

Mind the (legal) gap.

Completezza e chiusura dei sistemi normativi

Andrea Barca*

Sommario

In *Normative Systems*, Alchourrón e Bulygin hanno dimostrato che la tesi della necessaria completezza degli ordinamenti giuridici non può essere fondata sul “principio di proibizione” (secondo il quale tutto ciò che non è espressamente vietato è, implicitamente, permesso). In alcuni lavori relativamente recenti, Ruiz Manero e Bayón hanno sostenuto che il principio in questione (una volta opportunamente reinterpretato) esprime una credenza (vera) condivisa dalla maggior parte dei giuristi positivisti contemporanei, ovvero che ogni ordinamento giuridico è completo “per metonimia” – nel senso che necessariamente completi sono gli insiemi di norme sulla giurisdizione.

In questo lavoro, analizzerò alcune tesi a favore della necessaria completezza dei sistemi *secondari*. La mia conclusione è che neppure gli insiemi di norme sulla giurisdizione possono dirsi, per ragioni logico-concettuali, necessariamente completi. Ogni considerazione che tende a suggerire il contrario si fonda, a mio parere, sulla mancata distinzione tra: (i) norme e proposizioni normative, oppure (ii) tra norme regolative e costitutive.

Parole chiave: Sistemi normativi. Principio di proibizione. Completezza. Lacune. Norme regolative e costitutive.

Abstract

In *Normative Systems*, Alchourrón and Bulygin showed that the alleged necessary completeness of any legal order cannot be grounded on the so-called “principle of prohibition” (according to which everything that is not expressly forbidden is, implicitly, permitted). In recent works, Ruiz Manero and Bayón have argued that

* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, andbar1206@gmail.com.

this principle (once properly reinterpreted) expresses a (true) belief shared by the majority of contemporary lawyers, namely that any legal system is “metonymically” complete (because *secondary* systems – i.e. sets of norms of adjudication – are always complete).

In this work, I examine some arguments in favour of the necessary completeness of secondary systems. My thesis is that secondary systems are not necessarily (for logical and conceptual reasons) complete; the contrary view is, in my opinion, based on the failure to differentiate between: (i) either norms and norm propositions or (ii) regulative and constitutive norms.

Keywords: Normative Systems. Principle of Prohibition. Completeness. Legal gaps. Regulative and Constitutive Norms.

0. Introduzione

Una delle tesi caratteristiche del positivismo giuridico (inteso come teoria¹) è quella secondo la quale ogni ordinamento è, per ragioni logico-concettuali, necessariamente (coerente e) completo, ovvero qualifica deonticamente (come obbligatoria, vietata o permessa) qualsiasi condotta². Spesso questa tesi viene fondata sul c.d. “principio di proibizione”, secondo il quale tutto ciò che non è vietato è permesso. Alcuni autori, infatti, ritengono che l’enunciato che esprime tale principio sia una tautologia, una verità necessaria e, di conseguenza, che ad ogni sistema normativo appartenga (essendo necessariamente valida) una “norma generale esclusiva” che qualifica, appunto, come tacitamente permessa qualsiasi condotta non espressamente vietata dall’ordinamento (nessun ordinamento giuridico, quindi, potrebbe presentare lacune).

In *Normative Systems*, Alchourrón e Bulygin hanno dimostrato – servendosi della distinzione tra norme e proposizioni normative – che l’enunciato che esprime il principio di proibizione se inteso, da un lato, come norma, non è affatto una tautologia e, dall’altro lato, se inteso come un asserto, può essere necessariamente vero, ma non è comunque in grado di chiudere alcun sistema normativo.

Alcuni autori (in particolare, Ruiz Manero e Bayón), muovendo da una critica alla distinzione – centrale nella argomentazione di Alchourrón e Bulygin – tra permesso positivo (o forte) e negativo (o debole) hanno, però, messo in dubbio che la

¹ Bobbio 1972 (1965): 109.

² La definizione di completezza relativa a sistemi normativi, qui abbozzata, va distinta dai concetti metateorici di completezza che vengono usati, dai logici, con riferimento ai sistemi assiomatici. In particolare, un sistema assiomatico è sintatticamente completo se, e solo se, da esso può derivarsi una qualsiasi proposizione φ , oppure la sua negazione $\neg\varphi$; un sistema assiomatico è, invece, semanticamente completo se, e solo se, ogni formula necessariamente vera del sistema è, altresì, dimostrabile.

ricostruzione offerta dai due autori argentini possa essere davvero utile per trattare il tema delle lacune, suggerendo che l'analisi proposta in *Normative Systems* rischia di occultare una tesi che, invece, è condivisa da gran parte dei giuristi: ovvero la tesi che i giudici, ove si trovino a decidere casi non qualificati normativamente, non godono di una piena discrezionalità – non hanno, infatti, un dovere generico di decidere in un modo qualunque ma, piuttosto, hanno il dovere specifico di rigettare la domanda dell'attore.

Queste considerazioni hanno portato alcuni autori a concludere che i sistemi normativi sono completi “per metonimia”, nel senso che sono completi gli insiemi delle norme sulla giurisdizione (i “sistemi secondari”) di ogni ordinamento. Questa sarebbe la “verità” (indirettamente) espressa dal principio di proibizione.

Una tesi simile era stata avanzata, in alcuni lavori degli anni Sessanta, anche da Amedeo G. Conte, il quale aveva sostenuto che la locuzione ‘completezza dell’ordinamento giuridico’ fosse da intendersi come una metonimia, appunto, che sta per ‘completezza delle norme sulla giurisdizione’.

Vi è, però, un'importante differenza tra la posizione di Conte e quella di Ruiz Manero e Bayón: secondo questi ultimi, infatti, i sistemi secondari sono completi perché chiusi da una norma – che esiste (contingentemente) in ogni ordinamento giuridico del “nostro orizzonte culturale” – che obbliga i giudici a rigettare qualunque domanda con la quale l'attore chieda che il convenuto compia (oppure ometta) una condotta non qualificata dal sistema; secondo Conte, invece, gli insiemi delle norme sulla giurisdizione di qualsiasi ordinamento giuridico sono necessariamente completi per ragioni concettuali – che dipendono da alcune proprietà semiotiche caratteristiche del linguaggio prescrittivo.

La prima parte di questo lavoro (§ 1) è dedicata all'analisi del Principio di proibizione svolta nelle pagine di *Normative Systems*. In seguito, presenterò criticamente le principali obiezioni rivolte a questa analisi da Ruiz Manero e Bayón (§ 2). Prenderò, poi, in esame alcuni degli argomenti offerti da Amedeo G. Conte a sostegno della tesi della necessaria completezza degli insiemi di norme sulla giurisdizione (§ 3). Nell'ultima parte dell'articolo, infine, partendo dalla distinzione tra norme regolative e costitutive, tenterò di provare che se alcuni argomenti addotti a favore della necessaria completezza “per metonimia” dei sistemi normativi sono plausibili solo se riferiti ad insiemi composti di sole norme del secondo tipo, non lo sono, invece, se riferiti ad insiemi composti anche di norme del primo tipo (§ 4).

1. L'analisi del “principio di proibizione” in *Normative Systems*

Uno dei tanti meriti dell'opera principale di Alchourrón e Bulygin – *Normative Systems* – è quello di aver confutato la tesi che ogni sistema normativo sia, per ragioni logico-concettuali, necessariamente completo. In particolare, i due autori hanno

mostrato che qualsiasi tentativo di fondare la necessaria completezza di ogni ordinamento giuridico sul c.d. “principio di proibizione” (d’ora in avanti: PP) è destinato a fallire³.

Il principio in questione può essere formulato attraverso il seguente bicondizionale che, ad una prima lettura, si presenta come una verità analitica:

(PP) “Se, e solo se, una condotta φ non è vietata, allora φ è permessa”.

Questa equivalenza viene solitamente tradotta nel linguaggio formalizzato della logica deontica con l’equivalenza materiale⁴

(PP’) $\neg O\neg\varphi \equiv P\varphi$

la quale esprime, inoltre, l’intuizione che i concetti di obbligo, divieto e permesso siano tra loro inter-definibili.

Diversi autori, assumendo che il PP esprima una tautologia (ovvero un enunciato necessariamente vero in ragione del solo significato dei simboli logici che lo compongono), hanno concluso che, per ragioni concettuali, questo principio sia valido in qualsiasi sistema normativo, a prescindere da qualsiasi atto di normazione⁵. In altri termini, ad ogni sistema normativo appartarrebbe necessariamente una norma di chiusura (una “norma generale esclusiva”⁶) che qualifica come permessa qualsiasi condotta non vietata.

Alchourrón e Bulygin hanno, però, dimostrato che questa tesi è, ad una più attenta analisi, insostenibile, in quanto si appoggia sulla “ingannevole ambiguità”⁷ che caratterizza il PP; ambiguità che può essere disvelata distinguendo tra norme (i.e. significati di enunciati usati in funzione prescrittiva, come formulazioni normative) e proposizioni normative (i.e. significati di enunciati usati, in funzione descrittiva, come asseriti normativi – ovvero enunciati che vertono sulla qualificazione normativa di una data condotta in un sistema normativo di riferimento).

L’importanza della distinzione tra norme e proposizioni su norme era già sta-

³ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): cap. VII.

⁴ Dove ‘O’ e ‘P’ stanno, rispettivamente, per gli operatori modali ‘obbligatorio’ e ‘permesso’; ‘¬’ è il simbolo della negazione classica, vero-funzionale; ‘≡’ è, infine, il simbolo dell’equivalenza (o bicondizionale) materiale. L’operatore ‘V’ (‘vietato’) può essere, invece, omesso perché riducibile a ‘O¬’ (obbligatorio non).

⁵ Cfr., ad esempio, Kelsen 2005 (1960): 245-246: «a positive legal order can always be applied by a court to a concrete case, even when the legal order does not contain, according to the court’s view, a general norm positively regulating the behaviour of the defendant or accused [...] [f]or in this case his behaviour is regulated negatively, that is, legally non prohibited, and in this sense permitted. But traditional jurisprudence interprets this case, under certain circumstances, as a “gap” in the legal order».

⁶ Sulla nozione di “norma generale esclusiva” si veda, ad esempio, Chiassoni 1997: 331.

⁷ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 152.

ta evidenziata, in alcuni lavori dei primi anni Sessanta, indipendentemente l'uno dall'altro, da von Wright e Stenius⁸. Questi due autori avevano, però, sottovalutato l'importanza di diversificare altresì la forma logica delle norme da quella delle proposizioni normative. Von Wright aveva infatti – intenzionalmente ed esplicitamente – deciso di mantenere l'ambiguità degli enunciati deontici del linguaggio non formalizzato nel suo metalinguaggio, utilizzando lo stesso simbolismo per formalizzare sia le norme sia le proposizioni normative⁹; Stenius, invece, pur avendo distinto una *modal interpretation* da una *factual interpretation* degli enunciati normativi, aveva poi stabilito una corrispondenza biunivoca tra le espressioni di un tipo e quelle dell'altro¹⁰.

Alchourrón, invece, ha evidenziato l'importanza di distinguere la forma logica delle proposizioni normative da quella delle norme¹¹. Assumendo che una proposizione normativa sia il significato di un asserto che verte sull'appartenenza di una norma (che, ad esempio, qualifica una condotta φ come obbligatoria – in simboli: $O\varphi$) ad un dato sistema normativo, allora la sua forma logica può ricostruirsi nel modo seguente:

$$(1) O\varphi \in Cn(\alpha)$$

dove ' $Cn(\alpha)$ ' sta per un sistema normativo (inteso 'come insieme deduttivo di norme, la base assiomatica del quale corrisponde all'insieme ' α ' di riferimento. Seguendo Alchourrón, un'espressione come (1) può essere riformulata, in forma abbreviata, introducendo gli operatori deontici descrittivi (' \mathbf{O}_α ' per la modalità 'obbligatorio'), nel modo seguente:

$$(2) \mathbf{O}_\alpha\varphi =_{\text{def}} O\varphi \in Cn(\alpha)$$

Una volta ricostruita adeguatamente la forma logica delle proposizioni normative è possibile notare (I) che vi sono due diversi modi di negare un enunciato che esprime un asserto normativo e, di conseguenza, (II) che possono essere distinti due diversi concetti di permesso.

(I) La negazione di un asserto normativo come 'La condotta φ è vietata nel sistema normativo $Cn(\alpha)$ ' (in simboli: $\mathbf{O}_\alpha\neg\varphi$, ovvero $O\neg\varphi \in Cn(\alpha)$), ad esempio, è un enunciato ambiguo, in quanto può esprimere due proposizioni normative distinte: (a) la proposizione secondo cui al sistema normativo $Cn(\alpha)$ non appartiene una nor-

⁸ Entrambi gli autori hanno attribuito a Hedenius 1941 il merito di aver, per primo, distinto chiaramente tra norme e proposizioni descrittive di norme.

⁹ Von Wright 1989 (1963): 188.

¹⁰ Stenius 1963: 251: «The logical relations between normative sentences in their modal sense are the same as the logical relations between the same sentences in their factual sense».

¹¹ Alchourrón 1969.

ma che qualifica vietata la condotta φ ; (b) la proposizione secondo la quale al sistema normativo $Cn(\alpha)$ appartiene una norma che qualifica *non* vietata (i.e. permessa) la condotta φ .

Nel caso (a) si parla di negazione *esterna* (o debole) mentre, nel caso (b), si parla di negazione *interna* (o forte)¹². La negazione esterna coincide con la negazione classica della logica proposizionale ed è, dunque, vero-funzionale; la negazione interna, invece, è quella che si pone davanti all'operatore deontico ed appartiene, quindi, al linguaggio-oggetto del quale il discorso delle proposizioni normative è il meta-linguaggio. Per evidenziare questa ambiguità è, dunque, opportuno utilizzare (nel formalizzare gli asserti normativi) due simboli diversi per i due tipi di negazione: per la negazione esterna continuerò ad usare il simbolo ' \neg ' mentre, per la negazione interna, userò il simbolo ' \sim '. A questo punto, l'ambiguità della negazione dell'asserto normativo $\mathbf{O}_\alpha \neg \varphi$ può essere messa in evidenza servendosi del linguaggio simbolico, riformulando (a) e (b) nel modo seguente:

$$(a') \neg \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi =_{\text{def}} \mathbf{O} \neg \varphi \notin Cn(\alpha),$$

$$(b') \sim \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi =_{\text{def}} \neg \mathbf{O} \neg \varphi \in Cn(\alpha);$$

visto, poi, che nella logica deontica standard (PP') è un assioma, (b') può riscriversi come:

$$(b'') \sim \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi =_{\text{def}} P\varphi \in Cn(\alpha).$$

(II) La distinzione tra negazione esterna ed interna permette, quindi, di introdurre un'ulteriore distinzione: quella tra permesso negativo (o debole) – consistente nell'assenza, in un dato sistema normativo, di una norma che qualifica vietata una condotta φ :

$$(3) \mathbf{P}^-_\alpha \varphi =_{\text{def}} \mathbf{O} \neg \varphi \notin Cn(\alpha);$$

e permesso positivo (o forte) – consistente nell'apparenza ad un dato sistema normativo di una norma che qualifica come permessa una condotta φ :

$$(4) \mathbf{P}^+_\alpha \varphi =_{\text{def}} P\varphi \in Cn(\alpha).$$

Date le definizioni (a') e (3), (b'') e (4), è possibile derivare i bicondizionali seguenti:

¹² Alchourrón 1969: 249 ss.

$$(5) \neg \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^- \varphi$$

e

$$(6) \sim \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^+ \varphi;$$

ovvero: la negazione esterna di $\mathbf{O}_\alpha \neg \varphi$ equivale al permesso negativo di φ , mentre la sua negazione interna equivale al permesso positivo di φ .

Alchourrón e Bulygin hanno fatto notare, poi, che l'espressione corrispondente al PP – come ogni enunciato deontico – è pragmaticamente polisemica (o polivalente)¹³, in quanto può essere usata o in funzione prescrittiva, come formulazione normativa (così da esprimere una norma di chiusura che qualifica permesse¹⁴ tutte le condotte non qualificate vietate dall'ordinamento stesso), oppure in funzione descrittiva, come asserto normativo.

In questo secondo caso, l'enunciato che esprime il PP – usato come asserto normativo – è equivoco in modo quadruplici e questa quadruplici equivocità è conseguenza della distinzione tra negazione esterna ed interna, nonché di quella tra permesso positivo e negativo.

L'enunciato

(PP) “Se, e solo se, una condotta φ non è vietata, allora φ è permessa”

se usato come asserto normativo può, infatti, significare non meno di quattro proposizioni normative distinte¹⁵ – a seconda che il termine ‘non’ si interpreti come negazione esterna oppure interna e che il termine ‘permessa’ s'intenda come permesso positivo oppure negativo:

(PP_{AN}[']) $\neg \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^- \varphi$ [negazione esterna, permesso negativo]

(PP_{AN}^{''}) $\neg \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^+ \varphi$ [negazione esterna, permesso positivo]

(PP_{AN}^{'''}) $\sim \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^- \varphi$ [negazione interna, permesso negativo]

(PP_{AN}^{''''}) $\sim \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^+ \varphi$ [negazione interna, permesso positivo].

¹³ Sulla polivalenza pragmatica degli enunciati deontici, cfr. Conte 2007: 99-101; Di Lucia 2003: 106.

¹⁴ Navarro 2011: 114.

¹⁵ Alchourrón e Bulygin analizzano solo i casi (PP_{AN}[']) e (PP_{AN}^{''}) sulla base della considerazione che, nel discorso dei giuristi, il termine ‘non’ contenuto nella locuzione ‘non vietato’ viene normalmente inteso come negazione *esterna*. Cfr. Guastini 2011: 146-147.

È facile notare che solo le proposizioni normative (PP_{AN}') e (PP_{AN}'''') sono tautologie, asserti veri *per definizione* (una volta che si accettano le definizioni di negazione esterna ed interna e di permesso negativo e positivo viste sopra).

Le proposizioni espresse da (PP_{AN}'') e (PP_{AN}''') non sono invece tautologie, in quanto è possibile che uno dei due termini del bicondizionale sia vero e l'altro falso¹⁶ (è, ad esempio, possibile che, in un sistema normativo $Cn(a)$, una stessa condotta φ sia qualificata al tempo stesso permessa e vietata). (PP_{AN}'') e (PP_{AN}''') possono essere vere contingentemente e, in particolare, lo sono allorché nel sistema di riferimento $Cn(a)$ vi è una norma di chiusura che qualifica permesse tutte le condotte non qualificate vietate nel sistema stesso¹⁷.

Un'importante conclusione che può trarsi dell'analisi di Alchourrón e Bulygin consiste nel fatto che, se interpretato come asserto normativo, il PP o è davvero una tautologia ma, allora, non è in grado di chiudere alcun sistema normativo, oppure esprime una proposizione vera, ma solo relativamente ad un sistema normativo che contiene una norma di chiusura (la cui esistenza è un fatto contingente)¹⁸. In altri termini, non si può sostenere che qualsiasi sistema normativo sia, per ragioni logico-concettuali, necessariamente completo. Affinché lo sia è necessario che ad esso appartenga una norma di chiusura (oppure che esso contenga un'antinomia – un sistema incoerente è, infatti, necessariamente completo).

Con l'analisi contenuta nel settimo capitolo di *Normative Systems*, come ha ammesso lo stesso Bulygin¹⁹, i due autori argentini erano convinti di aver risolto il problema in modo definitivo e, dunque, di aver dimostrato che il PP non può essere usato per dimostrare la necessaria completezza dei sistemi normativi. Circa vent'anni dopo la pubblicazione del libro, però, Atienza e Ruiz Manero (in particolare nel terzo capitolo di *Las piezas del Derecho*) hanno presentato una serie di citriche alla distinzione (fondamentale, come si è visto, per fondare la tesi di Alchourrón e Bulygin) tra permesso positivo e permesso negativo, dando così origine a quella che Bulygin ha definito la "nuova eresia"²⁰ – ovvero quella serie di posizioni che hanno l'obiettivo di "riscattare", in un qualche modo, sia il PP sia la tesi, cara ai fautori del positivismo teorico più risalente, della necessaria completezza degli ordinamenti giuridici.

¹⁶ Un enunciato bicondizionale, infatti, è vero solo se l'antecedente e il conseguente sono o entrambi veri o entrambi falsi.

¹⁷ Si può, inoltre, dimostrare che in un sistema completo e coerente i concetti di permesso positivo e negativo sono materialmente equivalenti; cfr. Rodríguez 2003: 101-103.

¹⁸ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 158-159; Alchourrón, Bulygin 1984: 354-355.

¹⁹ Bulygin 2010: 285.

²⁰ Bulygin 2010: 286.

2. La “nuova eresia”

Le principali obiezioni che gli “eretici” muovono alla posizione (che, per ovvie ragioni, può battezzarsi) “ortodossa”, sostenuta in *Normative Systems*, possono essere sintetizzate nei seguenti punti: (I) la dicotomia permesso positivo *vs* permesso negativo non è fondamentale per affrontare né il tema delle lacune né quello della necessaria completezza dei sistemi normativi; sono, invece, centrali le distinzioni tra (i) permesso *prima facie* e permesso tutto-considerato e (ii) permesso protetto e permesso non-protetto; (II) la nozione di lacuna normativa introdotta da Alchourrón e Bulygin non permette di tracciare una distinzione precisa tra casi non qualificati ma giuridicamente rilevanti e casi non qualificati “poco seri”; (III) la tesi sulla discrezionalità giudiziale in caso di lacune sostenuta in *Normative Systems* contrasta radicalmente con le credenze condivise dalla maggior parte dei giuristi – in particolare, è scorretto sostenere che i giudici, quando devono risolvere un caso che ritengono non sia disciplinato dal sistema normativo, hanno solamente un dovere *generico* di giudicare e non abbiano, invece, il dovere *specifico* di rigettare la domanda dell’attore.

Nei prossimi paragrafi (§ 2.1, § 2.2 e § 2.3) analizzerò sinteticamente le tre tesi caratteristiche della posizione eretica.

2.1. L’equivalenza pragmatica tra permesso positivo e permesso negativo

Nel terzo capitolo di *A Theory of Legal Sentences*, Atienza e Ruiz Manero se, da un lato, non mettono in dubbio che le norme permissive possano avere una funzione importante (specialmente se si prende in considerazione l’aspetto dinamico dei sistemi normativi²¹) negano, d’altro canto, che la nozione di permesso sia autonoma, i.e. irriducibile a quelle di divieto o di obbligo. I due autori sostengono, infatti, che «the “relevance” of permissive norms [...] can be explained completely in terms of the negation or derogation of, or the exception from, mandatory norms (or in terms of indirect formulations of such norms), and, possibly, of definitions»²².

È sulla base di queste considerazioni che si fonda una delle tesi centrali della posizione eretica: ovvero quella dell’equivalenza pragmatica tra permesso positivo e negativo. Secondo questa tesi, un soggetto che tenga una condotta qualificata come permessa da un qualche sistema normativo si trova, da un punto di vista pratico, nella medesima situazione di un soggetto che tiene una condotta non regolata affatto (e, quindi, permessa in senso negativo) da quel sistema: in entrambi i casi, infatti, per il soggetto quella condotta è “normativamente disponibile”²³, ovvero il giudice

²¹ Alchourrón, Bulygin 1984: 368-370.

²² Atienza, Ruiz Manero 1998 (1996): 106.

²³ Atienza, Ruiz Manero 1998 (1996): 92: «what difference is there between a situation where there is a norm that permits something and a situation in which there simply is no norm at all?»; Ruiz Manero 2010: 300: «en ambos casos la acción se encuentra normativamente disponible».

è (giuridicamente) tenuto a rigettare qualsiasi domanda che abbia come *petitum* la condanna del convenuto a fare (o ad omettere) quella condotta²⁴.

Una volta denunciata la scarsa utilità – almeno da un punto di vista pratico – della distinzione tra permessi positivi e negativi, gli eretici sostengono che esistono altre due distinzioni che sono, invece, fondamentali per trattare in modo adeguato – e in accordo con le credenze condivise dai giuristi – il tema delle lacune e della completezza dei sistemi normativi. Queste due distinzioni sono: (a) quella tra permessi (e, più in generale, qualificazioni normative) *prima facie* e permessi tutto-considerato e (b) quella tra permessi protetti e permessi non-protetti²⁵.

(a) Gli eretici condividono la tesi secondo la quale ogni ordinamento giuridico va ricostruito come un sistema strutturato su due livelli: quello delle regole e quello dei principi che sottostanno (e danno fondamento assiologico) alle prime²⁶. La funzione delle regole è quella di qualificare deonticamente (come obbligatorie, vietate o permesse) condotte umane; la qualificazione normativa attribuita ad una condotta da una regola, però, è solo provvisoria e per questo si parla di qualificazioni normative *prima facie*. L'interprete, infatti, sulla base di un giudizio di bilanciamento che tenga in considerazione tutti i principi rilevanti, può attribuire alla condotta una qualificazione deontica differente rispetto a quella stabilita – *prima facie*, appunto – dalle regole; in questo caso si parla di qualificazioni normative tutto-considerato²⁷.

(b) La seconda distinzione che, secondo gli eretici, è fondamentale per trattare il tema della completezza dei sistemi normativi, è quella tra permessi protetti e permessi non-protetti²⁸. Un permesso è protetto se l'autorità normativa permette esplicitamente una condotta e, contestualmente, o vieta ad altri soggetti di interferire con la possibilità di avvalersi del permesso da parte del soggetto beneficiario²⁹, oppure obbliga altri soggetti (organi pubblici, principalmente) a fare in modo che i beneficiari del permesso possano, di fatto, avvalersene. Un permesso è, invece, non-protetto se non è accompagnato da alcun divieto od obbligo del genere.

Il permesso protetto – come suggeriscono Bayón e Ruiz Manero³⁰ – può essere ricondotto al concetto hohfeldiano di *privilege* (posizione giuridica che ha, come correlativo, il concetto di *no-right* e, come opposto, quello di *duty*), mentre il per-

²⁴ Negli esempi di queste pagine, mi limiterò ad utilizzare la nozione di 'domanda' facendo riferimento ai soli procedimenti civili escludendo, dunque, procedimenti penali, amministrativi e di volontaria giurisdizione, ad esempio.

²⁵ Ruiz Manero 2010: 300; Bayón 2010: 310; Ruiz Manero 2018: 45.

²⁶ Schauer 1993: 112 ss; Ruiz Manero 2005: 122 ss.

²⁷ Ruiz Manero 2018: 46-47.

²⁸ Bayón 2009: 68-69; Ruiz Manero 2010: 302.

²⁹ Navarro 2019: 97 distingue due diversi tipi di permessi protetti (a seconda del tipo di interferenza che può aversi con una condotta permessa): permessi istituzionalmente e ordinariamente protetti.

³⁰ Bayón 2009: 70; Ruiz Manero 2010: 303; Ruiz Manero 2018: 46.

messo non-protetto può essere ricondotto al concetto di *right* o *claim* (che ha, come correlativo, il concetto di *duty* e, come opposto, quello di *no-right*)³¹.

Una volta fatte queste distinzioni, secondo gli eretici, il PP può essere inteso come un enunciato che esprime una proposizione normativa *vera* in ogni sistema giuridico contemporaneo (e che forse spiegherebbe perché, tra giuristi e filosofi del diritto, è diffusa la tesi della necessaria completezza dei sistemi normativi):

(PP”) “Tutto ciò che, *tutto-considerato*, non è vietato è permesso *in senso non-protetto*”³².

A questo punto, è opportuno svolgere alcune considerazioni critiche relativamente a questa rilettura del principio.

In primo luogo, la distinzione tra qualificazioni deontiche *prima facie* e tutto-considerato non sembra essere tanto rilevante quanto gli autori eretici ritengono che sia. Se si assume, infatti, che (1) una norma (regola o principio) è il prodotto dell’attività di interpretazione che ha ad oggetto enunciati (disposizioni, formulazioni normative) appartenenti al discorso delle fonti di un ordinamento giuridico di riferimento e che (2) il problema della completezza riguarda la presunta assenza di *norme* (e non di formulazioni normative) da un qualche sistema normativo, allora si deve concludere che (3) il processo di interpretazione precede logicamente l’attività di presunta “constatazione” di lacune. Più precisamente, l’interprete (giudice o giurista) nello stesso modo in cui può creare una lacuna può anche prevenirla, attribuendo un significato piuttosto che un altro a (i.e. interpretando) una o più formulazioni normative; quello che, invece, un interprete non può concettualmente fare è colmare una lacuna giacché, a tal fine, dovrebbe *creare* una norma nuova e quest’ultima è un’operazione – di nomopoiesi – che va distinta dall’attività di interpretazione (in senso stretto)³³.

Contrariamente a quanto sostenuto dagli eretici, poi, non è affatto necessario abbandonare il positivismo giuridico (come approccio allo studio del diritto) per ammettere che il processo di interpretazione può essere analizzato e scomposto in due fasi, l’una che precede (logicamente) l’altra³⁴: una fase di *prima interpretazione* che, grosso modo, potrebbe farsi coincidere con l’interpretazione *prima facie*³⁵ ed

³¹ Hohfeld 1917: 710-711.

³² Bayón 2009: 73 aveva sostenuto che il PP, così reinterpretedo, esprimesse una verità analitica, ancorché non banale. In Bayón 2010: 312 l’autore ha, però, espressamente ritirato questa tesi affermando che: «no es posible mantener sin más que aquella afirmación sea “una verdad no contingente”».

³³ Guastini 2011: 131; Ratti 2009: 58 ss.

³⁴ Chiassoni 2007: 220 ss.

³⁵ Secondo gli eretici, il prodotto dell’interpretazione *prima facie* coincide con quello dell’interpretazione letterale (i.e. con l’applicazione delle regole semantiche e sintattiche della lingua naturale nella quale l’enunciato di riferimento è formulato). E, invece, più opportuno sostenere che il prodotto della

una fase di *re-interpretazione* che, più o meno, corrisponde all'interpretazione tutto-considerato³⁶.

Sottolineare l'importanza della distinzione 'permessi *prima facie* vs permessi tutto-considerato' può essere non solo praticamente inutile ma anche, e soprattutto, teoreticamente fuorviante in quanto rischia di oscurare una considerazione centrale: se un sistema normativo sia completo o incompleto, infatti, è una considerazione che può farsi solo ad interpretazione avvenuta³⁷. È più opportuno, dunque, analizzare il problema delle lacune e quello della completezza dei sistemi normativi solo al livello di qualificazioni normative tutto-considerato, ovvero tenendo presente che l'oggetto di indagine consiste nella (presunta) assenza di norme (e non di formulazioni normative) le quali sono sempre prodotto di un'attività di (re-)interpretazione.

In secondo luogo, ancorché la classificazione dei concetti giuridici proposta da Hohfeld sia teoricamente utile, risulta, d'altro canto, equivoca in quanto non tiene in considerazione la distinzione fondamentale tra norme e proposizioni normative. In particolare, è equivoco il concetto di *no-right* (correlativo del concetto di *privilege* e opposto a quello di *right-claim*). Che cosa significa, infatti, che un soggetto *x* si trova, nei confronti di un altro soggetto *y*, in una pozione di *no-right* (in relazione ad una condotta φ tenuta da *y*)? Significa, forse, che nel sistema di riferimento non vi è alcuna norma che attribuisca il *right-claim* a *x* di fare in modo che *y* tenga la condotta φ ? Oppure significa che nel sistema esiste una norma che attribuisce ad *y*, nei confronti di *x*, il *privilege* di astenersi dal compiere la condotta φ ?

La stessa equivocità viene ereditata dalla nozione di permesso non-protetto. Ci si può domandare, infatti, se questo concetto equivalga ad una mera affermazione della assenza, in un dato sistema normativo, di una norma che qualifichi deonticamente una qualche condotta oppure se sia, a sua volta, una qualificazione normativa. Gli eretici sembrano, implicitamente, propendere per la seconda opzione. Così, per lo meno, fa Bayón quando sottolinea che il concetto di permesso non-protetto "non è inutile" (privo di conseguenze) in quanto esprime l'*obbligo* per il giudice di rigettare qualsiasi domanda con la quale l'attore chiede che il convenuto faccia (oppure ometta) una condotta permessa, ancorché in senso non-protetto³⁸.

fase di prima interpretazione consiste nel "significato giuridico *prima facie*" di una formulazione normativa, il quale non sempre (né necessariamente) coincide con il significato letterale del medesimo enunciato.

³⁶ Il prodotto dell'attività di re-interpretazione non deve, però, necessariamente coincidere con il risultato di un bilanciamento tra principi rilevanti ma può, anche, essere presentato come risultato di una ampia varietà di argomenti interpretativi. Inoltre, non può escludersi che il risultato della re-interpretazione possa (essere fatto) coincidere con quello della prima interpretazione.

³⁷ Ratti 2009: 60; cfr. anche Guastini 2011: 131: «le lacune seguono – non precedono – l'interpretazione. L'interpretazione, in un senso, produce le lacune e, come le produce, così può anche evitarle o prevenirle».

³⁸ Bayón 2009: 72: «un permiso no protegido no es [...] un permiso vacío o carente de consecuencias: porque tiene al menos la de negar que en una situación semejante el juez tenga discreción para decidir».

2.2. *Lacune normative, irrilevanza, indifferenza e non-qualificazione*

Gli eretici hanno sostenuto, inoltre, che il concetto di lacuna normativa introdotto in *Normative Systems* non permettere di distinguere le condotte non regolate, ma giuridicamente rilevanti, da quelle non regolate e irrilevanti³⁹.

In estrema sintesi, secondo Alchourrón e Bulygin, si ha una lacuna normativa quando, in un sistema normativo, non viene disciplinata una combinazione di casi che individualmente sono, invece, disciplinati⁴⁰.

Il concetto di lacuna normativa non coincide, dunque, con la nozione di lacuna, più generica, impiegata tipicamente dai giuristi che può farsi coincidere con le vaghe nozioni cui alludono locuzioni come “controversia che non può essere decisa con una precisa disposizione”, oppure “caso non previsto dalla legge”⁴¹.

Come riconosce lo stesso Bulygin, in certi casi, le condotte semplicemente non regolate (lacune in senso generico) possono sollevare problemi simili a quelli che sorgono quando un giudice ritiene di trovarsi di fronte ad un caso di genuina lacuna normativa, in particolare nei casi in cui il giudice ritiene la questione seria e non la rigetta *in limine litis*⁴².

Per trattare questo tema è opportuno, in primo luogo, distinguere fra tre diverse nozioni: quella di *non-qualificazione normativa*, quella di *irrilevanza* e, infine, quella di *indifferenza*.

Il concetto di non-qualificazione normativa (o deontica) è un concetto descrittivo, relativo ad un dato comportamento e ad un dato sistema normativo. Un enunciato con il quale si afferma che un comportamento non è deonticamente qualificato in un qualche sistema normativo esprime, dunque, una proposizione che può essere vera o falsa (è vera solo se, nel sistema normativo di riferimento, non vi è alcuna norma che qualifichi quel comportamento come obbligatorio, vietato o permesso).

La nozione di irrilevanza è, invece, un concetto assiologico, anch'esso duplice-mente relativo ad un dato comportamento e ad un dato sistema normativo. Quando si afferma che un comportamento (non qualificato da un qualche sistema di riferimento) è giuridicamente irrilevante, infatti, si esprime un giudizio di valore – ancorché non necessariamente un giudizio morale⁴³ – secondo il quale non sussistono buone ragioni per qualificare normativamente quel comportamento. Si utilizza, a

³⁹ Cfr. Atria 2005a: 21 ss. e Atria 2005b: 178.

⁴⁰ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 23: «Dire che un caso C_i di un UC_j è una *lacuna* del sistema normativo α in relazione ad un Universo di Soluzioni Massimali US_{max_k} significa che α non correla C_i con alcuna soluzione dell' US_{max_k} ».

⁴¹ Cfr., rispettivamente, art. 12 c.2 Disposizioni preliminari al codice civile italiano e art. 1 c.2 del codice civile svizzero.

⁴² Bulygin 2005: 83.

⁴³ Cfr. Moreso 2005: 202.

volte, la locuzione ‘lacuna assiologica’ per indicare i casi in cui un comportamento non è qualificato da alcuna norma del sistema ma, sulla base di un giudizio di valore, l’interprete ritiene che quel comportamento meriti di essere normativamente qualificato (in quanto giuridicamente rilevante)⁴⁴.

Il termine ‘indifferenza’, infine, viene utilizzato da alcuni studiosi di logica deontica⁴⁵ per denotare la qualificazione normativa di un comportamento del quale, in un sistema normativo dato, è permessa sia la commissione sia l’omissione. Vale la pena notare che l’utilizzo del termine ‘indifferenza’ può essere fuorviante, in quanto può essere confuso con il concetto omonimo impiegato nella logica delle preferenze e, per questa ragione, è forse più opportuno utilizzare un altro termine come, ad esempio, ‘facoltativo’ oppure ‘opzionale’.

Come anticipato in precedenza, è importante distinguere attentamente fra questi tre concetti. Il concetto descrittivo di non-qualificazione, infatti, non implica né è implicato da quello di irrilevanza; la proposizione normativa secondo la quale un comportamento è facoltativo, invece, implica la negazione dell’enunciato secondo il quale quel comportamento non è qualificato; ancora, un comportamento ritenuto, sulla base di un giudizio di valore, giuridicamente irrilevante non necessariamente è qualificato come facoltativo.

Fatte queste distinzioni risulta evidente l’utilità della nozione di lacuna normativa introdotta in *Normative Systems*. Questa, infatti, fornisce un criterio (il più possibile neutro) per individuare casi non disciplinati, ma giuridicamente rilevanti. Vi è infatti una lacuna normativa (ovvero un caso non regolato da un sistema di riferimento e non irrilevante), allorché nel sistema normativo vi sono norme che disciplinano individualmente diversi casi, ma nessuna norma disciplina una o più combinazioni di essi.

In relazione ad un punto gli autori eretici hanno, evidentemente, ragione: la nozione di lacuna normativa introdotta da Alchourrón e Bulygin non copre tutti i casi che, secondo le credenze condivise dai giuristi, costituiscono lacune del diritto, ovvero tutti quei casi non regolati che non sono la combinazione di più casi regolati e che, inoltre, sono ritenuti giuridicamente rilevanti.

Al fine di ovviare a questo difetto della ricostruzione di *Normative Systems*, Ruiz Manero ha proposto di ridefinire sia il concetto di lacuna normativa, sia quello di lacuna assiologica⁴⁶:

⁴⁴ La locuzione ‘lacuna assiologica’ viene, in altri contesti, impiegata in un senso diverso; in particolare, si parla di lacuna assiologica anche nei casi in cui nell’ordinamento di riferimento vi è una norma che qualifica normativamente un comportamento ma, sulla base di un giudizio di valore, l’interprete ritiene che tale qualificazione non sia adeguata. Cfr. Guastini 2011: 134-137.

⁴⁵ Primo fra tutti, von Wright 1951: 4; cfr. anche Conte 1962: 7-8.

⁴⁶ Ruiz Manero 2005: 123 (traduzione mia).

[u]n certo caso costituisce una *lacuna normativa* di un certo sistema giuridico se e solo se (1) questo sistema giuridico non contiene una regola che connette il caso ad una soluzione normativa e (2) il bilanciamento tra i principi rilevanti di questo sistema giuridico richiede una regola che connetta il caso ad una soluzione normativa che qualifichi la condotta in questione come obbligatoria o vietata.

Un certo caso costituisce una *lacuna assiologica* di un certo sistema giuridico se e solo se (1) questo sistema contiene una regola che disciplina il caso, ma (2) questa regola non considera come rilevante una proprietà che, secondo quanto richiesto dal bilanciamento dei principi rilevanti dello stesso sistema giuridico, avrebbe dovuto essere considerata come rilevante.

Se, da un lato, le ridefinizioni proposte da Ruiz Manero possono avere il merito di adeguarsi alle credenze condivise dai giuristi in tema di lacune, dall'altro, però, mostrano che questo risultato può essere ottenuto solo al prezzo di confondere tra loro le nozioni di non-qualificazione, irrilevanza, e indifferenza (*rectius*, facoltatività). Ciò risulta, in modo particolare, dalla prima ridefinizione – quella di lacuna normativa. Secondo Ruiz Manero, infatti, un caso non regolato costituisce una lacuna solo se, sulla base di un giudizio (di valore, ovvero) di bilanciamento tra principi, l'interprete ritiene che quella condotta avrebbe dovuto essere qualificata dal legislatore come obbligatoria oppure vietata. Nel caso in cui invece, sulla base del bilanciamento, l'interprete ritenesse che la qualificazione normativa per quella certa condotta fosse permesso (o facoltativo), secondo la ridefinizione di Ruiz Manero, non si avrebbe una lacuna normativa ma, piuttosto, un caso non regolato e giuridicamente irrilevante.

Dal fatto che un caso sia “poco serio” poi, secondo gli eretici, segue che il giudice ha l'obbligo giuridico di rigettare la domanda dell'attore, perché il comportamento richiesto al convenuto è permesso in senso non protetto – questo è, infatti, ciò che si ricava del principio di proibizione così come riletto dagli eretici (cfr. *supra* § 2.1).

Ma il principio reinterpretato in questo modo confonde tra loro il concetto descrittivo di non-qualificazione, quella assiologica di irrilevanza e quello normativo di facoltatività. La nozione di permesso non protetto si rivela, in particolare, afflitta da una triplice equivocità: (*i*) intanto, sembra essere un concetto descrittivo – in quanto si risolve nell'enunciato che un dato comportamento non è qualificato dal sistema di riferimento; (*ii*) sotto un altro aspetto, sembra essere un concetto valutativo – in quanto si riferisce a una condotta che non merita di essere qualificata né come obbligatoria né come vietata; (*iii*) infine, sembra essere una qualificazione normativa – in quanto ha l'effetto di obbligare giuridicamente il giudice a rigettare la domanda dell'attore.

2.3. La tesi della (a)simmetria tra sentenze di rigetto e sentenze di accoglimento

Una delle tesi centrali contenute nell'ottavo capitolo di *Normative Systems* è quella secondo la quale un giudice, qualora ritenga di trovarsi di fronte ad una lacuna normativa, non ha un dovere *specifico* di rigettare la domanda dell'attore ma, piuttosto, ha solo un dovere *generico* di decidere⁴⁷. Se, dunque, il giudice ritiene che il comportamento dedotto in giudizio non è normativamente qualificato dal sistema, secondo Alchourrón e Bulygin, allora gode di discrezionalità in quanto può decidere, alternativamente, di rigettare o accogliere la domanda dell'attore. Qualora il giudice decida di rigettare la domanda, poi, deve pronunciare una sentenza la cui premessa normativa è una norma di permesso, creata *ad hoc* dal giudice stesso. Questa è, in sintesi, la "tesi della simmetria"⁴⁸.

Secondo gli eretici, però, la tesi della simmetria è altamente controintuitiva (oltre ad essere in contrasto con le credenze condivise dai giuristi) e, perciò, da respingere. Secondo gli eretici, infatti, se un giudice ritiene che (tutto-considerato) un comportamento non sia normativamente qualificato (ovvero che sia permesso, ancorché in senso non protetto), allora ha il *dovere* giuridico di rigettare la domanda⁴⁹ – e non gode, dunque, di discrezionalità alcuna⁵⁰.

Ad una prima analisi, può sembrare che questa divergenza tra ortodossi ed eretici sia conseguenza del differente modo in cui gli autori delle due diverse fazioni ricostruiscono la forma logica delle sentenze di rigetto.

Secondo Alchourrón e Bulygin uno dei doveri specifici dei giudici è quello di fondare le proprie decisioni sulle norme del sistema; quindi, sia nel caso di una sentenza di accoglimento sia nel caso di una sentenza di rigetto, la premessa normativa del ragionamento giudiziale non può che essere una *norma* (espressa o derivata) riconducibile al sistema normativo di riferimento – nel caso contrario la decisione sarebbe arbitraria⁵¹.

⁴⁷ Perlomeno in tutti quegli ordinamenti giuridici, come quelli contemporanei, nei quali vige il divieto di *non liquet*. Cfr. Alchourrón e Bulygin 2005 (1971): 198-199. Cfr. altresì Guastini 2011: 140 ss.

⁴⁸ Navarro 2019: 104 ha sostenuto che la tesi della simmetria può essere scomposta in due tesi differenti, tra loro concettualmente indipendenti. Da un lato, la tesi secondo la quale il giudice non ha il dovere specifico di rigettare la domanda in caso di lacuna e, dall'altro lato, la tesi secondo la quale l'eventuale sentenza di rigetto deve contenere una norma permissiva di creazione giudiziale.

⁴⁹ Una tesi simile era già stata sostenuta da Kelsen 1945: 147: «Just because no norm exists which obligates the defendant to the behaviour claimed by the plaintiff, the defendant is free according to positive law, and has committed any delict by his behaviour. If the judge dismisses the suit, he applies, as it were the negative rule that nobody must be forced to observe conduct to which he is not obliged by law. The legal order cannot have any gaps».

⁵⁰ Come osserva Ratti 2009: 60, però, «[h]a poco senso negare (o affermare) la discrezionalità giudiziale di fronte alle lacune, non fosse altro che per la banale osservazione che il giudice (come ogni altro interprete) può, mediante diverse operazioni intellettive, porre in essere le situazioni rispetto alle quali esercitare una tale discrezionalità».

⁵¹ Alchourrón e Bulygin 2005 (1971): 193.

La ricostruzione proposta dagli eretici è differente. Secondo questi autori, solo al fine di accogliere una domanda (e, quindi, condannare il convenuto) è *necessario* che il giudice fondi la propria decisione (e, quindi, la norma individuale che condanna il convenuto a fare o omettere qualche cosa) su una norma generale del sistema; per rigettare la domanda, invece, è *sufficiente* che nel sistema normativo non vi sia alcuna norma generale sulla base della quale condannare il convenuto (i.e. nel sistema di riferimento non c'è alcuna norma che qualifica come obbligatorio o vietato il comportamento richiesto dall'attore)⁵².

Questa seconda ricostruzione per Alchourrón e Bulygin non è accettabile in quanto, secondo i due autori, con la sentenza di rigetto il giudice non si limita ad informare le parti che, nel sistema normativo di riferimento, non vi è alcuna norma generale da applicare al caso concreto ma, piuttosto, applica una norma – creata *ad hoc* dal giudice stesso per colmare la lacuna – che qualifica come permessa la condotta del convenuto⁵³.

In realtà, Ruiz Manero e Bayón riconoscono che anche la sentenza di rigetto pronunciata in caso di lacuna, come quella di accoglimento, deve avere come premessa maggiore una norma – in particolare, una norma del *sistema secondario*⁵⁴ che obbliga i giudici a rigettare la domanda dell'attore nel caso in cui questi chieda che il convenuto venga condannato a compiere (oppure ad astenersi dal compiere) una condotta non qualificata dal sistema. I due autori sostengono che una norma del genere appartiene a tutti i sistemi normativi del “nostro orizzonte culturale” (come norma positiva oppure come norma consuetudinaria) e, inoltre, che essa viene tipicamente utilizzata dai giuristi come standard per valutare la correttezza delle decisioni giudiziali⁵⁵.

A questo punto, la controversia tra ortodossi ed eretici sembrerebbe ridursi ad

⁵² Bayón 2010: 317: «el error de Bulygin radica en sostener que *basta* con que el sistema del ciudadano no establezca nada acerca de la conducta del demandado para que el juez *no tenga ningún deber* determinado. Y ninguna de las dos cosas es cierta. No lo es la primera, porque la ausencia de regulación en el sistema primario no es *suficiente* para que el juez tenga el deber específico de desestimar [...]. Ni tampoco es cierta la segunda, porque de la ausencia de regulación en el sistema primario no se sigue *necesariamente* que no tenga ningún deber específico».

⁵³ Alchourrón e Bulygin 2005 (1971): 204.

⁵⁴ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 191 ss. chiamano “sistema secondario” (o “sistema del giudice”) l'insieme delle norme che regolano il comportamento dei giudici in quanto giudici; il “sistema primario” (o “sistema del suddito”) è, invece, l'insieme delle norme che regolano il comportamento dei soggetti giuridici.

⁵⁵ Ruiz Manero 2010: 305: «una norma [che vieta al giudice di accogliere la domanda dell'attore in caso di lacuna] existe en todos los sistemas jurídicos de nuestro horizonte cultural [...] porque, dictada o no, en todos ellos existe como norma aceptada [...] como un patrón común y público de decisiones judiciales correctas, cuya inobservancia da lugar a críticas que se consideran, sin más, justificadas»; Bayón 2010: 316: «no tengo noticia de un solo sistema jurídico real en el que el juez no tenga el deber de desestimar una demanda con la que el actor pretenda que se obligue el demandado a hacer algo que según el sistema primario no tiene el deber (concluyente) de realizar».

un problema principalmente empirico: ai secondi, in particolare, spetterebbe l'onere di dimostrare che in tutti (o, almeno, nella maggior parte de) gli ordinamenti giuridici contemporanei occidentali vi sia una tale norma (positiva o consuetudinaria) di chiusura. Gli ortodossi potrebbero limitarsi a far notare che, almeno in alcuni ordinamenti contemporanei, vige una norma (valida per alcuni settori dell'ordinamento) che attribuisce, al contrario, ai giudici la facoltà di rigettare o accogliere, discrezionalmente, la domanda dell'attore nel caso in cui questa sia sostenuta da una norma esplicita.

Qualunque sia la risposta a questo problema empirico, la tesi centrale dagli ortodossi non sembra essere intaccata: non si può sostenere che, per ragioni logico-concettuali, ogni sistema normativo è necessariamente completo⁵⁶.

La tesi degli eretici potrebbe, però, essere presentata in una variante più forte, sostenendo che i giudici sono (giuridicamente) tenuti a rigettare la domanda in caso di lacuna. Si potrebbe, in particolare, sostenere che ogni sistema secondario (o del giudice), a differenza del sistema primario (o del suddito), è necessariamente completo. Si potrebbe, inoltre, congetturare che è proprio questa peculiare caratteristica dei sistemi normativi ad aver portato i giuristi a sostenere la tesi dell'inesistenza (o dell'irrelevanza) delle lacune.

La tesi della necessaria completezza dei sistemi secondari è stata sostenuta, ad esempio, da Amedeo G. Conte secondo il quale i sistemi normativi sono (solo contingentemente completi ma) necessariamente chiusi. I prossimi paragrafi saranno dedicati all'analisi di questa posizione.

3. Completezza (dei sistemi secondari) e chiusura (dei sistemi primari)

In alcuni lavori pubblicati negli anni Sessanta⁵⁷, Conte ha sostenuto la tesi secondo la quale i sistemi normativi (e, in particolare, i sistemi giuridici) possono dirsi in ogni caso completi, ancorché *solo per metonimia*, nel senso che sono necessariamente completi gli insiemi delle norme sulla giurisdizione di ogni ordinamento. Al fine di illustrare meglio le tesi di Conte è opportuno illustrare, sinteticamente, la teoria delle lacune elaborata dall'autore⁵⁸.

Muovendo da una nozione generica di 'lacuna', Conte afferma che questo termine esprime un concetto di relazione: è inadeguatezza di qualche cosa (un ordinamento giuridico) rispetto a qualche cosa d'altro. A seconda di che cosa sia questo "qualche cosa d'altro", Conte distingue due principali specie di lacuna: (I) le lacune deontologiche e (II) le lacune ontologiche.

⁵⁶ Navarro 2019: 108.

⁵⁷ Conte 1962 e Conte 1968.

⁵⁸ Cfr., in particolare, Conte 1968: 34-40.

(I) Si ha una lacuna deontologica quando un ordinamento è inadeguato rispetto ad un dover essere. Conte distingue due sotto- classi di lacune deontologiche: (I.i) le lacune ideologiche, consistenti nell'inadeguatezza di un ordinamento ad un ideale (quello della certezza) che trascende l'ordinamento stesso; (I.ii) le lacune teleologiche, consistenti nell'inadeguatezza dell'ordinamento ad un fine, uno scopo, immanente all'ordinamento⁵⁹.

(II) Secondo Conte, una lacuna ontologica si ha quando l'ordinamento è inadeguato (non ad un dover essere, ma) a ciò che è, ovvero quando in un sistema "vi è un caso possibile non previsto" oppure "un comportamento non qualificato normativamente". Anche in questo caso, possono distinguersi due sotto-specie di lacune ontologiche: (II.i) le lacune citriche e (II.ii) le lacune diacritiche.

(II.i) Le lacune citriche consistono nell'impossibilità di valutare (la qualificazione deontica di) un comportamento alla luce delle norme del sistema normativo di riferimento e, a seconda della causa che le produce, possono essere distinte in due ulteriori specie: (II.i.a) lacune citriche *a parte obiecti* – che si hanno nell'ipotesi in cui nessuna norma dell'ordinamento qualifica deonticamente né la commissione né l'omissione di un comportamento; (II.i.b) lacune citriche *a parte subiecti*⁶⁰ – che si hanno quando non è possibile riconoscere se una norma è valida nel sistema di riferimento (nel lessico di Conte: vi è un'indecidibilità della *Bedeutung* dell'enunciato deontico prescrittivo corrispondente alla norma), oppure quando non è possibile attribuire un significato ad un enunciato appartenente alle fonti del diritto (nel lessico di Conte: vi è un'indecidibilità del *Sinn* dell'enunciato deontico prescrittivo corrispondente alla norma).

(II.ii) Le lacune diacritiche, infine, consistono nell'impossibilità di decidere una controversia secondo le norme del sistema normativo di riferimento.

La tesi avanzata da Conte è quella secondo la quale i sistemi normativi (in genere e, quindi, gli ordinamenti giuridici in specie) possono essere *completi* (i.e. privi di lacune citriche) solo contingentemente ma sono, necessariamente, *chiusi* (i.e. privi di lacune diacritiche)⁶¹. Questa conclusione è conseguenza di altre due tesi: (i) i sistemi di norme sulla giurisdizione di ogni ordinamento giuridico sono (simili ai sistemi normativi di "etica rigoristica", ovvero) composti di sole norme imperative (di obbligo o divieto);

⁵⁹ Conte aggiunge che se le lacune ideologiche sono lacune *del* diritto (il sistema normativo è *discreto*, non si estende sino a regolare tutti casi che, sulla base di un giudizio di valore, dovrebbe regolare), le lacune teleologiche, invece, sono lacune *nel* diritto (il sistema normativo è *discontinuo*, presenta soluzioni di continuità).

⁶⁰ In Conte 1962: 42 ss. l'autore utilizza, per denotare questo tipo di lacune, la locuzione 'lacune logiche'.

⁶¹ Conte 1962: 203 ha sostenuto che la tesi della necessaria chiusura valesse per una sola specie di sistema normativo, ovvero il diritto. Nell'articolo *Completezza e chiusura*, Conte estende tale tesi ad ogni sistema normativo, in genere; cfr. Conte 1968: 47, nota 5: «Chiuso [...] è ogni ordinamento normativo *in genere*, e non i soli ordinamenti giuridici».

(ii) il discorso prescrittivo è *lingua* (e non linguaggio), nel senso che “condiziona trascendentalmente” l’esperienza (e non è, invece, condizionato dall’esperienza)⁶².

Come si può notare, la tesi di Conte è in parte affine a quella, sostenuta dagli eretici, secondo i quali i sistemi secondari (o sistemi del giudice) di ogni ordinamento normativo sono completi. Vi è, però, un’importante differenza fra le due posizioni: secondo Conte, infatti, le norme sulla giurisdizione sono necessariamente complete mentre, secondo gli eretici, la completezza dei sistemi secondari dipende dall’esistenza di una norma (contingentemente – ancorché, di fatto – valida in ogni sistema normativo contemporaneo) che obbliga i giudici a rigettare la domanda dell’attore in caso di lacuna.

Si è anche detto che gli argomenti degli eretici, ad un’attenta analisi, non sembrano scalfire affatto la tesi – sostenuta da Alchourrón e Bulygin – che la completezza dei sistemi normativi sia una questione del tutto contingente. Non resta, dunque, che analizzare gli argomenti di Conte a sostegno della necessaria completezza delle norme sulla giurisdizione.

3.1. I sistemi secondari sono necessariamente completi in quanto insiemi di norme imperative?

Alchourrón e Bulygin sostengono che le norme che compongono ogni sistema secondario «possono essere ripartite in due gruppi: (i) le norme che stabiliscono le condizioni in presenza delle quali i giudici possono giudicare, e quali questioni essi possono risolvere (norme di competenza); (ii) le norme che stabiliscono degli obblighi e dei divieti indirizzati ai giudici»⁶³ (ad esempio, il divieto di denegare giustizia e l’obbligo di motivare le decisioni in base alle norme del sistema primario).

Per quanto riguarda le norme del primo gruppo, Alchourrón e Bulygin assumono che queste siano, allo stesso tempo, norme di condotta – per la precisione, permessi che autorizzano i giudici a compiere certe azioni in determinate circostanze – e (norme) costitutive dell’autorità giudiziale⁶⁴.

Secondo Conte, le norme sulla giurisdizione sono insiemi di norme imperative che qualificano i comportamenti secondo uno dei due modi deontici ‘obbligatorio’ o ‘vietato’⁶⁵. In tutti gli ordinamenti normativi, se il giudice non è obbligato a condannare il convenuto (perché quest’ultimo non ha né commesso un atto vietato né omesso un atto obbligatorio), allora è tenuto a rigettare la domanda.

Probabilmente, la tesi di Conte si fonda sull’apparente plausibilità del condizionale:

⁶² Conte 1962: 151; Conte 1968: 44 ss.

⁶³ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 191.

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*: «nessuno è giudice, se non in virtù di una norma di competenza, e nel modo, e con i limiti, stabiliti da essa».

⁶⁵ Conte 1962: 169.

(7) “Se il giudice non deve accogliere la domanda, allora deve rigettarla”.

In *Normative Systems*, Alchourrón e Bulygin hanno però mostrato che la plausibilità di questo enunciato è conseguenza della mancata distinzione tra norme e proposizioni normative⁶⁶. Come si è visto nelle pagine precedenti, l'applicazione della negazione davanti ad un enunciato deontico (usato in funzione descrittiva) genera un'espressione ambigua e, per evidenziare questa ambiguità, nel linguaggio formalizzato della logica delle proposizioni normative, si distinguono due tipi di negazione: esterna (debole) ed interna (forte). L'antecedente del condizionale *sub* 7 ('il giudice non deve accogliere la domanda') è, dunque, un enunciato ambiguo in quanto può significare due proposizioni normative: (i) una proposizione secondo la quale esiste una norma che impone al giudice il divieto di accogliere la domanda (negazione interna) e (ii) una proposizione secondo la quale non esiste alcuna norma che obblighi il giudice ad accogliere la domanda (negazione esterna). Con un argomento simile a quello usato per confutare la tesi secondo la quale il PP è una tautologia capace di chiudere qualsiasi sistema normativo, Alchourrón e Bulygin hanno mostrato che il condizionale 7 esprime una tautologia solo se s'interpreta la negazione nell'antecedente come negazione *interna* (assumendo, inoltre, che il divieto di accogliere la domanda sia equivalente all'obbligo di rigettarla).

Gli autori che fondano la necessaria completezza dei sistemi secondari sulla base dell'enunciato 7 però, implicitamente, assumono che la negazione contenuta nell'antecedente del condizionale stesso sia una negazione *esterna*, poiché sostengono che i giudici hanno l'obbligo di rigettare la domanda in tutti i casi in cui nel sistema *non vi sia* una norma che li obblighi ad accoglierla. Come evidenziano Alchourrón e Bulygin, però, «dall'obbligo di giudicare e dall'assenza di un obbligo di condannare non si inferisce in alcun modo l'obbligo di rigettare la domanda»⁶⁷.

3.2. *La necessaria chiusura dei sistemi normativi dipende dalla “theticità” del linguaggio prescrittivo?*

La seconda tesi sulla base della quale Conte sostiene l'argomento della necessaria completezza dei sistemi secondari (e, dunque, della chiusura dei sistemi primari) si fonda su alcune considerazioni relative alle caratteristiche semiotiche proprie del linguaggio in funzione prescrittiva.

Secondo Conte il linguaggio prescrittivo, a differenza di quello descrittivo (che è condizionato dall'esperienza), condiziona trascendentalmente l'esperienza⁶⁸; ad esempio, se una proposizione espressa da un enunciato usato in funzione descrittiva

⁶⁶ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 200.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Conte 1962: 177; Conte 1968: 45.

come ‘La neve è bianca’ è vera solo se si dà il caso che la neve è bianca, una norma espressa da un enunciato usato in funzione prescrittiva come ‘È vietato uccidere’ non può essere verificata o falsificata da alcun fatto che si dà nel mondo. Piuttosto, un comportamento è normativamente qualificato solo se esiste una norma che lo qualifica obbligatorio, vietato o permesso.

A partire da alcuni lavori della fine degli anni Settanta, Conte utilizza, per fare riferimento a questa caratteristica peculiare del linguaggio in funzione prescrittiva, il termine ‘theticità’⁶⁹. Secondo Conte, infatti, le prescrizioni sono atti linguistici performativi thetici, che (se pragmaticamente validi⁷⁰) sono capaci di rendere (sintatticamente⁷¹) valido uno status deontico (ovvero un obbligo, un divieto o un permesso) in e per un dato sistema normativo e in relazione alla *Grundnorm* del sistema stesso⁷².

Conte sostiene che, a partire da un insieme di enunciati prescrittivi è sempre possibile, argomentando *e contrario*, decidere quale qualificazione normativa un comportamento *non* ha. Dall’insieme di enunciati appartenenti al discorso descrittivo, invece, non è possibile concludere, applicando l’argomento *e contrario*, che a ciò che il linguaggio non qualifica non convenga un qualche predicato del linguaggio stesso: è sempre possibile che ad una cosa che un linguaggio non qualifica risulti, poi, convenire un predicato di quel linguaggio⁷³. Ciò è conseguenza della caratteristica semiotica specifica del discorso descrittivo, ovvero *essere condizionato da* (e, a differenza del discorso prescrittivo, non condizionare) l’esperienza.

La tesi di Conte può, dunque, essere così sintetizzata: se un comportamento dedotto in giudizio non è qualificato in alcun modo da (le norme de) il sistema normativo di riferimento, il giudice può concludere – argomentando *e contrario* – che quel comportamento *non* (negazione esterna-debole⁷⁴) è obbligatorio, né vietato,

⁶⁹ Conte 1977: 173 ss.

⁷⁰ Conte distingue due specie di validità pragmatica: (i) la “validità praxeologica”, che è relativa al concetto stesso di un atto di linguaggio e (ii) la “validità praxeonomica” che è, invece, relativa a quelle regole (anankastico-costitutive) che pongono condizioni di validità degli atti di linguaggio; cfr. Conte 1988: 454 e Conte 1995 (1994): 597-599.

⁷¹ La “validità sintattica” è quella che si predica di *status* deontici (obblighi, divieti, permessi), posti in essere attraverso atti thetici di normazione, ed è relativa alle regole costitutive sulla validità di un dato ordinamento di riferimento; cfr. Conte 1988: 454.

⁷² In Conte 1970 e Conte 1977, l’autore ricostruisce in modo diverso il concetto di theticità: in questi due lavori, infatti, il verbo performativo ‘prescrivere’ significa la posizione della verità (o, meglio, della validità) di un enunciato deontico (prescrittivo).

⁷³ Conte 1968: 46-47. Per illustrare meglio questo aspetto, può essere utile riportare un esempio fatto da Conte: la negazione di un giudizio di botanica come ‘Questo oggetto è una fanerogama’ non è, a sua volta, un ulteriore giudizio botanico ma significa, piuttosto, ‘Questo oggetto è un elemento dell’insieme complementare a quello delle fanerogame’.

⁷⁴ Conte chiarisce che se questa negazione venisse interpretata come negazione forte, si avrebbe una contraddizione, una situazione assurda. Infatti, di una condotta non regolata sarebbe, allo stesso tempo: (i) permessa l’omissione (negazione forte dell’obbligatorietà di quella condotta) e (ii) permessa la commissione (negazione forte del divieto di quella condotta). Cfr. Conte 1962: 130-133.

né permesso e, dunque, *non* (negazione interna-forte – in quanto, come si è visto prima, l'insieme delle norme sulla giurisdizione va ricostruito, secondo Conte, come un insieme di norme imperative) ha l'obbligo di accogliere la domanda (i.e. è vietato accoglierla).

Si può notare, quindi, che la conclusione dell'argomento *e contrario* (che viene usata dal giudice come premessa del sillogismo giudiziale che si conclude, a sua volta, con la decisione di rigettare la domanda dell'attore) di cui parla Conte consiste, quindi, in una *proposizione normativa* e non, invece, in una norma (come sottolinea lo stesso Conte, la negazione che appare nell'enunciato che è conclusione dell'argomento *e contrario*, infatti, è debole). Questa ricostruzione non è, dunque, compatibile con il modello proposto da Alchourrón e Bulygin, secondo i quali la premessa di un ragionamento giudiziale – che si conclude con una *norma* individuale – non può in alcun caso essere una proposizione normativa ma, invece, deve essere una norma.

La tesi di Conte è, in parte, simile a quella sostenuta dagli eretici: i sistemi primari possono essere a volte completi e, altre volte, incompleti; sempre completi sono, invece, i sistemi secondari (gli insiemi delle norme sulla giurisdizione), in quanto i giudici hanno sempre il dovere di rigettare la domanda dell'attore nel caso in cui l'attore chieda al giudice che il convenuto venga condannato per la commissione o l'omissione di un comportamento non qualificato⁷⁵.

Secondo gli eretici, questo dovere è stabilito da una norma (del sistema secondario) che appartiene, contingentemente, ad ogni ordinamento giuridico contemporaneo.

Secondo Conte, invece, i sistemi secondari sono necessariamente completi (e, quindi, i sistemi normativi sono necessariamente chiusi) giacché: (i) gli insiemi di norme sulla giurisdizione sono composti di sole norme imperative e (ii) il linguaggio prescrittivo presenta una peculiare caratteristica semiotica – la theticità⁷⁶. Si è anche detto che la prima delle due tesi, probabilmente, si fonda sulla confusione (testimoniata dalla assunzione che l'enunciato *sub* 7 sia una tautologia – cfr. *supra* § 3.1) tra norme e proposizioni normative. La tesi (ii), invece, merita di essere riconsiderata alla luce di un'importante distinzione (che Conte, pur non prendendo in considerazione nei due articoli dedicati al tema delle lacune, studierà in modo approfondito in alcuni lavori successivi): quella tra norme regolative e norme costitutive.

⁷⁵ Secondo Conte 1962: 157 ss., la tesi secondo la quale i comportamenti non qualificati sono da considerarsi pragmaticamente equivalenti a quelli qualificati come indifferenti (facoltativi) può intendersi come un "nome" impiegato convenzionalmente dai giuristi per fare riferimento al dovere dei giudici di condannare solo per le commissioni di comportamenti vietati (e per le omissioni di comportamenti obbligatori).

⁷⁶ Conte 1968: 44-53.

4. Sistemi normativi, norme regolative, norme costitutive e completezza

A partire dai lavori di von Wright⁷⁷ e Searle⁷⁸, si suole distinguere tra due diversi tipi di norme: (i) quelle regolative, che regolano forme di comportamento ontologicamente preesistenti alle, e logicamente indipendenti dalle, norme stesse e (ii) quelle costitutive, che non si limitano a regolare forme di comportamento ma, piuttosto, ne creano o definiscono di nuove costituendo, appunto, un'attività che è (onto)logicamente dipendente dalle regole in questione⁷⁹.

Un'ampia tipologia delle norme costitutive è stata sviluppata, in alcuni lavori degli anni Ottanta, da Conte e Azzoni⁸⁰. Innanzi tutto, i due autori distinguono tra norme eidetico-costitutive e norme anankastico-costitutive. Le norme *eidetico-costitutive*, da un punto di vista ontologico, sono condizione necessaria (*ex ante*, di concepibilità e, *ex post*, di percepibilità) di ciò su cui vertono e, da un punto di vista semantico, determinano l'intensione (il senso) dei termini designanti ciò su cui vertono. Le norme *anankastico-costitutive*, invece, da un punto di vista ontologico, pongono condizioni necessarie di ciò su cui esse vertono e, da un punto di vista semantico, presuppongono, da un lato, l'intensione dei termini che designano le entità sulle quali vertono e, dall'altro lato, ne delimitano l'estensione (il riferimento)⁸¹. Un esempio classico di norme eidetico-costitutive è dato dalle regole degli scacchi (e.g. "L'alfiere deve muoversi in diagonale", "Il re non può arroccare se è sotto scacco", "Una qualsiasi mossa che minacci il re avversario conta come scacco"). Esempi paradigmatici di norme anankastico-costitutive possono trovarsi, invece, in ambito giuridico (e.g. "L'atto di appello deve essere motivato", "La donazione deve essere fatta per atto pubblico").

Conte distingue ulteriormente, nell'ambito delle norme eidetico-costitutive, tra regole *deontiche*, che possono essere formulate mediante enunciati contenenti mo-

⁷⁷ Von Wright 1989 (1963): 43 ss.

⁷⁸ Searle 1965. Lo stesso Searle individua in un articolo di Rawls – *Two Concepts of Rules* (pubblicato nel 1955) – l'origine della distinzione tra questi due tipi di norma. Lorini, Żelaniec 2018: 10 attribuiscono il merito di aver introdotto la nozione di norma costitutiva, invece, all'autore polacco – attivo nella prima metà del secolo passato – Czesław Znamierowski.

⁷⁹ Searle 1969: 33 ss. Cfr. anche Searle 1965: 223: «I distinguish between two sorts of rules: some regulate antecedently existing forms of behaviour; for example, the rules of etiquette regulate interpersonal relationships, but these relationships exist independently of the rules of etiquette. Some rules on the other hand do not merely regulate but create or define new forms of behaviour. The rules of football, for example, do not merely regulate the game of football but as it were create the possibility of or define that activity». Cfr. anche Carcaterra 1974: 61: «Mentre le proposizioni prescrittive tendono a produrre un evento esercitando una pressione sul comportamento di qualcuno, le norme di cui ci occupiamo producono l'effetto, che è il loro scopo e il loro contenuto, realizzandolo da sé: lo costituiscono – ecco la loro caratteristica – nel momento stesso del loro entrare in vigore. Le chiameremo perciò norme costitutive».

⁸⁰ Conte 1985a, Conte 1985b e Azzoni 1988.

⁸¹ Conte 2007b: 59-61.

dalità deontiche (“L’alfiere deve muoversi in diagonale”; “Il re deve essere sottratto dallo scacco”) e regole *ontiche*, la forma logica delle quali può essere espressa attraverso enunciati condizionali “counts-as”⁸² (“Una mossa che minacci il re avversario conta come scacco”; “Una posizione nella quale nessun giocatore può realizzare uno scacco matto conta come patta”).

Infine, Conte distingue tra norme (eidetico-costitutive ontiche o deontiche) *paradigmatiche* e norme (eidetico-costitutive deontiche) *sintagmatiche*. Le prime determinano, nel loro insieme, per ogni fase del gioco, il paradigma delle possibili forme alternative di prosecuzione del gioco⁸³. Possono distinguersi vari tipi di norme paradigmatiche: negli scacchi, ad esempio, vi sono norme che determinano il modo in cui i pezzi (i “praxemi”, nel lessico di Conte) possono essere collocati (e ricollocati, mossi) sulla scacchiera, così come vi sono regole che determinano il modo in cui i pezzi possono essere eliminati o sostituiti (e.g. le regole che stabiliscono il modo in cui i pezzi possono catturarne altri, oppure le regole che definiscono i “pragmami” del gioco, come l’arroccamento o la promozione) o, ancora, norme paradigmatiche che costituiscono, attraverso definizioni, “status ludici” (e.g. lo scacco, lo scacco matto, lo stallo).

Le norme sintagmatiche, invece, *prescrivono* una determinata prosecuzione del gioco⁸⁴. Ad esempio, per seguire la norma sintagmatica secondo la quale il re deve essere sottratto dallo scacco, il giocatore deve compiere una qualche mossa che sia altresì permessa dalle norme paradigmatiche del gioco (ad esempio, muovendo il re di una casa, oppure catturando il pezzo che dà scacco – secondo le norme sulla cattura).

Una volta riportata questa tipologia delle norme costitutive, si può avanzare la seguente tesi: l’idea di Conte, secondo la quale i sistemi normativi sono, per ragioni concettuali, necessariamente chiusi (i.e. senza lacune diacritiche) è plausibile solo se riferita a sistemi normativi composti di sole norme (eidetico) costitutive. In questi (e solo per questi) sistemi vale, infatti, un’equivalenza pragmatica tra condotte non regolate e condotte qualificate (vietate) dalle regole sintagmatiche del sistema stesso.

Per illustrare meglio questa tesi, può essere utile fare alcuni esempi tratti (rinunciando a qualsiasi pretesa di originalità) dal gioco degli scacchi. Ad esempio, ci si

⁸² Per la nozione di *count-as conditional*, cfr. Searle 1995: 27-29. Cfr. anche Grossi, Jones 2013.

⁸³ Conte 2007b: 55-56.

⁸⁴ Ci si potrebbe chiedere se le norme costitutive sintagmatiche non siano, piuttosto, norme regolative che qualificano deonticamente (come vietate, obbligatorie, permesse) alcune mosse del gioco; ovvero, prescrizioni che vertono su un particolare tipo di condotte – quelle determinate dalle norme costitutive paradigmatiche. Alcuni argomenti a sfavore di questa tesi sono stati presentati da Hage 2018: 25: «it is less than felicitous to say that constitutive rules “regulate” the practice which they constitute. [...] Characteristic of a prescription is that violation is normally possible. In case of the rules of chess, violation leads to invalid moves which have no influence on the progress of the game. These rules, which define the game, cannot be violated because a violation would require that an illegal move be made in the game, while “moves” that violate the rules do not count as moves in the game».

potrebbe chiedere se negli scacchi è possibile (o, meglio, se è una mossa valida, ammessa, legale) arroccare “in verticale” (lungo la colonna “e”) con il re ed una torre ottenuta a seguito della promozione di un pedone. Nonostante all’apparenza questa mossa “bizzarra” possa apparire non regolata dal regolamento degli scacchi, ad una più attenta analisi, non costituisce affatto un caso di lacuna. Se, infatti, si assume che la regola che costituisce (definisce) l’arrocco sia la seguente:

“Si può arroccare se: (i) il re non è stato mosso; (ii) la torre coinvolta nell’arrocco non è stata mossa; (iii) il re non è sotto scacco; (iv) le case nelle quali il re transita, così come quella di destinazione finale del re, non sono minacciate da alcun pezzo avversario”,

allora l’arrocco “sulla colonna e” non è affatto una mossa non regolata ma, piuttosto, è permessa. Un’altra cosa è chiedersi – sulla base di un giudizio di valore – se gli scacchi potrebbero essere un gioco migliore se questa mossa non fosse ammessa. Probabilmente, una risposta affermativa a questa domanda è stata data dai membri della federazione internazionale degli scacchi (FIDE) incaricati della compilazione del regolamento del gioco visto che, nel 1972, la regola sull’arrocco è stata modificata specificando che il re e la torre interessata devono (oltre alle condizioni elencate sopra) trovarsi sulla medesima traversa (e non, anche, sulla medesima colonna)⁸⁵. Un’ipotesi del genere, quindi, potrebbe essere considerata come un esempio di lacuna assiologica “colmata”: il comportamento era regolato dal sistema ma, sulla base di un giudizio di valore, si è ritenuto che la qualificazione normativa non fosse adeguata.

Un altro esempio: ci si potrebbe chiedere se è consentita la presa *en passant* con l’alfiere. La risposta più intuitiva è che questa mossa, non essendo espressamente permessa per l’alfiere, è vietata⁸⁶. Gli unici comportamenti che contano come mosse del gioco sono quelli espressamente (costituiti e) permessi dalle norme paradigmatiche del gioco stesso, tutti gli altri (muovere una torre in diagonale, indossare una cravatta rossa, etc.), semplicemente, non sono mosse del gioco.

Quest’ultimo esempio mette in evidenza una caratteristica peculiare degli insiemi composti di sole norme (eidetico) costitutive: in questi sistemi, infatti, vi è un’equivalenza pragmatica tra le mosse vietate dalle regole (sintagmatiche) e i comportamenti non qualificati affatto. Arroccare se il re è sotto scacco oppure catturare

⁸⁵ Cfr. il regolamento curato dalla FIDE, consultabile all’indirizzo <https://handbook.fide.com/chapter/E012018> e, in particolare, la regola 3.8.2.

⁸⁶ È importante notare che le qualificazioni normative imposte sopra un comportamento da una norma costitutiva sintagmatica vanno distinte da quelle imposte dalle norme regolative. Un modo per tracciare questa distinzione può consistere nell’assumere che, se la violazione di una norma regolativa comporta, normalmente, una *sanzione*, la violazione di una norma costitutiva comporta, invece, la *nullità* dell’atto che avrebbe dovuto costituirsi se la regola fosse stata rispettata. L’importanza di distinguere concettualmente tra sanzione e nullità era già stata avvertita, ad esempio, da Hart 1994: 33 ss.

un pezzo *en passant* con l'alfiere sono due comportamenti (due "mosse") che hanno le stesse conseguenze pratiche: compiere uno o l'altro durante una partita significa *non giocare più* a scacchi. Questi due comportamenti non possiedono quella caratteristica che è propria delle sole mosse permesse dalle norme eidetico-costitutive (paradigmatiche e sintagmatiche): ovvero quella di passare da una posizione di gioco valida ad un'altra posizione altrettanto valida⁸⁷. Nei sistemi composti di sole norme eidetico-costitutive, dunque vi possono certamente essere lacune critiche (vi sono comportamenti che non sono da essi – costituiti e – regolati) ma non vi possono essere lacune diacritiche (è sufficiente sapere che un comportamento non è una mossa del gioco per sapere che è un comportamento "vietato" in e per quel gioco). Nel lessico di Conte, questi sistemi sono (non necessariamente completi, ma) necessariamente chiusi.

Queste osservazioni non valgono, però, se si prendono in considerazione sistemi normativi (come gli ordinamenti giuridici) composti *anche* da norme regolative che vertono su – qualificando deonticamente – fatti (bruti o istituzionali) ontologicamente preesistenti e logicamente indipendenti dalle regole stesse. Sapere che un comportamento non è qualificato da qualche norma regolativa significa semplicemente... sapere che quel comportamento non è regolato. La presunta equivalenza pragmatica tra comportamenti permessi e non qualificati sussiste solo se nell'ordinamento vi è una norma (del sistema secondario) che obbliga i giudici a rigettare la domanda dell'attore in un caso di lacuna. Se una norma del genere appartiene o meno ad un dato sistema è – e resta – una questione contingente. Non può, dunque, neppure concludersi che i sistemi secondari siano, per ragioni concettuali, necessariamente completi.

5. Conclusioni

Nella prima parte di questo lavoro si è dimostrato – riportando le argomentazioni esposte da Alchourrón e Bulygin – che i sistemi normativi non sono necessariamente completi e, comunque, che questa presunta necessaria completezza non può essere fondata sulla "verità necessaria" espressa dal principio di proibizione.

⁸⁷ L'equivalenza pragmatica tra vietato e non qualificato è, probabilmente, conseguenza di una caratteristica che viene attribuita tipicamente ai giochi formali (dei quali l'insieme delle regole degli scacchi è un esempio): il fatto che questi ultimi sono "self-contained" – ovvero, per essi ogni comportamento diverso dalle mosse costituite dalle regole paradigmatiche del sistema è *strettamente* irrilevante. Cfr. Haugeland 1985: 50: «formal systems are self-contained; the outside world (anything not included in the current position) is strictly irrelevant. For instance, it makes no difference to a chess game, as such, if the chess set is stolen property or if the building is on fire or if the fate of nations hangs on the outcome – the same moves are legal in the same positions, period». Per una sintetica definizione di 'sistema formale', vedi *ultra*, nota 89.

Nel seguito, ho analizzato la tesi secondo la quale il principio in questione può essere reinterpretato in un diverso senso che, forse, spiegherebbe perché numerosi giuristi e teorici del diritto hanno sostenuto (o sostengono) che i sistemi normativi sono necessariamente privi di lacune. Secondo alcuni autori, infatti, il principio di proibizione esprime la norma (del sistema secondario) secondo la quale i giudici sono tenuti a rigettare qualsiasi domanda con la quale l'attore chiede che il convenuto faccia o ometta un comportamento non qualificato in alcun modo dal sistema (primario). I sistemi normativi sarebbero, dunque, necessariamente completi "per metonimia" – i.e. gli insiemi di norme sulla giurisdizione di ogni sistema normativo sono necessariamente completi.

Si è visto, però, che anche questa tesi va respinta. Affinché i giudici abbiano l'obbligo di rigettare la domanda dell'attore in caso di lacuna è necessario che (nel sistema secondario) vi sia una norma che imponga tale dovere. Se una norma del genere esista o meno è una questione contingente (dipende dal fatto che sia stata emanata dall'autorità normativa oppure che venga seguita come norma consuetudinaria).

Infine, ho sostenuto che la tesi della necessaria chiusura può, forse, valere per un solo tipo di sistema normativo, ovvero per gli insiemi composti di sole norme costitutive eidetiche. Solo in questi insiemi, infatti, un comportamento non regolato (costituito) dalle regole paradigmatiche del sistema è pragmaticamente equivalente ad un comportamento regolato (vietato) dalle norme costitutive sintagmatiche del sistema stesso.

Incidentalmente, ci si potrebbe chiedere se gli insiemi delle norme di *competenza* che caratterizzano ogni ordinamento normativo – assumendo (ancorché non sia del tutto pacifico) che possano essere ricostruiti come insiemi di norme costitutive – siano necessariamente chiusi. Una risposta affermativa a questa domanda potrebbe rafforzare la tesi secondo la quale, negli ordinamenti giuridici liberali, per gli organi pubblici vale necessariamente un principio "opposto" a quello di proibizione, ovvero il c.d. principio di legalità (secondo il quale agli organi pubblici è implicitamente vietato compiere qualsiasi atto che non sia loro espressamente permesso)⁸⁸. Questa tesi si fonda, però, su un presupposto problematico: si può, infatti, dubitare che le norme di competenza possano essere ricostruite come norme costitutive *eidetiche*⁸⁹. Più in generale, vi sono buone ragioni per dubitare che questa particolare categoria di regole trovi spazio negli ordinamenti normativi *giuridici* (un primo indizio di ciò

⁸⁸ Cfr. Guastini 2011: 145.

⁸⁹ Più in generale, è dubbio che negli ordinamenti giuridici possano trovarsi esempi di norme eidetico-costitutive. È, infatti, forse più corretto sostenere che le norme costitutive che appartengono ad un sistema normativo giuridico siano norme costitutive *ananastiche*. Questa tesi è stata avanzata, ad esempio, da Silvi 2014: 460.

Si potrebbe, nonostante tutto, ipotizzare che un esempio di norma *giuridica* eidetico-costitutiva vi sia: la norma fondamentale – la *Grundnorm* kelseniana – di ogni ordinamento. Questa ipotesi non verrà, però, approfondita in questa sede.

è dato dal fatto che tutti gli esempi di regole eidetico-costitutive che solitamente vengono proposti riguardano il regolamento degli scacchi, ovvero un gioco che può essere ricostruito come un sistema puramente formale⁹⁰).

Nonostante, dunque, alcune considerazioni relative alle regole dei giochi possono essere illuminanti per l'analisi del discorso normativo (e, in particolare, giuridico)⁹¹ non si può assimilare completamente un insieme di norme come il regolamento di un gioco puramente formale ad un sistema normativo complesso come un ordinamento giuridico. La differenza centrale fra questi due insiemi di norme è che, se il regolamento di un gioco formale – come gli scacchi – qualifica *esclusivamente* comportamenti (fatti istituzionali) che sono costituiti dalle norme costitutive (paradigmatiche) del sistema, un ordinamento giuridico, invece, tipicamente qualifica anche comportamenti (fatti bruti o fatti istituzionali) che preesistono alle norme del sistema stesso.

In conclusione, l'analisi logica del discorso normativo ci porta a concludere che gli ordinamenti giuridici non sono (neppure “per metonimia”) necessariamente completi. Un'altra questione (sulla quale vi è un genuino disaccordo tra ortodossi ed eretici) è quella relativa alla *opportunità* che i sistemi normativi contengano una norma di chiusura che obblighi i giudici a rigettare la domanda dell'attore in caso di lacuna. Questa è, chiaramente, una questione politica alla quale l'analisi logica non può dare alcuna risposta conclusiva.

Bibliografia

- Alchourrón, C.E. (1969). *Logic of Norms and Logic of Normative Propositions*, «Logique et Analyse», XII, 242-268.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1984). *Permission and Permissive Norms*, in W. Krawietz, H. Schleski, G. Winkler, A. Schramm (Hrsg.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 349-371.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (2005). *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, trad. it. a cura di P. Chiassoni, G.B. Ratti, Torino, Giappichelli.
- Atienza, M., Ruiz Manero, J. (1998). *A Theory of Legal Sentences*, trad. ing. di R. Zimmerling, New York, Springer.

⁹⁰ Un sistema può dirsi puramente formale se rispetta questi requisiti: (i) è un sistema di regole che riguardano la definizione e la manipolazione di simboli (o *token*); (ii) è digitale; (iii) è indipendente da qualsiasi materiale o supporto fisico nel quale può essere implementato. Cfr. Haugeland 1985: 48.

⁹¹ Cfr. Carcattera 1974: 95.

- Atria, F. (2005a). *Sobre las lagunas*, in F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J.R. Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 15-28.
- Atria, F. (2005b). *Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces*, in F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J.R. Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 159-184.
- Azzoni, G. (1988). *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, Cedam.
- Bayón, J.C. (2009). *Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas*, in E. Bulygin, M. Atienza, J.C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 27-74.
- Bayón, J.C. (2010). *Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial: respuesta a Bulygin*, «DOXA», 33, 307-317.
- Bobbio, N. (1975). *Aspetti del positivismo giuridico*, in N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 101-126.
- Bulygin, E. (2005). *En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria*, in F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J.R. Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 73-86.
- Bulygin, E. (2010). *Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición*, «DOXA» 33, 283-296.
- Carcattera, G. (1974). *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè.
- Chiassoni, P. (1997). *Lacune nel diritto. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII, 2, 321-363.
- Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino.
- Conte, A.G. (1962) *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli.
- Conte, A.G. (1968). *Completezza e chiusura*, in *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza*, Milano, Giuffrè; riedito in A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*, Torino, Giappichelli, 1989.
- Conte, A.G. (1970). *Studio per una teoria della validità*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 47, 331-354.
- Conte, A.G. (1977). *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, in G. Di Bernardo (a cura di), *Logica deontica e semantica*, Bologna, Il Mulino, 147-175; riedito in A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*, Torino, Giappichelli, 1989, 173-191.

- Conte, A.G. (1985a). *Materiali per una tipologia delle regole*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 15, 345-368.
- Conte, A.G. (1985b). *Regole eidetico-costitutive*, «Nuova civiltà delle macchine», 3, 26-33.
- Conte, A.G. (1988). *Minima deontica*, «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 65, 427-475.
- Conte, A.G. (1990). *Validità atthetica*, in S. Castignone (a cura di), *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 163-176.
- Conte, A.G. (1994). *Performativo vs. normativo*, in U. Scarpelli, P. Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, LED, 247-263; riedito in A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo II. Studi 1982-1994*, Torino, Giappichelli, 1995, 591-607.
- Conte, A.G. (2007a). *Ambiguità semantica vs. ambivalenza pragmatica*, in L. Passerini Glazel (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 91-102.
- Conte, A.G. (2007b). *Regola eidetico-costitutiva vs. regola anankastico-costitutiva*, in L. Passerini Glazel (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 48-68.
- Di Lucia, P. (2003). *Normatività: diritto, linguaggio, azione*, Torino, Giappichelli.
- Di Lucia, P., Passerini Glazel, L. (2020). *Amedeo G. Conte filosofo della validità*, «Rivista di filosofia del diritto», IX, 1, 11-26.
- Grossi, D., Jones, A.J.I. (2013). *Constitutive Norms and Count-as Conditionals*, in D. Gabbay, J. Horty, X. Parent, R. van der Meyden, L. van der Torre (eds.), *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*, College Publications, 407-441.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Hage, J. (2018). *Two Concepts of Constitutive Rules*, «Argumenta», 4, 21-39.
- Hart, H.L.A. (1994) *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press; II ed. (With a Postscript edited by P.A. Bulloch and J. Raz).
- Haugeland J. (1985). *Artificial Intelligence: the Very Idea*, Cambridge (Mass.), MIT Press.
- Hedenius, I. (1941). *On Law and Morals*, «The Journal of Philosophy», 56, 3, 117-125.
- Hohfeld, W.N. (1917). *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Juridical Reasoning*, «The Yale Law Journal», 26, 8, 710-770.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945.
- Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*, English translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by M. Knight, Clark (NJ), The Lawbook Exchange.

- Lorini, G., Żelaniec, W. (2018). *The Backround of Constitutive Rules. Introduction*, «Argumenta», 4, 9-19.
- Moreso, J.J. (2005). *A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas*, in F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J.R. Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 185-204.
- Navarro, P.E. (2011). *Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos*, «Isonomía», 34, 110-139.
- Navarro, P.E. (2019). *Tipos de permisos y discreción judicial. Un análisis de la controversia*, «Analisi e diritto», 1/2019, 89-111.
- Ratti, G.B. (2009). *Norme, principi e logica*, Roma, Aracne.
- Rawls, J. (1955). *Two Concepts of Rules*, «Philosophical Review», 64, 3-32.
- Rodríguez, J.L. (2003). *Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G.H. von Wright*, «DOXA» 26, 87-108.
- Ruiz Manero, J. (2005). *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, in F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J.R. Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 103-126.
- Ruiz Manero, J. (2010). *Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho*, «DOXA», 33, 297-306.
- Ruiz Manero, J. (2018). *Diez observaciones y un cuadro final sobre permisos y normas permisivas*, «Revus», 36, 43-51.
- Schauer, F. (1993). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon.
- Searle, J.R. (1965). *What Is a Speech Act?*, in M. Black (ed.), *Philosophy in America*, London, Allen and Unwin, 221-239.
- Searle, J.R. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Silvi, M.Q. (2014). *Diritto, giochi, regole costitutive*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLIV, 2, 455-484.
- Stenius, E. (1963), *Principles of a Logic of Normative Systems*, «Acta Philosophica Fennica», 16, 247-260.
- von Wright, G.H. (1951). *Deontic Logic*, «Mind», 60, 1-15.
- von Wright, G.H. (1989). *Norma e azione. Un'analisi logica*, trad. it. di A. Emiliani, Bologna, Il Mulino.