

Una teoria dei principi

di Pierluigi Chiassoni*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Regole, principi, postulati. § 3. – Alcuni difetti interni. § 4. – Il vizio originario.

«et certe cuiusque rei potissima pars principium»
D. 1.2.1

§ 1. – Premessa

I principi hanno costituito una presenza costante nella riflessione contemporanea dei giuristi e dei filosofi del diritto nelle loro ricerche di metodologia giuridica¹.

Non così nella teoria (generale) del diritto. Questa li ha anzi considerati, per lungo tempo, un tipo di “norma” (o “regola”) tra le altre, non meritevole di particolare attenzione in sede d’indagini sugli aspetti formali (non contenutistici) e strutturali del diritto in generale. Hans Kelsen, ad esempio, si è occupato espressamente di principi soltanto nel capitolo ventottesimo della postuma *Teoria generale delle norme*, laddove critica la “teoria della trasformazione” difesa da Josef Esser in *Principio e norma nello sviluppo giurisprudenziale del diritto privato*, tacchiandola di giusnaturalismo mascherato². La teoria delle norme giuridiche che Alf Ross propone in *Diritto e giustizia* non concede ai principi alcuno spazio³, e lo stesso accade ne *Il concetto di diritto* di Herbert

¹ Cfr., ad es., G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto* (1921), Milano, Giuffrè, 1958; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto* (1941), Prima parte, in *Lo Stato*, VII, n. 12/2019, 139-154; Seconda parte, in *Lo Stato*, VII, n. 13/2019, 183-200; N. BOBBIO, *Principi generali del diritto* (1966), in IDEM, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, 257-279.

² H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), trad. it. di M. Torre, *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985.

³ A. ROSS, *On Law and Justice* (1958), trad. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965.

Hart, il testo (ri)fondativo della *jurisprudence* anglo-americana⁴. Nessun cenno ai principi si ritrova, infine, nel corso *Teoria della norma giuridica* che Norberto Bobbio detta nell'anno accademico 1958-59⁵.

Dalla seconda metà degli anni Sessanta, tuttavia, interviene un mutamento profondo. La noncuranza della teoria del diritto per i principi si trasforma progressivamente in un'attenzione diffusa e assidua. Ciò per effetto del concorso di una pluralità di moventi culturali, tra cui figurano, anzitutto, l'allargamento (se non il ri-orientamento) tematico della teoria del diritto (da teoria dell'ordinamento giuridico a teoria del ragionamento giuridico), la costituzionalizzazione della cultura giuridica, che non risparmia la cittadella della teoria positivista tradizionale⁶, l'affermarsi di uno statuto disciplinare della teoria giuridica che le assegna, oltre al consueto compito "espositivo" (descrittivo ed esplicativo), un compito di alta politica del diritto, consistente nell'elaborare nozioni e tesi idonee a promuovere il buon andamento degli stati costituzionali di diritto, e, con esso, la realizzazione dei valori umanistici (di dignità, eguaglianza, autonomia, libertà, inviolabilità, solidarietà) recepiti e garantiti dai loro principi fondamentali⁷.

In questo scritto mi propongo di presentare e commentare la teoria dei principi (e delle norme giuridiche in generale) di Humberto Ávila⁸. Tre aspetti la rendono meritevole di riflessione.

⁴ H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965.

⁵ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958.

⁶ Una cultura giuridica ("interna", avrebbe precisato Tarello: cfr. G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, 205-217) è il complesso delle credenze e degli atteggiamenti intorno al diritto in generale e a uno o più ordinamenti positivi particolari intrattenuti in un determinato arco di tempo dagli operatori giuridici (filosofi e teorici del diritto, giuristi, giudici, avvocati, funzionari). Una cultura giuridica è costituzionalizzata quando risulti impregnata dall'idea di dover fare i conti - in tutte le aree del diritto positivo, secondo le rispettive competenze dei suoi esponenti - con la presenza di una costituzione che vale da documento giuridico fondamentale, tanto nei rapporti interni all'ordinamento, quanto in relazione ad altri ordinamenti. La costituzionalizzazione della cultura giuridica è fattore della costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici (su cui cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, 195-223).

⁷ Cfr., ad es., U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965; IDEM, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in IDEM (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Comunità, 1983, 281-340; IDEM, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Riv. Fil.*, LXXX, 3, 1989, 461-475; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Torino, Einaudi, 1990; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 3 voll.; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010; B. CELANO, *I diritti nello stato costituzionale. Legge, diritto, giustizia*, Torino, Einaudi, 2013; M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 2017; B. CELANO, *Lezioni di filosofia del diritto. Costituzionalismo, stato di diritto, codificazione, positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁸ Cfr. H. ÁVILA, *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003), XII edição ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2011 (del libro è apparsa una quindicesima edizione nel 2015). Del libro esiste anche una versione in lingua tedesca (IDEM, *Theorie der Rechtsprinzipien*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006), inglese (IDEM, *Theory of Legal*

In primo luogo, è una teoria duplicemente principialista. Non si limita a dare ampio spazio alla trattazione dei principi, ma considera gli altri tipi di norme – le ‘regole’ e i ‘postulati’ – dall’angolo prospettico dei principi; in particolare, da quello dello stato costituzionale di diritto concepito come “stato di principi” (*Estado Principiológico*)⁹.

In secondo luogo, è il frutto di una sapiente selezione, combinazione e rielaborazione dei risultati più fecondi di quattro linee di ricerca: la teoria dei principi germanica “classica” o (potremmo dire) “pre-alexiana” (Canaris, Engisch, Esser, Larenz); la teoria dei principi di Robert Alexy, nella sua qualità di sviluppo critico della teoria dei principi di Ronald Dworkin¹⁰; la teoria analitica delle norme giuridiche (Aarnio, Bobbio, García Figueroa, Guastini, MacCormick, Peczenik, Schauer, von Wright); l’alta dogmatica pubblicistica – in particolare, costituzionale e tributaria – alemanna e brasiliana (Bandeira de Mello, Birk, Grau, Michael, Modesto, Stern).

In terzo luogo, e infine, è un prodotto paradigmatico della “svolta principialista” nella teoria contemporanea delle norme giuridiche.

Ora, a proposito di una tale svolta, occorre metterne in luce la problematicità. Appare opportuno chiedersi, in particolare, se essa non si caratterizzi per *occultare* che vi sono modi distinti ed eterogenei di considerare le norme giuridiche da un punto di vista teorico – e precisamente, come dirò, il *modo ontologico*, il *modo assiologico*, e il *modo metodologico* (su cui *infra*, §§ 3. e 4.) — e dunque per *favorire la confusione* tra prospettive diverse, scambiando i problemi dell’una per problemi dell’altra, con esiti negativi per la nostra comprensione dell’esperienza giuridica. Dimodoché, sotto quest’ultimo profilo, un’eventuale critica della teoria di Ávila ne trascenderà i limiti, per investire l’insieme delle teorie principialiste congeneri.

Procederò così. Nella prima parte della mia indagine, di carattere introduttivo, darò conto assai brevemente delle tesi che formano il nucleo della teoria di Ávila (*infra*, § 2.). Nella seconda parte, di carattere critico-riflessivo, mi soffermerò su alcuni aspetti di essa che reputo problematici. Discuterò in particolare di alcuni difetti interni, di costruzione (*infra*, § 3.1.), e di un difetto originario, d’impostazione (*infra*, § 4.). Trattando di quest’ultimo, perverrò a una conclusione

Principles, Dordrecht, Springer, 2007), spagnola (IDEM, *Teoría de los principios*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011), nonché italiana (IDEM, *Teoria dei principi*, Torino, Giappichelli, 2014). Ai fini del presente scritto mi sono servito della versione italiana, nella traduzione di Giovanni Damele, della dodicesima edizione della versione portoghese, nonché della versione inglese.

⁹ H. ÁVILA, *Teoria dos princípios*, cit., 23.

¹⁰ Cfr. R. ALEXY, *Zum Begriff der Rechtsprinzipien* (1979), in IDEM, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1991, 177-212; IDEM, *Theorie der Grundrechte* (II ed., 1994), trad. it., *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. Di Carlo, Bologna, il Mulino, 2012, 106-107.

che taluni troveranno forse paradossale: suggerirò che l'unica, davvero promettente, "nuova frontiera" della teoria dei principi consista in un prudente e consapevole ritorno al passato (pre-dworkiniano).

§ 2. – Regole, principi, postulati

In forma lapidaria e però (ritengo) fedele allo spirito dell'originale, le tesi centrali della teoria di Ávila sono queste¹¹.

1. *Tre tipi di norme giuridiche.* Se si vuole dare conto in modo teoricamente adeguato delle norme che compongono l'ordinamento giuridico di uno stato costituzionale, occorre dotarsi di una tipologia tripartita, concettualmente ben costruita, nella quale si distinguano *regole, principi e postulati*.

2. *Identificazione di regole, principi, postulati.* Per identificare singole istanze di norme giuridiche dell'uno o dell'altro tipo, in vista del loro utilizzo nel «processo di applicazione» del diritto, è utile ricorrere al criterio del '*significato frontale*' o '*significato preliminare*'.

Una norma è regola, principio, oppure postulato, se il «significato frontale» dell'enunciato normativo (disposizione) che la esprime «può assumere» una «dimensione» che, rispettivamente, è «immediatamente» quella di una regola («dimensione comportamentale»), quella di un principio («dimensione finalistica»), oppure quella di un postulato («dimensione metodologica») ¹². In altre parole, le *regole* sono norme di condotta, i *principi* sono norme finali, i *postulati* sono norme attinenti al metodo giuridico.

Uno stesso enunciato normativo, peraltro, può essere inteso a esprimere *congiuntamente* una o più regole, e/o uno o più principi, e/o uno o più postulati (tesi delle «alternative inclusive») ¹³. Non sussiste, infatti, alcuna corrispondenza biunivoca tra enunciati normativi (disposizioni) e norme; né la possibilità di intendere un enunciato normativo a esprimere una regola esclude che lo stesso possa essere inteso a esprimere, al contempo, anche una o più norme di un altro tipo.

L'interpretazione degli enunciati normativi deve essere intesa, nondimeno, come un'attività soggetta a limiti. I limiti sono principalmente di due tipi, tra loro sinergici. Consistono: da un lato, nel «significato minimo» dell'enunciato, ovverosia, nel significato che la disposizione ha (esprime, comunica) alla luce delle convenzioni linguistiche

¹¹ Lo stesso autore ne fornisce una sinossi, irta di presupposizioni, nelle "Conclusioni" al libro (H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 181-184; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 193-195; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 133-135).

¹² H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 181, 60 ss.; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 193; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 133.

¹³ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 50-52.

generali (comuni parlanti) o specialistiche (classi di utilizzatori “tecnici”: giuristi, scienziati naturali, medici, agronomi, ecc.); dall’altro, nel rispetto dei «fini», dei «valori», e dei «beni giuridici essenziali» per tali fini e valori, che l’ordinamento giuridico abbia stabilito di tutelare, conservare, realizzare, promuovere¹⁴.

3. *Regole*. Le regole sono norme giuridiche contraddistinte dalle seguenti proprietà: (i) contengono una «descrizione normativa» «immediata» del comportamento che, secondo i casi, può, deve, non deve essere tenuto; (ii) sono «primariamente» rivolte al passato; (iii) sono accompagnate da una «pretesa» di «decidibilità» e di «comprensività» o «inclusività» (i.e., dalla pretesa di essere immediatamente utilizzabili nella decisione di concrete questioni di diritto); (iv) la loro applicazione richiede una valutazione circa la «corrispondenza» tra la «costruzione concettuale» della «descrizione normativa» e la «costruzione concettuale» dei «fatti»; (v) detta corrispondenza è «sempre incentrata» sulla «finalità» della norma e sui «principi» che le sono «assiologicamente sovrapposti»¹⁵.

4. *Principi*. I principi sono, per contro, norme giuridiche: (i) «immediatamente finalistiche»; (ii) «primariamente» rivolte al futuro; (iii) accompagnate da una «pretesa» di «complementarità» e di «parzialità»; (iv) la cui applicazione richiede una valutazione circa la corrispondenza tra «lo stato di cose che deve essere promosso» e gli «effetti che derivano dalla condotta ritenuta necessaria alla sua promozione»¹⁶.

5. *Tre criteri per distinguere le regole dai principi*. La distinzione tra le norme che sono regole e le norme che invece sono principi può essere colta – e tracciata – utilizzando tre criteri: (i) il modo di porsi rispetto alla disciplina («descrizione») dei comportamenti; (ii) la «giustificazione» richiesta per la loro (corretta) «interpretazione e applicazione»; (iii) il «contributo» offerto alla decisione delle controversie giudiziali¹⁷.

6. *Differenza tra regole e principi: il criterio del modo di disciplinare comportamenti*. Le regole sono norme che disciplinano comportamenti. Nella terminologia tradizionale, sono, come notavo prima, *norme di condotta*¹⁸. In particolare, sono «immediatamente descrittive» di comporta-

¹⁴ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 9-13. L’interprete non deve «svalutare» il «significato minimo», i «nuclei di senso», degli enunciati normativi, «costituiti dall’uso», né «può svalutare» i «punti di partenza», stabiliti dall’«ordinamento giuridico», ovverosia «la realizzazione di fini, la preservazione di valori e la tutela o il conseguimento di determinati beni giuridici essenziali alla realizzazione di quei fini e alla preservazione di quei valori».

¹⁵ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 60, 181; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 193; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 133.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 53-59.

¹⁸ Cfr., ad es.: N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., 3-7, 79-106, 145-155, nonché IDEM, *Norma giuridica*, in IDEM, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 227-230 e IDEM, *Norma* (1980), in IDEM, *op. ult. cit.*, 191-192, in cui, occorre osservare, si utilizza un concetto ampio di “norma di condotta”, che include anche le norme finali e le norme strumentali; A. ROSS, *op.*

menti nella misura in cui «stabiliscono obblighi, permessi e divieti mediante la descrizione della condotta che deve essere compiuta». Per contro, i principi sono norme «immediatamente finalistiche»: la loro «qualità frontale» consiste non già nella disciplina di comportamenti descritti contestualmente («immediatamente»), bensì nello stabilire che un «fine giuridicamente rilevante», uno «stato di cose» meritevole di promozione, deve essere realizzato¹⁹. Le regole sono «direttamente» norme di condotta e «indirettamente» norme finali («finalistiche»), prescrivendo comportamenti che si presumono necessari al raggiungimento del fine in vista del quale sono state create. I principi sono «direttamente» norme finali e «indirettamente» norme di condotta, prescrivendo implicitamente l'obbligo di tenere tutti i comportamenti necessari al raggiungimento del fine da essi prescritto²⁰.

Questa differenza si può anche esprimere, in termini metodologicamente un poco più precisi, nel seguente modo. Le regole *si accompagnano* a norme implicite finalistiche, che si possono ricavare da esse mediante un'operazione (che chiamerò) di *astrazione congetturale teleologica*: se c'è una regola R_1 , allora si può affermare che vi sia altresì, nel diritto positivo, una norma finale implicita corrispondente P_1 . Per contro, i principi *si accompagnano* a norme implicite di condotta, che si possono derivare da essi mediante un'operazione, di segno inverso rispetto alla precedente, (che chiamerò) di *concretizzazione congetturale strumentale*: se c'è un principio P_1 , allora si devono ricavare da esso, secondo le circostanze dei singoli casi, regole di condotta strumentalmente adeguate ($R_{1,1}$, $R_{1,2}$... $R_{1,n}$).

7. *Differenza tra regole e principi: il criterio del modo di giustificarne l'interpretazione e l'applicazione.* L'«interpretazione e l'applicazione» di una regola sono giustificate se, e solo se, sussiste una corrispondenza tra la (corretta) «costruzione concettuale della norma» (anche alla luce della sua finalità: cfr. *supra*, punto 3) e la «costruzione concettuale dei fatti». In altre (più chiare) parole: *se, e solo se*, la regola si applica indubitabilmente al caso che si tratti di disciplinare; *se, e solo se*, i fatti (comportamenti) su cui si tratta di decidere, opportunamente descritti, sono indubitabilmente *sussumibili* nella classe di fatti (comportamenti) disci-

ult. cit., 32-34, 50-51, e IDEM, *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul, 1968, 118, dove si utilizza parimenti una nozione ampia di 'norms of conduct' e si sostiene che le 'norme di competenza' ('norms of competence') sono «norme di condotta indirettamente formulate», «logicamente riducibili a norme di condotta»; G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, 7-8 («prescriptions»); H. Kelsen, *op. cit.*, cap. XXV; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho* (1996), Barcelona, Ariel, II edición actualizada, 2004, 29-30 («reglas de acción»); R. GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2017, 31-55.

¹⁹ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 53-54; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 193-194; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 133.

²⁰ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 54.

plinata dalla regola. Per contro, «l'interpretazione e l'applicazione» di un *principio* è giustificata, se, e solo se, come accennavo poc' anzi (*supra*, punti 4 e 6), sussiste una «correlazione» tra «lo stato di cose posto come fine» e «gli effetti che derivano dalla condotta ritenuta necessaria». In altri termini, non strettamente avilani: *se, e solo se*, la condotta che la regola implicita – che si è deciso di derivare da un principio e applicare a un caso individuale – prescrive di tenere in vista del fine posto da quel principio è *condizione* – necessaria, sufficiente, o necessaria e sufficiente – della effettiva promozione di quel fine²¹.

8. *Differenza tra regole e principi: il criterio dell'efficienza decisionale*. Venendo infine al terzo criterio, le *regole* sono norme giuridiche che hanno l'«aspirazione» a «generare una soluzione specifica» per un qualsivoglia «conflitto di ragioni». Per contro, i *principi* hanno soltanto la «pretesa» di «contribuire», «accanto ad altre ragioni», alla decisione di una controversia. Potremmo dire, nuovamente in una terminologia differente da quella usata da Ávila, ma forse un poco più chiara e immediata, che le regole si caratterizzano per la loro *efficienza decisionale*, laddove i principi ne sono costitutivamente privi²². Le regole, non i principi, possono funzionare da *premesse normative generali* dei *sillogismi decisionali di primo grado*: ovverosia, da premesse normative generali di quegli schemi inferenziali la cui conclusione è costituita da una norma individuale (“Tizio deve pagare a Caio la somma di 1000 €”, “Sempronio deve scontare la pena di mesi sei di reclusione”, “Sofonisba deve demolire la porzione di edificio in ***”, ecc.).

9. *Vantaggio teorico competitivo dei tre criteri di distinzione*. I criteri di distinzione appena richiamati – della disciplina («descrizione») diretta o indiretta dei comportamenti, del modo della giustificazione della corretta interpretazione e applicazione, dell'efficienza decisionale – devono essere preferiti, per la loro precisione ed efficacia discriminatoria, a criteri sovente invocati nella letteratura gius-teorica, ma, a ben vedere, inefficaci. Figurano tra questi, secondo Ávila, il criterio della “forma ipotetico-condizionale” (soltanto le regole, e non i principi, sarebbero norme dotate di forma condizionale)²³, il criterio della “modalità di applicazione” (le regole si applicherebbero al modo del “tutto o niente”, i principi al modo del “più o meno”²⁴; soltanto per i principi, e non per le regole, potrebbe procedersi a ponderazione²⁵), nonché il criterio del (le forme di) “conflitto normativo” (le

²¹ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 55-58; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 194; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 133.

²² H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 58-59; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 194; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 133-134.

²³ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 18-23.

²⁴ *Ivi*, 23-31.

²⁵ *Ivi*, 32-45.

regole entrano in conflitto soltanto “in astratto”, i princìpi soltanto “in concreto”²⁶). Nessuno di questi criteri di distinzione, infatti, supera la prova di un’analisi poco meno che superficiale. E – suggerisce Ávila – è sorprendente che essi continuino a essere invocati nella letteratura specialistica. In primo luogo, vi sono princìpi dotati di forma condizionale. In secondo luogo, anche i princìpi, se considerati applicabili a un caso in esito alla loro ponderazione, si applicano alla maniera del “tutto o niente”. In terzo luogo, la ponderazione interviene solitamente anche in relazione all’interpretazione e all’applicazione delle regole. In quarto luogo, si possono dare sia conflitti in concreto tra regole (le antinomie parziali bilaterali, o, nella terminologia di Ross, «incoerenze parziali-parziali»²⁷), sia conflitti in astratto tra princìpi²⁸.

10. *Funzioni (“efficacia”) di regole e princìpi.* Regole e princìpi, in quanto norme, producono *effetti su* – svolgono ruoli o funzioni rispetto a – *altre norme* («efficacia interna»). Queste funzioni, questi *effetti*, (che potremmo chiamare) *sistematici* delle norme sono suscettibili di tipizzazione²⁹.

Cominciando dai princìpi, essi sono anzitutto suscettibili di produrre effetti «diretti», potendo funzionare da premesse normative da cui derivare ulteriori norme, implicite, senza l’intermediazione di altre norme (come abbiamo visto prima, ai punti 4 e 6, e vedremo ancora *infra*, §§ 3.1.1. e 3.1.2.). In forza di ciò, i princìpi svolgono una funzione diretta di *integrazione* del diritto. Tra le funzioni indirette, se ne possono distinguere quattro. In primo luogo, un principio può essere usato per *delimitare l’ambito di applicazione* di un principio di più ampia portata o “sovra-principio”» (funzione *delimitativa*). In secondo luogo, un principio può essere usato per *interpretare altre norme*: in particolare, per scegliere tra due o più significati alternativi di una stessa disposizione (funzione *interpretativa*). In terzo luogo, un principio può essere usato per *espungere, modificare, o correggere* le regole che prescrivano condotte non adeguate rispetto al fine da esso indicato (funzione di «*impedimento*», o, potremmo dire, *correttiva* o *abrogativa*). In quarto, e ultimo luogo, un sovra-principio può essere usato per offrire una *re-*

²⁶ *Ivi*, 48-49.

²⁷ *Ivi*, 128-129.

²⁸ *Ivi*, 46-49.

²⁹ *Ivi*, 79-96. «Le norme agiscono su altre norme dello stesso sistema giuridico, in particolare definendo il loro significato e il loro valore [...] hanno effetti sulla comprensione di altre norme» (*Ivi*, 79, 82). Regole e princìpi hanno anche una «efficacia esterna». L’efficacia esterna dei princìpi attiene alla «comprensione», «selezione», «valutazione» dei fatti e delle [...] prove; è inoltre «argomentativa», laddove attiene a operazioni quali la determinazione dei costi e benefici inerenti alla prevalenza di un principio su di un altro in caso di conflitto, la determinazione del fine prescritto da un principio e dei mezzi «adeguati, necessari e proporzionali» per realizzarlo o promuoverlo, la ponderazione delle «ragioni morali» soggiacenti a princìpi in conflitto (*Ivi*, 82-85). L’efficacia esterna delle regole è «selettiva» rispetto alle condotte contestualmente disciplinate o alle competenze contestualmente attribuite, ed è anche «argomentativa», funzionando le regole, nei ragionamenti applicativi, da ragioni escludenti, opache rispetto ai princìpi soggiacenti, almeno in linea di principio (*Ivi*, 91-96).

interpretazione sistematica e teleologicamente unitaria delle regole e dei sotto-principi a esso subordinati (funzione «riarticolatrice»)³⁰.

La funzione interna diretta delle regole consiste invece, come si è già visto, nella loro *efficienza decisionale*³¹. Rispetto ai principi, le regole svolgono poi, tipicamente, due funzioni (interne e) indirette. Una prima funzione è *definitoria* o di *concretizzazione*: le regole *concretizzano* i principi stabilendo le condotte che devono essere tenute per realizzarne i fini. Una seconda funzione consiste nell'*arginare* il potere interpretativo e ponderativo degli organi dell'applicazione: siano essi il parlamento, rispetto alla costituzione, o un qualunque giudice, incluso il giudice costituzionale, rispetto alla costituzione o a fonti infracostituzionali (funzione di *trinceramento*). In forza di questa funzione, nel conflitto tra un principio (poniamo, il principio di efficacia della repressione penale) e una regola in ipotesi di pari livello gerarchico (poniamo, la regola che statuisce l'inutilizzabilità delle prove raccolte in modo illecito) si deve ritenere – contrariamente a una diffusa opinione – che la regola debba prevalere sul principio: che essendo essa stessa il risultato di una ponderazione da parte dell'autorità normativa, non sia, per tale ragione, aperta a revisioni (eccezioni) fondate sulla ponderazione tra principi, se non per «ragioni straordinarie, la cui valutazione risponde al postulato di ragionevolezza». Ávila sostiene infatti che occorre adottare un modello (una concezione) delle regole «moderato e proceduralizzato», che si oppone sia al «modello formalista puro», sia al «modello particolarista puro», dando «valore alla funzione e all'importanza delle regole senza [...] escludere la possibilità di un loro superamento in casi straordinari»³².

11. *Norme giuridiche di primo e di secondo grado*. Regole e principi sono norme giuridiche di «primo grado»³³. Come si è appena visto (*supra*, punti da 2 a 8), esse vertono su comportamenti, vuoi in modo diretto o immediato (se regole), vuoi in modo indiretto o mediato (se principi). Si contrappongono, in forza di ciò, ai *postulati*, che sono invece nor-

³⁰ *Ivi*, 80-82.

³¹ Cfr. *supra*, § 2., punti 3 e 8. Le regole «intendono rendere disponibile una soluzione provvisoria per il determinato conflitto d'interessi preventivamente identificato dal legislatore» (H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 85).

³² *Ivi*, 85-91, 98-104, 105. In particolare Ávila sostiene che una regola, nella sua formulazione «di superficie», possa essere legittimamente derogata («superata», corredata di un'eccezione), se, e solo se, ricorrono le seguenti condizioni. Primo, la deroga è giustificabile alla luce del postulato di ragionevolezza, essendo compatibile al tempo stesso con la finalità materiale specifica della regola e con il principio di certezza del diritto. Secondo, la deroga è motivata con ragioni «scritte, fondate giuridicamente e logicamente strutturate», in assolvimento di uno speciale onere di argomentazione. Terzo, le ragioni offerte in favore della deroga – relative in particolare all'essere la deroga non suscettibile di produrre un incremento della litigiosità, dell'incertezza, della disegualianza di trattamento, ecc. – sono adeguatamente provate sulla base di «documenti, perizie o statistiche» (*Ivi*, 103-104).

³³ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 1-5, 119-179; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 27, 133-135; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 4, 83-84.

me giuridiche di «secondo grado» o «metanorme». Occorre peraltro distinguere due tipi di postulati: i postulati «ermeneutici» e i postulati «normativi applicativi»³⁴.

12. *Postulati ermeneutici*. I postulati ermeneutici sono norme «la cui utilizzazione è necessaria per la comprensione interna e astratta dell'ordinamento giuridico»³⁵. Sono postulati ermeneutici tra i più importanti: il postulato «dell'unità dell'ordinamento giuridico», che «richiede all'interprete di mettere in relazione la parte con il tutto, attraverso le categorie di ordine e di unità»³⁶; il «postulato della coerenza», un «sottoelemento» del primo, che «impone all'interprete l'obbligo [...] di mettere in relazione le norme con le altre norme formalmente o materialmente superiori»³⁷; il «postulato della gerarchia», che impone, *inter alia*, l'interpretazione adeguatrice delle disposizioni infracostituzionali³⁸.

13. *Postulati normativi applicativi*. I postulati normativi applicativi sono metanorme «immediatamente metodologiche», le quali attengono alla risoluzione di problemi che sorgono «nell'applicazione del diritto», tra cui ad esempio la risoluzione delle antinomie in concreto («contingenti, concrete ed esterne») ³⁹, imponendo «doveri» che «strutturano razionalmente» l'interpretazione e l'applicazione «concreta» di regole e principi, mediante il requisito, «più o meno specifico», di «relazioni tra elementi conformi a criteri»⁴⁰. Si distinguono, a loro volta, in postulati «generici» e postulati «specifici»⁴¹.

14. *Postulati generici*. I postulati generici sono metanorme che si applicano «senza presupporre l'esistenza di elementi e di criteri specifici». Sono di questo tipo i postulati che impongono: (i) il dovere di *ponderare beni*, che consiste «in un metodo destinato ad attribuire pesi a elementi interconnessi, senza fare riferimento a punti di vista materiali che orientino una tale pesatura»; (ii) il dovere della «concordanza pratica», il quale esige la massima realizzazione dei valori coinvolti; (iii) il dovere della «proibizione dell'eccesso», il quale vieta di applicare una rego-

³⁴ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 119-120.

³⁵ *Ivi*, 121-122.

³⁶ *Ivi*, 122.

³⁷ *Ivi*, 122-131.

³⁸ *Ivi*, 122-123.

³⁹ Può giovare ricordare che, nel lessico della teoria analitica, sono chiamate (in modo fuorviante) «antinomie in concreto» le incompatibilità tra due norme che riconnettono conseguenze o qualificazioni logicamente contrarie o contraddittorie a classi di fattispecie individuate da proprietà che non si escludono concettualmente. Ad es. le norme «I cittadini devono pagare le imposte» e «Gli agricoltori possono non pagare le imposte» confliggono in relazione alla classe di soggetti che siano, al tempo stesso, cittadini e agricoltori. Su questo punto, cfr. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999, 274-287.

⁴⁰ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 120-121, 133, 178-179, 182; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 194: «mediante a exigência, mais o menos específica, de relações entre elementos com base em critérios»; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 134: «by the more or less specific requirement of relations according to criteria».

⁴¹ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 140-141.

la o un principio ogniqualvolta ciò abbia l'effetto di privare un diritto fondamentale della sua pur minima efficacia⁴².

15. *Postulati specifici*. I postulati specifici sono metanorme la cui «applicabilità» dipende da «condizioni» e «criteri» pre-determinati. Sono specifici in particolare il «postulato di eguaglianza», il «postulato di ragionevolezza» e il «postulato di proporzionalità»⁴³.

Il *postulato di eguaglianza* impone il dovere di specificare il criterio e la finalità del trattamento discriminatorio («differenziato») di due soggetti, nonché la congruenza del criterio rispetto alla finalità servita dal trattamento differenziato⁴⁴.

Il *postulato di ragionevolezza* impone il dovere di assicurare l'adequazione delle norme generali rispetto ai casi individuali che si tratti di disciplinare, la congruenza delle misure adottate rispetto ai fini perseguiti, la proporzione («equivalenza») tra «le due grandezze» di volta in volta considerate (ad esempio, tra l'entità della sanzione e la gravità dell'infrazione)⁴⁵.

Il *postulato di proporzionalità*, infine, – secondo il modo consueto di concepire la c.d. «analisi della proporzionalità» – impone il dovere di assicurare che le misure giuridiche adottate siano (i) *strumentalmente adeguate* al conseguimento di obiettivi costituzionalmente legittimi, (ii) *ineludibili* («necessarie») sul piano dell'entità della lesione arrecata a diritti o interessi concorrenti, nonché (iii) *proporzionali in senso stretto*, ovverosia tali che i benefici derivanti dalla lesione di un diritto o interesse concorrente ne superino i costi⁴⁶.

La teoria di Ávila rappresenta un contributo originale alla teoria generale delle norme. Presenta nondimeno alcuni aspetti problematici. Da un lato, vi sono *difetti interni*: di costruzione *iuxta sua propria principia*. Dall'altro, patisce altresì di un *difetto radicale e originario*. Questo difetto attiene all'impostazione stessa della teoria, essendo conseguenza, come vedremo, della sua tesi fondamentale.

Nel paragrafo seguente (*infra*, § 3.), mi soffermerò su alcuni difetti interni. In quello successivo e finale (*infra*, § 4.), darò conto del difetto d'impostazione, revocando in dubbio l'opportunità teorica della tesi fondamentale⁴⁷.

⁴² H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 141-148, 182; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 194; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 134.

⁴³ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 140-141.

⁴⁴ Ivi, 148-150, 182-183; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 194; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 134.

⁴⁵ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 150-160, 183; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 195; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 134.

⁴⁶ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 160-175, 183-184; IDEM, *Teoria dos princípios*, cit., 195; IDEM, *Theory of Legal Principles*, cit., 134-135.

⁴⁷ Questa conclusione è anche difesa in R. POSCHER, *The Principles Theory. How Many Theories and What Is Their Merit?*, in M. KLATT (ed.) *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 218-24., il quale critica la «teoria dei

I lettori strettamente interessati alla storia della cultura giuridica (*sub specie* di storia della teoria giuridica, dei suoi problemi e indirizzi di ricerca) possono passare direttamente al § 4. I lettori con il gusto per l'analisi e la critica di dettaglio delle teorie delle norme giuridiche potranno trovare qualche consolazione anche nel § 3.

§ 3. – *Alcuni difetti interni*

Il “fondamento” della teoria dei principi di Ávila – la “tesi fondamentale” partendo dalla quale essa è stata costruita – è costituito apparentemente da una tesi che chiamerò *tesi della differenza ontologica tra regole e principi* (o per brevità, *tesi della differenza ontologica*).

La tesi della differenza ontologica sostiene che i principi sono un tipo di norme giuridiche, accanto e in contrapposizione ad altri tipi di norme, tra cui, anzitutto, le regole, in virtù di proprietà intrinseche, aventi a che fare con la loro forma logica e il loro contenuto. Da queste proprietà discenderebbero ulteriori differenze, sul piano metodologico dell'interpretazione, dell'applicazione e, in genere, del ruolo svolto nel ragionamento giuridico.

Di solito, la tesi della differenza ontologica svolge il ruolo di componente – il componente basilare – delle teorie dei principi in forza di un'assunzione originaria, preliminare e assiomatica, a sua volta non corredata di alcuna giustificazione teorica, se non il tacito appello alla sua (ritenuta) *evidente* fondatezza.

Coloro che, come Ávila e altri teorici del diritto contemporanei⁴⁸, abbiano assunto a tesi fondamentale della loro teoria delle norme la tesi della differenza ontologica, sono fatalmente indotti a conferire un'importanza capitale al problema della demarcazione tra regole e principi. Regole e principi – assumono costoro – sono, esistenzialmente (ontologicamente), norme giuridiche di tipo diverso. Tuttavia, dare conto di questa differenza, indicare modi concettualmente chiari e affidabili per distinguere una regola da un principio sul piano strutturale-contenutistico, si è rivelato un compito insospettabilmente arduo.

principi» dworkin-alexiana – informata alla tesi fondamentale adottata anche da Ávila – in quanto, ad un tempo, opinabile «teoria del concetto di diritto», «teoria [generale] delle norme giuridiche», «teoria [generale] della giurisdizione», «teoria dell'argomentazione giuridica», nonché, ed infine, «teoria dottrinale dei diritti fondamentali».

⁴⁸ La tesi della differenza ontologica è adottata, ad esempio, da Robert Alexy (cfr., ad es., R. ALEXY, *Zum Begriff der Rechtsprinzips* (1979), in IDEM, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1995, 182-205; IDEM, *Sobre la estructura de los principios jurídicos* (2000), in IDEM, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 95-103), da Atienza e Ruiz Manero (cfr. M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *op. cit.*, cap. I), nonché, in sede di meta-giurisprudenza ricostruttiva, dal “secondo Guastini” (cfr. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 57-66 e *infra*, § 4., nota 85).

Si suole distinguere due insiemi di teorie della demarcazione: le teorie della demarcazione qualitativa (forte) e le teorie della demarcazione quantitativa (graduale o debole)⁴⁹.

Per le *teorie della demarcazione qualitativa* o *forte*, le regole e i principi si distinguono in virtù del possesso di proprietà essenziali differenti e mutualmente esclusive, che nell'insieme farebbero di una norma un principio e non una regola (o altro tipo di norma), e viceversa. Non esiste peraltro uniformità di opinioni su quali siano tali proprietà. Ciò emerge con chiarezza non appena si passino in rassegna le principali tesi della demarcazione forte. Di volta in volta, si è invero sostenuto che:

1. Le regole sono norme a struttura sintattica condizionale, i principi sono norme sintatticamente categoriche.
2. Le regole sono norme sintatticamente condizionali il cui antecedente è "chiuso" (semanticamente determinato e non defettibile, i.e., passibile unicamente di eccezioni suscettibili di essere pre-determinate e pre-enumerate in modo esaustivo), i principi sono norme sintatticamente condizionali il cui antecedente è "aperto" (semanticamente indeterminato e defettibile).
3. Le regole sono norme semanticamente determinate, i principi sono norme semanticamente indeterminate.
4. Le regole sono norme assiologicamente determinate (il loro contenuto rispecchia fini, obiettivi, valori determinati, che l'interprete può semplicemente constatare), i principi sono norme assiologicamente indeterminate (il loro contenuto è suscettibile di essere (ri)disegnato a piacere da interpreti competenti a manipolare valori etico-normativi).
5. Le regole sono norme assiologicamente "derivate" (sono giustificate facendo appello a principi e valori soggiacenti, e non giustificano a loro volta altre norme), i principi sono norme assiologicamente "fondamentali" (giustificano altre norme, e segnatamente regole, e non sono a loro volta giustificati o bisognosi di giustificazione normativa).
6. Le regole sono norme di condotta (stabiliscono le conseguenze normative di comportamenti, eventi o stati di cose contestualmente indicati), i principi sono norme finali (stabiliscono obiettivi - stati di cose "ideali" - che devono essere promossi, realizzati, o, se già raggiunti, conservati).
7. Le regole sono norme che si applicano ai casi individuali *direttamente*, mediante sussunzione, i principi sono norme che si applicano ai casi

⁴⁹ Cfr., ad es., P. COMANDUCCI, *Principios jurídicos e indeterminación del derecho* (1980), in IDEM, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, 75-87; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 51-57; J. RÁBANOS, *Norme sui diritti umani: tra principi e regole*, in P. IVALDI, S. CARREA (eds.), *I diritti umani settant'anni dopo. L'attualità della Dichiarazione Universale tra questioni irrisolte e nuove minacce*, Genova, Genova University Press, 2019, 35-37.

individuali *indirettamente*, in esito a operazioni di ponderazione e concretizzazione.

8. Le regole sono norme che si applicano alla maniera del “tutto o niente” (o si applicano, o non si applicano), i principi sono norme che si applicano alla maniera del “più o meno” (possono trovare parziale attuazione, parziale realizzazione, nella disciplina di un comportamento o di una classe di comportamenti).

9. Le regole sono norme che confliggono “in astratto” (un conflitto tra regole è identificabile alla sola luce delle regole stesse, senza che occorra considerare i casi concreti), i principi sono norme che confliggono “in concreto” (un conflitto tra principi è identificabile soltanto in rapporto ai casi individuali che si tratti di disciplinare).

10. La risoluzione di un’antinomia tra regole ha per effetto l’invalidazione della regola soccombente (attinge alla sua “validità”, la priva, in tutto o in parte, della “validità” quale appartenenza a un sistema normativo), sia pure *inter partes*, la risoluzione di un’antinomia tra principi ha per effetto la “inefficacia” momentanea del principio soccombente (attinge alla sua (validità) “applicabilità”, ferma restando la sua “validità”-appartenenza).

Per le teorie della *demarcazione quantitativa* o *debole*, le regole e i principi si distinguono al contrario in virtù del possesso delle *medesime proprietà*, esibite però *in gradi differenti*. Si sostiene, ad esempio, che:

1. le regole sono norme che presentano «un grado minimo o nullo di astrazione (sono destinate a un numero [quasi] determinato di situazioni) e di generalità (sono indirizzate a un numero [quasi] determinato di persone)», laddove i principi sono norme «dall’elevato grado di astrazione (sono destinate a un numero indeterminato di situazioni) e generalità (sono indirizzate a un numero indeterminato di persone)»⁵⁰;

2. le regole sono norme *relativamente determinate* (a bassa indeterminatezza semantica), i principi sono norme *eminentemente indeterminate* (a elevata indeterminatezza semantica);

3. le regole sono norme contraddistinte da una *relativa determinatezza assiologica* (il loro contenuto rispecchia fini, obiettivi, valori, che l’interprete può determinare soltanto in parte), i principi sono norme contraddistinte da un’*elevata indeterminatezza assiologica* (il loro contenuto è suscettibile di essere (ri)disegnato, con ampi margini di manovra, se non pressoché a piacere, da interpreti competenti nella manipolazione dei valori etico-normativi).

Dove si colloca la teoria di Ávila? Ávila aderisce, apparentemente, a criteri che collocano la sua teoria nell’alveo delle teorie della demarcazione qualitativa. La sua teoria accoglie, come si è visto, la tesi di

⁵⁰ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 66-67.

demarcazione forte, di derivazione alexyana, secondo cui le regole sono norme di condotta, laddove i principi sono invece norme finali (*supra*, § 2., punti 3, 4, 6). Su questa differenza di contenuto, qualitativa, s'innestano, come sue specificazioni o corollari, i tre criteri prima richiamati. Sono invero *qualitativi*, sia il criterio (contenutistico) della "descrizione immediata" del comportamento disciplinato (*supra*, § 2., punto 6), sia il criterio (funzionalistico) della giustificazione dell'interpretazione e applicazione (incentrato sull'alternativa tra corrispondenza concettuale (sussunzione) e correlazione strumentale) (*supra*, § 2., punto 7), sia, infine, il criterio (funzionalistico) dell'efficienza decisionale (*supra*, § 2., punto 8).

A un'analisi poco meno che superficiale, la teoria di Ávila presenta però, come accennavo poc'anzi, alcuni aspetti problematici interni. Questi aspetti attengono, in particolare:

1. alla formulazione delle definizioni dei concetti di regola e di principio;
2. ai concetti di regola e di principio;
3. alla collocazione tutto considerato della teoria rispetto all'alternativa tra teorie della demarcazione qualitativa e teorie della demarcazione quantitativa;
4. alla pretesa che i postulati costituiscano, nell'insieme, un *tertium genus* non riconducibile, per caratteristiche strutturali, vuoi alla categoria delle regole, vuoi alla categoria dei principi.

§ 3.1. - *Definizioni non adeguatamente formulate*

Le definizioni, si sa, sono entità pericolose. Vuoi che si tratti di definire una nozione in vista di una qualche operazione di politica del diritto, vuoi che si tratti di definirla in nome del progresso della conoscenza.

Dopo avere analizzato svariati modi di demarcare le regole dai principi, Ávila ritiene di poter «concludere proponendo un concetto di "regola" e un concetto di "principio"», così articolati:

«Le regole sono norme direttamente descrittive di un comportamento, primariamente retrospettive, con pretesa di decidibilità e inclusione, per la cui applicazione si esige la valutazione della corrispondenza, sempre incentrata sulla finalità che le sostiene o sui principi che sono loro assiologicamente soggiacenti, tra la costruzione concettuale della descrizione normativa e la costruzione concettuale dei fatti.

I principi sono norme direttamente finalistiche, primariamente prospettive e con pretesa di complementarità e parzialità, per la cui applicazione si richiede una valutazione della correlazione tra lo stato

di cose che deve essere promosso e gli effetti derivanti dalla condotta ritenuta necessaria alla sua promozione»⁵¹.

Entrambe le definizioni, se le leggiamo alla luce della complessa e articolata teoria di Ávila, appaiono non soddisfacenti. Sono opache, non del tutto adeguate a comunicare il pensiero di Ávila, e, in forza di ciò, potenzialmente fuorvianti.

Cominciamo dalla definizione del concetto di regola. Essa (mi) risulta opaca sotto tre aspetti.

(1) Ávila caratterizza le regole come «norme direttamente descrittive di comportamenti». Abbiamo già visto che cosa egli intenda dire con tale locuzione, e che si tratta di un modo di vedere sensato (*supra*, § 2., punti 3 e 6). Tuttavia, dire che le regole «descrivono direttamente comportamenti» è un modo alquanto singolare, e *prima facie* fuorviante, di dire che le regole sono norme di condotta: norme che *qualificano comportamenti, contestualmente descritti, utilizzando i modi deontici del permesso, dell'obbligatorio o del vietato*.

(2) Ávila caratterizza le regole come norme «con pretesa di decidibilità e inclusione». Tralasciando la discutibile prosopopea (le regole non hanno, né possono avere, o avanzare, "pretese"), che costituisce purtroppo una figura retorica assai apprezzata e diffusa nella teoria del diritto contemporanea, trovo questa locuzione sommamente oscura. Perché non dire, in modo più chiaro immediato, che si tratta di norme che funzionano tipicamente da premesse normative generali dei sillogismi giudiziari di primo grado, i sillogismi decisionali la cui conclusione è una norma individuale?

(3) Con riguardo alla giustificazione della loro «interpretazione e applicazione», Ávila caratterizza le regole come norme «per la cui applicazione si esige la valutazione della corrispondenza, sempre incentrata sulla finalità che le sostiene o sui principi che sono loro assiologicamente soggiacenti, tra la costruzione concettuale della descrizione normativa e la costruzione concettuale dei fatti». Questo giro di parole appare, nuovamente, non adeguato a comunicare le idee di Ávila in proposito, e, in forza di ciò, è foriero di oscurità e fraintendimenti. Vediamo con ordine.

La teoria delle norme di Ávila è costruita sulla distinzione tra disposizione e norma, che mutua da Guastini e sviluppa in proprio, ad esempio, laddove offre una tipologia non già delle "norme" o "regole di competenza", bensì delle "disposizioni" di competenza⁵². La teoria presuppone inoltre (o così sembra), la distinzione, centrale nella teoria analitica dell'interpretazione, tra l'interpretazione come *tradu-*

⁵¹ *Ivi*, 65; H. ÁVILA, *Teoria dos princípios*, cit., 78-79.

⁵² Cfr. H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 8-9, 63-64.

zione *intra-linguistica* di una disposizione in una o più norme esplicite (“interpretazione”, “interpretazione *in astratto*”) e l’interpretazione come qualificazione di una fattispecie concreta (caso o fatto individuale) secondo un predicato (solitamente) ubicato nell’antecedente di una norma di condotta previamente identificata (“sussunzione”, “interpretazione *in concreto*”)⁵³.

Nel passo che ho appena citato, tuttavia, queste distinzioni capitali sfumano l’una nell’altra ingenerando confusione. Perché non attenersi strettamente? Perché non dire, ad esempio, che, affinché l’applicazione di una regola sia giustificata, occorre che siano soddisfatte *due* condizioni: primo, la regola dev’essere il risultato di una (corretta) *interpretazione teleologica (ratio legis) e sistematica* (secondo i principi e valori soggiacenti) della disposizione corrispondente; secondo, la regola deve essere indubitabilmente applicabile al caso individuale che si tratti di decidere (ovverosia: il caso individuale deve essere indubitabilmente *sussumibile* nella regola)?

Venendo alla definizione della nozione di principio, essa (mi) risulta opaca, e fuorviante, sotto due aspetti.

(1) Ávila caratterizza i principi come norme «con pretesa di complementarità e parzialità». Questa locuzione, come già l’omologa usata nella definizione del concetto di regola, è oltremodo oscura – per tacere, anche qui, dell’inopportuna prosopopea. Perché non dire, in modo più chiaro e immediato, che si tratta di norme le quali, tipicamente, *non funzionano, né possono funzionare*, da premesse normative generali dei sillogismi giudiziali di primo grado? Perché, facendo appello a una ben nota distinzione concernente la giustificazione delle decisioni giudiziali, non dire che i principi funzionano da premesse normative che, tipicamente, si ritrovano nella *giustificazione esterna* delle regole applicate dai giudici?

(2) Con riguardo alla giustificazione della loro «interpretazione e applicazione», Ávila caratterizza i principi come norme «per la cui applicazione si richiede una valutazione della correlazione tra lo stato di cose che deve essere promosso e gli effetti derivanti dalla condotta ritenuta necessaria alla sua promozione». La frase – come già la sua omologa usata nel definire il concetto di regola – appare non adeguata a comunicare il pensiero di Ávila al riguardo. Invero, dal punto di vista della teoria di Ávila, l’applicazione di un principio è giustificata, se, e solo se, siano soddisfatte *due* condizioni. Primo, il principio applicato deve risultare *prevalente nel conflitto* con i principi concorrenti. Secondo, la norma di condotta applicata al caso individuale che si tratti di decidere

⁵³ Cfr., ad es., P. CHIASSONI, *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Cham, Springer, 2019, cap. I e V.

deve essere una norma implicita, “derivata” dal principio prevalente secondo un *nesso di derivazione strumentale* o mediante una *concretizzazione congetturale strumentale*: ovverosia, deve prescrivere un comportamento i cui effetti, in esito a un’affidabile analisi mezzo a fine, possono ritenersi tali da promuovere o realizzare il fine prescritto dal principio.

§ 3.2. – *Concetti non adeguatamente disegnati*

Alcuni difetti interni della teoria delle norme giuridiche di Ávila consistono, non già nella difettosa formulazione di idee in sé sensate e teoricamente plausibili, bensì nella non completa adeguatezza dei concetti disegnati. Ciò vale sia per il concetto di regola, sia per il concetto di principio.

Inadeguatezza del concetto di regola. Ávila, come si è visto, intende le regole come «norme direttamente descrittive, nella misura in cui stabiliscono obblighi, permessi e proibizioni attraverso la descrizione della condotta che deve essere adottata»⁵⁴. Esse descrivono «oggetti (condotte, materie, fonti, effetti giuridici, contenuti, soggetti)» ed esigono, «dal destinatario l’adozione di un comportamento più o meno determinato, e dall’interprete l’esame della corrispondenza tra la condotta adottata e la descrizione normativa di quello stesso oggetto»⁵⁵.

Dato questo concetto, Ávila si domanda se esso sia idoneo a catturare tutti i tipi di regole: in particolare le «regole di competenza (quelle che attribuiscono a un soggetto il potere di compiere determinati atti)» e le «regole definitorie (quelle che attribuiscono significato normativo a determinati atti o fatti)»⁵⁶. Alla domanda – sostiene Ávila – si può dare una risposta affermativa: regole di competenza e regole definitorie sono regole secondo il concetto di regola da lui stesso definito e appena richiamato. A sostegno di tale conclusione, Ávila offre un’analisi del significato delle disposizioni di competenza. Orbene, a un esame superficiale, la conclusione cui Ávila perviene appare non suffragata dalla sua stessa analisi. Quantomeno, per ciò che attiene alle regole definitorie.

L’argomentazione di Ávila si articola in tre fasi.

Nella prima fase, Ávila distingue cinque tipi di *disposizioni di competenza*: 1. disposizioni relative all’attribuzione di competenze; 2. disposizioni relative all’esercizio di competenze; 3. disposizioni relative alla delimitazione materiale delle competenze; 4. disposizioni relati-

⁵⁴ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 65.

⁵⁵ *Ivi*, 64.

⁵⁶ *Ivi*, 62.

ve alla riserva di competenza; 5. disposizioni relative alla delimitazione sostanziale delle competenze⁵⁷.

Nella seconda fase, Ávila traduce ciascuna disposizione in due o più regole corrispondenti, sulla base di quella che ritiene essere una loro interpretazione ragionevole.

Nella terza e ultima fase, sostiene che l'interpretazione ragionevole delle regole di competenza dimostrerebbe l'adeguatezza della nozione di regola da lui definita.

Ora, come dicevo, questa conclusione appare non suffragata dai risultati della seconda fase dell'argomentazione di Ávila, almeno per ciò che concerne le disposizioni di competenza dei primi due tipi.

«Nel caso delle disposizioni di attribuzione di competenze» – ad esempio, «la disposizione secondo cui compete al Parlamento il potere di promulgare le leggi» – l'interprete («o aplicador»), sostiene Ávila: «può ricostruire, congiuntamente, tre norme: una regola di condotta permissiva, che permette a un soggetto di esercitare un determinato atto; una regola di condotta proibitiva, che proibisce ad altri soggetti di esercitare la stessa attività, e una regola definitoria, che definisce una determinata fonte come atta a produrre determinati effetti»⁵⁸.

Le prime due regole possiedono indubbiamente le proprietà che, secondo il concetto definito da Ávila, fanno di una norma giuridica una regola. La loro forma logica, nella simbologia della logica dei predicati, può invero essere ricostruita nel seguente modo:

R1: $(x) (Lx \rightarrow PEax)$

Per qualunque x vale che, se x è (poniamo) una legge (L), allora è permesso (P) ad a (il Parlamento) di emanare (E) x .

R2: $(x) (Lx \rightarrow \neg PEbcx)$

Per qualunque x vale che, se x è una legge (L), allora è vietato, ovverosia non è permesso ($\neg P$), a b (il Governo) o a c (il Presidente della Repubblica) di emanare (E) x .

R1 e R2, come mette in luce la loro forma logica, sono regole prescrittive (che permettono o vietano l'emanazione di un "atto normativo" della specie legge), la cui applicazione ai casi individuali dipende da un'operazione di sussunzione individuale il cui prodotto è un enunciato, ad esempio, della forma: Ld – l'atto normativo d è una legge.

⁵⁷ *Ivi*, 62-63.

⁵⁸ *Ivi*, 63; H. ÁVILA, *Teoria dos princípios*, cit., 82.

Ciò non vale però per la terza regola ricostruita da un ipotetico interprete avilano. Quest'ultima, infatti, ha la forma logica seguente:

R3: $(x) (EG_x \rightarrow Lx)$

Per qualunque x vale che, se x è una fonte dotata degli effetti giuridici EG_x , allora x è una legge (L).

Quest'ultima regola è una regola definitoria: definisce, almeno in parte, il significato di "legge" (L); non è, manifestamente, prescrittiva, non contenendo la qualificazione deontica di alcun comportamento; la sua applicazione, come nel caso delle regole prescrittive, dipende indubbiamente da un'operazione di sussunzione individuale ($EG_x d$); tuttavia, non essendo prescrittiva, questa regola definitoria non è, né può essere, dotata di efficienza decisionale: non può funzionare da premessa normativa generale di un sillogismo giudiziale di primo grado, o sillogismo decisionale, ma può soltanto funzionare da premessa interpretativa complementare⁵⁹.

Considerazioni analoghe possono farsi con riguardo alla seconda delle due regole che l'interprete avilano ricostruisce a partire da una disposizione relativa all'esercizio di una competenza⁶⁰.

Inadeguatezza del concetto di principio. Neppure il concetto di principio sembra essere stato disegnato in un modo compiutamente adeguato.

«La descrizione dell'oggetto - della condotta alla quale fa riferimento - e l'esigenza della corrispondenza non sono presenti nel caso dei principi [...] i principi non descrivono un oggetto in senso ampio (soggetti, condotte, materie, fonti, effetti giuridici, contenuti), ma, al contrario, stabiliscono uno stato ideale di cose che deve essere *promosso*: per questo non esigono dall'interprete un esame di corrispondenza, ma, invece, un esame di *correlazione* tra lo stato di cose da promuovere e gli effetti derivanti dalla condotta considerata necessaria alla sua promozione»⁶¹.

⁵⁹ Cfr. R. ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen* (1980), in IDEM, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, cit., 13-29; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica. Breviario per giuristi*, Bologna, il Mulino, 2007, cap. I.

⁶⁰ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 63: «Nel caso di disposizioni relative all'esercizio di competenze, l'interprete può ricostruire, congiuntamente, due norme: una regola di condotta obbligatoria, che obbliga un determinato soggetto ad adottare un determinato comportamento per esercitare validamente un potere [nella simbologia della logica dei predicati, ad esempio: $(x) (Lx \rightarrow OPRax)$, ndr], e una regola definitoria, che definisce come fonte normativa soltanto quella fonte che è stata prodotta in conformità a un determinato procedimento [nella simbologia della logica dei predicati, ad esempio: $(x) (PRax \leftrightarrow Lx)$, ndr]»; IDEM, *Teoria dos principios*, cit., 82. Come si sarà notato, nelle formule uso il grassetto per i simboli dei modi, modalità o operatori dentici (O, $\neg P$: obbligatorio; P: permesso; V, $\neg P$: vietato).

⁶¹ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 64, corsivi nel testo.

Immaginiamo che, nella costituzione di una democrazia contemporanea, vi sia una disposizione del seguente tenore:

D: “La Repubblica tutela la salute dei cittadini”.

Secondo un modo di vedere diffuso, la disposizione può ragionevolmente essere intesa a esprimere un “principio”. Nella simbologia della logica dei predicati, un tale principio si presta a essere espresso, ragionevolmente, con la seguente forma:

PR: $(x) (Cx \rightarrow OSax)$

Per qualunque x vale che, se x è un cittadino (C), allora la Repubblica (a) deve tutelare la salute (OS) di x .

Il principio PR ha una struttura sintattica condizionale. La sua applicazione ai casi individuali esige pertanto *due* operazioni. La prima operazione è di carattere sussuntivo: richiede, nella terminologia di Ávila, un esame della corrispondenza tra il caso individuale e il caso generico individuato nell’antecedente del principio. La seconda operazione richiede indubbiamente di stabilire la correlazione strumentale tra una certa condotta e la promozione del fine indicato dal principio. Non si esaurisce tuttavia in essa. Il giudizio di correlazione strumentale è, infatti, preordinato, come si è visto prima, alla formulazione di una norma di condotta implicita derivata (*supra*, § 2, punto 7).

L’esempio pone la teoria dei principi di Ávila di fronte a un dilemma: o, primo corno, la disposizione D esprime – anche per Ávila – un principio, ma allora il suo concetto di principio dev’essere almeno in parte riformulato; o, secondo corno, la disposizione D non è – per Ávila – idonea a esprimere alcun principio, ma allora il suo concetto di principio si rivela incapace di catturare norme che, nel comune sentire dei giuristi, sono “principi”.

§ 3.3. – Teoria della demarcazione qualitativa (“forte”) o teoria mista?

Dicevo prima che Ávila presenta apparentemente la sua teoria della demarcazione tra regole e principi come una teoria della demarcazione qualitativa (“forte”) ⁶².

A ben vedere, tuttavia, quella che Ávila ci propone è una *teoria mista*, nella quale criteri di distinzione qualitativi (strutturali) si accompagnano a criteri di distinzione quantitativi (graduali).

⁶² *Ivi*, 114-115.

Una lettura sistematica suggerisce, in particolare, di ricostruire la teoria di Ávila come caratterizzata dalla combinazione di cinque criteri di demarcazione qualitativa e un criterio di demarcazione quantitativa:

1. le regole sono norme di condotta, i principi sono norme finali, con ciò che ne consegue rispetto alla “descrizione” di comportamenti, alla giustificazione della loro interpretazione e applicazione, alla rispettiva efficacia decisionale (criterio qualitativo contenutistico)⁶³;
2. le regole sono norme relativamente più determinate dal punto di vista semantico e assiologico, e dunque relativamente meno flessibili, i principi sono norme relativamente meno determinate dal punto di vista semantico e assiologico, e dunque relativamente più flessibili (criterio quantitativo contenutistico)⁶⁴;
3. nelle regole la ponderazione è in funzione interpretativa (serve ad accreditare un’interpretazione giuridicamente corretta di una disposizione suscettibile di esprimere una o più regole), nei principi la ponderazione, laddove vi sia spazio per essa⁶⁵, è invece preordinata alla risoluzione di un conflitto normativo (criterio qualitativo metodologico, attinente al modo dell’interpretazione o dell’applicazione);
4. nelle regole la sussunzione avviene nella stessa regola che si tratti di applicare, nei principi la sussunzione attiene alla regola implicita derivata per concretizzazione congetturale strumentale dal principio tutto considerato prevalente (criterio qualitativo metodologico, attinente al modo dell’applicazione);
5. nelle regole la soccombenza in caso di conflitto comporta, di solito, l’abrogazione (totale o parziale) o l’annullamento (nel caso di un conflitto tra una regola e norme gerarchicamente superiori), nei principi la soccombenza in caso di conflitto comporta, di solito, la non applicazione (criterio qualitativo metodologico, attinente al modo dell’applicazione);
6. nel caso delle regole, le antinomie parziali bilaterali (c.d. “in concreto”) si danno tra regole che sono la conseguenza logica, per rinforzo dell’antecedente, delle regole di partenza⁶⁶; nel caso dei principi, le antinomie parziali bilaterali si danno tra regole ricavate per concretizzazione congetturale strumentale dai principi in conflitto (criterio qualitativo metodologico, attinente alla struttura delle antinomie parziali bilaterali).

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ «La caratteristica essenziale è l’indeterminatezza strutturale: i principi sono prescrizioni finalistiche con un elevato grado di generalità materiale, senza conseguenze specifiche previamente determinate» (*Ivi*, 112, 114, 115).

⁶⁵ La «“ponderabilità”, nel senso ristretto di possibilità del loro superamento, non è un elemento essenziale, ma soltanto contingente dei principi. Vi sono principi che necessitano di ponderazione, così come vi sono principi che, per così dire, escludono tale tipo di ponderazione» (*Ivi*, 111). Tra questi ultimi, sostiene Ávila, vi sono i “sovra-principi” strutturali (ad es., il principio dello stato di diritto), i principi “pro tanto” (ad es., il principio di eguaglianza e di capacità contributiva), e i principi sostanziali (ad es., il principio della dignità della persona), che stabiliscono fini che devono essere prioritariamente perseguiti in ogni situazione (*Ivi*, 107-112, 114, 115).

⁶⁶ Cfr. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile*, cit., cap. IV.

§ 3.4. – Sulla pretesa autonomia categoriale dei postulati

Nella sua teoria delle norme giuridiche, come si è visto, Ávila ritiene sia opportuno distinguere, accanto alle regole e ai principi, i postulati, quali norme di secondo grado che impongono doveri atti a disciplinare (“strutturare”) l’interpretazione e l’applicazione delle norme di primo grado (regole e principi), in astratto o in vista della risoluzione di concreti problemi applicativi (*supra*, § 2., punti 11-13).

Ávila ritiene che i postulati siano norme strutturalmente differenti, vuoi rispetto alle regole, vuoi rispetto ai principi, così come da lui definiti. Ritiene, ad esempio, che il postulato di proporzionalità non possa essere considerato una regola, «dal momento che non ha una fattispecie e una conseguenza che permetta la sussunzione del concetto del fatto sotto il concetto della norma. Invece di una ipotesi fattuale o della definizione di un effetto, la proporzionalità stabilisce una struttura di applicazione, qualcosa di piuttosto differente»⁶⁷.

Confesso di trovare l’espressione ‘struttura di applicazione’ oltremodo oscura. Sospetto, inoltre, che la differenza tra le regole e i postulati non sia per nulla così radicale, non abbracci ogni aspetto, come invece suggerisce Ávila.

Per fare luce sul punto, può essere utile interrogarsi circa la struttura logica del postulato di proporzionalità, tenendo conto che esso, secondo quanto indicato da Ávila, è norma che impone doveri agli interpreti-applicatori in presenza di un conflitto tra principi. Il postulato impone, più precisamente, tre doveri distinti, ancorché correlati, aventi a che fare con la valutazione dell’adeguatezza strumentale, della necessità e della proporzionalità in senso stretto di una misura (norma) adottata in vista della realizzazione del fine prescritto da un principio, e interferente in modo negativo sulla realizzazione del fine indicato da un principio concorrente (cfr. *supra*, § 2., punto 15). Di quali doveri si tratta? Come possiamo ricostruire la struttura delle norme impositive di siffatti doveri?

Non sembra irragionevole adottare, ad esempio, una ricostruzione per cui il postulato di proporzionalità consiste nella combinazione seriale di tre norme condizionali – PP1, PP2 e PP3 – del seguente tenore⁶⁸:

PP1: $(x) (y) (z) (PCxyz \ \& \ MA \neg SAzx \rightarrow \neg PAPz)$

⁶⁷ H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 136, 137.

⁶⁸ La combinazione delle tre norme è *seriale* perché l’interprete deve, in primo luogo, verificare se una misura (norma) soddisfi il requisito dell’adeguatezza strumentale; in secondo luogo, *nel caso lo soddisfi*, deve verificare se essa soddisfi *altresì* il requisito della necessità; in terzo luogo e infine, *nel caso soddisfi anche il secondo requisito*, deve verificare se essa soddisfi *pure* il requisito della proporzionalità in senso stretto.

Per qualunque x , y e z vale che, se x e y sono due principi in conflitto (PC) in relazione all'emanazione della misura (norma) z , e z è una misura (norma) attuativa di x non strumentalmente adeguata (MA¬SA) a realizzare x , allora non è permesso applicare (¬PAP) z .

PP2: $(x) (y) (z) (PCxyz \ \& \ MA¬Nzx \rightarrow \ ¬PAPz)$

Per qualunque x , y e z vale che, se x e y sono due principi in conflitto (PC) in relazione all'emanazione della misura (norma) z , e z è una misura (norma) attuativa di x che comporta costi (lesioni, limitazioni) non necessari (MA¬N) nel realizzare x , allora non è permesso applicare (¬PAP) z .

PP3: $(x) (y) (z) (PCxyz \ \& \ MA¬Pzxy \rightarrow \ ¬PAPz)$

Per qualunque x , y e z vale che, se x e y sono due principi in conflitto (PC) in relazione all'emanazione della misura (norma) z , e z è una misura (norma) attuativa di x che *lede in modo sproporzionato* (MA¬P) y , i.e., tale che il costo (necessario) della lesione di y è più elevato dei benefici derivanti dall'attuazione di x , allora non è permesso applicare (¬PAP) z ⁶⁹.

La ricostruzione che precede suggerisce alcune considerazioni.

1. Contrariamente a ciò che sostiene Ávila, almeno alcuni postulati si presentano come norme dotate della stessa forma logica delle regole. Possono essere ricostruiti, infatti, come norme dotate di una struttura condizionale, il cui antecedente contiene descrizioni di comportamenti o stati di cose suscettibili di applicazione mediante sussunzione, e il cui conseguente consiste nella prescrizione di comportamenti determinati (ad es., il divieto di applicare una determinata misura legislativa).
2. Tali postulati non presentano però, con tutta evidenza, la proprietà dell'efficienza decisionale (*supra*, § 2., punto 3). Non sono, da questo punto di vista, delle *regole* nel senso di Ávila. Tuttavia, volendo offrire una caratterizzazione un poco più precisa dei postulati (o almeno, di alcuni di essi), si potrebbe sostenere che essi siano *norme di condotta metodologiche*, diverse non già per la forma logica, bensì per il contenuto, dalle *norme di condotta sostanziali* (le *regole* della tipologia di Ávila), la cui funzione giustificatoria, in virtù per l'appunto del loro contenuto, non consiste nel servire da premesse normative di sillogismi giudi-

⁶⁹ Ricostruzioni analoghe, secondo strutture condizionali che connettono a un antecedente composto un conseguente deontico, si possono offrire anche per il postulato dell'uguaglianza e per quello della ragionevolezza (H. ÁVILA, *Teoria dei principi*, cit., 148-149, 150-151).

ziali decisionali (o di primo grado), bensì da premesse tipicamente ubicate nella giustificazione esterna di tali premesse normative.

3. Nel costruire teorie (generali) delle norme giuridiche, se si vuole prevenire la moltiplicazione degli enti senza necessità ed evitare d'incorrere in confusioni categoriali, appare necessario servirsi di una *pluralità di criteri di distinzione* e di *classificazione* delle norme, concettualmente ben disegnati e tali da identificare distinte tipologie normative⁷⁰.

Tra questi, anche ai fini di una valutazione della teoria di Ávila (e di teorie analoghe), sembra opportuno considerarne cinque, relativi, rispettivamente, al *contenuto*, alla *forma logica*, alla (*in*)*determinatezza comunicativa*, al *valore etico-normativo* istituzionale, alla *funzione metodologica*.

Il *criterio del contenuto* distingue classi di norme giuridiche con riguardo a ciò che esse statuiscono (in un senso affatto generico di "statuire") circa oggetti contestualmente indicati. Conduce a elaborare *tipologie materiali di norme*, costruite, ad esempio, combinando le distinzioni tra (i) norme *deontiche* (contenenti un operatore deontico) e norme *non-deontiche* (non contenenti alcun operatore deontico, o costitutive), (ii) norme *generali* e norme *individuali*⁷¹, (iii) norme *astratte* e norme *concrete*, (iv) norme di condotta *sanzionatorie*, norme di condotta *non sanzionatorie*, norme *teleologiche*, finali o "programmatiche", norme *strumentali*, norme *qualificatorie*, norme *definitorie*, norme *interpretative*, norme *abrogative*, ecc., (v) norme di *primo livello* e *metanorme*, (vi) norme di condotta *sostanziali*, norme di condotta *procedurali*, norme di condotta *metodologiche*, ecc.

Il *criterio della forma logica* distingue classi di norme giuridiche con riguardo alla forma – espresse in un linguaggio naturale o in un qualche linguaggio simbolico – più idonea a rappresentarne la struttura sintattica e il contenuto, la quale forma può essere differente dalla forma accidentalmente assunta da una norma all'interno di un discorso giuridico (c.d. "forma grammaticale")⁷². Conduce a elaborare *tipologie*

⁷⁰ La via del consapevole pluralismo dei criteri è indicata e adottata da Norberto Bobbio, sia nel classificare le «norme» (rispetto alle «modalità deontiche», alla «intensità della pressione prescrittiva» o alla «forza obbligatoria», agli «effetti», alla «diversità di livelli», al contenuto: N. BOBBIO, *Norma* (1980), cit., 188-206, 211; IDEM, *Norma giuridica*, cit., 215-232), sia nel classificare i «principi» (rispetto alla «materia», all'estensione dell'ambito di validità materiale, alla «fonte materiale», alla «funzione»: IDEM, *Principi generali del diritto*, cit., 273-279). Cfr. anche M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *op. cit.*, 24, che pongono alla base della loro teoria degli «enunciati giuridici» il criterio degli «aspetti strutturali», il criterio del «tipo di ragione per l'azione offerta», il criterio della connessione con «gli interessi e le relazioni di potere esistenti nella società».

⁷¹ Per una distinzione più articolata, cfr. G.H. VON WRIGHT, *op. cit.*, 78-83.

⁷² Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Some Remarks on Logical Form*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, 9, 1929, 162-164.

formali di norme, distinguendo, ad esempio, tra norme sintatticamente categoriche e norme sintatticamente condizionali⁷³.

Il *criterio della (in)determinatezza comunicativa* distingue classi di norme giuridiche con riguardo al loro grado di (in)determinatezza comunicativa. Conduce a elaborare *tipologie comunicative di norme*, costruendole ad esempio sulle distinzioni tra: (i) norme (eminente-mente) generiche e norme (eminente-mente) specifiche; (ii) norme (eminente-mente) vaghe o imprecise e norme (eminente-mente) precise; (iii) norme la cui formulazione contiene termini etico-normativi (eminente-mente) “sottili” e norme la cui formulazione contiene termini etico-normativi (eminente-mente) “spessi”; (iv) norme eminentemente ambigue e norme moderatamente ambigue; (v) norme linguisticamente indeterminate e norme giuridicamente indeterminate, ecc.⁷⁴.

Il *criterio del valore etico-normativo istituzionale* distingue classi di norme giuridiche con riguardo al loro valore etico-normativo istituzionale: a ciò che esse valgono, al loro *statuto assiologico*, all'interno di una determinata cultura e organizzazione giuridica. Conduce a elaborare *tipologie assiologiche di norme*, articolate ad esempio nella distinzione tra norme assiologicamente superiori (“super-norme”), dotate di un elevato valore etico-normativo per l'istituzione diritto cui appartengono (norme di principio o principi, nelle varietà dei principi universali, fondamentali, generali, settoriali, ecc.), e semplici norme (“norme ordinarie”).

Il *criterio della funzione metodologica*, infine, distingue classi di norme giuridiche con riguardo al loro modo di funzionare, o al loro ruolo, nel ragionamento giuridico. Conduce a elaborare *tipologie funzionali di norme*, costruite, ad esempio, sulle distinzioni tra (i) funzione interpretativa e funzione integrativa, (ii) premessa normativa decisionale e premessa normativa complementare, (iii) norma suscettibile di ponderazione interpretativa e norma suscettibile di ponderazione risolutiva, ecc.⁷⁵.

Il criterio materiale, il criterio formale e il criterio comunicativo servono a classificare le norme giuridiche dal punto di vista di pro-

⁷³ Nella simbologia della logica dei predicati, per le norme penali generali di condotta sanzionatorie si potrebbe proporre, ad esempio, la forma logica: $(x) (Rx \ \& \ GPCy \rightarrow OSyx)$ [per qualunque x e qualunque y vale che, se x commette il reato R e y è il giudice penale competente (GPC), allora y deve irrogare a x la sanzione penale S (OS)]; per le norme generali sostanziali di condotta non sanzionatorie, la forma logica: $(x) (Cx \rightarrow OAx)$ [per qualunque x vale che, se x è C , allora x deve porre in essere l'azione A (OA)]; per quelle norme metodologiche di condotta che sono le direttive interpretative, la forma logica: $(x) (y) (Dx \ \& \ SCyx \rightarrow OAyx)$; per le norme definitorie, la forma logica: $(x) (F_x \rightarrow Px)$ [per qualunque x vale che, se x possiede la proprietà F_x , allora a x conviene il predicato P]; e così via.

⁷⁴ Sulle varietà d'indeterminatezza, con particolare riguardo ai «principi», cfr. C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁷⁵ Ulteriori tipologie delle norme giuridiche possono essere costruite, ad esempio, dal punto di vista della loro “fonte materiale”, della forza normativa o grado di validità, dell'ambito di applicazione (ambito di validità materiale e personale), delle funzioni diverse da quelle metodologiche. Cfr. N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, cit., 273-279.

prietà possedute dalle norme in quanto entità linguistiche. Il criterio assiologico e il criterio funzionale, per contro, servono a classificare le norme dal punto di vista di proprietà che le norme acquisiscono in relazione al loro contesto d'uso.

L'adozione dei criteri appena richiamati dovrebbe indurre a considerare con sospetto l'idea che vi sia una corrispondenza biunivoca tra il contenuto e la forma logica delle norme, da una parte, e il loro valore etico-normativo istituzionale o la loro funzione metodologica, dall'altra. Dovrebbe suggerire, in particolare, di accettare due tesi come fondate in punto di fatto.

Primo, norme *differenti* per contenuto o forma logica possono avere lo stesso valore etico-normativo istituzionale o svolgere una stessa funzione metodologica;

Secondo, norme di uno stesso tipo per forma logica o contenuto possono, secondo le circostanze, avere valori etico-normativi istituzionali *differenti* o svolgere funzioni metodologiche *differenti*.

4. Dal punto di vista di un avvertito pluralismo dei criteri (come, ad esempio, quello che ho rapidamente evocato al punto precedente), il problema della demarcazione tra regole e principi, che tanto ha affaticato la teoria del diritto contemporanea dalla seconda metà degli anni sessanta in poi, sembra trovare una soluzione *teorica* accettabile, *non* sul piano della forma logica, *né* sul piano del contenuto o (del grado) della (in)determinatezza comunicativa, bensì sul piano *assiologico* del *valore etico-normativo* istituzionale, o su quello delle *funzioni metodologiche*⁷⁶. Questa conclusione, come vedremo ora (*infra*, § 4.), appare confortata da una sia pure rapida ricognizione delle teorie dei principi nella cultura giuridica contemporanea.

§ 4. – *Il vizio originario*

Come accennavo (*supra*, § 2. in fine), la teoria dei principi di Ávila presenta non soltanto alcuni difetti interni, di costruzione (*supra*, § 3.), ma altresì un difetto d'impostazione: un *vizio originario*.

⁷⁶ Appartengono a questi due piani, per inciso, le due nozioni centrali di "principio" – rispettivamente, "Principio2" e "Principio1" – che Genaro Carrió ricostruisce, in esito a un'attenta analisi del discorso dei giuristi, in uno dei contributi tuttora fondamentali sul tema (G.R. CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (1970), in IDEM, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, III edición aumentada, 1986, 214-215, 228). Riconosce in parte la prioritaria importanza del piano assiologico R. GUASTINI, *Discutendo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2017, 361: «Pare a me che nel pensiero giuridico comune la differenza essenziale tra regole e principi stia nel carattere (si suppone) fondamentale dei principi e, forse, nella loro forma (si suppone) categorica». Trattasi, per inciso, del "terzo Guastini": sulle posizioni di Guastini in materia di principi ritornerò brevemente *infra*, nella nota 86.

Si tratta, precisamente, del difetto d'impostazione – non peculiare della teoria di Ávila, ma diffuso nella teoria del diritto contemporanea⁷⁷ – che consiste nell'accettare la tesi della differenza ontologica tra regole e principi (che, come si ricorderà, distingue le regole dai principi sotto il profilo della forma logica e del contenuto), elevandola a tesi fondamentale della teoria generale delle norme giuridiche.

In questo paragrafo conclusivo mi propongo tre obiettivi. Il primo consiste nel delineare una genealogia del difetto d'impostazione ora evocato, tracciando a pennellate larghissime una brevissima storia delle teorie dei principi nella cultura giuridica contemporanea, con particolare attenzione a quella italiana, che assumerò dotata di valore esemplare. Il secondo consiste nel fornire qualche argomento per ritenere che la tesi della differenza ontologica tra regole e principi sia una tesi *non accettabile* per una teoria generale delle norme giuridiche *analitica e avalutativa*. Il terzo consiste nel richiamare l'opportunità, nel fare teoria delle norme giuridiche, di distinguere accuratamente tra *considerazione ontologica*, *considerazione assiologica* e *considerazione metodologica*, evitando l'errore ("sincretistico", avrebbe detto Kelsen), di affrontare problemi propri della considerazione assiologica o metodologica come se fossero problemi ontologici.

Per lungo tempo, all'incirca tra l'inizio del secolo XIX e gli anni Sessanta del XX, la teoria dei principi di diritto è stata prevalentemente appannaggio, e opera, di giuristi. Il loro interesse per il tema era sovente l'effetto della presenza, negli ordinamenti giuridici positivi, di disposizioni normative che indicavano nei "principi" ("principi di diritto naturale", "principi generali di diritto", "principi generali riconosciuti dalle nazioni civili", "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato", ecc.) le *risorse* di cui i giudici (e i giuristi, in sede di proposte *de sententia ferenda*) avrebbero dovuto servirsi per ovviare a situazioni di "dubbio" conseguenti alla (ritenuta) mancanza di "precise disposizioni"⁷⁸. La teoria dei principi faceva parte, dunque, della metodologia giuridica (descrittiva, ma più spesso prescrittiva, ancorché la distinzione non fosse nota⁷⁹). I metodologi del diritto – giuristi e talvolta anche filosofi – si proponevano di chiarire (o determinare) la natura, l'origine, e la forza normativa dei "principi" in vista della chiarificazione o determinazione del loro ruolo nell'interpretazione delle

⁷⁷ Cfr., ad es., gli autori già citati *supra*, § 3., nota 48.

⁷⁸ Cfr. art. 7, ABGB; art. 15, cod. civ. Albertino; art. 3, disp. prel. cod. civ. 1865; art. 12, comma 2, disp. prel. cod. civ. 1942. Su queste disposizioni, cfr., ad es., G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, cap. VI.

⁷⁹ Sarebbe stata tracciata, in Italia, da esponenti della filosofia analitica del diritto a partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta: cfr. U. SCARPELLI, *La natura della metodologia giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, XXXIII, 1956, 247-55; N. BOBBIO, *Metodo* (1964), in *IDEM*, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 165-166, 171-173; U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico* (1971), in *IDEM*, *L'etica senza verità*, Bologna, il Mulino, 1982, 180-182.

disposizioni, nell'integrazione delle lacune, e, in generale, nel superare «dubbiezze e incertezze» inerenti a questioni di diritto⁸⁰.

Non mancò, nella cultura giuridica italiana della prima metà del Novecento, chi sostenne l'opportunità di affiancare alla concezione «tradizionale» dei principi, squisitamente metodologica e propria della dottrina dominante, la concezione «istituzionistica» difesa da Santi Romano⁸¹. La prima intendeva i principi come norme «implicite» o «inespresse», identificabili mediante un «procedimento astrattivo» a partire da insiemi di norme «espresse», e funzionali all'«integrazione delle disposizioni particolari di legge»; la seconda adottava una nozione più ampia, sia in relazione all'identificazione dei principi («rivelati» dalla «concreta configurazione e maniera d'essere delle singole istituzioni, cui necessariamente ineriscono, e dello Stato medesimo»), sia in relazione alle loro funzioni: non circoscritte all'integrazione del diritto legislativo lacunoso, ma inclusive ad esempio, nel caso dei principi costituzionali, della funzione di porre "limiti" alla funzione legislativa statale⁸².

Con l'avvento dello stato costituzionale, la concezione istituzionistica dei principi divenne, in Italia, la base delle riflessioni di alta dogmatica costituzionalistica circa i criteri per determinare quali "disposizioni" della Costituzione fossero "disposizioni di principio", e quali conseguenze pratiche si dovessero (o potessero) trarre dal qualificare una disposizione costituzionale come "disposizione di principio". Ciò, in particolare, con riguardo: (i) all'interpretazione e all'integrazione della Costituzione; (ii) al tipo di norme da essa desumibili; (iii) alla loro "efficacia" o "forza" normativa; (iv) alla valutazione della legittimità costituzionale delle leggi ordinarie e delle altre fonti subordinate; (v) ai doveri e ai poteri del legislatore costituzionale, del legislatore ordinario, dei giudici costituzionali, dei giudici comuni⁸³.

Nello stesso torno di tempo, tuttavia, come osservavo all'inizio (*supra*, § 1.), la teoria dei principi rimase al margine, se non del tutto al

⁸⁰ G. DEL VECCHIO, *op. cit.*, 5: «alla domanda *Quid juris?* Qual è il confine del mio diritto e di quello altrui? deve, in qualsiasi caso concreto, poter darsi una risposta, non infallibile, certo, ma praticamente definitiva»; N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., 257-262.

⁸¹ Cfr. V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 143-149.

⁸² *Ibidem*. «Altro esempio molto interessante di quest'ultimo [del *ius involuntarium*, ndr] è dato dai principii generali o, meglio, fondamentali, che non sono né formalmente dichiarati dal diritto scritto né impliciti in esso, ma che si desumono dalla struttura essenziale delle istituzioni in cui si concretano e, si potrebbe anche dire, dalla loro stessa esistenza» (S. ROMANO, *Diritto e morale* (1944), in IDEM, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 66).

⁸³ V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione* (1948), in IDEM, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 38-42, in cui, combinando le due concezioni, Crisafulli distingue tre funzioni dei principi costituzionali: la funzione interpretativa, la funzione integrativa e la funzione "programmatica" d'indirizzo e ispirazione dell'attività legislativa.

di fuori, della teoria generale delle norme giuridiche. È esemplare, in proposito, la posizione di Norberto Bobbio.

Nella veste di un avvertito cultore della teoria (analitica) del diritto, Bobbio non dedica ai principi (pressoché) alcuno spazio vuoi nei saggi *Per una classificazione delle norme giuridiche* e *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, vuoi nel corso di lezioni *Teoria della norma giuridica*, vuoi, infine, nelle voci enciclopediche *Norma giuridica* e *Norma*⁸⁴.

Nella veste di un altrettanto avvertito cultore della metodologia giuridica (descrittiva), Bobbio si occupa dei principi di diritto, trattando delle lacune degli ordinamenti giuridici e dei modi per colmarle, nel corso di lezioni *Teoria dell'ordinamento giuridico* e nelle voci *Analogia* e *Lacune del diritto per il Novissimo Digesto Italiano*⁸⁵.

Quando si dedica *ex professo* ai principi, nella voce *Principi generali di diritto* redatta per il *Novissimo Digesto Italiano* nel 1966, dopo aver stilato un accurato inventario dei tipi di norme che i giuristi di volta in volta considerano "principi"⁸⁶, Bobbio perviene a conclusioni che meritano d'essere richiamate:

⁸⁴ N. BOBBIO, *Per una classificazione delle norme giuridiche* (1956), in IDEM, *Studi per una teoria generale del diritto*, ed. a cura di T. Greco, Torino, Giappichelli, 2012; IDEM, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo* (1960), in IDEM, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit.; IDEM, *Teoria della norma giuridica*, cit.; IDEM, *Norma giuridica*, cit.; IDEM, *Norma*, cit., l'unico che contenga, alla p. 209, un accenno ai «principi generali del diritto» quali «mezzi d'interpretazione delle norme» che «permettono di estendere una norma al di là dei casi espressamente previsti».

⁸⁵ IDEM, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 270-273, in cui afferma: «I principi generali non sono, a mio parere, che norme fondamentali o generalissime del sistema, le norme più generali»; IDEM, *Lacune del diritto* (1963), in IDEM, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 100-101; IDEM, *Norma giuridica*, cit.

⁸⁶ L'inventario di Bobbio registra sei tipi di 'principi': 1. norme dotate di un ambito materiale di validità «più generale» («valgono per un'intera materia», per un intero settore dell'ordinamento, o, al limite, per l'intero ordinamento); 2. norme la cui presenza (ed efficacia) è condizione necessaria della sussistenza di un «sistema» giuridico «come ordinamento effettivo dei rapporti di vita di una determinata società» («norme fondamentali» o «norme-base»); 3. norme che connotano (caratterizzano) ideologicamente un ordinamento giuridico («norme direttive», «principi-guida», «principi cardinali»); 4. norme (semanticamente vaghe e/o generiche e in quanto tali) suscettibili di una «serie indefinita di applicazioni» («norme indefinite»); 5. norme «indirette», nel senso di norme indirettamente prescrittive la cui applicazione richiede la concretizzazione tramite altre norme («inattuabili se altre norme non precisassero quel che si deve fare per attuarle»); 6. norme «indirette», nel senso di norme dotate di una funzione «precipuamente costruttiva e connettiva», che consiste nel «determinare e riassumere il contenuto di altre norme» (N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., 265-266). Un'analogia ricognizione può leggersi in R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Dir. e soc.*, 1986, 602-610, in cui si distinguono sei nozioni di 'principio', in parte coincidenti con quelle rilevate da Bobbio: 1. norma sintatticamente condizionale la cui protasi si caratterizza per un alto grado di «generalità» (per un ampio ambito materiale di validità); 2. norma sintatticamente condizionale la cui protasi si caratterizza per un alto grado di «vaghezza» o «indeterminatezza semantica»; 3. «norma programmatica» che prescrive il perseguimento di obiettivi definiti in termini ampi, generici, indeterminati; 4. norma situata al vertice della gerarchia delle fonti; 5. norma "importante" o "fondamentale" per «il sistema giuridico o politico complessivamente considerato»; 6. norma che presiede alla «selezione delle norme o disposizioni applicabili nelle diverse fattispecie». In scritti successivi, Guastini abbandona l'austero atteggiamento di stretta rilevazione, e, assumendo la distinzione "ontologica" tra regole e principi come dato culturale con cui misurarsi, adotta uno stile più fortemente ricostruttivo, proponendo una nozione di "principio" tale per cui

- (1) occorre abbandonare l'idea secondo cui i principi sarebbero *un tipo unitario* di norme giuridiche, accanto a norme d'altro tipo, di cui occorrerebbe ricercare e mettere in luce l'unica e vera "natura", l'unica e vera "fonte materiale" (ciò da cui scaturiscono), nonché il (vero) "grado" di "validità" «in mezzo alle altre norme del sistema»;
- (2) occorre prendere atto che con l'espressione "principi (generali) di diritto" «si intendono spesso cose molto diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto»⁸⁷;
- (3) occorre pertanto convenire che «il compito più importante di una teoria dei principi generali sia di sospendere la discussione sui temi consueti ["la" natura, "la" fonte, "il" grado di "validità", ndr], e di tentarne una specie di censimento, investigando tutti i campi, soprattutto attraverso l'opera della giurisprudenza che dei principi si vale per la sua attività di interpretazione, di integrazione e di adattamento del diritto»⁸⁸.

i "principi" sono norme, al tempo stesso («congiuntamente»), «fondamentali» e affette da «una particolare forma di indeterminatezza». Cfr., ad es., R. GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo*, cit., 57-66. Come si è visto (*supra*, § 3.3), è la teoria dei principi del "secondo Guastini" che costituisce una delle fonti principali, accanto alla teoria di Alexy, della teoria dei principi di Ávila. Sia detto per inciso, alcuni dei "principi" che (il "secondo") Guastini menziona - ad esempio, il principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", il principio "*lex posterior derogat priori*", il principio d'irretroattività delle leggi - se soddisfano il requisito del «carattere fondamentale» non sembrano però affetti da alcuna «particolare forma di indeterminatezza»: si può sostenere, ad esempio, che il principio di irretroattività delle leggi non sia né una norma a fattispecie condizionante "aperta", né una norma "defettibile", essendo soggetto, in Italia, all'eccezione espressa desumibile dall'art. 25, comma 2, Cost., né, infine, una norma "generica" la cui applicazione esiga la concretizzazione mediante norme di condotta "di dettaglio". Ciò suggerisce la difficoltà - e forse, l'inanità - della ricerca di un insieme di proprietà definitorie disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti della nozione (giuristica) di "principio" (per un cenno in tal senso, G.R. CARRIO, *op. ult. cit.*, 210). A meno di limitarsi, forse, a un solo carattere: il carattere - sul quale mi sono già soffermato prima (*supra*, § 3.1.4.) e su cui tornerò tra poco nel testo - della contingente "importanza" assiologica, ideologica e metodologica. Alla più cauta posizione del "terzo Guastini" ho già accennato (cfr. *supra*, nota 76).

⁸⁷ A margine della ricognizione delle diverse e confliggenti "teorie dei principi" presenti nella cultura giuridica italiana del Novecento, Bobbio ritiene che tale ricognizione permetta di cogliere «un dato nuovo, o per lo meno non ancora del tutto analizzato, che costituisce il punto di partenza di ogni futura teoria e sistemazione di questa materia: i principi generali non costituiscono affatto una categoria semplice ed unitaria; anzi con questa espressione si intendono spesso cose molto diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto» (N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., 273).

⁸⁸ IDEM, *op. ult. cit.*, 274-279. Il censimento offerto da Bobbio si articola in quattro tipologie, costruite nella prospettiva di altrettanti criteri di «classificazione». In base alla "materia" (contenuto precettivo), Bobbio propone di distinguere tra principi «sostanziali» (che «stabiliscono massime per la condotta individuale»: ad es., il divieto di atti emulativi, il divieto dell'abuso di diritto, il divieto dell'arricchimento senza causa, il divieto di ledere altri ingiustamente), principi «procedurali» (*ne bis in idem*, *attore non probante reus absoluitur*, *et audiatur altera pars*, *in dubio pro reo*, ecc.), principi metodologici, che Bobbio include tra quelli procedurali («le notissime e veramente generalissime regole dell'interpretazione»), principi «di organizzazione» o «istituzionali» (ad es., separazione dei poteri, irretroattività delle leggi). In base all'ambito di validità materiale ("generalità"), Bobbio distingue tra principi attinenti a un istituto (ad es., il principio dell'indissolubilità del matrimonio, il principio della irrevocabilità delle donazioni), a una materia (ad es., il principio di tutela dell'affidamento, il principio di conservazione dei negozi giuridici), a una branca o settore

Lungi dall'essere frutto del caso o di una singolare forma di cecità teorica collettiva, la posizione di Bobbio corrisponde a un modo di vedere meditato, che suggerisce l'utilità di distinguere (quantomeno) tre tipi di teorie delle norme giuridiche.

Da un lato, vi sono le *teorie ontologiche*, la cui elaborazione compete tradizionalmente alla teoria (generale) del diritto. Con esse ci si propone di dare conto delle norme giuridiche sotto il profilo del *contenuto*, della *forma logica*, del grado di (*in*)*determinatezza comunicativa*, dell'*ambito materiale* di validità, del livello normativo, ecc.⁸⁹. Dall'altro, vi sono le *teorie assiologiche* e *metodologiche*. Queste ultime invece danno conto delle norme giuridiche dal punto di vista del loro *valore* etico-normativo per l'ordinamento al quale appartengono e della loro *funzione* nel ragionamento interpretativo e applicativo.

Alla luce di questa distinzione, i principi non hanno - né meritano - spazio all'interno delle prime, ma soltanto nelle seconde. Poiché - si suggerisce - una norma è "principio" non già in virtù di una qualche sua proprietà intrinseca, strutturale, ontologica, bensì in virtù di proprietà contingenti e "sopravvenienti". Una norma è principio, in particolare, in virtù dell'elevato valore etico-normativo o metodologico che, in ragione del suo contenuto, le viene ascritto in una cultura giuridica in un certo arco temporale. Per effetto di una tale ascrizione di valore, la norma è considerata idonea a svolgere, nel ragionamento giuridico, il ruolo di "punto di origine", "punto d'inizio", "fondamento", *principium* per l'appunto, di argomentazioni che portano di volta in volta: a identificare le "corrette" norme implicite di dettaglio adeguate per un caso o una classe di casi; a interpretare "correttamente" disposizioni oscure, equivoche, indeterminate; a re-interpretare "correttamente" disposizioni o norme (chiare ma) assurde, irragionevoli, erronee; a colmare "correttamente" le lacune del diritto; a identificare e risolvere "correttamente" le antinomie. Per effetto di ciò, una norma diviene una "super-norma" il cui "peso" dev'essere accuratamente ponderato in situazioni di conflitto, e può essere invocato per giustifi-

del diritto positivo (ad es., il principio del *favor rei* in diritto penale), all'intero ordinamento giuridico (ad es., il principio della libertà contrattuale, il principio della libertà personale), a tutti gli ordinamenti o principi universali (ad es., il principio di dignità personale). In base alla loro origine ("fonte materiale"), Bobbio distingue tra principi derivanti dallo «spirito del sistema», dalla «natura delle cose», dell'istituto, o del rapporto, da «idee e convinzioni morali costituenti il patrimonio comune dell'umanità civile», da idee e convinzioni morali «affioranti nella società (che è in continua evoluzione)», ma «non ancora accolte dal diritto positivo». In base, infine, alle funzioni, Bobbio propone di distinguere tra (usi dei) principi in funzione «interpretativa» (tipicamente, i principi costituzionali rispetto all'interpretazione di disposizioni legislative), in funzione «integrativa», in funzione «direttiva», «propria dei principi programmatici della Costituzione», che consiste nell'«ispirare ed orientare l'opera del legislatore ordinario, e in genere [di] tutti gli organi inferiori di produzione giuridica», nonché, infine, in funzione «limitativa» di poteri e competenze (ad es., i principi di cui all'art. 117 Cost.).

⁸⁹ Cfr. IDEM, *Norma giuridica*, cit., 227-230; IDEM, *Norma*, cit., 191-192.

care l'introduzione di eccezioni a norme di condotta "ordinarie". Tutti questi ruoli – si suggerisce, con il conforto di attente rilevazioni empiriche – non sono svolti necessariamente da norme che sono "strutturalmente" o "ontologicamente" di un solo e medesimo tipo. Al contrario – si sostiene – norme strutturalmente dei tipi più diversi – di condotta, finali, costitutive, ecc. – possono svolgere, di volta in volta, la funzione di "principi": possono funzionare, di volta in volta, da "principi", secondo le circostanze, gli interessi, le ideologie del momento.

Nella seconda metà degli anni Sessanta, al modo di vedere esemplificato dalla posizione di Bobbio (ma diffuso nella cultura giuridica occidentale, anche di *common law*), se ne affianca un altro, che ne rappresenta la negazione. Si riassume, quest'ultimo, nella tesi della differenza ontologica tra regole e principi, e costituisce il presupposto della critica che Ronald Dworkin, nel saggio *The Model of Rules*⁹⁰, muove al "positivismo giuridico" – alla teoria "positivistica" del diritto – nella formulazione proposta da Herbert Hart in *The Concept of Law*⁹¹.

La vicenda è oltremodo nota⁹². Dworkin rimprovera al "positivismo" di proporre una teoria delle norme giuridiche che, sulle orme della tradizione, sarebbe tutta incentrata sulle "regole" (*rules*), intendendo con ciò *norme di condotta* (relativamente) *specifiche*, dimenticandosi così dei "principi" e del ruolo capitale da essi svolto nel ragionamento giudiziale e nella risoluzione delle controversie⁹³.

La critica di Dworkin è stata considerata priva di fondamento, pretestuosa, basata sul (consapevole) fraintendimento della teoria positivista delle norme giuridiche nella sua formulazione hartiana⁹⁴.

Dal punto di vista della storia della cultura giuridica, tuttavia, essa può essere letta come il tentativo, coronato dal successo, di *ontologizzare*⁹⁵, e, se mi si consente l'espressione, *de-assiologizzare* e *de-metodologizzare*, la teoria dei principi.

L'ontologizzazione della teoria dei principi – conseguente alla critica ("a gamba tesa") di Dworkin – ha comportato a ben vedere un *regresso* per la cultura giuridica occidentale. Tra i suoi effetti negativi si possono menzionare, infatti:

⁹⁰ R. DWORKIN, *The Model of Rules* (1967), in IDEM, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977, 13-45.

⁹¹ H.L.A. HART, *op. cit.*

⁹² Cfr. R. ALEXI, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, cit., 92-95; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *op. cit.*, 23-24.

⁹³ R. DWORKIN, *op. et loc. supra cit.*, 13-45.

⁹⁴ È esemplare, in proposito, la disamina offerta in G.R. CARRIÓ, *op. ult. cit.*, 213-231; G.R. CARRIÓ, *Professor Dworkin's View on Legal Positivism*, in *Indiana Law Journal*, vol. 55, 1980, 231-233, 244.

⁹⁵ Cfr., per considerazioni analoghe, R. POSCHER, *op. cit.*, 218-247.

in primo luogo, il rigetto (ancorché tacito e inconsapevole) della distinzione tra teorie ontologiche, teorie assiologiche e teorie metodologiche delle norme giuridiche;

in secondo luogo, il rigetto (ancorché tacito e inconsapevole) della concezione pluralistica e funzionalistica dei principi, esemplificata dalla posizione di Bobbio, in favore di una concezione ontologica, monistica ed essenzialistica;

in terzo luogo, il neglecto per la separazione tra teorie descrittive e teorie stipulative-prescrittive delle norme giuridiche;

in quarto luogo, la dissipazione di cospicue risorse intellettuali nella ricerca (vana) di una soluzione al problema, mal posto, e tuttavia capitale per una teoria ontologica dei principi, della demarcazione (ontologica) tra principi e (semplici) regole.

Alla luce del breve excursus che precede, appare utile gettare un ultimo sguardo alla teoria di Ávila e formulare alcune brevi osservazioni conclusive.

1. La teoria dei principi di Ávila è il risultato di una opzione metateorica preliminare, e fondamentale (radicale), in favore di una teoria delle norme giuridiche di tipo ontologico, che ha comportato il tacito rigetto dell'alternativa offerta dalle teorie di tipo assiologico e metodologico.

2. Lo spirito dworkiniano (lo spettro imperioso di Ronald Dworkin), che pervade la teoria dei principi giuridici contemporanea, è probabilmente il fattore che ha oscurato la percezione stessa della scelta, presentando l'opzione per una (considerazione e) teoria ontologica dei principi come un corso di azione privo di alternative, dettato, secondo un modo di pensare ingenuamente naturalistico, dalla *natura stessa delle cose* ("Vi sono due tipi (principali) di norme: le regole e i principi").

3. Ávila ha coniugato l'opzione per una (considerazione e) teoria ontologica dei principi con l'adozione, e la combinazione non pedissequa, della proposta di Alexy, per cui i principi sono *norme finali*, e precisamente precetti di ottimizzazione⁹⁶, con la proposta di Guastini, per cui i principi sono *norme fondamentali* caratterizzate da un *grado elevato d'indeterminatezza*⁹⁷.

4. Dal punto di vista degli usi correnti della parola "principio" (o di vocaboli omologhi in altre lingue: *Grundsatz*, *principe*, *principio*, *princípio*, *principle*), la proposta di Ávila equivale alla proposta di una *ridefinizione restrittiva* della nozione di principio, essendo la parola "principio" utilizzata, nei discorsi dei giuristi, anche con riguardo a

⁹⁶ Cfr. R. ALEXY, *Zum Begriff der Rechtsprinzipien*, cit.; IDEM, *Sobre la estructura de los principios jurídicos*, cit.; IDEM, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, 16, 2, 2003, 131-140; IDEM, *The Construction of Constitutional Rights*, in *Law and Ethics of Human Rights*, 4, 1, 2010, 20-32.

⁹⁷ Si tratta, come accennavo prima, della teoria del "secondo Guastini": cfr., ad es., R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 57-66.

norme che *non* sono norme finali (si pensi al principio della responsabilità aquiliana o al principio dell'onere della prova), *né* possiedono un elevato grado d'indeterminatezza (si pensi al principio "*Nullum crimen sine lege*", o ancora, nuovamente, a quello dell'onere della prova), possedendo però un elevato valore etico-normativo istituzionale.

5. In forza di ciò, la teoria dei principi di Ávila può essere accettabile quale proposta di carattere dogmatico, dottrinale, "giuristico". Ciò dipenderà dalla sua funzionalità rispetto a esiti pratici che si reputino meritevoli. Come, ad esempio, il promuovere un maggior rispetto per la Costituzione laddove (si sia stabilito che essa) contiene *regole*, censurando l'operato di quei giuristi e giudici che, in maniera "disinvolta", trattino le *regole* costituzionali come se fossero *principi*.

6. Appare non accettabile, per contro, quale proposta di una teoria generale, analitica e avalutativa, dei principi. Una prospettiva genuinamente teorica richiede infatti, spezzato l'incantesimo dworkiniano, di adottare una meta-teoria delle norme giuridiche rigorosamente informata alla distinzione tra *considerazione ontologica*, *considerazione assiologica* e *considerazione metodologica*, e dunque avvertita circa i limiti delle "ontologie", e consapevolmente e criticamente pluralista.

Abstract

The paper pursues two different but related goals. First, it purports to provide a careful account and an analytical critique of the theory of legal principles (and legal norms in general) set forth by Humberto Ávila, one of the leading representatives of contemporary Brazilian jurisprudence. Second, it purports to argue for the need that theories of legal norms be carried out by carefully distinguishing, at the meta-theoretical level, between an ontological, an axiological and a methodological consideration, as a swift journey through the history of contemporary Western legal culture suggests.

