁷ JENNINGS, HARTLINE 2014.

¹⁸ A titolo di esempio, nel linguaggio naturale: (i) *disgiunzioni esclusive* come “R è portoghese o italiana” [R (P ∨ I)] significano R(P) o R(I), mai entrambe [ad es. R(P ∧ I) è falso]; (ii) *disgiunzioni inclusive* come “con voti così alti, o P studia o P è intelligente” includono la possibilità che (i) P studi e che non sia intelligente (essere vero) [P (E ∧ ¬I)], (ii) P non studi e che sia intelligente (essere vero) [P (¬E ∧ I)] e ancora che (iii) P studi e che sia intelligente (essere vero) [P (E ∧ I)].

¹⁹ LUZATTI 2012, 88 ss.

²⁰ Così, MONIZ LOPES, 2017.

3. *Genericità e distinzione tra regole e principi*

Si può dire che la genericità opera, in maniera particolarmente rilevante, come criterio solido per la formulazione delle categorie “principi” e “regole”. Come è noto, non si tratta di una distinzione pacifica. C’è chi ritiene che non ci siano ragioni valide per questa distinzione²¹. C’è chi sostiene la tesi debole: le differenze stanno solo nel grado²². C’è chi difende la tesi forte, fondando la distinzione sulle differenze qualitative²³. Una distinzione, debole o forte, può essere altresì tradizionalmente tracciata in funzione di un (i) criterio semantico – collegato al significato delle parole dell’enunciato –, (ii) pragmatico – centrato sull’uso di entrambe le categorie di norme nel discorso giuridico – o (iii) sintattico – legato agli elementi della struttura normativa e alle sue reazioni logiche.

Secondo il (i) criterio semantico, i principi sono norme espresse da enunciati con proprietà di vaghezza o struttura aperta: comprendono i *value-concept*²⁴. Tuttavia, è possibile concepire una norma consensualmente ritenuta una regola che sia formulata con parole vaghe²⁵; al contrario, le norme ritenute consensualmente dei principi possono dimostrare la vaghezza ridotta²⁶. Non sussiste relazione diretta tra l’ampiezza dello spettro semantico di una parola e la caratterizzazione della norma formulata come principio²⁷. L’incertezza linguistica sorge in merito all’interpretazione: non è collegata alla struttura o al comportamento delle norme. *Last but not least*, non si saprebbe mai quanto vaghe dovrebbero essere le parole di un enunciato per poter qualificarne il contenuto come principio²⁸.

Il criterio (ii) pragmatico deriva da due usi della distinzione concettuale nel discorso giuridico. Il primo è collegato al ruolo delle regole e dei principi nella ragione pratica: l’uso dei principi come *ragioni di primo ordine* o metanorme giustificative che sono alla base del conseguente delle regole (*ragioni di secondo ordine*)²⁹. Nel secondo, che corrisponde attualmente al criterio più diffuso, i principi sono usati come *norme defettibili* e *ragioni prima facie* che, al contrario delle regole, sono soggetti ad una condizione generale di ponderazione con le norme conflittuali. I principi prescrivono un certo effetto che può essere circostanzialmente

²¹ BROŽEK 2012, 224; MARANHÃO 2012, 79, 120 ss.

²² RAZ 1972, 834 ss.; PINO, 2011b, 89.

²³ DWORKIN 1978, 24; ALEXYS 2000, 295 ss.; SIECKMANN 2011, 28 ss.

²⁴ PINO 2011b, 97 ss.

²⁵ Ad es. “non è possibile far passeggiare il cane *vicino* alle aree di ristorazione”.

²⁶ Ad es. “*in dubio pro reo*”.

²⁷ AARNIO 1997, 180; GUASTINI 2008, 119 ss.

²⁸ Aggiunge che la struttura aperta è difficilmente quantificabile, trattandosi altresì di una proprietà disposizionale inevitabile del linguaggio (e quindi non operativa per una solida distinzione). Non è possibile anticipare un elenco chiuso di tutte le proprietà definitorie delle realtà denotate da un determinato concetto. CELANO 2012, 275.

²⁹ RAZ 1999, 187; LARENZ 1979, 26.

defettibile in caso di condizioni fattuali che presentano norme conflittuali, con effetto prevalente in una data ponderazione. I principali tratti distintivi possono essere sintetizzati nel quadro *infra*³⁰.

Regole (Rs)	Principi (Ps)
Rs sono comandi definitivi eccetto se: - invalidità di Rs: se Rs entrano in conflitto con norme superiori, in una relazione totale – totale, su <i>lex superior</i> - specialità/ eccezionalità di Rs: se R ₁ entra in conflitto con R ₂ , in una relazione totale-parziale, su <i>lex specialis</i>	Ps sono comandi di ottimizzazione <i>prima facie</i> che: - ordinano che \emptyset sia realizzato al massimo delle possibilità giuridiche e fattuali - si applicano gradualmente
Rs sono ragioni <i>necessarie e sufficienti</i> per l'azione	Ps sono ragioni <i>contributive</i> per l'azione
Rs sono legate a <i>casi facili</i>	Ps sono legati a <i>casi difficili</i>
R esigono qualcosa di <i>determinato</i>	Ps esigono qualcosa di <i>indeterminato</i>
La forma di applicazione di Rs è la <i>sussunzione</i>	La forma di applicazione di Ps è la <i>ponderazione</i>
Rs si applicano in modo <i>tutto-o-niente</i> , “come what may”	Ps si applicano <i>prima facie</i> oggetti a Ps conflittuali

La defettibilità è una proprietà disposizionale usata per descrivere la sensibilità di tutte le norme, *regole e principi*, al contesto fattuale e giuridico³¹. Il carattere definitivo di una norma è soggetto alla blindatura dell'antecedente che, nella migliore delle ipotesi, può essere ottenuta solo attraverso la proposizione epistemica nei cui termini nessuna norma conflittuale, il cui antecedente è sorto in virtù delle proprietà del caso, debba prevalere sull'effetto della norma_x nel caso_y. Il contesto fattuale che circostanza l'applicazione di una data norma può variare e le proprietà rilevanti del caso possono portare a norme conflittuali del SG. Da questa prospettiva, le regole non possono mai essere caratterizzate astrattamente come comandi definitivi perché *nessuna norma determina, da sé, le proprie condizioni di applicazione all things considered*³².

L'attività di ponderare presuppone un conflitto normativo³³. Ammettere che, per ora, un caso corrisponde alla questione dello status deontico di una determinata azione in un determinato stato di cose, non è – data la sensibilità al contesto

³⁰ ALEXY 2014, 512; ALEXY 2000, 300 ss.; SIECKMANN 2011a, 29; PINO 2011b, 86.

³¹ HART 1949, 171 ss.; D'ALMEIDA 2015, 8 ss.; BROZEK 2012, 214 ss.

³² HART 1983, 106. Sull'applicazione interna e esterna delle norme, PINO 2011a, 819 ss.

³³ Ponderare implica soddisfare il contenuto di una norma a costo di un'altra, VON WRIGHT 1997, 429 ss.; MARTÍNEZ ZORRILLA 2007, III ss.

fattuale e giuridico di tutte le norme – una verità necessaria secondo la quale i casi che mettono in moto l’effetto di un principio creino necessariamente un conflitto normativo. In secondo luogo, si noti che sono stati fatti esempi molto persuasivi della necessità di ponderare le regole, pur definite secondo i principali criteri pragmatici. Al contrario da quanto sostenuto da von Wright³⁴, non esiste nulla che impedisca la co-esistenza, in un determinato insieme, di norme (anche regole) che impongano e proibiscano una determinata condotta in un determinato stato di cose, per il semplice fatto che nulla impedisce che un’autorità normativa imponga e proibisca una determinata condotta. Sebbene i principi entrino più frequentemente in conflitto rispetto alle regole, è possibile argomentare che l’ottimizzazione (patrimonio esclusivo dei principi nel pensiero alexyano) deriva semplicemente dall’istanziamento dell’antecedente e dell’azionamento del conseguente di qualsiasi norma conflittuale. Qualsiasi norma, regola o principio è pertanto astrattamente soggetto a tali *comandi di ottimizzazione*, in particolare nel caso di conflitti del modello parziale-parziale. Il fatto che tale modello conflittuale sia più frequentemente illustrato da principi è una questione puramente statistica. A tal scopo, l’illustrazione classica è quella del classico caso del *semaforo rosso davanti alla Questura*³⁵.

(i) Si supponga l’enunciato₁ è *proibito guidare quando il semaforo è rosso* dove si formula la norma “per tutti i x , caso ci sia un’opportunità di a nelle circostanze b , allora [proibito a]” descritta logicamente da $[\forall x] [xa \wedge xb \Rightarrow F xa]$ o $[\forall x] [xa \wedge xb \Rightarrow O \neg xa]$. Ora si supponga l’enunciato₂ è *obbligatorio circolare davanti alle questure*, dove si formula la norma “per tutti i x , caso ci sia un’opportunità di $[a]$ nelle circostanze c , allora [obbligatorio a]”, descritta logicamente da $[\forall x] [xa \wedge xc \Rightarrow O xa]$ o $[\forall x] [xa \wedge xc \Rightarrow F \neg xa]$.

(ii) Se si ipotizza il contesto fattuale_x [(a) un guidatore, (b) davanti ad un semaforo rosso (c) vicino ad una questura] le due norme conflittuali hanno avuto istanza. $[\forall x] [xa \wedge xb \Rightarrow F xa] \perp [\forall x] [xa \wedge xc \Rightarrow O xa]$. Si tratta di un conflitto *prima facie* insolubile del modello parziale-parziale che, nella mancanza di norme di conflitti applicabili che lo risolvano, suscita la necessità di ponderarlo.

Secondo il (iii) criterio sintattico di distinzione, i principi denotano una *struttura*

³⁴ VON WRIGHT 1963, 48.

³⁵ Ross ha sviluppato i conflitti del modello parziale-parziale che sfuggono all’applicabilità delle norme di conflitti e suscitano ponderazioni, ovvero conflitti nei quali *lex specialis* sorge ma determina la prevalenza di entrambe le norme conflittuali, causando conflitti di secondo grado *prima facie* irrisolvibili. ROSS 1958, 158 ss. Si veda ALCHOURRÓN 1991, 423 ss.; PECZENIK 1989, 66 ss.; RODRÍGUEZ 1995, 371 ss. È possibile vedere un esempio distintivo in MANERO 2005, 107.

logica diversa dalle regole³⁶. Raz ha esaustivamente sostenuto che le regole regolano condotte relativamente specifiche e i principi regolano condotte altamente specifiche³⁷. Per Raz, una condotta è altamente aspecifica se questa può essere realizzata in occasioni distinte attraverso la realizzazione di molte singole condotte in ogni occasione (ad. es., *aumentare la produttività o comportarsi in maniera irragionevole*)³⁸. *Aggredire, rapinare, violentare* sono condotte relativamente specifiche. Al contrario, una condotta è più specifica nella misura in cui ci sia solo un numero ridotto di singole condotte la cui realizzazione implica la realizzazione di tale condotta: *fumare* è una condotta altamente specifica realizzata dal fumare una sigaretta, una pipa o un sigaro.

Come von Wright, Raz sostiene che, dato che condotte altamente specifiche possono essere realizzate attraverso la realizzazione, in diverse occasioni, di una varietà di condotte più specifiche, le opportunità per realizzare tali condotte includono le opportunità per realizzare le condotte più specifiche. Gli antecedenti di norme che includono condotte aspecifiche si sovrappongono agli antecedenti delle norme che includono condotte più specifiche in una relazione totale-parziale³⁹. Così:

Si osservino le due norme *prima facie* considerate regole:

(i) Dall'enunciato₁ è *proibito fumare* è formulata la norma₁ “per tutti gli *x*, se c'è un'opportunità di *a*, allora [*proibito a*]”, descritta logicamente da $[\forall x] [xa \Rightarrow F xa]$ o $[\forall x] [xa \Rightarrow O \neg xa]$. La norma₁ può essere caratterizzata didatticamente come universale: non include altre condizioni oltre all'opportunità di realizzare l'azione descritta.

(ii) Dall'enunciato₂ è *proibito fumare in spazi chiusi* è formulata la norma₂ “per tutti gli *x*, se c'è un'opportunità di *a* nelle circostanze *b*, allora [*proibito a*]”, descritta logicamente da $[\forall x] [xa \wedge xb \Rightarrow F xa]$. La norma₂ può essere caratterizzata didatticamente come ipotetica: include altre condizioni oltre all'opportunità per realizzare l'azione descritta.

Si osservino le due norme *prima facie* considerati principi:

³⁶ Ammettendo che è possibile formulare principi impliciti tramite la generalizzazione degli antecedenti e l'induzione dei conseguenti di regole secondo l'identica modalizzazione deontica, diventa irrilevante per la struttura logica sapere se un principio è stato positivizzato attraverso un atto giuridico o formulato a partire da regole facenti parte di atti giuridici e soggetti alla validità consuetudinaria. ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 130 ss.; GUASTINI 1999, 155 ss.; RATTI 2013, 173.

³⁷ RAZ 1972, 836-838; PINO 2008, 289 ss.; ATIENZA, MANERO 2012, 252; LUZZATTI 2012, 35 ss. Si noti che Raz sostiene la tesi della distinzione debole. Ciò si deduce dal criterio raziano di isolare condotte relativamente specifiche e altamente aspecifiche. Nella sua prospettiva, non esiste una linea chiara per distinguere tra condotte specifiche e aspecifiche.

³⁸ Gli esempi dati da Raz possono creare dei dubbi sul criterio di distinzione. In realtà, sono casi di coesistenza di vaghezza (*comportarsi in maniera irragionevole*) e genericità (*comportarsi in maniera irragionevole*).

³⁹ RAZ 1972, 838 ss.

(iii) Dall'enunciato₃ *i cittadini hanno libertà d'espressione* è formulata la norma₃ “per tutti gli x , se c'è un'opportunità di c , allora [permesso c]”, descritto logicamente da $[\forall x] [xc_1 \vee xc_n \Rightarrow P xc]$. $[xc_1 \vee xc_n]$ include $[xc_1 \vee xc_2 \vee xc_3 \vee xc_n]$ nella quale (xc_1) = cantare una canzone; (xb_2) = dipingere un quadro ad olio; (xb_3) = scrivere una poesia. La norma₄ può essere caratterizzata didatticamente come universale;

(iv) Dall'enunciato₄ *canali televisivi privati con le dovute autorizzazioni possono esprimere liberamente opinioni politiche* è formulata la norma₄ “per tutti gli x , se c'è un'opportunità di d nelle circostanze e , allora [permesso d]”, descritta logicamente da $[\forall x] [(xd_1 \vee xd_n) \wedge xe \Rightarrow P xd]$. $[xd_1 \vee xd_n]$ include $[xd_1 \vee xd_2 \vee xd_3 \vee xd_n]$ dove (xd_1) = criticare il governo; (xd_2) = appoggiare candidati politici; (xd_3) = informare selettivamente sui comizi politici; (xe) = con le dovute autorizzazioni. La norma₄ è ipotetica: include altre condizioni oltre all'opportunità per realizzare l'azione descritta⁴⁰.

Nel discorso descrittivo, la disgiunzione inclusiva di asserzioni (*vel, vel*) permette di essere la realtà dove entrambe le asserzioni disgiunte possono essere vere, così come l'enunciato. Nel discorso prescrittivo, la disgiunzione inclusiva permette di essere il diritto dove le condotte specifiche disgiunte possano azionare indifferente-mente il conseguente⁴¹. Se la disgiunzione fosse esclusiva, la struttura dell'antecedente dei principi (come disgiunzione di condizioni) non avrebbe senso: l'antecedente non sarebbe coestensivo al conseguente. In aggiunta, tale descrizione non rispetterebbe i criteri per l'individuazione normativa⁴². L'omissione dell'inclusività della disgiunzione porterebbe a descrivere un principio come varie norme, tante quante le condizioni disgiunte. La genericità è quindi un predicato delle norme applicabili in condizioni di condotte ipotetiche disgiuntive, rappresentate anche nell'antecedente. Ogni condizione disgiunta è sufficiente per azionare il conseguente, fornendo la soluzione *prima facie* del caso (ovvero, soggetta a condizioni negative di norme conflittuali azionate dalle proprietà rilevanti del caso)⁴³.

Naturalmente, si potrà affermare che tale costruzione presuppone un criterio solido per individuare l'azione⁴⁴. Ci interessa sapere se gli enunciati⁴⁵ descrivono una categoria di condotte (e l'indifferenza applicata) o condotte la cui realizzazione può variare solo in base alle proprietà differenzianti, nello specifico, strumenti, obiettivi o stile. Di conseguenza, con Raz si può dire che fumare è una condotta la cui realizzazione può includere proprietà differenzianti (sigari o pipe),

⁴⁰ Non è per il fatto che contiene una condizione logicamente non correlata al conseguente che norma₄ smette di essere un principio. Diversamente, affermando che i principi contengono nell'antecedente solo l'opportunità di realizzare il *norm-content*, MANERO 2005, 121.

⁴¹ Si usa l'espressione *essere il diritto* come inteso da RAZ 1979, 70 ss.

⁴² RAZ 1970, 70-92.

⁴³ In senso prossimo, DUARTE 2012, 55.

⁴⁴ O' CONNOR 2000, 52-55 e 61; GONZALEZ LAGIER 2013, 42 ss.; HOLTON 2009, 12 ss.

⁴⁵ Si deve perciò tenere presente l'apparato concettuale usato negli enunciati di un determinato SG.

soppresse nella generalizzazione necessarie per la creazione dell'enunciato normativo. Distinte sono condotte generiche (espressione di opinioni politiche o sviluppo della personalità) che includono condotte specifiche autonome la cui realizzazione implica la realizzazione delle prime e la distinzione tra quelle e queste trascende le proprietà differenzianti, gli strumenti, gli obiettivi e lo stile⁴⁶.

4. Implicazioni derivanti dalla genericità sulla (in)completezza e (in)coerenza dei sistemi giuridici

Completezza e coerenza sono proprietà che si predicano a insiemi di norme (= SG), ovvero contenuti semantici nel momento post-interpretativo degli enunciati che compongono il *Masterbook* di tale SG⁴⁷. In sintesi, l'espressione "completezza normativa" denota la situazione nella quale esiste una conseguenza giuridica, data dal SG, per tutto l'insieme di casi rilevanti. L'espressione "coerenza normativa" denota la situazione nella quale nessun insieme di casi considerati rilevanti dal SG è correlato alle conseguenze normative incompatibili⁴⁸. Nel calcolo delle variabili, sorgono inizialmente otto ipotesi: un dato SG è (i) necessariamente completo e coerente; (ii) necessariamente incompleto e coerente; (iii) necessariamente completo e incoerente; (iv) contingentemente completo e coerente; (v) necessariamente completo e contingentemente coerente; (vi) necessariamente incompleto e contingentemente coerente; (vii) contingentemente completo e necessariamente coerente; (viii) contingentemente completo e necessariamente incoerente⁴⁹.

4.1. Genericità e (in)coerenza dei sistemi giuridici

Si ha incoerenza normativa quando due norme attribuiscono allo stesso caso soluzioni incompatibili, ovvero quando il SG correla un caso a una o più soluzioni, in modo tale che, congiungendo le soluzioni, si va a costituire una contraddizione

⁴⁶ Si veda MONIZ LOPES, 2017.

⁴⁷ RATTI 2013, 203. Relativamente al concetto di *Masterbook*, le cui interpretazioni alternative creano diversi SG (o *Master Systems*), si veda ALCHOURRÓN 2012, 44 ss.

⁴⁸ RATTI 2014, 307. Come si è già visto, la completezza presuppone una rilevanza giuridica di tutte le condotte, quindi la preposizione della completezza dell'ordinamento toglie la ragion d'essere alla summenzionata espressione "casi considerati rilevanti dall'ordinamento" relativa alla consistenza. In un'altra formulazione, un sistema normativo è: (ia) incompleto se e solo se contiene perlomeno una lacuna normativa; (ib) completo se e solo se non comporta lacune normative; (iia) inconsistente se e solo se due o più soluzioni incompatibili sono correlate ad almeno un caso; (iib) consistente se e solo se nessuno dei casi regolati lo è in maniera incompatibili. NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 154.

⁴⁹ Tra tanti punti di vista, nel senso della necessaria completezza e consistenza, si veda KELSEN 1960, 274 ss. Nel senso della necessaria completezza e contingente consistenza, si veda SOETEMAN 1997, 326, 331. Nel senso della contingente completezza e consistenza, si veda BULYGIN 2013, 352 ss.

normativa che a sua volta genera un conflitto⁵⁰. Si adotta il concetto comprensivo di contraddizione normativa che, diversamente dal concetto classico di conflitto normativo, evidenzia la rilevanza dell'antecedente (ovvero, la sovrapposizione o dipendenza logica di destinatari, condotta ipotetica e occasione) e, simultaneamente, ammette la contraddizione tra norme obbligatorie e norme permissive. La contraddizione normativa si verifica quindi nella

«impossibilità logica che un destinatario soddisfi simultaneamente il contenuto deontico di qualsiasi norma obbligatoria congiuntamente ad il contenuto di qualsiasi norma permissiva di un sistema normativo positivizzato da una determinata autorità e in relazione ad una data occasione»⁵¹.

Come si vede, il concetto indica come condizioni necessarie per un conflitto la sovrapposizione di antecedenti – in una relazione totale – totale, totale – parziale o parziale-parziale –, ovvero (i) sovrapposizione (o identità) di categorie di destinatari; (ii) relativamente a condotte ipotetiche logicamente dipendenti (ovvero, logicamente implicate o logicamente escludenti) e (iii) sovrapposizione (o identità) di categorie di occasioni (ovvero, stati di cose)⁵².

A titolo preliminare, ci sono buone ragioni per presumere che l'incoerenza sia una proprietà di tutti i SG moderni. Ciò è dovuto alla proliferazione delle autorità normative, dei destinatari e, in particolare, alla genericità degli stati di cose e delle condotte normativamente regolate dal SG. La coerenza è un ideale razionale che difficilmente può essere realizzato completamente, a causa dell'incapacità dell'autorità normativa di anticipare tutte le combinazioni di proprietà che i casi possono presentare (una *ignorance of fact* alla quale si aggiunge una *indeterminacy of aim*)⁵³. Al di fuori delle visioni "coerentiste" – poco fedeli alla differenziazione tra il *diritto che è* ed il *diritto che dev'essere* – l'incoerenza dei moderni SG sembra un'evidenza empirica: i SG sono un prodotto dell'uomo e non della ragione. La necessità, per evitare una situazione di *non liquet*, di ponderare i principi (o anche le regole) in qualsiasi SG moderno è la prova evidente di tale asserzione. È ovvio che tale evidenza non stia a significare che la coerenza sia una *proprietà necessaria* di tutti i SG. In tale misura, sembra ammissibile l'alternativa della coerenza come

⁵⁰ NINO 2003, 273. Il concetto di *consistenza normativa* deve essere distinto dal concetto di *coerenza normativa*. Si veda MACCORMICK 1984, 235 ss.

⁵¹ NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 178. Come è noto, il concetto classico di conflitto non prendeva in considerazione l'antecedente normativo e la possibilità di conflitto tra le norme obbligatorie e permissive (VON WRIGHT 1963, 144). Il fatto che il conflitto tra le norme sia *post-interpretativo* implica che siano già state utilizzate tutte le tecniche interpretative disponibili nel sistema per evitarlo (ad esempio, interpretazione restrittiva della rappresentazione della condotta, prevista in una delle norme in conflitto).

⁵² Relativamente alla sovrapposizione dell'antecedente, si veda ROSS 1958, 158 ss.; ELHAG et al. 1999, 35 ss.

⁵³ MANERO 2005, 107.

proprietà contingente dei SG. L'analisi dei SG coerenti è tuttavia poco rilevante: interessa scenari puramente accademici e, molto probabilmente, SG che, pur non essendo logicamente impossibili, saranno ineffettivi.

Il concetto di incoerenza normativa che qui si adotta è ben più ampio che quello comune. Anche nel caso di SG estremamente rudimentali, è necessario che esso includa due norme in modalità di proibizione o imposizione, anche nell'ipotesi teorica di includere solo un destinatario, per poter generare contraddizioni normative. Data la genericità degli stati di cose ai quali le norme si applicano, quando non si isolano le circostanze dell'occasione applicativa, coniugata con l'esistenza contingente dei principi (ovvero regolazioni di condotte generiche), tutto dipenderà dalla modalizzazione deontica e delle condotte regolate dal SG, in particolare dell'implicazione o esclusione logica che si verifica. Solo nell'ipotesi in cui il SG includa solo *una norma* e si applichi a solo *un destinatario*, la coerenza sarà una proprietà necessaria⁵⁴. Nella realtà, un SG che includa una norma e perlomeno due destinatari, sebbene sia coerente principalmente *in abstracto*, può generare incoerenze *in concreto*. Basta pensare ad un SG che includa una norma permissiva generale e, come destinatari, due soggetti: si capisce che l'esercizio del diritto generale della libertà di uno include logicamente, in una delle sue multiple alternative di condotta (o occasioni rappresentate), il permesso della sottrazione fattuale della possibilità di esercizio del diritto generale della libertà di un altro, così come della protezione derivante⁵⁵. In alternativa, si pensi ad un SG che includa solamente N_1 "è permessa la libertà di espressione artistica" e N_2 "è proibito danneggiare la proprietà altrui": non è escluso il caso di un soggetto che si esprima con graffiti su proprietà altrui.

Le ipotesi sono innumerevoli. A questo punto, ciò che conta è sottolineare che la coerenza del SG deve prendere in considerazione le occasioni generiche alle quali le norme si applicano, non focalizzandosi solo sull'analisi delle condotte ipotetiche descritte nell'antecedente normativo (e alla relazione dell'implicazione materiale o esclusione logica tra queste). Alla luce di tale asserzione, sarebbe fuorviante intendere che determinate norme entrano in conflitto *vis-à-vis* determinati fatti e sono invece perfettamente coerenti in relazione ad altre circostanze. La questione è più chiara se vista partendo dalla contrapposizione tra principi e regole,

⁵⁴ Alcuni autori difendono l'esistenza di conflitti concreti dipendenti esclusivamente dalle variabili empiriche. È il caso dei cosiddetti «conflitti di istanziazione» che possono essere visti in RODRÍGUEZ 2002, 99 ss., sostenuti anche da MARTINEZ-ZORRILLA 2007, p. 136 e pp. 142 ss. I *conflitti di istanziazione* sono conflitti risultanti dall'impossibilità empirica, teoricamente non derivanti da un'inconsistenza del sistema normativo, di realizzare le condotte determinate da *solo una norma* dell'ordinamento giuridico [ad es., l'impossibilità che un debitore riesca, a causa di problemi finanziari, a far fronte a due debiti distinti (un debito relativo ad un contratto di compravendita stipulato con un soggetto e un debito relativo ad un contratto di affitto stipulato con un altro soggetto), relativamente alla norma *pacta sunt servanda*]. È tuttavia dubbio se il conflitto non si presenterà, al contrario, tra due norme di decisione derivanti da un'unica norma applicabile.

⁵⁵ Si tornerà *infra* ai *permessi protetti*.

evidenziando, relativamente ai primi, la genericità della condotta e dell'occasione applicativa e, relativamente ai secondi, solo la genericità dell'occasione applicativa.

4.1.1. *Genericità ed espansione dell'ambito conflittuale delle norme*

Si è già detto che la realizzazione delle condotte è logicamente dipendente dagli stati di cose che la permettano. Tuttavia, anche le condotte possono essere logicamente (in)dipendenti da altre condotte. La dipendenza logica sorge quando la realizzazione di una condotta implica materialmente o esclude logicamente la realizzazione di un'altra. Due condotte sono quindi logicamente indipendenti quando sono compatibili, ovvero se e solo se la realizzazione simultanea di entrambe è logicamente possibile. Questa dipendenza è solitamente descritta con il *principio logico dell'obbligo*, secondo il quale è obbligatorio, alla prescrizione x , realizzare tutte le condotte logicamente necessarie per soddisfare tutti gli obblighi derivanti da x ⁵⁶. L'imposizione e il permesso di realizzare una condotta implicano (*prima facie*) l'obbligo e il permesso di realizzare tutte le necessarie conseguenze logiche di tale condotta⁵⁷. A titolo di esempio:

(i) La norma₁ impone x e la norma₂ proibisce y (ovvero, impone $\neg y$) e realizzare y è necessario (implicato) per realizzare x (*ad es.* $x = \text{pagare le tasse}$ e $y = \text{essere titolare del diritto di proprietà}$). Il principio dell'obbligo non è operativo relativamente alle proibizioni: la norma₁ proibisce x (ovvero impone $\neg x$) e la norma₂ permette y e la realizzazione di y è necessaria (implicata) per realizzare x (*ad es.*, $x = \text{volare}$ e $y = \text{muoversi}$).

(ii) Ora si supponga che la norma₁ imponga x e la norma₂ imponga y e la realizzazione simultanea di x e y è fattualmente impossibile, *ad es.*, $x = \text{ballare}$ e $y = \text{rimanere fermo}$. Si ha un'esclusione logica. E si supponga che la norma₁ imponga x e la norma₂ permetta y (ovvero imponga y o $\neg y$) e la realizzazione simultanea di x e y sia fattualmente impossibile, ovvero, $x = \text{volare}$ e $y = \text{rimanere fermo}$. Si verifica un'esclusione identica.

(iii) L'esclusione non si verifica invece tra due norme permissive. Si supponga che la norma₁ permetta x (ovvero imponga x o $\neg x$) e la norma₂ permetta y (ovvero imponga y o $\neg y$) e la realizzazione simultanea di x e y è fattualmente impossibile, *ad es.*, $x = \text{ballare}$ e $y = \text{rimanere fermo}$. Le norme permissive suscitano giudizi discrezionali da parte dei destinatari, tramite i quali tanto x , $\neg x$, y e $\neg y$ soddisfano le norme applicabili. Infine, l'esclusione non si verifica neanche quando la norma₁ impone x e la norma₂ permette y e la realizzazione simultanea della condotta è fattualmente possibile. Ciò avviene, ad esempio, quando $x = \text{cantare}$ e $y = \text{ballare}$.

⁵⁶ ALCHOURRÓN, BULYGIN 1991, 159; MARTÍNEZ ZORRILLA 2007, 114.

⁵⁷ Tale principio logico non è, però, valido per la proibizione. MARTÍNEZ ZORRILLA 2007, 114.

Si può dire che la genericità della succitata condotta ipotetica rappresentata nell'antecedente costituisce la spiegazione del fatto che i principi, al contrario delle regole, si applicano secondo determinati gradi, favorendo la possibilità di un'armonizzazione in uno scenario conflittuale. Infatti, viene chiarito, per la genericità della condotta, il motivo per il quale i principi, al contrario delle regole, sono norme di applicazione graduale. La risposta risiede nelle condotte specifiche e stati di cose (che forniscono l'opportunità per tali condotte) regolati da regole che escludono condotte regolate da regole conflittuali⁵⁸. Nel caso *semafori rossi davanti alla Questura*, è impossibile soddisfare il contenuto della regola₁ e simultaneamente soddisfare il contenuto della regola₂. Le condotte sono mutuamente escludenti perché sono logicamente dipendenti. Ciò non si verifica solitamente con principi conflittuali. Con frequenza, *una certa condotta specifica* coperta dalla condotta generica descritta nell'antecedente del principio₁, è logicamente compatibile con *una certa condotta specifica* coperta dalla condotta generica descritta nell'antecedente del principio₂, conflittuale. Ad esempio, è possibile che un soggetto si esprima senza offendere altri, soddisfacendo il permesso insieme alla proibizione.

Prendendo in considerazione i due elementi rilevanti dell'antecedente (ovvero, *condotta e occasione*), si può concludere che la genericità permette la distinzione tra regole e principi unicamente quando predicata alla *condotta ipotetica descritta*⁵⁹. Quando è predicata all'occasione, la genericità non è criterio distintivo tra regole e principi: tutte le norme si applicano a stati di cose generici, sia che si tratti di *un qualsiasi stato di cose*, quando non esiste specificazione, sia che si tratti di *una qualsiasi categoria di stati di cose* (ovvero, ogni volta che piove)⁶⁰. Come indicato, le norme (didatticamente) occasionali si applicano quando a tale opportunità si aggiunge un determinato stato di cose descritto nell'antecedente. Includono condizioni obiettive che descrivono *qualunque* evento di una certa categoria, logicamente indipendente da una determinata condotta ipotetica. Ora, quando si pensa a norme (didatticamente) universali, la loro applicazione presuppone puramente e semplicemente stati di cose tali da permettere la realizzazione della condotta descritta nell'antecedente. La norma si applica a *qualunque* stato di cose nel quale sia possibile (ovvero, è indifferente lo stato di cose, purché la realizzazione della condotta

⁵⁸ Questa è la conclusione, con spiegazione distinta, di ALEXY 2000, 295 (sebbene, come affermato sopra, si intende che il raziocinio è entimematico).

⁵⁹ Evidentemente, la descrizione non specifica del terzo elemento (destinatario) non spiega il maggior potenziale del conflitto dei principi, quando contrapposto alle regole, non essendo un criterio per la distinzione.

⁶⁰ La descrizione obiettiva di una condotta generica come uno stato di cose presupposto dell'applicazione di una norma – ovvero, l'oggettivazione di una condotta generica – a titolo di condizione per la realizzazione di un'altra condotta non è anche esso criterio per la distinzione tra regole e principi, purché la seconda condotta non sia generica. Basta pensare nell'enunciato “le guardie devono incarcerare gli individui che si esprimono *liberamente*”. La condotta generica (*esprimersi liberamente*) è mera occasione per l'applicazione della norma. Si tratta di una regola.

sia possibile)⁶¹. Da qui si può dedurre che la genericità dell'occasione normativa cresce in proporzionalità diretta con la genericità della condotta ipotetica descritta nell'antecedente. Se tale condotta è generica (ovvero, descritta logicamente attraverso una disgiunzione inclusiva di condotte specifiche), le opportunità per la loro realizzazione si espandono proporzionalmente.

Quando si descrive uno stato di cose ipotetico di una norma (didatticamente) universale (“fumare è proibito”), la proibizione di fumare avviene in *qualunque circostanza*, purché ci sia un'opportunità per fumare (ovvero esista qualcosa di *fumabile a portata di mano*), eventualità che non è così frequente. Lo stesso succede relativamente alle norme non universali (“è proibito guidare davanti ai semafori rossi in qualsiasi circostanza, purché esista l'opportunità di guidare”). Quando si descrive un principio (didatticamente) universale (“è permessa la libertà d'espressione in *qualsiasi* circostanza, purché ci sia la possibilità che il soggetto si esprima”), l'occasione normativa avviene praticamente in qualsiasi momento⁶².

4.1.2. *Genericità e confutazione dei conflitti “alla luce dei fatti”*

La descrizione della genericità dello stato di cose, nell'antecedente delle norme, è fondamentale anche per confutare quelli che comunemente sono definiti *conflitti in virtù dei fatti*⁶³. Dato che i fatti non *estendono* gli antecedenti delle norme – i fatti sono *solo* fatti – i conflitti *in concreto* traducono il riflesso, concreto e pragmatico, dei conflitti già pre-esistenti a livello astratto e logico. Basta ripensare all'esempio *semaforo rosso davanti alla Questura*, che illustra un conflitto di regole. Tutte le condotte descritte nell'enunciato sono specifiche, tuttavia esiste un'indifferenza dello stato di cose nell'occasione applicativa di ciascuna di esse⁶⁴. L'omissione di riferimenti a stati di cose negli enunciati equivale pragmaticamente al riferimento a *qualsiasi stato di cose*. La norma₁ esprime una proibizione: guidare quando il semaforo è rosso in *qualsiasi stato di cose, anche se l'occasione sia essere davanti ad una Questura*. D'altro canto, la norma₂ esprime una imposizione: guidare (ovvero, far procedere l'automobile) davanti ad una Questura *in qualsiasi stato di cose, anche se l'occasione sia essere davanti ad un semaforo rosso*⁶⁵. I conflitti normativi sono

⁶¹ Si vedano gli esempi in ROSS 1968, 112 e GUASTINI 2011, 414.

⁶² Infine, principi (didatticamente) occasionali come “stazioni televisive private con le dovute autorizzazioni possono esprimere liberamente opinioni politiche” includono due condizioni: (i) una è specifica (essere titolare di un'autorizzazione); (ii) l'altra è generica (quando si ha l'opportunità di esprimere opinioni politiche). Purché la prima condizione sia soddisfatta, il principio occasionale si applicherà con una certa frequenza.

⁶³ Sostenendo che un sistema normativo può essere consistente *vis-à-vis* determinati fatti e inconsistente *vis-à-vis* altri fatti, ALCHOURRÓN 1991, 423-425. Con più cautela, riferendo che le norme consistente in astratto sono solo *apparentemente* consistenti, NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 179.

⁶⁴ LUZATTI 2012, 106.

⁶⁵ Così, MARTÍNEZ ZORRILLA 2011, 736.

conseguenze della sovrapposizione degli antecedenti con contraddizione logica del conseguente o dell'operatore deontico. Sono le proprietà logiche delle norme, non l'occorrenza dei casi che generano i conflitti normativi⁶⁶. Le norme *apparentemente coerenti* sono già in conflitto a livello astratto: non è necessaria l'imprudente (ma sempre possibile) collocazione di un semaforo davanti ad una Questura e la collocazione di un perplesso conduttore nella realtà dei fatti.

4.2. *Genericità e (in)completezza dei sistemi giuridici*

La questione dell'(in)completezza dei SG è un tema classico della teoria del diritto. Come in qualsiasi altro argomento, l'approccio alla tematica deve essere neutro: il lato più invitante della simmetria implicita nella completezza dei SG non deve oscurare l'obiettività dell'analisi⁶⁷. Si aggiunga che il fatto che un dato sistema includa norme che regolano la *condotta di integrazione delle lacune (gap-filling)* non implica in alcun modo l'incompletezza del sistema⁶⁸. Per quello che qui ci interessa, un'opportunità per integrare delle lacune presuppone la possibilità logica dell'esistenza delle lacune (questione previa). Non ci sarebbe nulla di strano nell'ipotesi che il SG – che è *man-made* – imponga obblighi impossibili (nulli per ineffettività *a priori*).

4.2.1. *Tipologia di lacune dei sistemi giuridici*

In un primo approccio, si possono considerare almeno quattro usi della parola *lacuna* nel discorso giuridico. Nelle (i) *lacune normative*, un caso non è toccato dall'antecedente di qualsiasi norma, non esistendo alcuna risposta normativa dell'ordinamento relativamente allo *status* deontico di una condotta e all'occasione nella quale può/deve/non deve essere realizzata (ovvero, vi è *silenzio del diritto*)⁶⁹. Nelle (ii) *lacune di riconoscimento* (o *truth-value gaps*), la lacuna si posiziona in una

⁶⁶ LINDAHL, REIDHAV 2015, 79 ss.; distintamente, relativamente ai principi, PECZENIK 1989, 67.

⁶⁷ RODRIGUEZ 2005, 127.

⁶⁸ Il SG portoghese comprende, ad esempio, la norma enunciata da *i casi non previsti dalla legge sono regolati secondo la norma applicabile ai casi analoghi* (par. 1 dell'articolo 10 del Codice civile portoghese). A tal riguardo due norme aggiuntive integrano il sistema portoghese: «Vi è analogia ogni volta che nel caso omesso procedono le ragioni giustificative della regolamentazione del caso previsto nella legge» (par. 2 articolo del Codice civile portoghese); «In mancanza di un caso analogo, la situazione è risolta secondo la norma che il proprio interprete andrebbe a creare, se dovesse legiferare all'interno dello spirito del sistema» (par. 2 dell'articolo 10 del Codice civile portoghese). L'azione di integrare lacune (*gap-filling*), in questo caso deonticamente imposte (*sono regolate = devono essere regolate*) presuppone condizioni che devono essere soddisfatte nel caso in cui ci sia un'opportunità per realizzare il contenuto di una norma [ovvero, (i) l'integrazione delle lacune presuppone l'esistenza delle stesse e (ii) l'integrazione delle lacune secondo la norma applicabile ai casi analoghi presuppone l'esistenza di casi analoghi].

⁶⁹ Richiamando l'attenzione sul fatto che il concetto di lacuna normativa è una variabile dipendente della concezione della norma, GUASTINI 2011, 407.

zona di incertezza giuridica pratica derivante, ad esempio, dall'inevitabile struttura aperta, da gradi di vaghezza o dalla polisemia del linguaggio ove il diritto si esprime (*the law speaks with uncertain voice*)⁷⁰. Le (iii) *lacune tecniche* si relazionano con l'inesistenza, all'interno di un SG, di norme la cui esistenza è condizione di applicazione di altre norme suscitate dal caso. Nelle lacune tecniche, il caso instanzia necessariamente l'antecedente di una norma: tuttavia, la sua applicabilità rimane pregiudicata dall'inesistenza di un'altra norma (qualificata come condizione di applicazione dell'antecedente)⁷¹. Infine, le (iv) *lacune assiologiche* descrivono il fenomeno nel quale, sebbene le proprietà di un caso giuridico sussumano sotto la previsione di una norma, la definizione dello *status* deontico della condotta è considerata inadeguata in virtù di un determinato modello (*ad es. modello assiologico*)⁷².

Come si è visto, la lacuna di riconoscimento è una mera questione di indeterminazione pratica derivante dai problemi di linguaggio del *Master Book*: Non si esprime relativamente alle *lacune propriamente dette*, fenomeno normativo del *Master System* (SJ) e, quindi, necessariamente post-interpretativo. D'altro canto, le lacune assiologiche e quelle normative sono, davanti ad un dato caso, mutuamente escludenti. Quando si verifica una soluzione inadeguata, alla luce del modello di rilevanza, significa che *esiste una soluzione* del SG: non vi è lacuna normativa. Se il SG non dà alcuna risposta ad un problema, esisterà una lacuna normativa e, necessariamente, non potrà esserci una lacuna assiologica. Già il concetto sulle lacune tecniche è relativamente condizionato, anche se non necessariamente, dalla problematica dell'(in)esistenza di lacune normative. Fa riferimento non alla *completezza* del SG ma alla *completezza dell'antecedente di una determinata norma* (ovvero, sapere se questo include la rappresentazione di tutte le condizioni per il conseguente)⁷³.

4.2.2. *Lacune normative, rilevanza e (in)completezza dei sistemi giuridici*

La problematica della completezza dell'ordinamento fa riferimento esclusivamente alle lacune normative. Alchourrón e Bulygin definiscono paradigmaticamente il concetto di lacuna normativa: un certo caso (generico, nella terminologia degli

⁷⁰ RAZ 1979, 72 ss. Anche Raz si rapporta all'indeterminazione dell'*intenzione*, ricordando il concetto hartiano di *indeterminacy of aim*, HART 1994, 128 ss. Le lacune di riconoscimento derivano dal fatto che non sia né vero né falso che il diritto esiga una ragione conclusiva per una condotta *p* e che non sia né vero né falso che il diritto non esiga una ragione conclusiva per una condotta *p*. RAZ 1979, 71. Corrispondono alle cosiddette *truth-value gaps*, NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 163. Va fatto notare che Raz integra altresì in tale concetto di lacune i conflitti non risolti da norme conflittuali del sistema (*unresolved conflicts*). Qui il diritto non parla più di *una voce incerta* ma piuttosto di *troppe voci* (*contraddittorie*).

⁷¹ Negando le lacune tecniche *qua tale*, KELSEN 1960, 278; distintamente, GUASTINI 2011, 413 ss. Si veda CHIASSONI 2007, 230 ss.

⁷² ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 145 ss.

⁷³ Sembra ammissibile sostenere che la completezza del sistema giuridico non è una verità analitica e, anche così, sostenere l'impossibilità di lacune tecniche (o perlomeno in determinate circostanze).

autori) costituisce una lacuna di un determinato SG quando tale SG non correla il caso con nessuna qualifica normativa di una determinata condotta (ovvero con una soluzione)⁷⁴. Il concetto di caso, necessario per il rilevamento delle lacune normative, è dato da quattro concetti basilari: (i) Universo del Discorso (UD), (ii) Universo delle Proprietà (UP), (iii) Universo delle Azioni (UA) e (iv) Universo di Casi (UC). UD comprende l'insieme di tutti gli elementi (stati di cose) identificati da una determinata proprietà (la proprietà definitoria di UD). UP si definisce come l'insieme di proprietà che possono essere presenti o assenti nell'UD. Nella definizione di un problema normativo, è necessario osservare le circostanze che possono eventualmente essere presenti, identificate dalle proprietà di UD. Quindi, UD è collocato nella (i) classe di elementi nella quale è presente una determinata proprietà e nella (ii) classe nella quale essa è assente⁷⁵. Tutte le proprietà di UP definiscono – a condizione che esse non siano tautologiche o contraddittorie – un caso dove sorge il problema. Dal canto suo, UA corrisponde all'insieme (finito) di condotte basilari o elementari⁷⁶. UP e UA delimitano l'ambito del problema normativo, descritto come una questione sullo *status* deontico di determinate condotte – permesso, imposizione o proibizione –, in determinate occasioni, per cui qualsiasi variazione nell'UD o nell'UA implica un'alterazione del problema normativo⁷⁷. Infine, UC include un insieme infinito di variabili rispetto alle quali, in una determinata coniugazione concreta, si colloca il problema normativo⁷⁸.

Prendendo in considerazione tali concetti, per Alchourrón e Bulygin una lacuna normativa esiste solo quando, oltre al caso dell'UC che non è sussumibile sotto

⁷⁴ ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 30 ss., 49. Raz opera una distinzione basata sulla presupposizione secondo la quale se è il diritto è determinato agli occhi degli organi applicativi ufficiali, allora anche le lacune lo saranno. Distingue tra (i) lacune di giurisdizione (relazionate alle norme di competenza) e (ii) lacune normative (relazionate con le norme di condotta). Così, relativamente a (i), un sistema sarà completo in termini di giurisdizione se i loro organi applicativi ufficiali del diritto (Raz la restringe ai tribunali) hanno la competenza per decidere su tutte le questioni giuridiche (UC nella terminologia di Alchourrón, Bulygin); simmetricamente, il sistema sarà incompleto in termini di giurisdizione se gli organi applicativi ufficiali di diritto non hanno la competenza per decidere in merito a tutte le questioni giuridiche; relativamente a (ii), un sistema sarà completo se esiste una risposta completa per tutte le questioni giuridiche sulle quali vi è una giurisdizione degli organi applicativi ufficiali del diritto; simmetricamente, esisterà una lacuna normativa se una questione giuridica sulla quale hanno giurisdizione gli organi di applicazione ufficiale del diritto, non ha una risposta completa. Si veda Raz 1979, 70.

⁷⁵ ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 32-34; MARTÍNEZ-ZORRILLA 2007, 92 ss. NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 151.

⁷⁶ Naturalmente, in base al caso, la proprietà definitoria del caso può essere basilare, quando è legata ad azioni basilari o elementari, o complessa, quando è legata ad azioni complesse (ad es. composte da azioni basilari). Tutte le azioni non basilari sono composti variabili di azioni basilari.

⁷⁷ Tale asserzione spiega che la qualifica deontica di un'azione è sensibile alle variazioni del contesto che inquadra il problema (*sensitivity to variations in context*), tanto sul piano della variazione contestualizzatrice fattuale, quanto sul piano della variazione contestualizzatrice normativa. ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 32 s.; RODRÍGUEZ 2012, 89. La variazione di contesto normativo e fattuale può alterare lo status normativo di un'azione ma non lo altera, come è ovvio, in maniera necessaria: la variazione è dipendente dalla variabile della rilevanza normativa, che si deduce sempre dagli antecedenti delle norme integrate nell'insieme.

⁷⁸ ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 32 ss. e 52.

l'antecedente di una norma del sistema, si conclude che *il caso individuale presenti delle proprietà che, sebbene non costituiscano un insieme che sussume sotto l'insieme di proprietà disposte nell'antecedente di una norma del SG, appartiene all'UP considerato rilevante dal SG*. Di conseguenza, in Alchourrón e Bulygin, se un caso di UC non è sussumibile sotto l'antecedente di una norma del SG ma esso non presenta proprietà che appartengano all'UP considerato rilevante dal SG, allora si tratta di un caso giuridicamente irrilevante⁷⁹. Le lacune sono caratterizzate come casi definiti in funzione delle proprietà che, conformemente alle fonti ammesse come valide per la produzione del diritto, (i) hanno rilevanza normativa e (ii) non sono correlate a nessuna soluzione. In sintesi, per Alchourrón e Bulygin, vi è lacuna solo quando il diritto non regola un determinato caso (generico, nella terminologia degli autori) ma *intendeva* regolarlo o, perlomeno, dovrebbe averlo regolato⁸⁰. Senza entrare ora nella dimensione metafisica e nell'ermeneutica esistenziale dell'autorità normativa – con tutti i problemi implicati nel rilevamento di una *volizione* implicata – la principale discordanza con questa visione si materializza nella seguente questione: da dove risultano le proprietà rilevanti di un caso (ovvero l'UP di un SG) se non dagli antecedenti delle norme del SG?

La perplessità è visibile anche nel concetto di *lacuna assiologica* di Alchourrón e Bulygin. Tradizionalmente, si ritiene che un SG soddisfi il criterio di *adeguamento assiologico* dato da un'ipotesi di rilevanza se, e solo se, la rispettiva tesi di rilevanza coincida (ovvero, sia coestensiva) con l'ipotesi di rilevanza, alla luce di un determinato modello di rilevanza riferito come modello assiologico⁸¹. Questo ultimo *dover essere di rilevanza* delle proprietà dei casi generici, indicato anche come *rilevanza prescrittiva* (in un'ipotesi di rilevanza), è contrapposto all'*essere di rilevanza* delle proprietà dei casi generici, indicato anche come *rilevanza descrittiva* (in una tesi di rilevanza)⁸². La contrapposizione tra la rilevanza descrittiva e quella prescrittiva delle proprietà si dà, come si indica comunemente, nel contesto di un *modello opaco di rilevanza*⁸³. Così, una certa proprietà è *descrittivamente rilevante*, in relazione al SG se, e solo se: (i) una o più norme del SG menzionano tale proprietà e (ii) tale proprietà (x) e la sua proprietà complementare ($\neg x$) hanno *status* deontici distinti – ovvero se il SG correla le proprietà a distinte soluzioni normative. Tuttavia, la proprietà sarà *prescrittivamente rilevante* se tale proprietà (x) e la sua

⁷⁹ MANERO 2005, 105.

⁸⁰ Sul caso delle «vacanze della coppia scozzese» come un caso nel quale seria *naturale* pensare che il diritto non l'avrebbe regolato, ATRIA 2005, 69.

⁸¹ ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 157. Di conseguenza, anche relativamente ad una norma considerata individualmente si potrà dire che è assiologicamente adeguata quando tutte le proprietà rilevanti indicate nella previsione coincidano (ovvero siano coestensive) con le proprietà che, alla luce di un determinato modello di rilevanza, devono essere rilevanti in relazione ad un determinato caso.

⁸² Al contrario del modello descrittivo di rilevanza, il modello descrittivo risulta dalla descrizione delle proprietà contenuta nell'antecedente della norma presa in considerazione nella sua individuazione.

⁸³ RATTI 2013, 62 ss.

proprietà complementare ($\neg x$) dovessero meritare, anche se non lo abbiano, *status* deontici distinti, ovvero se si *proponga* l'estensione dell'UP di un SG⁸⁴. Alchourrón e Bulygin trattano quindi il modello ipotetico di rilevanza come necessariamente *esterno al contesto del diritto*. Nel *modello opaco di rilevanza* che difendono, sarebbe incoerente che il modello ipotetico di rilevanza delle proprietà di un caso concreto risultasse dal mondo del diritto, dato che è da questo che deriva la *tesi di rilevanza* quindi da esso non può derivare l'*ipotesi*.

Relativamente alle lacune normative, si comprenderà qui che, nella teoria di Alchourrón e Bulygin, sia possibile che un SG non vada a regolare una classe di casi (ovvero, le proprietà del caso non instanziano l'antecedente di nessuna norma del SG) ma, pur così, il caso ha proprietà dell'UP rilevanti per il SG⁸⁵. Tornando alle lacune assiologiche, la verità è che non c'è nulla di specificatamente assiologico nel modello di rilevanza che non possa essere riconvertito in normativo. La dimensione valoriale, nella scienza giuridica e fuori dal contesto della *critica legislativa*, è necessariamente ricondotta alle norme giuridiche, di regole o di principi⁸⁶. In tal senso, che lo si chiami assiologico o meno, non esiste fondamento per considerare tale modello come *esterno al diritto*. In un *rule-based e rule-guided reasoning*, un *modello di rilevanza giuridica* è necessariamente un *modello giuridico di rilevanza*⁸⁷. L'eventuale proposizione di un'*ipotesi di rilevanza* delle proprietà per la risoluzione di un caso è il prodotto di una *scoperta nel contesto del diritto*: essendo quindi una verità, esso vale anche per la conclusione inversa, particolarmente rilevante per la comprensione della defettibilità normativa: la conoscenza della rilevanza dei fatti è incompleta solo in virtù della *conoscenza incompleta del diritto*⁸⁸.

La contrapposizione tra la rilevanza *prescrittiva* e la rilevanza *descrittiva* delle proprietà si attenua, quindi, nel contesto di un diverso *modello trasparente di rilevanza*. In questo modello, dove non si concepiscono modelli prescrittivi di rilevanza extra-giuridici, la rilevanza giuridica delle proprietà è meramente descrittiva, derivando l'identificazione di tale rilevanza dagli antecedenti delle

⁸⁴ Sul sistema assiologico del legislatore, come sistema esterno all'ordinamento giuridico, che conforma il modello di rilevanza alla luce del quale si definisce l'adeguamento assiologico delle norme giuridiche, ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 157. Particolarmente critico sull'impossibilità che l'ipotesi di rilevamento si abbia necessariamente in un contesto esterno al diritto, RATTI 2013, 62 ss.

⁸⁵ Per evitare confusione con la summenzionata genericità, si opta per parlare di *classe di casi* invece che di *casi generici*, terminologia usata da ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2006.

⁸⁶ Paradigmaticamente, ALEXY 1986, 86 ss.

⁸⁷ Relativamente al *rule-based reasoning*, SCHAUER 1991 42 ss.; BAYÓN 2001, 337. Il *rule-based reasoning* non ha niente a che vedere, nel contesto nel quale si usa, con la distinzione tra regole e principi. *Rule* significa, lì, norma giuridica.

⁸⁸ Così, tale fatto ha portato alla creazione dell'espressione "inesattezza descrittiva", HAMPSHIRE 1978, 30 ss.

norme del SG⁸⁹. Non vi è qui, al contrario del modello anteriore, qualsiasi distinzione nella formulazione della rilevanza delle proprietà, nella misura in cui questa è necessariamente ottenuta a partire dall'identificazione e interpretazione (e non della critica extra-giuridica) del materiale normativo che compone il SG. La rilevanza descrittiva delle proprietà definitorie di un caso si divide, nel modello, tra la rilevanza *prima facie* e quella *all-things-considered*: (i) nel primo caso, una proprietà è rilevante se e solo se tale proprietà è menzionata da una delle regole del SG e tale proprietà (x) e la sua proprietà complementare ($\neg x$) hanno *status* deontici distinti; nel secondo caso, una proprietà è rilevante se e solo se, nonostante sia considerata *prima facie* irrilevante dalla regola applicabile (ovvero alla *regola di partenza*), sia qualificata *all things considered* come rilevante dal sistema normativo soggiacente alle regole del SG, ovvero quando tale proprietà sia considerata rilevante alla luce di altre norme dell'ordinamento (regole e principi)⁹⁰. Qualificare il modello come trasparente deriva dal fatto che questo permette di sottolineare la rilevanza descrittiva delle proprietà, non solo a partire dalla sua definizione dalle regole del SG ma anche a partire dai principi del SG che, nella qualità di metanorme giustificative, sono alla base di tali regole e di esse costituiscono ragioni soggiacenti.

Ciò che giustifica la distinzione tra la rilevanza *prima facie* e quella *all-things-considered* è, quindi, solo l'estensione del materiale giuridico che funge da premessa alla conclusione: mentre nel (i) primo caso, che è indicato come *tesi di rilevanza*, la rilevanza di una proprietà è dedotta in un determinato momento temporale, a partire da una norma individuata, nel (ii) secondo caso, che è indicato come *ipotesi di rilevanza*, tale rilevanza è estratta in un momento successivo, a partire da un materiale normativo più esteso, integrando non solo la regola applicabile di partenza ma anche (i) altre regole di SG, (ii) principi espliciti di SG e (iii) principi impliciti, formulati per induzione a partire dalla previsione delle regole del SG e che sono in vigore, a titolo di consuetudine, in questo SG⁹¹. La differenza tra l'identificazione della tesi della rilevanza, o rilevanza *prima facie*, e l'identificazione dell'ipotesi della rilevanza o rilevanza *all-things-considered*, è, in questa

⁸⁹ Trattando il così detto «modello assiologico» come un modello interno all'ordinamento giuridico, nel contesto di un *modello trasparente di rilevanza*, RODRÍGUEZ 1999, 355 ss.

⁹⁰ Ciò correla questa maggiore estensione del materiale normativo *all things considered* allo «spiare dalla finestra» del quale parla SCHAUER 1991, 205, essendo la finestra, nella metafora, naturalmente, la norma la cui applicabilità è suscitata e ciò che si nasconde dietro (le altre norme dell'ordinamento, siano queste regole o principi, *prima facie* applicabili al caso). Relativamente ai principi come *rule-justifications*, RAZ 1999, 187.

⁹¹ In senso prossimo, parlando di un contesto temporale dove, presente la rilevanza *prima facie*, si prosegue, in un momento susseguente, con una ricerca supplementare di enunciati normativi da dove appare la rilevanza *all-things-considered*, RATTI 2013, 67. Sui principi impliciti come fondamento dell'estensione della rilevanza delle proprietà dei casi RODRIGUEZ 1999, 357. Sulla formulazione dei principi impliciti, GUASTINI 1999, 148.

misura, una differenza di estensione del micro-sistema che sostiene la conclusione. La definizione della rilevanza *all-things-considered* risiede nella constatazione della convivenza intrinsecamente conflittuale delle norme che compongono la maggior parte dei SG e della necessità metodologica di risolvere, in una fase posteriore al rilevamento della rilevanza normativa delle proprietà del caso, tali conflitti nel contesto di una strutturazione coerente del SG.

Tornando alla questione delle lacune normative, la compatibilizzazione del rifiuto della rilevanza prescrittiva (come valorizzazione esterna al sistema) con la distinzione tra casi non regolati e casi che il diritto *non intendeva* regolare è sviluppata da Rodriguez nel seguente passaggio:

«Davanti ad una lacuna normativa, la condotta della quale si tratta ha ricevuto una determinata qualifica normativa perlomeno a rispetto di determinati casi, definiti a partire da proprietà che risultano descrittivamente rilevanti, ovvero proprietà la cui presenza o assenza determina soluzioni differenziate nel sistema. Ciononostante, in un caso che è ugualmente definito a partire da tali proprietà, si è omesso qualificare normativamente la stessa azione. Così, si potrebbe sostenere che si tratta di un caso che il diritto “intende regolare” dato che i) la condotta la cui qualifica normativa è in causa è stata considerata dall’ autorità normativa perlomeno rispetto a certi casi e ii) il caso in causa risulta dalla considerazione delle proprietà che sono descrittivamente rilevanti al rispetto di tale condotta, non di proprietà la cui eventuale rilevanza è valutata da una prospettiva valorizzativa esterna al sistema (...) i casi che il diritto “non intende regolare” sarebbero a) casi nei quali la condotta considerata non è stata qualificata normativamente davanti a nessun caso o b) casi che non risultano definiti da proprietà descrittivamente rilevanti conformemente al sistema se non per proprietà alle quali l’ interprete ha attribuito rilevanza normativa⁹². (...) Una proprietà può essere qualificata come normativamente rilevante se una norma lo determina in tal senso. Se la nostra analisi si concentra su un certo sistema normativo, la rilevanza di una proprietà può essere il risultato solo dell’ esistenza di una norma nel sistema che lo determina in tal senso»⁹³.

L’ equivalenza tra l’ «omissione con pretesa di regolazione» e la rilevanza normativa della condotta, perlomeno in determinati casi, ricorda il caso di Schauer sulla sub-inclusività della regola R_1 “è proibito entrare con cani nel ristorante” rispetto al caso *entrare con orsi nel ristorante*⁹⁴. R_1 è intuitivamente un caso di deficit di generalizzazione ed eccesso di particolarismo. Ma, come Rodriguez abilmente dimostra, la sub-inclusività non è una proprietà autonoma della sopra-inclusività normativa⁹⁵. A rigore, la sub-inclusività di R_1 è condizionata all’ interpretazione del

⁹² RODRÍGUEZ 2005, 148.

⁹³ RODRÍGUEZ 2005, 154.

⁹⁴ SCHAUER 1991, 31 ss.

⁹⁵ RODRIGUEZ 2012, 92.

suo enunciato come bicondizionale [*solo e solo se (= iff) ai cani è proibito entrare*], derivando solo da ciò logicamente la norma *permessa l'entrata agli orsi*. Ma, in questo caso, il permesso dell'entrata degli orsi entra in conflitto (ovvero, è super-inclusiva) con la *ragione soggiacente* alla (ovvero il principio che giustifica la) proibizione dell'entrata dei cani. La mancata interpretazione di R_1 come un bicondizionale – ma come un condizionale semplice – non autorizza l'entrata di orsi, perché implica l'interpretazione di R_1 come una regola che semplicemente fa affiorare (ovvero è solo una delle istanze di) un principio P_1 (metanorma giustificativa di R_1), esplicito o implicito, che proibisce la realizzazione di *qualsiasi condotta in grado di causare problemi presso attività di terzi*. Quindi, considerare il caso *entrata di orsi* come una lacuna normativa, anche se rientra nella definizione di Rodríguez (*condotta che ha ricevuto una determinata qualifica normativa perlomeno relativamente a determinati casi, definiti a partire dalle proprietà che risultano descrittivamente rilevanti*), solleva la questione: presupponendo che tutte le norme del SG (regole o principi) lo sono solo quando sono *norme positive*, se le proprietà del caso sussumano sotto l'antecedente del P_1 (ovvero le opportunità per le condotte generiche di *causare problemi ad attività di terzi*) e non se sussumano sotto l'antecedente di nessuna regola (da R_1 a R_n), allora il caso non è *all things considered* normativamente non regolato: è regolato da P_1 , che è una norma del SG⁹⁶. E la questione non cambia quando il caso, non sussumendo solo sotto P_1 , sussume simultaneamente sotto P_1 e P_2 , in conflitto: se vi è conflitto di norme *prima facie* applicabili, allora vi è regolamentazione normativa del SG⁹⁷. In virtù di quanto esposto, si prefigura come preferibile non prendere in considerazione l'elemento della «pretesa di regolazione» delle lacune normative, rimanendo solo, per il rilevamento di queste, la mancata correlazione di una classe di casi con una qualifica normativa della condotta del SG (sia tramite regola che principio) in un determinato o un qualsiasi stato di cose.

4.2.3. *Necessità e contingenza nell'(in)completezza dei sistemi giuridici*

Adottando la tesi della contingenza della completezza dei SG, non ha ovviamente senso parlare di lacune normative senza far riferimento ad un dato SG_x e ad un dato caso_y⁹⁸. Se si adotta la tesi della necessità della completezza, il riferimento a

⁹⁶ In senso prossimo, DUARTE 2015, II.

⁹⁷ È il punto che marca la discordanza con la teoria delle lacune di Manero. Questa, non prendendo in considerazione la regolazione a sé dei principi, riferisce che le lacune sorgono come due tipi di deficit dei sistemi di regole predefinite in relazione ai principi che le giustificano: (i) il sistema di regole manca, in relazione ad un caso, di una regola applicabile, essendo la presenza di tale regola esigibile dalla ponderazione tra principi conflittuali (sub-inclusività della regola rispetto ai principi soggiacenti o lacuna normativa); (ii) il sistema di regole non considera come rilevante una proprietà che, conformemente alle esigenze di tale ponderazione, dovrebbe essere presa in considerazione (super-inclusività della regola rispetto ai principi soggiacenti o lacuna assiologica). MANERO 2005, 123.

⁹⁸ Un caso può non trovare soluzione in un sistema ma bensì in un altro; un SG può non stipulare solu-

casi e a determinati SG diventa irrilevante: tutti i SG sono necessariamente completi, che implica che tutti i casi dell'UC sono necessariamente regolati. D'altro canto, se (1) i SG sono necessariamente completi, le norme che regolano il *gap-filling* sono norme di oggetto logicamente impossibile; se (2) i SG sono necessariamente incompleti, le norme che regolano il *gap-filling* sono norme convenienti per limitare la discrezionalità nella creazione di diritto necessaria per l'integrazione delle lacune (necessarie); se (3) la completezza dei SG è una questione empirica (contingente), le norme che regolano il *gap-filling* sono eventualmente convenienti, in base al fatto che il SG sia incompleto.

La teoria riferita in (1) è la prospettiva kelseniana originale, secondo la quale *il diritto è sempre applicabile*: non esistono condotte giuridicamente irrilevanti, tutte le condotte dell'UA, indipendentemente dalle proprietà dell'UP, presenti o assenti, hanno necessariamente uno *status* deontico⁹⁹. L'inesistenza di proibizioni (e di imposizioni) decorrente da un dato SG_x , relativamente ad una data condotta $_y$, significa necessariamente che tale condotta è permessa in quel SG. Si formula una norma di chiusura di base logica: *per tutti ed ogni SG è necessariamente vero l'enunciato che stipula che tutto ciò che non è proibito, è permesso*. $[\forall x (-F\emptyset \rightarrow P\emptyset)]$ ¹⁰⁰.

La teoria riferita in (2) è prossima al concetto di von Wright, ovvero tutte le condotte concepibili ricadono necessariamente in due categorie possibili, congiuntamente esaustive e mutuamente escludenti: (i) condotte regolate da norme giuridiche e (ii) condotte (finora) non regolate da norme giuridiche. È impossibile che un'autorità normativa faccia un inventario di tutte le condotte concepibili e risolva il suo status deontico, per cui ci saranno *sempre* condotte la cui regolazione è stata omessa, sia per imprudenza, sia perché non era di interesse¹⁰¹.

La teoria riferita in (3) corrisponde, nonostante la molteplicità di fondamenti teorici, alla teoria *mainstream*¹⁰². Essa sostiene che è una questione empirica e una verità contingente che i sistemi siano (in)completi: dipende dall'esistenza di (i) norme in vigore che regolano qualsiasi condotta nell'UA in qualsiasi occasione sia eventualmente presente una proprietà dell'UP o di (ii) norme di chiusura in vigore che prescrivono che, se il sistema non attribuisce una proprietà deontica ad una determinata condotta dell'UA, allora si dovrà considerare che il sistema attribuisce *pari passu* una proprietà deonticamente rilevante dell'UP a tale condotta.

zioni normative per un determinato caso ma, ovviamente, conterrà soluzioni per altri casi. NINO 2003, 281.

⁹⁹ KELSEN 1960, 274 ss. Anche, con altre basi e altre conseguenze, SOETEMAN 1997, 331. Si noti che il secondo Kelsen modifica la sua posizione, intendendo che, quando non c'è una norma applicabile ad un caso, si applica *tutto l'ordinamento giuridico*. Richiamando l'attenzione sulla versione *debole* del principio di proibizione, nella sua visione compatibile con l'esistenza di lacune, BULYGIN 2005, 37.

¹⁰⁰ A rigore, si deve comprendere che il *principio di proibizione* include anche la sua imposizione. Tuttavia, data l'inter-definibilità dei modi deontici, non è necessario menzionarlo.

¹⁰¹ VON WRIGHT 1963, 86.

¹⁰² ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 169 ss.

4.2.4. Norme di chiusura e (in)completezza dei sistemi giuridici

L'esempio di scuola nella teoria (3) con la succitata variante (ii), è quello della norma "nulla poena sine lege" (*nulla poena*) con riferimento ai sotto-sistemi liberali del diritto penale. Tuttavia, si comprende facilmente che, nella teoria (3) non vi è autonomia tra (ii) e la succitata (i). Nel senso rilevante della norma *nulla poena*, questa è considerata come una norma che permette penalmente qualsiasi condotta che non sia penalmente proibita¹⁰³. Così come l'antecedente è limitato alla rilevanza giuridico-penale, dalla norma non può derivare, direttamente o indirettamente, qualsiasi conclusione sulla qualificazione deontica permissiva generale (ovvero, rilevanza giuridica *non penale*); ne deriva solo, nonostante incomba un caso di ragionamento entimematico, che sono *penalmente permesse* (= non implicano normativamente sanzioni penali) le condotte *non penalmente proibite*. Quindi, è l'interpretazione dell'enunciato *nulla poena* come norma eccezionale [*solo e solo se penalmente previste, le condotte sono penalmente proibite (e sanzionabili)*] che permette di arrivare ad un'altra norma con quella che viene impropriamente definita «argomentazione *a contrario*»¹⁰⁴.

L'argomentazione *a contrario* non fa altro che esprimere la derivazione logica di una norma generale, già contenuta nella concatenazione delle premesse che si concludono con l'attribuzione dello statuto di eccezionalità a una norma, condizionata da una previa *opzione interpretativa* dell'enunciato di quest'ultima¹⁰⁵. Quindi, sarà sempre un'argomentazione non valida quando ricade su una norma con la struttura di un *condizionale semplice*, e, anche così, quando tale condizionale, applicato ad una determinata categoria di casi, sia una mera reiterazione di una norma generale che definisce lo stesso per tutti i casi di una categoria maggiore¹⁰⁶.

¹⁰³ L'enunciato della norma *nulla poena* può essere interpretato con tre sensi diversi: (i) come norma diretta al legislatore, proibendo la creazione di crimini *ex post facto*; (ii) come norma diretta ai giudici, proibendo la punizione di soggetto per condotte non penalmente punibili alla data della realizzazione e (iii) come norma di chiusura per il diritto penale, *permettendo qualsiasi condotta non penalmente proibita*. ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 196-198; Soeteman la intende tuttavia solo come una norma diretta alle autorità normative, proibendo l'emissione di proibizioni ma non destinata ai soggetti la cui condotta penalmente considerata è regolata. SOETEMAN 1997, 328. Si tornerà alla questione.

¹⁰⁴ Questo si basa sulla esplicitazione del senso dell'espressione quantificatrice ("solo", "solamente" o "esclusivamente"), essendo valido solo come giustificazione di una soluzione logicamente sostenuta da una norma di struttura bicondizionale dove, *se e solo se x, deve essere y*. Corrisponde, togliendo ora l'inapplicabilità della funzione di verità alle norme, alla definizione di un'equivalenza logica proposizionale rappresentata indistintamente da *iff* $x \rightarrow y$ o $\forall x \leftrightarrow y$. Ovvero *so e solo se x è che deve essere y*, in opposizione al condizionale semplice, rappresentato da *if* $x \rightarrow y$ o $\forall x \rightarrow y$, ovvero semplicemente *se x, deve essere y*.

¹⁰⁵ GARCIA AMADO 2001, 55-58.

¹⁰⁶ Ciò significa, decisamente all'opposto rispetto al suo uso corrente, che l'argomentazione è condizionata da una determinata interpretazione dell'enunciato ma non è un'argomentazione interpretativa di per sé. L'argomentazione non corrisponde quindi ad una interpretazione *a contrario sensu*, bensì consustanzia una conclusione logica dell'attività di interpretazione di enunciati che deve seguire le norme interpretative vigenti in un dato SG. La complessità in questo caso deriva quindi dallo stesso

Qui si intravede la radice del problema della contrapposizione tra il bicondizionale e il condizionale semplice, per quello che ci concerne: sta nel sapere se la proposizione secondo la quale tutte le condotte penalmente proibite sono penalmente non permesse costituisce un'eccezione allo status deontico permissivo generale su tutte le condotte (genericamente prese in considerazione e anche relativamente a qualsiasi stato di cose) o se, al contrario, consustanzia il mera reiterazione di una norma generale dove tutte le condotte sono proibite nel SG (ovvero, indipendentemente dal fatto che siano penalmente previste o meno). Tuttavia, se la norma *nulla poena – qua* proibizione penale di condotte – fosse una reiterazione di una norma proibitiva generale, tutte le condotte sarebbero proibite e ciò avrebbe necessariamente implicato l'ineffettività del SG. Quindi, tra gli altri fondamenti conosciuti, ci dovrà essere un'eccezionalità implicata, tramite la quale si esplicita la norma generale.

(i) La norma *nulla poena* (N_1) può essere descritta da $[\forall x] [(x a_i \vee x a_n) \wedge x b \Rightarrow pF (x a_i \vee x a_n)]$ dove $(x a_i \vee x a_n) =$ qualsiasi condotta; $(x b) =$ penalmente prevista; $pF =$ penalmente proibita. La definizione dell'eccezionalità di *nulla poena* risulta dal bicondizionale, raffigurato come $[\forall x] [(x a_i \vee x a_n) \wedge x b \leftrightarrow pF (x a_i \vee x a_n)]$ (ovvero solo qualsiasi condotta penalmente prevista è penalmente proibita).

(ii) L'inesistenza di lacune normative nel sotto-sistema del diritto penale deriva dalla norma esplicitata dall'eccezionalità di *nulla poena* (N_1): la norma N_2 descritta da $[\forall x] [(x a_i \vee x a_n) \wedge x \neg b \Rightarrow pP (x a_i \vee x a_n)]$ dove; $(x \neg b) =$ non penalmente prevista e $pP =$ è penalmente permessa (ovvero, qualsiasi condotta penalmente non prevista è penalmente permessa).

La dimensione della chiusura deriva quindi soltanto dal fatto che l'antecedente N_2 va a qualificare deonticamente *qualsiasi condotta* in *qualsiasi stato di cose* (a condizione della mancata previsione penale). Data la genericità della condotta, N_2 è un principio che preclude il vuoto normativo di una condotta dell'UA penalmente rilevante. Si tratta qui, naturalmente, di una mera constatazione empirica. Ora trovano giustificazione due considerazioni aggiuntive. Da un lato, ciò che si afferma non implica l'accettazione, contra-intuitiva, che il diritto penale è (i) un sistema esclusivo di regole, che non include principi e (ii) un sistema di proibizioni che non include permessi¹⁰⁷. La norma di legittima difesa – vigente in tutti i sotto-sistemi penali liberali – e le cause di esclusione dell'illiceità sono norme che regolano azioni generiche *prima facie* penalmente rilevanti, facendo

fondamento del ricorso all'argomentazione, e non dall'argomentazione in sé, dato che questo dipende sempre dalla previa stipulazione interpretativa di un enunciato che esprime la norma come un bicondizionale. GARCIA AMADO 2001, 43; RENTERÍA DIAZ 1997, 325 ss.

¹⁰⁷ Così, però, relativamente ad entrambe, MANERO 2005, 120. Si ricorda che Manero riferisce che il sotto-sistema del diritto penale è un sistema chiuso solo nel senso che impedisce l'ampliamento dell'ambito del penalmente illecito, ma non nel senso che abilita le eccezioni che riducono tale ambito.

eccezione per le proibizioni. Dall'altro lato, né tutti i sotto-sistemi del diritto penale presuppongono la norma di chiusura *nulla poena*, né le norme di chiusura sono patrimonio esclusivo dei sotto-sistemi del diritto penale.

4.2.5. *La completezza del sistema giuridico portoghese*

La revisione costituzionale del 1997 ha sancito nella Costituzione portoghese (comma 1 dell'articolo 26.) la norma enunciata da «a tutti sono riconosciuti i diritti [...] allo sviluppo della personalità»¹⁰⁸. La mera dimensione del diritto di libertà, che consacra uno spazio di autodeterminazione che *prima facie* ripudia le intromissioni nel giudizio discrezionale dello *sviluppo della personalità del titolare*, denuncia il carattere permissivo della norma, con il dovere inerente (*obbligo*) del rispetto, destinato a terzi. Nonostante si riscontri un determinato grado di ambiguità nell'espressione *sviluppare la personalità*, si comprende facilmente che quest'ultimo concetto non si confonde assolutamente con il basilare concetto di personalità giuridica.

La Costituzione si impegna a garantire *l'auto-sviluppo e l'auto-formazione della personalità* e a rendere possibile l'osservanza di quanto in essa è virtualmente contenuto, conformemente alla decisione autonoma del titolare in questione. Si tratta per l'esattezza di fornire *prima facie* al soggetto titolare tutte le possibilità di autodeterminazione, riverberate in infinite opportunità che il soggetto considererà come esponenti dello sviluppo della sua personalità. La sindacabilità di tale sviluppo della personalità (ovvero, sapere se la realizzazione di una determinata condotta è eventualmente uno *sviluppo della personalità*), data l'autonomia implicata nella stessa azione iper-generica (realizzare \emptyset mentre si *sviluppa* la personalità) sarebbe, alla luce della norma, paradossale. Si consacra così, in questo SG, sotto l'ombrello di una libertà dello sviluppo personale, una *libertà generale dell'azione*¹⁰⁹. La norma comprende

¹⁰⁸ L'enunciato completo del comma 1 dell'articolo 26, che comprende norme multiple, è il seguente: «ad ognuno sono riconosciuti i diritti all'identità personale, allo sviluppo della personalità, alla capacità civile, alla cittadinanza, al buon nome e alla reputazione, all'immagine, alla parola, alla protezione della vita privata e familiare e alla protezione legale contro qualsiasi forma di discriminazione». Si tratta di una formulazione simile (sebbene, al contrario di questa, non esplicitamente eccepita) a quella della norma presente nella Costituzione tedesca (comma 1 dell'articolo 2) ai sensi della quale: «ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale».

¹⁰⁹ Se il *norm-content* – ovvero, quello che si permette – è lo sviluppo della personalità (= *tutto ciò che il titolare ritenga che includa uno sviluppo della personalità*), allora la norma (didatticamente categorica ma ipotetica nella realtà) presuppone come condizioni quelle che consustanziano un'opportunità per lo sviluppo della personalità, ovvero ogni volta che il titolare ritenga che sia in grado di svilupparla. A questo punto sembra evidente che, per *sviluppare la personalità* nel senso di *agire*, è necessario poco più di essere vivo e cerebralmente vivo (in grado di *volere*). Nel senso della sanzione di una norma generale di azione, PINTO 1999, 199. La conclusione è ancora più chiara quando si comprende che, prima della revisione costituzionale del 1997, aleggiavano dei dubbi sul comma 1 dell'articolo 27 della Costituzione

quindi nel suo antecedente una disgiunzione logico-inclusiva tra tutte le condotte specifiche integrate nella condotta generica *agire*, modellizzate permissivamente: relativamente alla totalità dell'UA, le condotte sono *prima facie* permesse, così come il titolare le voglia realizzare e intenda realizzarle nello sviluppo della sua personalità. Evidentemente, la norma è un principio permissivo¹¹⁰. L'occasione normativa è anch'essa generica: l'omissione di distinzione equivale a *in qualsiasi occasione*.

(i) La norma enunciata *tutti hanno il diritto alla libertà di azione*, nell'equivalente semantico *tutti possono agire liberamente* può quindi essere logicamente descritta da $[\forall x] [(xa_1 \vee xa_n) \wedge (xb_1 \vee xb_n) \Rightarrow P xa]$. $[xa_1 \vee xa_n]$ implica $[xa_1 \vee xa_2 \vee xa_3 \vee xa_n]$ dove (xa_1) = esprimere la propria creazione artistica; (xa_2) = offendere terzi; (xa_3) = stipulare un matrimonio.

(ii) La norma può essere logicamente descritta, ora evidenziando l'elemento dell'occasione normativa $[\forall x] [(xa_1 \vee xa_n) \wedge (xb_1 \vee xb_n) \Rightarrow P xa]$ dove (xb_1) = di giorno; (xb_2) = di notte; (xb_3) = in inverno; (xb_n) = qualsiasi altro stato di cose concepibile.

L'inclusione della norma nel SG portoghese, data la correlazione di *qualsiasi condotta*, in *qualsiasi occasione*, con una conseguenza deonticamente qualificata (*possono essere realizzate*), sembra implicare la completezza di tale SG. Non vi sono condotte al di fuori di *qualsiasi condotta*, né vi sono occasioni al di fuori di *qualsiasi occasione*¹¹¹. A condizione dell'accettazione consensuale dell'interpretazione dell'enunciato (dove si ammette che possano risiedere le *lacune di riconoscimento*), il SG portoghese è completo. Ciò implica che le norme del diritto portoghese che regolano il *gap-filling* sono, dal 1997, norme di oggetto logicamente impossibile (potendo recuperarne l'effettività nel caso la norma permissiva generale venga nel frattempo revocata). L'UC è genericamente regolato perché *la norma abbraccia qualsiasi A dell'UA e qualsiasi P dell'UP*. Se i principi sono solitamente visti come *gap-decreaser*, il principio che si analizza è un vero *gap-extinguisher*¹¹².

Le conseguenze della tesi della completezza del SG portoghese sono varie e complesse e non è questa la sede per affrontarle. Tra molte altre, si evidenziano le seguenti: (i) qualsiasi caso dell'UC instanzia l'antecedente della norma permissiva generale indipendentemente dal fatto che va ad instanziare anche l'antecedente

portoghese, ai sensi del quale con «ognuno ha diritto alla libertà» veniva sancito un diritto generale alla libertà, facendo riferimento alla maggioranza - solo per la determinazione di un *diritto a non essere incarcerato* (ovvero, libertà nel senso di *non prigione*).

¹¹⁰ Come si deduce subito dalla condotta iper-generica regolata (ovvero, *fare qualsiasi cosa*).

¹¹¹ La comprensione della norma sembra invalidare, nel senso che si sta sostenendo, la teoria summenzionata in (2) relativa alla necessaria incompletezza del sistema. Non si ravvedono motivi affinché si ritenga impossibile che un'autorità normativa regoli tutte le condotte concepibili e risolva (anche se *prima facie*) il suo status deontico. Nel senso di tale impossibilità, però, VON WRIGHT 1963, 86.

¹¹² Sui principi come *gap-decreasers*, DUARTE 2015, 11.

delle altre norme del sistema; (ii) quello che in Portogallo è designato come lacuna può equivalere solo ad una *lacuna assiologica*; (iii) tutte le norme del SG portoghese quando sono (a) permissive, si trovano, in una relazione di (ai) specialità dichiarativa con consunzione, (aii) specialità costitutiva e, essendo quando sono (b) proibitive o impositive, in una relazione di eccezionalità; (iv) dal 1997, il SG portoghese non *cresce in espansione*, quanto piuttosto si specifica progressivamente tramite *restrizioni al permesso generale della condotta*; (v) qualsiasi caso dell'UC che soddisfi l'antecedente delle norme modellizzate impositivamente o proibitivamente implica necessariamente un conflitto normativo; (vi) la norma che determina la proibizione dell'analogis delle norme eccezionali, perché fa riferimento a tutte le norme impositive e proibitive, la rende problematica¹¹³.

4.3. La tesi della necessità logica della completezza e relativi equivoci

Come si è visto, predicare la completezza ad un dato SG è una questione totalmente distinta rispetto alla deduzione della necessaria completezza dei SG. La prima questione è empirica e la seconda è logica. Una risposta positiva alla prima non ne implica una negativa alla seconda, ovvero la certificazione empirica della completezza di un sistema non ne confuta la completezza logica. Tuttavia, una risposta positiva alla seconda rende inutile la risposta alla prima. La dimostrazione della completezza come verità analitica è stata sviluppata, nella fase post-kelseniana, basandosi su altri modelli¹¹⁴. La versione più esaustiva della necessità della completezza è data dalla *Legge di Raz*, secondo la quale le norme di chiusura, preclusive di lacune normative, sono verità analitiche e non semplici norme giuridiche positive¹¹⁵. Così:

(i) Un sistema sarà completo se esiste una risposta completa per tutte le questioni giuridiche sulle quali vi è giurisdizione degli organi applicativi ufficiali del diritto; simmetricamente, esisterà una lacuna normativa se una questione giuridica sulla quale vi è giurisdizione degli organi applicativi ufficiali del diritto non avrà una risposta completa¹¹⁶.

¹¹³ Articolo 11 del Codice Civile portoghese.

¹¹⁴ In una delle sue critiche al positivismo, Dworkin (DWORKIN 1985, 133) sostiene che la *tesi delle fonti* (*social sources thesis*), un *ex libris* del genere, implica la conseguenza contro-intuitiva della necessaria completezza dei sistemi giuridici. Così, con *p* equivalente ad una variabile e *fonte per p* equivalente ad una fonte per questa variabile:

(i) [*p*] equivale a [*fonte per p*];

(ii) [*no p*] equivale a [*non fonte per p*];

(iii) [*non p*] equivale a [*fonte per non p*], con sostituzione di *p* con [*non p*] in (i);

(iv) [*non fonte per p*] equivale a [*fonte per non p*], per la transitività del bicondizionale dell'equivalenza in ii) e (iii).

¹¹⁵ RAZ 1979, 77.

¹¹⁶ RAZ 1979, 70.

(ii) Ci sono due possibili risposte relativamente allo statuto deontico conclusivo di una condotta p : (i) è il diritto che (*it is the law that*) ha una ragione conclusiva da esigere affinché p (x faccia \emptyset); (ii) è il diritto che (*it is the law that*) non ha ragione conclusiva da esigere affinché p (x faccia \emptyset)¹¹⁷. (ii) equivale, per Raz, a dire che è il diritto che si permetta conclusivamente [*non p*].

(iii) Le lacune normative possono esistere solo a partire dalla negazione di (ii), ovvero se è possibile che [*non è il diritto che ha una ragione conclusiva affinché x faccia \emptyset*] e [*non è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia \emptyset*]; ovvero se è possibile che [*non è il diritto che ha una ragione conclusiva affinché x faccia \emptyset*] e [*non è il diritto che ha un permesso conclusivo affinché x faccia \emptyset*],

(iv) È una verità logica che può essere provata a partire da un sistema che [*non è il diritto che ha una ragione conclusiva affinché x faccia \emptyset*] equivale a [*è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia \emptyset*];

(v) Da (iii) e (iv) segue [*è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia \emptyset*] e [*non è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia \emptyset*];

(vi) (v) è una contraddizione. Quindi, (iv) implica la reiezione di (iii) e, con tale reiezione, la possibilità di lacune normative¹¹⁸.

La critica più incisiva alla *Legge di Raz* risulta dal fatto che questa non distingue tra norme (espressioni prescrittive, valide o invalide) e proposizioni normative (enunciati descrittivi, veri o falsi, che informano sull'esistenza delle norme) così come dell'ambiguità dell'espressione raziana «è il diritto che (...)»¹¹⁹.

È conosciuta l'ambiguità di “obbligatorio \emptyset ”¹²⁰. In una prima alternativa, è possibile ritrattare l'espressione della norma *obbligatorio \emptyset* o $[\forall x] [\emptyset \wedge (x_{a_1} \vee x_{a_n})]$ o \emptyset dove $\forall x$ = per tutti gli x , \emptyset = relativamente alla condotta \emptyset e $(x_{a_1} \vee x_{a_n})$ = in qualsiasi stato di cose concepibile. In questo caso, l'affermazione “è il diritto che è obbligatorio \emptyset ” è letta come un'affermazione di *membership*: “Il SG comprende la norma obbligatoria \emptyset ”. Designando $[\forall x] [\emptyset \wedge (x_{a_1} \vee x_{a_n})] \text{ O } \emptyset$ con N_1 , l'affermazione si traduce in $(N_1 \in \text{SJ})$ ¹²¹. Con base in tale ambiguità, sono sorte due alternative per la confutazione della *Legge di Raz*, condizionate dall'interpretazione della formalizzazione logica LRp [nella terminologia raziana, è *il diritto che ha una ragione conclusiva per esigere o (che x faccia \emptyset)*]¹²². L'interpretazione₁ di tradurre la comprensione di LRp come $Op \in \text{SJ}$ (ovvero obbli-

¹¹⁷ Vi è una risposta giuridica completa se e solo se è vero che [è il diritto che esige una realtà conclusiva per p o è il diritto che non vi ha ragione conclusiva da esigere p].

¹¹⁸ Questo è il *nucleo* della *Legge di Raz*. È possibile consultarne la base aggiuntiva in RAZ 1979, 75-77.

¹¹⁹ Relativamente all'esistenza giuridica *qua membership* nel sistema, GUASTINI 2011, 255 ss.

¹²⁰ BULYGIN, MENDONCA 2005, 15 ss., 19 ss.; GUASTINI 2007, 319 ss.

¹²¹ BULYGIN 2010, 284 ss.

¹²² RAZ 1979, 71 ss.

gatorio p appartiene al SG). L'interpretazione₂ di tradurre la comprensione di LRp come $T(Op \in SJ)$ (ovvero è vera, conformemente al diritto che $Op \in SJ$).

Conformemente all'interpretazione₁ di LRp :

(i) La negazione della norma *obbligatorio* \emptyset è una negazione interna, che opera sulla norma: trasforma N_1 in $[\forall x] [\emptyset \wedge (xa_1 \vee xa_n)] \neg O \emptyset$. Significa *non obbligatorio* \emptyset , equivalente a *permesso* \emptyset . La negazione della proposizione normativa è una negazione esterna che opera sulla proposizione di *membership* della norma. Significa “il SG non integra la norma *obbligatorio* \emptyset ”. Trasforma $(N_1 \in SJ)$ in $(N_1 \notin SJ)$. Significa “il SG non integra la norma *obbligatorio* \emptyset ”.

(ii) Alla luce di tale ambiguità, la succitata proposizione (ii) di Raz, relativamente alle due possibili risposte complete relative allo statuto deontico conclusivo di una condotta p rispetta la seguente sostituzione: “È il diritto che (*it is the law that*) ha una ragione conclusiva per esigere p (che x faccia \emptyset)” è sostituito da “*obbligatorio* \emptyset appartiene al diritto” ($[\forall x] O \emptyset \in SJ$); “è il diritto che (*it is the law that*) non ha una ragione conclusiva per esigere p (che x faccia \emptyset)” è sostituito da “non è *obbligatorio* che \emptyset appartenga al diritto” ($[\forall x] \neg O \emptyset \in SJ$) o ($[\forall x] P \emptyset \in SG$).

(iii) Nella riformulazione dell'interpretazione₁, la proposizione (ii) di Raz, la cui negazione è necessaria per l'esistenza delle lacune normative, traduce solo l'equivalenza tra “(*obbligatorio* \emptyset) non appartiene al diritto” e “(non *obbligatorio* \emptyset) non appartiene al diritto”.

(iv) Si nota subito che con tale distinzione non si ottiene la contraddizione nella succitata proposizione (v) di Raz. Se è vero che “[è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia \emptyset] e [non è il diritto che non ha una ragione conclusiva affinché x faccia \emptyset]” è una contraddizione, non è vero che “[(*obbligatorio* \emptyset) non appartiene al diritto]” e “[non *obbligatorio* \emptyset) non appartiene al diritto]” sia una contraddizione.

(v) La verità logica invocata da Raz, indicata nella succitata proposizione (iv), nell'equivalenza di [non è il diritto che *obbligatorio* \emptyset] a [è il diritto che non è *obbligatorio* \emptyset] non vale nell'equivalenza di “(*obbligatorio* \emptyset) non appartiene al diritto” a “(non *obbligatorio* \emptyset) appartiene al diritto”. Come concludono Navarro e Rodríguez, il semplice fatto negativo che un determinato elemento non sia membro di un insieme non è motivo per concludere che un *altro* elemento sia membro di tale insieme¹²³.

Ai sensi dell'interpretazione₂ di LRp :

(i) Nell'interpretazione₂, la succitata proposizione (ii) di Raz la cui negazione

¹²³ RODRÍGUEZ 2005, 131 ss.; NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 164.

è necessaria per l'esistenza di lacune normative traduce: “È vero, conformemente al diritto, che (obbligatorio \emptyset) appartiene al SG” e “è vero che, conformemente al diritto, (non obbligatorio \emptyset) appartiene al SG”.

(ii) Ma la riformulazione, nell'interpretazione₂, della succitata verità logica di Raz (proposizione (v) *supra*) traduce “è vero che obbligatorio \emptyset non appartiene a SG” e “non è vero (= è falso) che obbligatorio \emptyset appartiene a SJ”, il che equivale alla disgiunzione, dalla bivalenza (*tertium non datur*) “o obbligatorio \emptyset appartiene a SG o obbligatorio \emptyset non appartiene a SG”.

(iii) La negazione di tale proposizione equivale a “è falso che obbligatorio \emptyset appartenga a SG ed è falso che obbligatorio \emptyset non appartenga a SG” il che sia autonomamente sia insieme alla preposizione anteriore genera una contraddizione. In questa interpretazione₂, l'esistenza di lacune è un assurdo¹²⁴.

Le interpretazioni analizzate evidenziano la qualificazione del concetto prescrittivo di permesso come concetto assoluto e la qualificazione del concetto descrittivo di permesso come concetto relativo (ovvero, proposizione sull'esistenza della norma in un dato SG). Nel famoso “trilemma di Bulygin”, se il principio “per tutti ed ogni SG è necessariamente vero l'enunciato che stipula che tutto ciò che non è proibito, è permesso” – o $[\forall x (-F\emptyset \rightarrow P\emptyset)]$ – è una norma, allora la sua esistenza è contingente; corrisponde alla propria norma enunciata e non ad una descrizione della stessa e, di conseguenza, presuppone *la sua esistenza e la sua validità in un dato SG*. Se il principio corrisponde ad una proposizione normativa relativa ad un *permesso in senso debole (non proibito)*, allora da ciò deriva una verità analitica più banale (ovvero, *ciò che non è proibito, non è proibito*)¹²⁵. Se il principio corrisponde ad una proposizione normativa relativa ad un *permesso in senso forte (positivamente permesso)*, allora è contingente dato che, come risulta dall'interpretazione₁ della *Legge di Raz*, dall'assenza di una norma proibitiva non si deduce logicamente l'esistenza di una norma permissiva¹²⁶. Ovviamente, quanto esposto non è confutato dall'invocazione (ed eventuale prova) di una norma consuetudinaria di permesso generale, dato che qualsiasi norma consuetudinaria, anch'essa legata ad un dato SG, è contingente.

La teoria summenzionata in 1 – la necessità della completezza dei sistemi – sarebbe solida solo se dimostrasse la ragione per cui una norma appartenga necessariamente a tutti i SG. E, secondo i postulati del positivismo per l'identificazione del diritto, nessuna vi appartiene. Un identico proposito sarebbe raggiunto solo attribuendo alla norma di chiusura il carattere di un enunciato sintetico necessario, includendo la

¹²⁴ NAVARRO, RODRÍGUEZ 2014, 165. In senso distinto, con conclusioni identiche, BULYGIN 2013, 348-350.

¹²⁵ Si afferma che se la condotta *p* non è proibita nel SG, allora – semplicemente in virtù dell'applicazione del principio logico dell'identità – la condotta *p* non è proibita nel SG. NINO 2003, 283.

¹²⁶ BULYGIN 2010, 284 ss.

libertà (*i.e.*, il permesso) di realizzazione di una condotta come componente ontologico necessario di essa¹²⁷. Ma, anche se fosse consensuale, tale necessità ontologica non direbbe nulla in merito alla completezza di un SG. Da ciò deriva solo che un'eventuale lacuna sarebbe coperta dal componente ontologico della stessa azione, il che non implica predicare la completezza necessaria al SG. Lo stesso si verifica relativamente all'argomento sulla mancanza di senso delle condotte senza statuto deontico. In partenza sembra ammissibile concepire un'azione – ovvero descriverla e nominarne le proprietà – senza metterne in causa lo statuto deontico: si tratta di distinti piani di analisi¹²⁸. Tuttavia, qualora così non fosse, il permesso per difetto della realizzazione dell'azione non implicherebbe predicare la completezza di un SG: significherebbe solo che le lacune del SG (alla fine esistenti) sarebbero necessariamente soddisfatte dalla decorrenza logica dell'impossibilità della concezione di una condotta senza statuto deontico¹²⁹.

5. La tesi dell'equivalenza pragmatica tra la non proibizione e il permesso: la forza dei permessi

La confutazione della *Legge di Raz* permette solo di concludere con la *non dimostrazione della necessaria completezza dei SG come verità analitica*. Dalla confutazione della *Legge di Raz* non deriva che la mancata regolazione di una condotta sia necessariamente intesa come una ragione per un *non liquet* (regola generale proibita dal SG) o semplice discrezionalità e simmetria, con o senza delibera in merito, in un'azione legale. L'abbandono – perlomeno nell'attuale stato dell'arte – della prospettiva strettamente logica non implica negare l'argomentazione (differente) che, vedendo il diritto come un atto di parola, fa equivalere pragmaticamente al permesso la non proibizione.

5.1. La teoria di Soeteman e Manero

Soeteman accetta che il principio $[\forall x (\neg F\emptyset \rightarrow P\emptyset)]$ è valido solo, *al minimo*, per i permessi deboli. Dato che i permessi deboli (*non proibizioni*) sono compatibili con i permessi forti (*permessi positivi*), sebbene il contrario non sia vero, dalla non proibizione presa in considerazione singolarmente non deriva nulla in termini di forza del

¹²⁷ Quindi, sulla teoria di Carlos Cossio, NINO 2003, 284. Sulla libertà umana come presupposto dell'analisi delle azioni, GONZALEZ LAGIER 2013, 31 ss.

¹²⁸ Sui vari livelli del discorso dell'azione, in particolare quello dell'analisi concettuale delle nozioni senza le quali sarebbe impossibile dare all'azione il suo senso di azione (ovvero, intenzione, fine, ragione dell'azione, motivo, desiderio, preferenza, scelta e responsabilità), RICOEUR 1970, 43.

¹²⁹ Si cadrebbe nell'argomentazione del sarto che, in conclusione, rammenda sempre i buchi dei pantaloni (presupponendo quindi che tali *buchi* esistano nella realtà).

permesso (ovvero, prendendo in considerazione altri fattori). Dal punto di vista del ricevente (destinatari), Soeteman sostiene che la forza della *non proibizione* può variare, in base alle norme positive di chiusura, nello specifico *nulla poena* o la determinazione istituzionale di un diritto fondamentale della libertà (*i.e.*, permesso). Conclude, però, con l'impossibilità delle lacune dei SG basandosi sull'irrelevanza delle norme di chiusura (*permessi forti*) al livello primario della regolazione dei soggetti.

Per Soeteman, a questo livello primario esistono solo permessi deboli: le norme di chiusura sono *norme secondarie*, non dirette ai soggetti la cui condotta è permessa, bensì alle autorità normative, che proibiscono (con *forza variabile*) l'emissione di una proibizione su determinate condotte¹³⁰. Tuttavia, questo è un problema cruciale nella costruzione di Soeteman, dato che introduce discretamente una restrizione artificiale presso i destinatari delle norme di chiusura. Si pensi alla norma *nulla poena*. Questa norma, consentendo la derivazione logica dei permessi a partire dall'eccezionalità delle norme proibitive che tipificano illeciti penali, ha necessariamente la stessa categoria di destinatari di queste ultime (ovvero, la norma *nulla poena* è universale, valendo per tutti i destinatari di un SG). Come è noto, *lex specialis* (che ingloba la relazione di eccezionalità) ha quattro varianti: specialità in virtù (*i*) dei destinatari, (*ii*) della materia, (*iii*) del territorio e (*iv*) del tempo. Fatto salvo quando l'eccezionalità è derivata in virtù dei soggetti – ove i destinatari della norma eccezionale sono una categoria ridotta, inclusa in quella più ampia dei destinatari della norma generale – le norme, generali ed eccezionali, si applicano esattamente agli stessi soggetti (ovvero, l'eccezionalità è derivata solo in virtù della materia, del territorio o del tempo). Ora, l'eccezionalità della norma *nulla poena* risiede nella materia regolata, non nei destinatari. Quindi, la norma generale, logicamente derivata, avrà necessariamente gli stessi destinatari delle norme che tipificano illeciti penali. Se anche fosse possibile che la norma *nulla poena* funga da proibizione dell'emissione di proibizioni penalmente rilevanti da parte delle autorità normative (ovvero, eccetto l'autorità competente per emettere nuove proibizioni), non vi è nulla che vada a giustificare il pensiero secondo il quale *nulla poena* non si applica ai soggetti la cui condotta è permessa¹³¹. Non restano però dubbi sul fatto che il permesso di realizzare le condotte è *fortemente* differente a condizione che esista una norma logicamente conseguente dell'eccezionalità del *nulla poena* o che non ne esista nessuna. È questo il motivo, già analizzato, che implica il non poter dedurre logicamente un permesso da un non divieto; non si verificano le relazioni logiche dell'eccezionalità tra $P\emptyset$, da un lato, e, dall'altro, $O\emptyset$ e $F\emptyset$ ¹³². La discordanza

¹³⁰ SOETEMAN 1997, 331.

¹³¹ Lo stesso si verifica relativamente alla definizione costituzionale di un diritto di libertà i cui destinatari sono, in mancanza di una restrizione, universali (ovvero, cittadini e autorità normative).

¹³² Sarebbe una strada tentatrice. Tuttavia, l'eccezionalità presuppone (*i*) un antecedente più ampio nella norma generale e più specifico nella norma eccezionale e (*ii*) la contraddittorietà del modo deontico [$P \times (O \times F)$] e l'incompatibilità del conseguente. Ora, l'antecedente della norma $P\emptyset$, $O\emptyset$ e $F\emptyset$ include, in uno

segnalata non implica, però, l'essere in disaccordo con Soeteman relativamente al fatto che, a livello primario dei soggetti, i permessi *deboli* sono sufficienti per la realizzazione facoltativa delle condotte coperte.

Manero sostiene che le norme permissive sono rilevanti per i destinatari del SG. Servono, in particolare, per: (i) cancellare una proibizione, (ii) fare un'eccezione per una proibizione, (iii) chiarire che un determinato caso non è incluso in una proibizione o (iv) introdurre indirettamente una proibizione¹³³. Al di fuori di queste specifiche circostanze, però, Manero sostiene l'equivalenza pragmatica, dalla prospettiva dei ricettori (destinatari), tra permessi forti (condotte espressamente permesse dal SG) e permessi deboli (condotte non proibite dal SG) che, al contrario delle norme con modalizzazione obbligatoria (Os e Fs), non impongono nulla. La carenza di uno statuto deontico rispetto ad una condotta implica che, in riferimento ad un SG, nessuna norma del SG è violata con l'azione/omissione della realizzazione della condotta, e il soggetto, in qualunque dei casi, conserva la disponibilità della stessa¹³⁴. Nella contingenza dell'inesistenza di una norma di chiusura del SG (cioè una norma che copra la condotta più genericamente ipotizzabile o una proibizione eccezionale dalla quale derivi il permesso generale *forte*), la mancata regolazione da parte del SG equivarrà pragmaticamente al permesso del SG.

5.2. Tre critiche di Bulygin

È comunemente noto che la teoria di Manero (e, nella zona in cui si sovrappongono, quella di Soeteman) ha ricevuto diverse critiche da parte di Bulygin¹³⁵. Tra le varie argomentazioni, si selezionano per l'analisi le seguenti tre:

5.2.1. Argomento I: la gerarchia del sistema; replica: le lacune tecniche

La prima argomentazione di Bulygin è quella, all'interno della teoria gerarchizzata dei SG, della creazione di una norma permissiva (ovvero, permesso forte) da un'autorità con competenze normative subordinanti che vincoli l'esercizio della competenza da parte di un'autorità con competenze normative subordinate. Lo

qualsiasi dei tre casi, un'opportunità per realizzare \emptyset (ovvero $P\emptyset$ non si verifica quando vi è un'opportunità per realizzare \emptyset e non vi è un'opportunità per realizzare \emptyset). I presupposti dell'eccezionalità non si verificano.

¹³³ MANERO 2005, 119. Anche, ATIENZA, MANERO 2005, 124-128.

¹³⁴ Con questa argomentazione, Manero sostiene la mancanza di simmetria delle condizioni di giustificazione del successo o insuccesso delle azioni giudiziarie. Affinché il successo dell'azione sia giustificato, è necessario che, in relazione alla condotta del convenuto, sia applicabile una norma che sia stata violata. Affinché l'insuccesso dell'azione sia giustificato, non è necessario che la condotta del colpevole costituisca un caso di osservanza (con norme prescrittive) o di facoltà (con norme permissive): è inoltre sufficiente che si tratti di una condotta non regolata. MANERO 2005, 118 ss.

¹³⁵ BULYGIN 2010, *passim*.

stesso non succede quando c'è *assenza di regolazione normativa*. L'argomentazione è presentata da Bulygin come espressione della rilevanza decisiva della creazione di norme permissive (*forti*)¹³⁶. Non sembra però che Manero neghi tale rilevanza. Inoltre, dalla sua teoria deriva che i permessi positivi servono determinati propositi *mediante determinati stati di cose*: così, la norma $P\emptyset$ (i) serve per cancellare proibizioni, fare un'eccezione a proibizioni o chiarire che un determinato caso non è incluso in una proibizione *solo quando $F\emptyset$ esiste nel SG* (ovvero, *a posteriori*) e (ii) per introdurre indirettamente proibizioni, *quando si vuole evitare la creazione di $F\emptyset$ tramite norme di gerarchia inferiore* (ovvero, *a priori*). Solo al di fuori di tali circostanze, per Manero è pragmaticamente equivalente per il soggetto x che il SG contenga una norma $P\emptyset$ o che da esso risulti che \emptyset non è proibito.

Fatto salvo quanto è stato esposto, non sembra assolutamente evidente che sia necessaria la creazione di una norma permissiva (*forte*) per vincolare le autorità con competenza normative subordinate. È interessante vedere che, in questo aspetto, Bulygin si discosta decisamente dalla teoria kelseniana sulle lacune tecniche (una categoria possibile di lacune che non rientra nella tassonomia di *Normative Systems*).

(i) La teoria *kelseniana* sulle lacune tecniche è sintetizzata nel passaggio della *Reine Rechtslehre*, dove si mettono in discussione le conseguenze giuridiche del fatto che la legge vada a determinare, per ipotesi, che la composizione di un organo deve essere decisa tramite elezione, ma senza regolare gli aspetti di tale processo elettivo. Data l'inammissibilità delle lacune, sia in senso proprio sia in senso tecnico, «ciò significa che qualsiasi specie di elezione – elezione a maggioranza relativa o assoluta, scrutinio pubblico o segreto, ecc. – è legale. L'organo incaricato di realizzare l'elezione può determinare tale processo come meglio crede».

(ii) In tal senso, ad esempio relativamente al processo elettorale (metodo di valutazione dei risultati, orari delle cabine elettorali, ecc.), tutte le alternative sono ammissibili per la norma in questione. «La determinazione del processo elettorale è lasciata ad una norma di scala inferiore»¹³⁷.

Quando l'autorità A_2 crea la norma N_2 “la composizione degli organi deve essere valutata tramite elezione”, con gerarchia H_2 (legale), quella norma regola la condotta *valutare la composizione dell'organo* ma nulla prescrive in merito alle condotte relative all'orario, alle modalità del voto o al formato della scheda elettorale. In una prima alternativa, si dirà che *la norma è tecnicamente lacunosa*, non potendo essere applicata senza la creazione di norme che regolino tali condotte. In una seconda alternativa, si dirà che l'autorità inferiore A_1 è vincolata

¹³⁶ BULYGIN 2010, 287. L'argomentazione risale a ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971.

¹³⁷ Senza regolamentazione e senza norma espressa che la imponga, «l'organo incaricato di realizzare l'elezione può determinare il processo elettivo come preferisca». KELSEN 1960, 278.

all'indeterminazione normativa derivante da N_1 (ovvero il permesso di realizzare la condotta all'interno dello *spazio di alternative* permesso da N_1). In questo caso, la norma N_2 , di gerarchia H_2 (regolamentare), può essere creata solo *restringendo l'ambito delle alternative concesse da N_1* , (i) di conseguenza esisterà una norma di competenza della gerarchia di N_2 da abilitare a tale scopo e (ii) nella sequenza dell'indeterminazione di N_1 entrerà in conflitto con altre norme della gerarchia H_2 . Detto in altri termini, come è noto, i regolamenti (della gerarchia H_1) possono restringere l'ambito delle leggi (in determinati aspetti secondari, ovviamente) quando si fondono con altre norme (regole o principi) legali di gerarchia identica o superiore (ovvero, di gerarchia H_2 o H_3). In caso contrario, la norma della gerarchia H_2 sarà, in manifesta inversione della gerarchia normativa [$H_2 \uparrow H_1$, quindi, $N_2 \uparrow N_1$], alterata da una norma della gerarchia H_1 .

Ammettere che, per non regolare determinati aspetti, N_1 è tecnicamente lacunosa (ovvero dato che esiste una *mancata regolazione* di tali aspetti, si blocca l'applicabilità di N_1), implica ammettere che N_1 è una *norma incompleta*, sebbene N_1 non autolimiti il suo antecedente (come sarebbe il caso se l'enunciato di N_1 fosse "gli organi devono essere scelti tramite elezione, nelle modalità, nei siti e negli orari da definire da N_2 "). Tuttavia, alla luce di un modello di completezza normativa, N_1 non è una *norma incompleta*. Si adotta qui, per un contesto distinto, il concetto della norma completa data da Duarte d'Almeida, secondo il quale «per qualsiasi norma N , N è completa se, e solo se, il suo antecedente include tutte le condizioni dalla cui verifica dipende il conseguente»¹³⁸. Presa in considerazione individualmente, N_1 comprende tutte le condizioni dalle quali dipende il suo conseguente (ovvero, in qualsiasi opportunità per realizzare l'elezione e in qualsiasi stato di cose).

È vero che si può affermare che N_1 , nonostante sia *individualmente completa* (o *prima facie completa*), non è *all things considered* completa, poiché alcune alternative *prima facie* incluse da N_1 (ad esempio, una votazione nominale, ad alzata di mano) possono essere rigettate dalle norme N_2 a N_n del SG. Ma ciò è dovuto al fatto che tale alternativa (quindi, un permesso derivante da N_1) sia incompatibile con un'altra norma del SG, ad esempio N_3 che impone lo scrutinio segreto (ovvero, proibisce la costrizione dell'esercizio di voto). Da qui sembra derivare che la non completezza (*all things considered* e *all norms considered*) di N_1 deriva da conflitti normativi (*in casa*, tra il permesso derivante di N_1 e la proibizione derivante da N_3), ma *non dal fatto che N_1 sia tecnicamente lacunosa*¹³⁹. In questa situazione, non corrisponderà alla verità che solo i permessi positivi (forti) limitano la creazione di proibizioni gerarchicamente inferiori perché anche in caso di permessi deboli, l'ambito di alternative di N_1 può essere ristretto se tale restrizione si fonda in altre norme del SG, con gerarchia identica o superiore a quella di N_1 .

¹³⁸ D'ALMEIDA 2009, 409.

¹³⁹ È un caso di *too much law* e non di *too little law*.

5.2.2. Argomento II: l'“aggregazione”; replica: la possibilità dell'equivalenza pragmatica

La seconda argomentazione addotta da Bulygin è quella dell'aggregazione¹⁴⁰. Ammettendo che SG_1 e SG_2 sono coerenti e che, nel primo, è contenuta una norma $P\emptyset$ e, nel secondo, la condotta \emptyset non è giuridicamente regolata, si direbbe dovrebbe affermare, secondo la tesi dell'equivalenza pragmatica, che SG_1 e SG_2 sono pragmaticamente equivalenti. Bulygin sostiene che, in questa situazione, l'introduzione della norma $F\emptyset$ in entrambi i SG porterebbe al mantenimento dell'equivalenza, evento che non si verifica: per Bulygin, SG_1 diventa incoerente ma SG_2 rimane coerente. Tuttavia, l'argomentazione procede solo perché, nella tesi di Bulygin, l'omissione della condotta \emptyset non equivale pragmaticamente a $P\emptyset$ (senza prendere in considerazione la *forza* o *protezione* del permesso, che sembra irrilevante per la coerenza del SG). L'ammissione dell'equivalenza pragmatica tra l'omissione della regolazione e il permesso ne implica la dissoluzione. Tanto nel SG_1 quanto nel SG_2 è generata un'incoerenza ($P\emptyset \times F\emptyset$), che è però risolvibile frequentemente dalla metanorma *lex posterior anterior derogat*. L'argomento dell'aggregazione sembra, in questa misura, l'affermazione del conseguente: SG_2 rimane coerente solo perché non si accetta l'equivalenza pragmatica. Sembra quindi che tutto si giochi sul piano dell'ammissibilità dell'equivalenza pragmatica e non delle sue conseguenze.

5.2.3. Argomento III: proposizioni negative indefinite; replica: regolazioni generiche di grado massimo e la dimensione situazionale dei soggetti del sistema giuridico

La terza e ultima argomentazione di Bulygin si riferisce alla mancata implicazione tra la verità della proposizione “tutte le condotte sono proibite o non proibite” e la verità della proposizione “tutte le condotte sono regolate dal diritto”. In merito a ciò, Bulygin afferma che accettare la verità della proposizione “tutte le cose sono azzurre o non azzurre” non implica la verità della preposizione “tutte le cose non azzurre sono colorate”; di conseguenza la verità della proposizione “tutte le condotte sono proibite o non proibite” non implica la verità della proposizione “tutte le condotte non proibite sono regolate” (caso nel quale sarebbero permesse). Il termine “non azzurro” come il termine “non proibito” sono *termini indefiniti*¹⁴¹.

È interessante notare che Bulygin non si pronuncia sulla *pragmatica nel discorso*

¹⁴⁰ BULYGIN 2010, 287.

¹⁴¹ A questa argomentazione si aggiunge quella secondo la quale la “non proibizione” implica l'insieme di elementi che non sono membri di nessun insieme. BULYGIN 2010, 289. Ma, nuovamente, il successo dell'argomentazione sembra condizionato dal fatto che “non proibito” significa “non regolato”. L'accettazione dell'equivalenza pragmatica demolisce la critica. Il rifiuto dell'equivalenza la giustifica. Ma l'argomentazione non sembra possa servire a confermare o a confutare la tesi dell'equivalenza pragmatica. È solo una *conseguenza* del suo rifiuto.

giuridico, precisamente l'argomento che intende ribattere. La questione è vista dal punto di vista della prospettiva semantica (ovvero, cosa *significa* "tutte le cose sono azzurre" o cosa *significa* "tutte le condotte non sono proibite"), necessariamente libera da implicazioni sul piano del contenuto. Al contrario di quanto succede con Manero, la prospettiva di Bulygin sembra fondarsi sulla quasi irrilevanza che la dimensione pragmatica del linguaggio, in particolare nel contenuto implicato, ha per il diritto¹⁴². Quest'ultimo è composto da norme espresse da enunciati e gli enunciati hanno solo proprietà semantiche. Solo l'atto di produrre enunciati ha proprietà pragmatiche¹⁴³. È in questo presupposto che si intende che la proposizione "Ø è non proibito" equivale ad una *proposizione negativa indefinita*: il suo significato è solo quello di attribuire a *x* l'inesistenza di una proprietà, senza dire qualcosa sulle proprietà di *x*.

Nel discorso giuridico, sono note le difficoltà relative alla definizione dell'*intenzione nella produzione di enunciati*: a ragion di logica, le difficoltà crescono relativamente al *silenzio*. Sul piano della comunicazione conversazionale, la questione è relativizzata prendendo in considerazione il principio cognitivo della rilevanza, in omissioni o comportamenti ostensivi. Così:

«[...] l'intenzione comunicativa può essere chiarita da qualsiasi comportamento ostensivo – accennare, alzare gli occhi al cielo, lamentarsi, grugnire, sospirare, gemere o anche l'uso del silenzio. Ed è vero che i processi inferenziali fanno tutto il lavoro in tali casi, per il recupero dell'intenzione informativa dell'emittente»¹⁴⁴.

L'intenzione comunicativa dedotta di comportamenti (o omissioni) ostensivi diventa paradigmaticamente chiara quando vi è *interazione* tra emittente e ricevente. Nel diritto, data l'irrilevanza del contesto tra emittenti indeterminati (autorità normative) e riceventi indeterminati (destinatari), non esiste interazione e, in questa misura, non esistono implicazioni conversazionali. Al limite esistono implicazioni convenzionali, che non mancano di contesto, quando il contenuto implicato nel discorso direttivo risulta dal proprio codice semantico di una determinata comunità di parlanti¹⁴⁵. Sulle intenzioni comunicative, si veda il seguente passaggio:

¹⁴² «Solo i compromessi semantici fanno parte del diritto». MARMOR 2007, 137. Sulla pertinenza residuale del contenuto implicato nel discorso prescrittivo del diritto, basandosi sull'indeterminazione dei destinatari e l'assenza di contesto conversazionale nel discorso prescrittivo del diritto, DUARTE 2011, 121 ss.

¹⁴³ BACH 2005, 18 ss.

¹⁴⁴ A proposito del principio cognitivo della rilevanza nell'inferenza dell'intenzione comunicativa, BLAKEMORE 2002, 63.

¹⁴⁵ Con vari esempi, MARMOR 2007, 139; DUARTE 2011, 121 ss.

«[Paul] Grice ha scoperto che c'è qualcosa di altamente distintivo relativamente alle intenzioni comunicative: hanno carattere riflessivo. Nella comunicazione, un emittente vuole che il suo significato “produca un qualche effetto sui riceventi tramite il riconoscimento della sua intenzione”.[...] [l'atto comunicativo] avrà successo quando l'intenzione con la quale è stato realizzato è riconosciuta dai riceventi, in parte basandosi su quello che si intende far riconoscere. L'intenzione include, come parte del suo contenuto, che i riceventi riconoscano tale intenzione, prendendo in considerazione il fatto che si voglia [da parte dell'emittente] che [il ricevente] riconosca tale intenzione. L'intenzione comunicativa è quindi auto-referenziale o riflessiva. Un atto comunicativo avrà successo se coloro ai quali si rivolge riconoscono l'intenzione con la quale è stata realizzata. Sommariamente, il suo avverarsi consiste nel suo riconoscimento»¹⁴⁶.

Diventa quindi particolarmente complesso sostenere un'implicazione convenzionale di contenuto a partire dal codice semantico quando c'è semplicemente silenzio (che, senza interazione, difficilmente è *ostensivo*). È in causa, a rigore, confutare le proprietà pragmatiche dell'atto di *omettere la produzione di enunciati*¹⁴⁷. Soeteman intende che, dalla prospettiva dell'emittente (autorità normativa), il silenzio non ha, in teoria, sempre lo stesso identico valore: o l'autorità normativa non ha proibito la condotta \emptyset perché la categoria di casi non è stata neanche presa in considerazione (*silenzio debole*) o non ha proibito la condotta \emptyset perché, avendo preso in considerazione la categoria dei casi, ha optato per non avere regolato esplicitamente: qui, l'inazione equivale pragmaticamente alla tacita creazione di una norma permissiva (*silenzio forte*)¹⁴⁸. Il problema è, ed è già noto, che si sa *quando è questo un caso di silenzio forte*, che implica una speculazione, da parte del destinatario, sul fatto che *l'autorità abbia eventualmente preso in considerazione una categoria di casi* (ad eccezione, ovviamente, di quando ci sia un'evidenza empirica in tal senso). È che, voltandosi verso la prospettiva dei riceventi (destinatari), Soeteman qualifica, in maniera vaga e non approfondita, come *interpretare il SG*¹⁴⁹.

Si torni tuttavia all'esempio di Bulygin, relativo alle proposizioni negative indefinite. Non è irragionevole accettare che ci sia un differente impatto sul ricevente (soggetto₁) nel caso dell'enunciato “ \emptyset non è proibito” e sul ricevente (soggetto₂) nel caso dell'enunciato “x non è azzurro”. Situazionalmente, il soggetto₁,

¹⁴⁶ BACH 2006, 153.

¹⁴⁷ La *reale volontà obiettiva* (la *ratio legis*) nella produzione degli enunciati, dato che non si rapporta a nulla di empirico ma ad un concetto metafisico, sarebbe, né più né meno, che una costruzione speculativa postuma, di ridotto valore scientifico. Citando in merito le violente critiche di Tarello, relativamente al maneggiamento del concetto *ratio legis* come modo di sabotare le *indefinite reali intenzioni dei titolari degli organi legislativi*, RATTI 2013, 31 (nt. 24).

¹⁴⁸ La forza del permesso dipende quindi sempre dalla *valutazione dell'ipotetica considerazione della condotta ipotetica dell'autorità normativa*.

¹⁴⁹ «Se gli enunciati di un SG sono silenziosi rispetto ad una condotta, ciò non significa necessariamente che il SG sia silenzioso». SOETEMAN 1997, 327.

deve progettare la realizzazione di \emptyset , o essere minimamente interessato a sapere se può fare \emptyset , in modo da comprendere, in un'alterazione di un determinato stato di cose (in una prospettiva interna) o, trattandosi di una descrizione, sapere se tutti gli x possono fare \emptyset , in modo da procedere ad un'alterazione di un determinato stato di cose (in una prospettiva esterna). Il soggetto₂ può essere interessato ai colori ma, simultaneamente, non volere, con tale informazione, fare qualcosa in merito ad un determinato stato di cose (ovvero, alterarlo). In particolare nella prospettiva interna, il soggetto₁ è potenzialmente soggetto ad una “pressione normativa” (o ad una descrizione della stessa) perché \emptyset e $F\emptyset$ non sono, in partenza fuori questione. Cercando una risposta alla questione dello statuto deontico di \emptyset , il soggetto₁ sa in partenza che, per esistere, quella sarà necessariamente $P\emptyset$, $F\emptyset$ o $O\emptyset$: c'è effettivamente una domanda¹⁵⁰. Il soggetto₂ non è necessariamente soggetto ad alcuna pressione: confutare il colore di x non contribuisce necessariamente ad influenzarne la condotta. E saprà, a partire da “ x è non azzurro” che ad avere un colore c'è una molteplicità di possibilità. Il vincolo situazionale contribuisce al fatto che il soggetto₁ interpreta l'inesistenza della norma che proibisce \emptyset come una norma che permette \emptyset , dato il silenzio sulle conseguenze giuridiche, dalla prospettiva del SG, per la realizzazione/omissione di \emptyset ¹⁵¹. Si noti che le condizioni per l'ultima ipotesi descritta includono, naturalmente, quella che prevede che il SG non associ qualsiasi norma (regola o principio) alla categoria di condotte in causa. Il SG è quindi incompleto. Tuttavia, i destinatari del SG tenderanno, dato il vincolo situazionale, a interpretarlo come completo.

(i) È costruita una norma enunciata da “genericamente, qualsiasi condotta non proibita è permessa”, con la seguente struttura: $[\forall x] [(xa_1 \vee xa_n) \wedge (\neg F) \Rightarrow P xa_1 \vee xa_n]$. $(xa_1 \vee xa_n)$ implica $(xa_1 \vee xa_2 \vee xa_3 \vee xa_n)$ dove (xa_1) = condotta₁; (xa_2) = condotta₂; (xa_3) = condotta₃; (xa_n) = qualsiasi condotta; $(\neg F)$ = non proibita; (P) = permessa.

(ii) La norma costruita può essere logicamente descritta, ora evidenziando l'elemento generico dell'occasione normativa, da $[\forall x] [(xa_1 \vee xa_n) \wedge (xa_1 \vee xa_n \neg F) \wedge (xb_1 \vee xb_n) \Rightarrow P xa_1 \vee xa_n]$ dove (xb_1) = di giorno; (xb_2) = di notte; (xb_3) = in inverno; (xb_n) = qualsiasi altro stato di cose concepibile.

Quindi, ho i miei dubbi che la norma descritta vada ad integrare necessariamente qualsiasi SG. In realtà, dipenderà sempre dai destinatari del SG¹⁵². Ma ho tuttavia pochi dubbi sul fatto che ciò corrisponda al modo in cui i destinatari di un SG

¹⁵⁰ Evidenziando questa domanda implicata nel problema normativo (che è situazionalmente rilevante), ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 32.

¹⁵¹ Radbruch intendeva che l'assenza di diritto (*ein rechtsleerer Raum*) è impossibile: quando un SG è silenzioso su una condotta, regola negativamente, negando le conseguenze giuridiche. RADBRUCH 1963, 298.

¹⁵² Di conseguenza, anche se questa norma fosse in vigore consuetudinariamente, la sua esistenza sarebbe contingente.

solitamente interpretano il silenzio dell'autorità normativa (ovvero, l'omissione del *Master Book*), ovvero facendo equivalere l'assenza di proibizione, relativamente ai casi non qualificati deonticamente, ad un permesso dove *va tutto bene*¹⁵³. È di paradigmatica importanza, però, notare che la costruzione di una norma generica di permesso di realizzazione delle condotte non proibite fa appello all'elemento (i) *per difetto* e (ii) *di consuetudine*, degli enunciati generici succitati¹⁵⁴. Il permesso tradotto dalla preposizione normativa è quindi *il più debole* permesso concepibile: dato che si tratta di una definizione che *avvicina* le (e *astrae* dalle) proprietà particolari dei casi – *qualsiasi x non proibito è, per difetto e abitualmente, permesso* –, l'antecedente della norma non rappresenta ipoteticamente qualsiasi proprietà di una classe di casi. Rappresenta solamente una proprietà negativa: *la proprietà negativa della non proibizione relativamente a qualsiasi caso*.

5.3. La graduazione della protezione dei permessi

L'ammissione *prima facie* della tesi dell'equivalenza pragmatica non implica, come si è visto, l'irrelevanza della creazione delle norme permissive in un SG. Si potrebbe dire che, dato che il SG include una norma permissiva generale di azione, o facendo valere, per questo SG, la tesi dell'equivalenza pragmatica tra la non proibizione e il permesso, tutte le norme permissive che vanno ad integrare tale SG non sarebbero necessarie. È contro questo carattere superfluo che argomenta Bulygin, nella differenziazione tra la non proibizione (*permesso debole*) e il permesso positivo (*permesso forte*). La questione si collega, ovviamente, alla definizione della differenza tra permessi *protetti* e permessi *non protetti*.

Allo stesso modo per cui non sembra accettabile la semplice divisione binaria tra *permesso forte* e *permesso debole*, data la relatività del concetto (cioè, ci sono permessi più forti e più deboli), anche la divisione binaria tra *permessi protetti* e *non protetti* non sembra procedere¹⁵⁵. Al di fuori del senso bulyginiano della contrapposizione tra permessi deboli e forti (permesso ≠ non proibizione), la forza dei permessi sembra essere relazionata al grado di coestensività tra le proprietà rilevanti dell'UO di un SG previste nella norma permissiva e tutte le proprietà rilevanti dell'UP derivanti da un SG (ovvero, *quanto più completa, all norms considered, sarà la norma permissiva, maggior forza avrà il permesso*). Ad esempio, la norma “è permessa la libertà di stampa” include un permesso più forte che il permesso incluso nella norma “è permessa la libertà di espressione”, davanti ad un

¹⁵³ Relativamente a questo *va tutto bene*, legato ad una *mancata specificazione*, sulla genericità, LUZATTI 2012, 106 ss.

¹⁵⁴ KRIFKA 1987, 9 ss.

¹⁵⁵ Così, sui permessi *più forti* e i permessi *meno forti*, anche se con altre argomentazioni, SOETEMAN 1997, 329 ss.

caso di libertà di stampa. La norma “non è proibita la promozione di culti religiosi” comprende un permesso più forte che il permesso decorrente dalla norma “non è proibito realizzare nessuna condotta che non danneggi posizioni giuridiche di terzi”, davanti ad un caso di libertà religiosa.

La protezione di un permesso, diretto ad una categoria di destinatari, deriva dalla *proibizione degli altri soggetti, relativamente all'interferenza con la condotta permessa*¹⁵⁶. Tale protezione diventa particolarmente rilevante in contesti normativi di conflitto. Non è in causa solo il modo in cui la norma PØ (ad esempio, libertà di espressione) protegge, nella sua considerazione isolata, il destinatario relativamente a condotte che interferiscono con tale permesso (cioè rendere muto il destinatario). In questo caso, è irrilevante la forza del permesso, dato che *basta la sua esistenza*. La protezione del permesso PØ sorge quindi con rinnovata rilevanza quando (i) terzi, sostenuti da norme conflittuali (ovvero, OØ' o PØ', che implica FØ), vogliono interferire con la condotta e (ii) il SG non include una norma che risolva il conflitto tra il permesso e la proibizione. La rilevanza del permesso *protetto* è quindi una rilevanza dal *peso relativo*, in particolare nei conflitti normativi di tipo parziale-parziale, *prima facie* irrisolvibili dal SG. Si pensi alle note collisioni tra le norme di diritto fondamentali di libertà (permessi *vs* permessi) o tra norme di diritto fondamentali di libertà ed interessi costituzionali obiettivi (permessi *vs* obblighi).

Si potrebbe considerare che un SG che contiene una norma N₁ “tutti hanno libertà generale di azione” esonererebbe norme permissive aggiuntive, dato che tutte queste si trovano in una relazione di specialità dichiarativa con N₁. Non è difficile comprendere che N₂ “tutti hanno libertà di espressione” (= libertà più specifica rispetto a quella di azione) e N₃ “tutti hanno libertà di stampa” (= libertà più specifica rispetto a quella di espressione) non vanno ad aggiungere nessuna conseguenza a N₁: sono istanze di N₁, dato che tutte le condotte e le occasioni regolate in N₂ ricadono nell'antecedente di N₁ e tutte le condotte e le occasioni regolate in N₃ ricadono nell'antecedente di N₂ (e, per transitività, di N₁). Ma sembra chiaro che non si tratti di norme disprezzabili per il SG. N₂ e N₃ sono *norme il cui antecedente è più specifico e, di conseguenza, meno generico*, denotando una maggior approssimazione alle proprietà dei casi regolati. L'analisi della mera specialità dichiarativa incide sulle conseguenze delle norme prese in considerazione nella loro individuazione. Di conseguenza, ipotizzando un conflitto normativo nel SG, nel quale un permesso entra in conflitto con una norma in modalità prescrittiva, il risultato della ponderazione è influenzato dal *grado di genericità* della norma permissiva e il simmetrico *grado di specificità* della norma permissiva/obbligatoria conflittuale. Si parla qui di un *grado di coestensività*

¹⁵⁶ BULYGIN 2010, 295; BAYÓN 2009, 69.

tra proprietà rilevanti indicate nella previsione delle norme e proprietà dei casi in cui si applicano le norme. Il risultato della ponderazione, davanti ad un caso le cui proprietà rilevanti siano quelle di un soggetto che voglia scrivere un articolo giornalistico d'inchiesta sulla implicazione del suo governo nello spionaggio a paesi terzi, non sarà lo stesso quando si contrapporrà, da un lato (a) l'obbligo di tutelare la sicurezza nazionale a, dall'altro (bi) il permesso di fare tutto ciò che non è proibito, (bii) il permesso di esprimersi liberamente o (biii) il permesso di esprimersi liberamente sulla stampa.

In conclusione, il permesso pragmaticamente equivalente alla non proibizione non è quindi un permesso non protetto, né si comprende come questo sarebbe un concetto concepibile¹⁵⁷. È, semplicemente, un *permesso con un minore grado di protezione concepibile*. Ciò avviene perché è simultaneamente un *permesso con un maggior grado di genericità concepibile*, puramente e semplicemente perché la norma permissiva *non rappresenta nessuna delle particolarità del caso*. E non potrebbe rappresentarle, dato che non include nel suo antecedente qualsiasi categoria specifica di casi (con *alcune P* dell'UP), bensì una categoria generica di qualsiasi caso (con un *qualsiasi P* di un UP). Dall'altro lato, l'equivalenza tra la non proibizione e il permesso non è problematica, data l'interdefinibilità dei modi deontici. Il problema sorge unicamente a partire dall'ottenimento di un permesso derivante da una *non proibizione generica, che avvicina e astrae le condotte e gli stati di cose non proibiti*.

Si torna quindi a un'idea espressa nelle pagine iniziali: tanto più generico sarà l'enunciato normativo, maggiore sarà la quantità, ma minore la qualità, di informazione fornita per risolvere il caso, *all things considered*, basandosi unicamente su quella norma. Il potenziale per una soluzione definitiva *all things considered* di una determinata norma cresce perciò in relazione proporzionalmente inversa al grado di genericità del suo enunciato. Il potenziale per una soluzione definitiva *all things considered* della norma permissiva derivante dalla non proibizione – dato che si tratta di una norma con il maggior grado di genericità possibile – è, in questa misura, il potenziale del minor grado possibile.

¹⁵⁷ Cfr. BAYÓN 2009, 69. Critico rispetto a questa visione, BULYGIN 2010, 295.

Riferimenti bibliografici

- AARNIO A. 1997. *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot, Ashgate, 1997.
- ALCHOURRÓN C. 1991. *Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems*, in «Law and Philosophy», 10, 4, 1991, 413 ss.
- ALCHOURRÓN C. 2012, *On Law and Logic*, in FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 39 ss.
- ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 1971. *Normative Systems*, Vienna, Springer Verlag, 1971; 5ª reimp., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006 (ed. or. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, trad. cast. di Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin).
- ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 1991. *Fundamentos Pragmáticos para una Lógica de Normas*, in ID., *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 155 ss.
- ALEXY R. 1986. *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (ed. or. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. en. di Julian Rivers).
- ALEXY R. 2000. *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 13, 2000, 294 ss.
- ALEXY R. 2014. *Formal Principles: a Reply to Critics*, in «International Journal of Constitutional Law» 12, 2014, 511 ss.
- ASGEIRSSON H., 2012. *Vagueness, Comparative Value and the “Lawmaker’s Challenge*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 98, 2012, 299 ss.
- ATIENZA M., MANERO J.R. 2005. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*. 3ª ed. Barcelona, Ariel, 2005.
- ATIENZA M., MANERO J.R. 2012. *Rules, Principles and Defeasibility* in BELTRÁN J.F., RATTI G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 238 ss.
- ATRIA F. 2005. *Creación y Aplicación del Derecho: entre Formalismo y Escepticismo*, in ATRIA F., BULYGIN E., MORESO J.J., NAVARRO P., RODRIGUEZ J.L., RUIZ MANERO J. (eds.) *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 45 ss.
- BACH K. 2005. *Context ex Machina*, in ZSABO Z. (ed.), *Semantics versus Pragmatics*, Oxford, Clarendon Press, 2005.
- BACH K. 2006. *Speech Acts and Pragmatics*, in DEVITT M., HANLEY R. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Language*, Oxford, Blackwell, 2006.

- BAYÓN J.C. 2001. *Why is Legal Reasoning Defeasible*, in SOETEMAN A. (ed.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001, 327 ss.
- BAYÓN J.C. 2009. *Sobre el Principio de Prohibición y las Condiciones de Verdad de las Propositiones Normativas*, in BULYGIN E., ATIENZA M., BAYÓN J.C. (eds.), *Problemas Lógicos en la Teoría y Práctica del Derecho*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 27 ss.
- BLAKEMORE D. 2002. *Relevance and Linguistic Meaning – the Semantics and Pragmatics of Discourse Markers*, Cambridge University Press, 2002.
- BROŽEK B. 2012. *Legal Rules and Principles: a Theory Revisited*, in «i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale», 17, 2012, 205 ss.
- BULYGIN E. 2005. *Creación y Aplicación del Derecho*, in ATRIA F., BULYGIN E., MORESO J.J., NAVARRO P., RODRIGUEZ J.L., RUIZ MANERO J. (eds.) *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 29 ss.
- BULYGIN E. 2010. *Sobre la Equivalencia Pragmática entre Permiso y no Prohibición*, in «Doxa», 33, 2010, 283 ss.
- BULYGIN E. 2013. *Kelsen on the Completeness and Consistency of Law*, in ID., *Essays in Legal Philosophy*, ed. by BERNAL C., HUERTA C., MAZZARESE T., MORESO J.J., NAVARRO P.E., PAULSON S., Oxford, Oxford University Press, 2013, 337 ss.
- BULYGIN E., MENDONCA D. 2005. *Normas y Sistemas Normativos*, Marcial Pons, 2005.
- CELANO B. 2012. *True Exceptions: Defeasibility and Particularism*, in FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 268 ss.
- CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007.
- COHEN A. 2002. *Genericity*, in «Linguistische Berichte», 10, 2012, 59 ss.
- DUARTE D'ALMEIDA L. 2009. *Normas Jurídicas Completas*, in DIAS A.S., RAPOSO J., ALVES J., DUARTE D'ALMEIDA L., MENDES P.S. (eds.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra, Almedina, 2009, 395 ss.
- DUARTE D'ALMEIDA L. 2015. *Allowing for Exceptions – a Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- DUARTE D. 2011. *Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in Literal Meaning*, in «Ratio Juris», 24, 2011, 112-139.
- DUARTE D. 2012. *A Experimental Essay on the Antecedent and its Formulation*, in «i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale», 16, 2012, 37 ss.
- DUARTE D. 2015. *Analogy and Balancing: the Partial Reducibility Thesis and its Problems*, in «Revus. Journal for Constitutional Law and Philosophy of Law», 25, 2015, 1 ss.

- DWORKIN R. 1978. *The Model of Rules*, in ID., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, 14 ss.
- DWORKIN R. 1985. *Is There Really no Right Answer in Hard Cases?*, in ID., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, 119 ss.
- ENDICOTT T. 2000. *La Vaguedad en el Derecho*, Madrid: Editorial Dykinson, 2006, (ed. or. *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, trad. cast. di J. Alberto Alcalá, J. Veja Gómez).
- ELHAG A., BREUKER J., BROUWER B. 1999. *On the Formal Analysis of Normative Conflicts*, in VAN DEN HERIK H.J. et al. (eds.), *Legal Knowledge based Systems, Jurix, The Twelfth Conference*, Nijmegen, Gerard Noodt Instituut, 1999, 35 ss.
- FERRER BELTRÁN J. 2000. *Las Normas de Competencia. Un Aspecto de la Dinámica Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- FERRER BELTRÁN J., RATTI G.B. 2012. *Defeasibility and Legality: a Survey*, in FERRER BELTRÁN J. RATTI G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 11 ss.
- GARCIA AMADO J. 2001. *Sobre el Argumento “A Contrario” en la aplicación del Derecho*, in «Doxa», 24, 2001, 5 ss.
- GONZALEZ LAGIER D. 2013. *Las Paradojas de la Acción*, 2^o ed., Madrid, Marcial Pons, 2013.
- GUASTINI R. 1999. *Los Principios en el Derecho Positivo*, in ID., *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Barcelona, Guedisa, 1999, 142 ss.
- GUASTINI R. 2007. *Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems*, in PAULSON S.I., PAULSON B.L. (eds.), *Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 2007, 317 ss.
- GUASTINI R. 2008. *Nuovi Studi sull’ Interpretazione*, Roma, Aracne, 2008.
- GUASTINI R. 2011. *La Sintassi del Diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.
- HAMPSHIRE S. 1978. *Public and Private Morality*, in HAMPSHIRE S., SCANLON T.J., WILLIAMS B.A.O., DWORKIN R. (eds.), *Public and Private Morality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, 23 ss.
- MARÍN R. H. 2002. *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica*, 2nd ed., Madrid, Marcial Pons, 2002.
- HART H.L.A. 1949. *The Ascription of Responsibility and Rights*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», New Series, 49, 1949, 171 ss.
- HART H.L.A. 1983. *Problems of the Philosophy of Law*, in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- HART H.L.A. 1994. *The Concept of Law*, 2^a ed., Oxford, 1994.

- HOLTON R. 2009. *Willing, Wanting, Waiting*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- JENNINGS R., HARTLINE A. 2014. *Disjunction*, in Zalta E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter Edition). Disponibile in: plato.stanford.edu/entries/disjunction/#OrNatLang.
- KELSEN H. 1979 *Théorie Générale des Normes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 (ed. or. *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz Verlag, 1979, trad. fra. di, de O. Beaudi e F. Malkani).
- KELSEN H. 1960. *Teoria Pura do Direito*, Coimbra: Almedina, 2008, 7^a ed. (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, Duticke, 2^a ed., 1960 , trad. port. di J. Baptista Machado, org. ind. di Luís Duarte d'Almeida).
- KRIFKA M. 1987. *An Outline of Genericity* (collab. Claudia Gerstner) in *SNS-Bericht*, 87-25, Tübingen, University of Tübingen, 1987, 1 ss.
- LARENZ, K. 1979. *Richtiges Recht: Grundzüge e. Rechtsethik*, München, Beck, 1979.
- LINDAHL L., REIDHAV D. 2015. *Conflict of Legal Norms: Definitions and Varieties*, in ARASZKIEWICZ M., PLESZKA K. (eds.), *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*, New York, Springer, 2015, 49 ss.
- LUZATTI C. 2012. *Principi e Principi. La Genericità nel Diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.
- MACCORMICK N. 1984. *Coherence in Legal Justification*, in PECZENIK A., LINDAHL L., VAN ROERMUND G.C. (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984, 235 ss.
- MARANHÃO J. 2012. *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo*. Madrid, Marcial Pons, 2012.
- MARMOR A. 2007. *What Does the Law Say? Semantics and Pragmatics in Statutory Language*, in «Analisi e Diritto», Milano, Giappichelli, 127 ss.
- MARTÍNEZ-ZORRILLA D. 2007. *Conflictos Constitucionales, Ponderación y Indeterminación Normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MARTINEZ-ZORRILLA D. 2011. *The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights*, in «Law and Philosophy», 30, 2000, 729 ss.
- MONIZ LOPES P. 2017. *The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles*, in «Ratio Juris», 2017, forthcoming.
- NAVARRO P.E., RODRÍGUEZ, J.L. 2014. *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge Introductions to Philosophy of Law, 2014.
- NINO C.N. 2003. *Introducción al Análisis del Derecho*, 2.^a ed. ampl. e rev., 12.^a reimpr., Buenos Aires, Astrea, 2003.
- O'CONNOR T. 2000. *Persons and Causes: the Metaphysics of Free Will*, New York, Oxford University Press, 2000.

- PECZENIK A. 1989. *On Law and Reason*, 2nd ed., New York, Springer, 2008.
- PINO G. 2008. *Norme e Gerarchie Normative*, in «Analisi e Diritto», 2008, 263 ss.
- PINO G. 2011a. *La Applicabilità delle Norme Giuridiche*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 11, 2011, 798 ss.
- PINO G. 2011b. *I Principi tra Teoria della Norma e Teoria dell'Argomentazione Giuridica*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 11, 2011, 75 ss.
- PINTO P.M. 1999. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in «Portugal-Brasil Ano 2000 – Tema Direito», *Studia Iuridica*, 40, BFDUC, 149 ss.
- PINTORE A. 1982. *Norme e Principi. Una Critica a Dworkin*, in «Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto», vol. 3, 1982.
- RADBRUCH G. 1963. *Rechtsphilosophie*, 6th ed., Stuttgart, Koeler, 1963.
- RATTI G.B. 2013. *El Gobierno de las Normas*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- RATTI G.B. 2014. *Consistencia, Completitud y Coherencia de los Sistemas Normativos*, in «Analisi e Diritto», 2014, 303 ss.
- RAZ J. 1970. *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2^o ed., reimpr., Oxford, Clarendon Press, 2003.
- RAZ J. 1972. *Legal Principles and the Limits of Law*, in «Yale Law Journal», 81, 1972, 823 ss.
- RAZ J. 1979. *Legal Reasons, Sources and Gaps*, in ID., *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, 53 ss.
- RAZ J. 1999. *Practical Reason and Norms*, 3^o ed. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- RENTERIA DÍAZ A.D. 1997. *Silogismo jurídico, argumento “a contrario” y reglas constitutivas*, in «Doxa», 20, 1997, 317-330.
- RICOEUR P. 1970. *O Discurso da Acção*, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2013, (ed. or. *Le Discours de l'Action*, trad. port. A. Morão).
- RODRIGUEZ J.L. 1995. *Contradicciones Normativas: Jaque a la Concepción Deductivista de los Sistemas Jurídicos*, in «Doxa», 17, 18, 1995, 357 ss.
- RODRIGUEZ J.L. 1999. *Lagunas Axiológicas y Relevancia Normativa*, in «Doxa», 22, 1999, 349 ss.
- RODRIGUEZ J.L. 2002. *Lógica de los Sistemas Jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- RODRIGUEZ J.L. 2005. *La Imagen Actual de las Lagunas en el Derecho*, in ATRIA F., BULYGIN E., MORESO J.J., NAVARRO P., RODRIGUEZ J.L., RUIZ MANERO J. (eds.), *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 127 ss.
- RODRIGUEZ J.L. 2005. *Against Defeasibility of Rules*, in FERRER BELTRÁN J., RATTI

- G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirement. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 89 ss.
- ROSS A. 1968. *Directives and Norms*, New York, The Humanities Press, 1968.
- ROSS A. 1958. *On Law and Justice*, Reprint, New Jersey, the Law Book Exchange, 2004.
- RUIZ MANERO J. 2005. *Algunas Concepciones del Derecho y sus Lagunas*, in ATRIA F., BULYGIN E., MORESO J.J., NAVARRO P., RODRIGUEZ J.L., RUIZ MANERO J. (eds.), *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 103 ss.
- RUIZ MANERO J. 2015. *Sistema Jurídico: Lagunas y Antinomias*, in GONZÁLEZ LAGIER D. (ed.), *Conceptos Básicos del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 47 ss.
- SCHAUER F. 1991. *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, New York, Oxford University Press, 1991.
- SCHAUER F. 2011. *On the Open Texture of Law*. Disponible in: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926855.
- SIECKMANN J.R. 2011. *Los Derechos Fundamentales como Principios*, in ID. (ed.), *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales. Estudios sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, 27 ss.
- SOETEMAN A. 1997. *On Legal Gaps* in GARZÓN VALDÉS E., KRAWIETZ W., VON WRIGHT G.H., ZIMMERLING R. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory, Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 323 ss.
- VON WRIGHT G.H. 1963. *Norm and Action*, New York, The Humanities Press, 1963.
- VON WRIGHT G.H. 1997. *Ought to be - Ought to do*, in GARZÓN VALDÉS E., KRAWIETZ W., VON WRIGHT G.H., ZIMMERLING R. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 427 ss.
- WITTGENSTEIN L. 1953. *Philosophical Investigations*, 3^o ed., Oxford, Basil Blackwell 1986.

