

ITALIAN LEGAL SCHOLARSHIP UNBOUND WORKING PAPER SERIES



IMPLICIT PREMISES: STRUCTURE OF THE LAW AND EXTRALEGAL FORMANT IN ITALY

Luigi Russi

Assistant Editor, Int'l J. Comm. L. & Pol'y

Matteo Mattioni

PG Degree (Law) Candidate, Bocconi University

ABSTRACT

The paper – a revision of ILSU Working Paper No. 2008-01/IT - aims to schematically illustrate and clarify the logical categories according to which it is hypothesized that the extralegal formant – law practitioners - of a specific civil law jurisdiction – Italy - logically understand the unity and functioning of their legal system. According to the working hypothesis, the logical categories described in the paper should provide an illustration of the formal framework of reference which Italian jurists resort to, for the purpose of justifying their arguments about the law. Hence, the analysis carried out in the paper should help understand the "working rules" followed by law practitioners when working with the law. A practical application is further offered, in reference to the debate relating to the possibility of a finalistic definition of jurisdictional function. In this last respect, the present version of the paper contains a more detailed discussion of the different possible meanings of the term "function".

ILSU WORKING PAPER NO. 2008-05/IT

This paper can be downloaded without charge from

ILSU Working Paper Series
www.ilsuwps.org

LE PREMESSE IMPLICITE: STRUTTURA DEL DIRITTO E FORMANTE EXTRALEGALE IN ITALIA

Luigi Russi, Matteo Mattioni*

SOMMARIO

I. PREMESSA	3
II. INTRODUZIONE DEL <i>FIL ROUGE</i> DEL LAVORO	4
A. POSTILLA SUL SIGNIFICATO DI ‘FUNZIONE’	5
III. LE PREMESSE IMPLICITE	5
B. L’IMPOSTAZIONE DI FONDO NORMATIVISTA.....	11
1. <i>Diritto</i>	11
2. <i>Norma giuridica: giudizio di osservanza e violazione</i>	12
a. <i>Precisazione semiotica</i>	13
b. <i>Applicabilità del connettivo di implicazione materiale alla struttura della norma</i> ...	14
3. <i>Norma giuridica: dinamica di produzione degli effetti giuridici</i>	17
4. <i>Norma giuridica: fattispecie e universali giuridici</i>	18
a. <i>Universali giuridici</i>	19
IV. RIPRENDEDO IL <i>FIL ROUGE</i>: VARIE TEORIE SUL PROCEDIMENTO	19
A. ATTO-PROCEDIMENTO	20
B. PROCEDIMENTO COME ARTICOLAZIONE INTERNA DI UNA FATTISPECIE	20
C. FORMA DELLA FUNZIONE	21
D. LA MODERNA IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA	22
V. VERSO UNA DEFINIZIONE FUNZIONALE DI PROCEDIMENTO?	23
E. LA DEFINIZIONE FUNZIONALE DI PROCEDIMENTO.....	24
VI. CONCLUSIONE	25

* Matteo Mattioni ha redatto la sezione II.A del lavoro, intitolata *Postilla sul significato di ‘funzione’*. Luigi Russi è autore di tutte le residue parti.

I. PREMESSA

Il diritto processuale è una disciplina accademica multiforme. Le norme che ne costituiscono l'oggetto, in particolare, si connotano – in una prospettiva riferita all'ordinamento nel suo insieme – per la produzione di effetti particolari; effetti che, riservandoci di chiarire meglio nel prosieguo il significato dell'affermazione, si pongono come strumentali rispetto all'applicazione di altre norme.

Il suo studio postula pertanto – a monte – una corretta comprensione di nozioni come quelle di ordinamento giuridico e norma giuridica e costituisce anzi una proficua occasione per l'approfondimento di dette tematiche.

In sintesi, è proprio questo il percorso seguito dal presente lavoro. Il *fil rouge* dell'analisi risulta infatti essere una tematica di natura processualistica. Tematica, il cui punto di partenza consiste nel tentativo di risoluzione di una questione di tipo definitorio la quale, molto sinteticamente, si incentra sulla correttezza dell'utilizzo di considerazioni finalistiche nella definizione dell'attività giurisdizionale. Attività giurisdizionale che prende – con riferimento all'ordinamento italiano, che è quello di appartenenza di chi scrive – la forma del processo, il quale è, a sua volta, *species* del *genus* procedimento.

Risolvere siffatta questione, come in un gioco di scatole cinesi, ha tuttavia posto il problema di definire il quadro concettuale di riferimento nel quale cercare la soluzione del problema. Il risultato è stato quello di dovere – seppur con le limitazioni di spazio imposte da un articolo accademico – chiarire logicamente questo quadro globale di riferimento. E questo sforzo è, alla fine, quello che – a nostro avviso - rappresenta uno dei profili di maggior rilevanza dell'intero lavoro, e ne giustifica l'interesse anche da parte di un'*audience* non limitata ai soli studiosi del diritto processuale civile italiano.

Infatti, le idee generali che sono qui state esposte, e che si è cercato di chiarificare sotto il profilo logico e semantico, dovrebbero poter offrire uno spaccato delle considerazioni alle quali ricorrono i giuristi continentali e - per rimanere fedeli al terreno su cui si muove l'autore - soprattutto italiani nel giustificare i propri ragionamenti.

Il quadro concettuale esposto in questo lavoro può infatti servire a chiarire come i giuristi di una particolare giurisdizione di *civil law*, l'Italia, articolino logicamente l'unità e il funzionamento dell'ordinamento nel quale operano. Ed è partendo da questa base che essi addivengono a conclusioni interpretative in merito al contenuto delle norme con le quali operano.

A tale riguardo, la migliore dottrina comparatistica¹ insegna che questo tipo di operazioni da parte dei giuristi di un paese si riverbera su quello che è il contenuto delle regole stesse, che, infatti, risulta non solo da quanto i testi di legge dicano, ma da come essi siano in ultima istanza interpretati e “plasmati” dai vari formanti extralegali, quali quello giudiziario e dottrinale, dell'ordinamento stesso.

Ove letto alla luce della teoria dei formanti giuridici, insomma, questo articolo può dunque intendersi come un tentativo di esplicitare le premesse “metafisiche” delle inferenze operate dai giuristi positivi operanti nel sistema di riferimento, l'Italia.

¹ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, 1-34; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, 343-401; R- SACCO-A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, 2003, Torino: Utet, 4-7.

Ciò premesso e prima di introdurre il *fil rouge* dell'articolo, è opportuno – oltretutto accademicamente dovuto – indicare un possibile limite. Limite consistente nel fatto che, proprio in quanto il parametro per la sistemazione del materiale concettuale è stato individuato nella logica e nella semiotica, potrebbero essere state effettuate delle precisazioni o delle scelte fra ipotesi esplicative alternative che risultino ascrivibili ad un'operazione di metagiurisprudenza prescrittiva, anziché strettamente descrittiva. In altre parole, il tentativo di chiarificazione logica di un materiale intellettuale “informe” nelle teste dei giuristi può aver condotto, in taluni casi, all'indicazione di come – logicamente – esso materiale andrebbe (e, dunque, *dovrebbe essere*) correttamente inteso. Tuttavia, si ritiene che tale limite risulti un costo sostenibile alla luce del risultato complessivo, di pervenire ad un sintetico *framework* suscettibile di comprensione logica e di confronto critico nell'ambito comparatistico.

II. INTRODUZIONE DEL *FIL ROUGE* DEL LAVORO

Francesco Carnelutti, celeberrimo studioso italiano del passato, imperniava la conoscenza del diritto sul concorso di due prospettive conoscitive: quella della funzione,² e quella della struttura.³

A tal proposito, tuttavia, un suo contemporaneo, il filosofo del diritto Norberto Bobbio, osservava come

Di fronte alle regole di comportamento, che formano la materia del lavoro di indagine del giurista, questo può compiere due ricerche distinte, ma che sono ovviamente legate assai strettamente l'una all'altra: o analizzare la *regola in quanto tale*, oppure il contenuto della regola, cioè il *regolato*. Lo studio della regola in quanto tale costituisce [...] la cosiddetta *teoria generale del diritto*[...]. Lo studio del contenuto della regola, ovvero della fattispecie giuridica, costituisce la *giurisprudenza* propriamente detta.”⁴

In particolare – continuava Bobbio - “occorre tener ferma quella considerazione dell'oggetto, in base al quale non c'è giurisprudenza al di fuori della regola e del regolato, e tutto ciò che sta prima della regola (sia il fondamento o l'origine) non appartiene alla ricerca del giurista.”⁵

E' proprio alla luce di siffatte considerazioni, dunque, che Bobbio critica Carnelutti nel seguente passaggio:

[N]on si vede come il problema della funzione del diritto possa costituire una parte della teoria generale del diritto, la quale descrive la struttura dell'ordinamento, e attraverso la struttura il suo funzionamento, che è cosa ben diversa dalla funzione: il

² Su cui v. più diffusamente *infra* sez. II.A.

³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma: Foro Italiano, 1951, 7.

⁴ N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino: Giappichelli, 1994, 348.

⁵ *Id.* Emerge, insomma, una considerazione della scienza del diritto quale insieme di discorsi *intorno* al diritto che si preoccupino di *descriverlo* - individuandone gli elementi costitutivi - (scienza del diritto come scienza normativa), o che operino, a partire da esso, delle *classificazioni*, finalizzate all'elaborazione di un sistema (scienza del diritto quale scienza classificatoria). Alla luce di ciò, il metodo proprio della scienza giuridica sarebbe dunque il c.d. metodo dogmatico, tale per cui “esso considera le norme giuridiche come proprio oggetto di studio privilegiato e irrinunciabile [...] proprio come i dogmi per la teologia, le norme giuridiche per la dogmatica sono anche il punto di partenza e di arrivo per la elaborazione dei propri concetti descrittivi di norme e qualificazioni normative di norme.” (M. JORI – A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1995, 142).

problema della funzione, se si deve intendere questa parola nel suo significato normale, è uno di quei tipici problemi extradommatici che non possono essere risolti che in una sede diversa da quella in cui si colloca il giurista, cioè in sede filosofica, dal momento che ogni soluzione di quel problema implica una presa di posizione ideologica.⁶

A. Postilla sul significato di 'funzione'

Il fulcro del dissenso tra Carnelutti e Bobbio risiede evidentemente in quello che i due Autori intendono per “[s]ignificato normale di funzione”⁷. Ma questo *significato normale*, ben lungi dall’essere qualcosa di dato, costituisce ancor oggi un problema, che si suole risolvere in senso negativo: nel senso, cioè, che non esisterebbe un significato di “funzione”, né, tanto meno, un suo significato *normale*, posto che il termine è essenzialmente poliseno. Sicché “[i]l tema [...] non può essere svolto da un punto di vista unitario”⁸, se è vero che “i giuristi, e in particolare i giuspubblicisti, hanno utilizzato questa parola per indicare fenomeni tra loro diversi”⁹; e la “plurivocità del termine può ricollegarsi alla sua generale varietà di impiego, e alla sua moderna fortuna”¹⁰. Basti pensare, a tal proposito, all’assai frequente uso di “funzione” per indicare i compiti dello Stato, o, più in generale, nel significato più ampio e “assolutamente generico di attribuzione (o di competenza)”¹¹, in accordo, del resto, con l’etimo del termine, ricordato dallo stesso Carnelutti¹².

Il *significato* di cui parla Bobbio, tuttavia, non è quello “giuspubblicistico” del termine¹³, ampiamente utilizzato anche all’interno della nostra Costituzione; l’Autore rimanda piuttosto a quel significato (*rectius*: a *quei significati*) fatto proprio dai filosofi del diritto e dai teorici generali, i quali parlano di “funzione” “con particolare riguardo sia al modo di funzionare del diritto [...], sia alla sua collocazione nell’ambito della società”¹⁴. L’espressione, in altri termini, è usata tanto per intendere il “ruolo sociale” del diritto, ossia la posizione di questo fra i vari fattori sociali ed i suoi rapporti con essi, quanto per intendere il *quomodo* di quel suo ruolo, il “come” del suo estrinsecarsi nella concretezza della realtà¹⁵.

“Funzione”, secondo i teorici generali, può quindi essere, di volta in volta, un concetto statico – come detto, il “ruolo sociale” del diritto – ovvero una figura dinamica – lo svolgersi in concreto di tale ruolo –. Ma – si badi – quel “ruolo” non è lo *scopo* del diritto, o quantomeno non lo è secondo opinione unanime; e anzi dalla confusione fra i due concetti sono stati autorevolmente messi in guardia in teorici. Fu proprio il grande Carnelutti a porre in luce, nel mettere – per dir così – il puntino sulla *i* di Bobbio, la non-coincidenza tra ruolo e scopo, ossia tra *funzione* e scopo, due concetti che, nell’opinione del secondo Autore, “sarebbero [stati]

⁶ N. BOBBIO, *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, in *Giur.it.*, 1949, 118.

⁷ F. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., xiv.

⁸ F. BENVENUTI, voce *Funzione - Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma: Treccani, 1989, 1.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ F. MODUGNO, voce *Funzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1969, vol. XVIII, 303.

¹¹ *Ivi*, 304.

¹² «*Functio*, in latino, è “*actus fungendi*” [...] e *fungor* non significa tendere (a qualche cosa) ma “eseguire, adempiere, esercitare”» (F. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., xv).

¹³ Sul quale significato ben si può rimandare a F. Modugno, op. cit., ed ai riferimenti ivi presenti.

¹⁴ F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., 3.

¹⁵ Su questa doppia accezione di “funzione” in senso statico e dinamico v. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano: Edizioni di Comunità, 1977, 89 ss..

tutt'uno"¹⁶, posto che egli aveva attribuito al primo “il parere che la funzione del diritto consiste[sse] nel ridurre l'etica all'economia”¹⁷.

Giova qui ricordare incidentalmente che, per Carnelutti, lo scopo del diritto era proprio questo: di “procurare alla regola etica”¹⁸, la quale “non parla se non alla coscienza”¹⁹ (e nemmeno tutti “sono sensibili alla sua voce”²⁰!), “la forza, che naturalmente non ha”²¹. Scopo del diritto è dunque, secondo il grande teorico, quello di “ridurre all'etica la economia”²²: ossia di plasmare, con la forza che gli è propria, la *praxis*, l'azione umana in ambito sociale, nel senso indicato per l'appunto dall'etica, che è guida di comportamento di per sé non cogente.

Ebbene, per Carnelutti, “[l]a funzione [...] non è lo scopo, ma quel tanto di scopo che si attua nel risultato cioè che mediante il mezzo può essere raggiunto”²³: è, in altri termini, “lo scopo in concreto”, “il rapporto o la proporzione”²⁴ fra risultato e scopo. La funzione è lo scopo in quanto realizzabile (o *realizzato*?²⁵) dal diritto, dalle capacità del quale appunto dipende la portata della funzione propriamente (carneluttianamente) detta. La sottigliezza di un simile distinguo testimonia della grandezza di Carnelutti, il quale, con tutta evidenza, lo reputava necessario al fine di evitare, o di stemperare quanto meno, l'eccessivo astrattismo che solitamente contraddistingue il concetto di “scopo del diritto”, inteso da teorici meno raffinati come vocazione – vuoi ricostruita *ex post* dallo scienziato, vuoi posta *de jure condendo* dal legislatore – totalmente separata dal risultato. La “funzione” di Carnelutti altro non è che la necessità, da lui evocata, di considerare la *missio legis* alla luce dei suoi frutti concreti: se lo scopo appartiene al (finto) “mondo degli intenti”, la funzione altro non è che la proiezione... degli intenti nel mondo (reale)²⁶.

Più spesso, tuttavia, la funzione del diritto è stata più semplicemente (o più semplicisticamente) indagata in termini di funzione-scopo, abbandonando la distinzione carneluttiana, specialmente nell'ambito delle concezioni del diritto fondate sull'interesse²⁷. Ciò che, del resto, è stato fatto pure da coloro i quali hanno identificata “la funzione di una norma giuridica con il contenuto della norma stessa, nel senso delle intenzioni o scopi come espressamente indicati nel testo normativo stesso”²⁸; identificazione peraltro criticata per il fatto di promuovere “arbitrariamente a funzione di una norma quello che la norma dice di essere”²⁹.

¹⁶ F. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., xiv.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*, 21.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² *Id.* (corsivo originale); espressione equivalente, secondo l'Autore, nell'altra «*imporre l'etica all'economia*» (*id.*, corsivo originale), forse più realistica.

²³ *Id.*, xiv-xv

²⁴ *Id.*, xv.

²⁵ La questione sembra essere aperta.

²⁶ «[S]e il diritto si paragona [...] a un meccanismo, è facile capire perché, al fine di conoscere come sia fatto, giovi [...] l'indagine del *fine*, a cui tende, e del *risultato*, che ottiene» (*id.*, 7, corsivi originali); «[a]ppunto l'indagine della funzione si scompone [...] secondo la distinzione tra *fine* e *risultato*» (*id.*, corsivi originali).

²⁷ Le quali concezioni, pur avendo trovata «la loro più approfondita e articolata elaborazione nella cultura giuridica germanica» (A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche - Parte prima. Il concetto di diritto*, Milano: Giuffrè, 1996, 160) con la *Zweckjurisprudenz* di Jhering e la *Interessenjurisprudenz* di Heck, affondano le radici «soprattutto nel pensiero filosofico e politico inglese» (*id.*) di Hobbes, dell'utilitarista Hume e dei suoi seguaci.

²⁸ M. JORI, *Esiste una funzione promozionale del diritto?*, in *Sociologia e diritto*, Milano: Giuffrè, 1977, 414.

²⁹ *Id.*

Ritornando alla questione iniziale circa l'appartenenza (esclusa da Bobbio) del «problema della funzione del diritto» alla teoria generale del diritto, Carnelutti, non rivendicando affatto la “giuridicità” (o, in contrapposizione col suo critico, la “non-filosoficità”) del problema medesimo, e anzi rilevandone e ammettendone il carattere ideologicizzante, difende pur tuttavia a spada tratta quella contestata appartenenza. L'individuazione della funzione – Carnelutti ne è ben consapevole – è sì (e senz'altro) l'esito di un'analisi *interpretativa* del diritto, analisi in buona parte attinente alla dimensione giurisprudenziale, propria cioè di un discorso *intorno* al diritto e dallo stesso pertanto distinto. Ma, ciò nonostante, l'Autore, che del resto è convinto che “[n]on v'è concetto giuridico, il quale non supponga uno o più concetti non giuridici alla sua base”³⁰, sostiene vigorosamente e difende l'inserimento nella sua teoria generale della trattazione intorno alla funzione del diritto: “se non sappiamo come una cosa deve essere”³¹, egli scrive, “neppure riusciamo a sapere com'è”³². Un insegnamento, quest'ultimo, senza dubbio discutibile e controverso a livello teorico: si tratta infatti di parole che il positivista Bobbio non avrebbe certamente potuto condividere. Parole che, tuttavia, invitano a riflettere sull'opportunità, sostenuta da uno studioso pur allevato “in un ambiente saturo di positivismo”³³, di abbandonare un eccessivo rigore, inutile o persino *dannoso* “sul terreno pratico”³⁴, a proposito della separazione “tra scienza e filosofia”³⁵.

L'uso del termine “funzione” è stato più di recente fatto oggetto di critiche vigorose, e l'equivocità del medesimo è spesso rilevata dai teorici generali moderni, i quali tendono a prenderne atto, piuttosto che parteggiare per una determinata accezione anziché per un'altra. La “funzione”, innegabilmente, è sovente incaricata di “mascherare concezioni teleologiche”³⁶, ed è stato rilevato come “[i]l pericolo più grave”³⁷ che il “significato oscillante”³⁸ della terminologia funzionalistica comporta sia quello di “facilitare il travisamento della natura dei collegamenti possibili tra scopi, contenuti normativi ed effetti sociali delle norme (a cui [la terminologia funzionalistica] fa riferimento senza dirlo chiaramente)”³⁹: un concetto, insomma (per giunta assai sfuggente!), che semplifica indebitamente e finisce per insabbiare la complessità di un intreccio piuttosto che scioglierlo, livellando le asperità di un assetto che, in tal modo, non può che risultare falsato⁴⁰.

“[I]l legame tra scopi, mezzi [...] normativi ed effetti”⁴¹, infatti, “è un legame di fatto, che deve essere accertato empiricamente di volta in volta”⁴²; ma ciò può “sfuggire quando si parla di funzione [...] del diritto, perché ciò può suggerire una capacità ‘obbiettiva’ e ‘indipendente’

³⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., vii.

³¹ *Id.*, xv.

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., 4.

³⁷ M. JORI, *Esiste*, cit., 416.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

⁴⁰ La teoria della funzione, come è stato affermato, oscilla fra «la banalità semplificatrice e l'ideologia della obbiettivizzazione degli scopi» (*id.*, 418-419); del resto, lo stesso Bobbio non manca di lamentare le «sconcertanti semplificazioni» (N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., 110) operate in alcune analisi intorno alle funzioni del diritto.

⁴¹ M. JORI, *Esiste*, cit., 416.

⁴² *Id.*

delle norme giuridiche di produrre certi effetti conformi agli scopi”⁴³. Nell’ambito della teoria del diritto, in particolare, il termine “funzione” è addirittura “pericoloso”⁴⁴, oltre che “vago”⁴⁵, ch  “rischia talora di nascondere la necessit  di precisare concettualmente il senso in cui si parla di scopi ed effetti di fenomeni sociali”⁴⁶ e d’indagarne l’esistenza ed i rispettivi nessi.   evidente che un utilizzo del concetto di funzione, se non accompagnato dal rigore e dalle trasparenti giustificazioni che caratterizzavano la teoria di Carnelutti ed il suo trasparente procedere, ben pu  rivelarsi ragione d’inconsapevole trascuratezza quando non comodo strumento di semplificazione, manovrato ad arte per trasformare in accattivanti sfere anche i pi  intricati gomitoli.

Ai fini che pi  da vicino animano il presente lavoro,   utile rilevare che il concetto di funzione fatto proprio da Carnelutti presenta, in un certo senso, un limite superiore ed uno inferiore: il primo   costituito dallo scopo del diritto, rispetto al quale la funzione un *quid minus*⁴⁷; quello inferiore   dato dal diritto in quanto insieme di norme, il quale si colloca in un momento epistemologicamente *sempre*⁴⁸ anteriore.

Nelle pagine seguenti si proceder  appunto verso un concetto di funzione radicalmente svincolato da quel carattere “pre-giuridico” che i teorici – Carnelutti *in primis* – tradizionalmente attribuiscono al concetto di scopo⁴⁹: una funzione, insomma, che   *altro* rispetto allo scopo non solo in termini concettuali, ma pure in senso qualitativo. Si dir  infatti di come, ai fini di uno studio rigoroso del diritto, in tanto si possa continuare a far uso del concetto di funzione in quanto lo si intenda in senso puramente *giuridico*, o – per meglio dire – endo-giuridico. La funzione potrebbe cio  cercarsi ed essere individuata nei soli legami logici che s’istituiscono fra le norme nell’ambito del generale ordinamento giuridico, mantenendo ancora in comune, con la nozione Carneluttiana, il limite inferiore cui si   accennato pi  sopra, ma perdendo quello superiore. Ci  che si scongiurer  sar  pertanto di andare alla ricerca del contenuto della funzione accedendo a piani diversi da quello giuridico-normativo, a concetti quali quelli di scopo, di fine, di missione programmatica del diritto, di cui le norme sarebbero il mezzo attuativo e la funzione, come in Carnelutti, l’esito concreto.

Si tratta evidentemente di assumere un punto di vista interno al diritto, o – per meglio dire⁵⁰ – di guardare esclusivamente ad esso, senza alcun riferimento ad altri fenomeni sociali⁵¹; uno

⁴³ *Id.*, 416-417.

⁴⁴ *Id.*, 418.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., 4.

⁴⁷ Si badi al fatto che la differenza tra i due concetti, tuttavia,   soltanto quantitativa, essendo funzione e scopo un *tutt’uno*, anche per Carnelutti, in senso qualitativo: la funzione  , in buona sostanza e *normalmente*, “un pezzo” dello scopo. Certo, nell’ottica dell’Autore, funzione e scopo possono addirittura coincidere in presenza di un diritto ottimo, il quale consegue senza intoppi tutti i propri fini; cio  non toglie ed anzi conferma che la funzione   fatta... della stessa pasta dello scopo.

⁴⁸ Giova sottolineare che il diritto-insieme di norme pu  collocarsi, epistemologicamente parlando, tanto in un momento anteriore quanto in uno posteriore rispetto allo scopo, a seconda che quest’ultimo sia individuato rispettivamente attraverso un’indagine *ex post* ovvero gi  *de jure condendo* come obiettivo delle future norme. Queste ultime, rispetto alla funzione carneluttiana, invece, non possono che collocarsi in un momento epistemologicamente anteriore: se la funzione, infatti,   quel tanto di scopo che si attua per mezzo del diritto, essa non pu  essere apprezzata se non *de jure condito*.

⁴⁹ E che, come detto (v. penultima nota), connota pure la funzione carneluttiana, in quanto qualitativamente omogenea allo scopo.

⁵⁰ L’espressione  , in effetti, equivoca, in quanto potrebbe rimandare a distinzioni, qui irrilevanti, collegate a quella tra punti di vista interno ed esterno, come quella tra approcci valutativo e descrittivo al diritto.

sguardo capace di cogliere solamente i rapporti fra norme giuridiche e non anche quelli (sulla base dei quali molti teorici possono parlare di scopo in senso *extra*-giuridico) fra norme giuridiche e – ad esempio – obiettivi etici o morali. Il diritto, in rapporto a questi ultimi, ben può essere visto come un mezzo; ma, se osservato esclusivamente nei rapporti ad esso interni, il diritto stesso è capace di esprimere (verrebbe quasi da dire “per gemmazione”) un significato di “funzione” particolarmente puro, di natura rigorosamente giuridica.

Ciò che è davvero degno d’interesse è proprio la possibilità di ricostruire una nozione di funzione pur limitandosi ad un discorso descrittivo intorno al diritto. Si tratta, certo, di una nozione di carattere meramente strutturale ed endo-giuridico, da individuarsi con riferimento alla struttura stessa del diritto (ossia passando dalla prospettiva della singola norma a quella delle norme nei loro rapporti logici complessivi); ma che, comunque, testimonia della possibilità di parlare di “funzione” anche indipendentemente da considerazioni di scopo e, di conseguenza, della coesistenzialità di quel concetto al diritto stesso, e della sua imprescindibilità come prospettiva conoscitiva.

Recuperando lo strumentario concettuale della *Teoria generale* carneluttiana, ma abbandonandone la peculiare caratterizzazione della funzione, Mandrioli, più recentemente, ha osservato che “[q]uando parliamo di ‘struttura’ delle norme o degli istituti giuridici, ci riferiamo [...] *al modo* col quale l’ordinamento, operando con quelle qualificazioni, vuol raggiungere i suoi ‘fini’”⁵² e che l’attività giurisdizionale “può essere conosciuta e definita, oltre che sotto il profilo della sua *funzione* o⁵³ scopo [...], anche sotto il profilo della sua *struttura*”⁵⁴. Un altro passo dell’autore, in cui riaffiora il dualismo fra funzione (*rectius*: funzione-scopo) e struttura è il seguente: “[d]al diritto sostanziale nasce l’esigenza di tutela giurisdizionale mediante cognizione [...]; il diritto processuale (processo di cognizione) viene incontro a quell’esigenza pervenendo all’accertamento incontrovertibile (cosa giudicata formale) ossia alla definitiva formulazione della regola concreta [...] che già appartiene al diritto sostanziale. *Dalla funzione-esigenza, attraverso la struttura, si torna alla funzione-risultato*”⁵⁵, in un circolo perfetto in cui la funzione sembrerebbe ritornare alla (o – per meglio dire – ricomprendere anche la) sua caratterizzazione carneluttiana di *funzione-risultato*⁵⁶.

Alla luce di queste affermazioni, il *fil rouge* dello scritto, ossia il problema per la soluzione del quale ci si è dovuti cimentare in considerazioni di più ampio respiro, è quello di chiarire, alla luce delle ipotesi conoscitive che si presenteranno in seguito, quale sia la portata secondo cui intendere le affermazioni di Mandrioli. In sostanza, si cercherà di comprendere se e in che modo, con riferimento allo studio della *struttura* del diritto, sia possibile parlare di *fini* e di *funzione* da esso distinti. Per giungere a ciò, la sezione seguente introduce un sintetico quadro concettuale di

⁵¹ Circa la cui esistenza non si è tanto dissennati da dubitare! L’indagine è, per l’appunto, *teorica*, ma non per ciò solo dimentica della complessità del reale. (E con questo si spera di essersi posti in salvo dall’accusa di essere dei positivisti estremi.)

⁵² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, 2005, 8 (cors. orig.).

⁵³ Evidentemente, per Mandrioli, come già per Bobbio e per molti altri, funzione e scopo sono *tutt’uno*.

⁵⁴ *Id.*, 8-9.

⁵⁵ MANDRIOLI, *Diritto*, cit., 23.

⁵⁶ Il passaggio è, in effetti, equivoco, e potrebbe esser letto in questo modo. Tuttavia, come si cercherà più oltre di spiegare, le parole di Mandrioli andrebbero più coerentemente osservate dalla diversa prospettiva – esclusivamente endo-giuridica – che le è propria. L’autore, infatti, sottolinea come dal diritto sostanziale e non dalla realtà nasca l’esigenza di tutela: dalla violazione di una norma primaria sorge la fattispecie (diritto d’azione) sulla quale s’innesta il fenomeno processuale – il tutto rigorosamente in termini di rapporti fra norme –. Sembra quasi che Mandrioli, riconoscendo la “duttilità conoscitiva” della funzione carneluttiana, la riveda, facendola propria, in una prospettiva diversa da quella originaria, in quanto estranea a contaminazioni *extra*-giuridiche.

riferimento, che si ritiene possa ricalcare a grandi linee le idee di riferimento dei giuristi della comunità cui l'autore appartiene. A fini comparatistici, come già anticipato, le considerazioni svolte nel prosieguo potrebbero essere foriere di un'utilità ulteriore: quella di avanzare un'ipotesi intorno al modo di concepire l'ossatura formale del diritto da parte della massa degli operatori giuridici in Italia.

III. LE PREMESSE IMPLICITE

L'ipotesi di lavoro qui adottata è quella per cui nel relazionarsi con il diritto positivo, il giurista italiano lo concepisca come un *insieme di norme, gerarchicamente ordinate*, la struttura delle quali sia tale per cui ad una *fattispecie astratta* venga indefettibilmente associato un *effetto*. Premettendo la difficoltà di elaborare generalizzazioni al riguardo, ci si limita qui all'esplicitazione degli elementi – aventi valore meramente presuntivo – sui quali si ritiene di poter fondare detta ipotesi. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, in particolare, chiunque abbia lavorato - anche solo per un breve periodo - nell'ambito del diritto applicato, sa che alla ricerca dell'effetto è orientata tutta l'attività del pratico. Questi, volta a volta, può essere tenuto a prevederlo ai fini della redazione di un parere legale *pro veritate* o ai fini della iniziazione di un contenzioso - ove sia avvocato - ai fini di un riscontro di legalità su atti - ove notaio - e ai fini dell'enunciazione ed applicazione di una regola - ove giudice. Fin qui, si tratta di inferenze istituite a partire dall'esperienza concreta dell'autore, in ordine – per esempio - a come sono motivate le sentenze, o a cosa venga richiesto in uno studio legale ai fini della redazione di un “buon” parere. Uno dei tratti caratteristici del sistema italiano, tuttavia, è quello per cui un elevato numero di pratici sia presente nei ranghi dell'accademia e quest'ultima, conseguentemente, orienti la propria analisi proprio alla ricerca di quegli effetti che la prassi chiede siano specificati e chiariti.⁵⁷ Ragion per cui, allora, un utile riscontro delle asserzioni sopra effettuate può essere offerto dalle principali trattazioni generali sul diritto privato, che sembrano in gran parte avvalorare l'ipotesi di lavoro adottata.⁵⁸ In ogni caso, onestà intellettuale impone di riconoscere la non decisività delle succinte considerazioni svolte, che impediscono di

⁵⁷ Sul tema della selezione della classe docente a livello universitario, è interessante lo scritto di U. MATTEI – P.G. MONATERI, *Faculty recruitment in Italy: two sides of the moon*, in *American Journal of Comparative Law*, 1993, 427-440.

⁵⁸ P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova: Cedam, 2007, 11 (“Lo schema logico è dunque costante: si tratta di una *regola di comportamento condizionata*, la quale prevede che, *se* si verificano certi fatti, *allora* si dovrà o si potrà comportarsi in un certo modo.”); G. IUDICA-P.ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova: Cedam, 2007, 21; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova: Cedam, 1968, 123 (“La legge prevede e regola le cause del sorgere, dell'estinguersi o del modificarsi dei diritti”), 124 (“[A]l complesso degli elementi che l'ordinamento richiede perché si produca la modificazione [i.e. l'effetto] si dà il nome di *fattispecie astratta*: è la situazione *tipica* prevista dalla norma; mentre la *fattispecie concreta* è costituita dal fatto specifico da regolare, e cioè dagli elementi che di volta in volta concorrono a realizzare le singole modificazioni del mondo giuridico.”); A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 1985, 142 (“[L]a norma giuridica prevede fatti o situazioni-tipo al cui verificarsi si ricollegano gli effetti giuridici dalla norma stessa previsti. Tali fatti o situazioni-tipo si chiamano *fattispecie*.”); P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano: Giuffrè, 2008, 52 (Sono fatti giuridici quelli che, in base alla norma di diritto, concorrono a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici [costituzione, modificazione ed estinzione che ne rappresentano l'effetto].”); F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova: Cedam, 2001, 23 (““Il diritto oggettivo è [...] norma che prevede fatti al verificarsi dei quali i doveri o i diritti si costituiscono, si modificano o si estinguono.”). Per constatazioni di simile tenore, sebbene in un testo di natura diversa dai manuali di diritto privato, v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2006, 312-315.

attribuire alle premesse espresse in apertura di sezione un valore teorico più stringente rispetto a quello dell'ipotesi di lavoro o dell'"educated guess".

B. L'impostazione di fondo normativista

Effettuate queste premesse, non si può mancare di osservare come i tre tratti essenziali summenzionati presentino notevole affinità con la concezione normativista di stampo kelseniano; impostazione cui, dunque, può farsi riferimento nel cercare di chiarificare logicamente i tre punti fermi sin qui individuati.

1. Diritto

L'idea che il diritto sia un *insieme di norme* scaturisce immediatamente dalla prospettiva di osservazione adottata dai pratici: non quella "esterna", propria di un osservatore della realtà che debba distinguere il diritto da altre esperienze normative, ma quella "interna" di chi all'esperienza normativa propriamente giuridica – la cui individuazione è data per presupposta – sia soggetto.

E', invece, l'altro pilastro, quello dell'*ordinamento gerarchico* delle norme, che più direttamente avvicina la *Weltanschauung* degli operatori del diritto in Italia – qualora risultasse verificata l'ipotesi di lavoro - al normativismo kelseniano.

Kelsen, infatti, nel chiarire quale fosse il *proprium* dell'esperienza normativa giuridica,⁵⁹ lo aveva individuato in ciò che

- 1) le norme *giuridiche* fossero poste da fonti "legittimate" –in ultima istanza - da una norma fondamentale e che
- 2) quest'ultima non costituisse altro che "la posizione della fattispecie di produzione del diritto," senza vincolare, invece, il contenuto delle norme giuridiche create conformemente ad essa (cosa che accadrebbe, invece, con riferimento all'esperienza normativa propria della morale): "Da questa norma fondamentale non si possono dedurre logicamente le singole norme del sistema giuridico. Esse debbono essere prodotte da un particolare atto che le pone, atto non di pensiero, ma di volontà."⁶⁰

⁵⁹ Sulla precisazione che il diritto sia solo *una* fra diverse esperienze normative possibili, v. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1993, 3-4.

⁶⁰ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (trad.it.), Torino: Einaudi, 2000, 97. La norma fondamentale di cui si parla nel testo dovrebbe, secondo lo stesso K., essere correttamente intesa come un postulato logico di pensabilità del diritto in un'ottica normativa (vale a dire, ragionando in termini di "dover essere" e, cioè, di validità delle norme e delle norme in quanto valide. Altrimenti, la scienza del diritto si risolverebbe in una mera descrizione di regolarità – non di regole - di comportamento).

[L]a norma fondamentale è un presupposto dell'ordinamento: essa adempie in un sistema normativo alla stessa funzione cui sono destinati i postulati in un sistema scientifico. I postulati sono quelle proposizioni primitive da cui si deducono le altre, ma alla loro volta non sono deducibili. I postulati sono posti o per convenzione o per una pretesa loro evidenza. Lo stesso si può dire della norma fondamentale: essa è una convenzione o se si vuole una proposizione evidente che viene posta al vertice del sistema perché ad essa si possano ricondurre tutte le altre norme. Alla domanda "su cosa essa si fonda", si deve rispondere che essa non ha alcun fondamento, perché, se avesse un fondamento, non sarebbe più la norma fondamentale, ma vi sarebbe un'altra norma superiore da cui essa dipende [...].

Insomma, il *proprium* del diritto sarebbe quello di essere *posto* conformemente a una norma fondamentale di contenuto meramente *formale*⁶¹ e non dedotto “da una norma fondamentale che si considera immediatamente evidente in forza del suo contenuto come emanazione della volontà divina, della natura o della pura religione.”⁶²

Questo carattere sarebbe, inoltre, quello che renderebbe il diritto un *ordinamento*.⁶³

2. Norma giuridica: giudizio di osservanza e violazione

Si é osservato sopra – adducendo a supporto le enunciazioni di varie opere dottrinali – come la norma sia essenzialmente concepita dagli operatori del diritto in termini di proposizione formulata nella forma di un imperativo ipotetico. Norma della quale é inoltre possibile predicare il carattere della *giuridicitá* o appartenenza al diritto a condizione che essa sia qualificata come formalmente valida dalla norma fondamentale o da un’altra norma, che comunque derivi a sua volta la propria validità dalla norma fondamentale.⁶⁴

Ciò premesso, si ritiene operazione non priva di interesse quella di provare ad analizzare la struttura della norma – così come ipoteticamente presupposta dai pratici - esaminandone gli elementi costitutivi.

In particolare, ogni norma, qualora intesa come imperativo ipotetico nella forma *se-allora*, può scomporsi in due proposizioni, la prima delle quali detta “proposizione condizionante” e l’altra “proposizione condizionata”

[...].

Col problema del fondamento della norma fondamentale usciamo dalla teoria del diritto positivo [...] ed entriamo nella secolare discussione intorno al fondamento o meglio alla giustificazione in senso assoluto del potere. (N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1993, 192-93)

⁶¹ Si potrebbe obiettare che i diversi “gradi” dell’ordinamento comportano, oltre a vincoli *formali* e *strutturali*, anche vincoli di tipo contenutistico alle norme sottostanti. Si pensi a certe norme della costituzione che vincolano anche nei contenuti il legislatore. Tuttavia, gli stessi valori accolti in costituzione non sono – nel mondo del diritto - considerati come autoevidenti. Ma piuttosto come *posti* in conformità ad una norma ancora sovraordinata, questa si da postularsi di contenuto meramente formale.

⁶² H. KELSEN, *Lineamenti*, cit. 96-97. “[C]iò che noi chiamiamo di solito diritto è un carattere di certi ordinamenti normativi più che di certe norme.” (N. BOBBIO, *Teoria*, cit., 167). Lo studio del diritto in senso normativo implica la considerazione dello stesso come una *struttura* spirituale separata dalla realtà fattuale, che dalla stessa si distingue proprio perché, a partire da essa, opera delle *qualificazioni* sui fatti. Per uno studio del diritto positivo svolto secondo questo canone metodologico, non dovrebbe essere rilevante la considerazione dei parametri assiologici in base ai quali siffatte qualificazioni vengano operate, che stanno *prima* delle norme e, di conseguenza, *oltre* l’orizzonte conoscitivo della scienza del diritto. (v. H. KELSEN, *Lineamenti*, cit. 74-75). Tuttavia, nel momento in cui il giurista pratico si sposta dalla considerazione strutturale dell’ordinamento a quella più propriamente contenutistica, questi tende naturalmente a enucleare dei principi assiologici che – a suo avviso – rappresentino una costante valutativa a fronte di determinati connotati di fatto. Nel momento, tuttavia, in cui questa operazione viene effettuata, spingendo il giurista a informare la propria comprensione dell’oggetto della propria attività conformemente a detti principi, il giurista sta – in realtà – tacitamente *creando* diritto. E, sovente, questi rivendica la bontà delle operazioni compiute proprio in base alla correttezza della propria comprensione formale del diritto stesso. Su questo punto v. più diffusamente *infra* sez. VI.

⁶³ Ordinamento che, secondo l’insegnamento kelseniano, sarebbe “a gradi, composto di differenti strati di norme giuridiche. La sua unità [sarebbe] data dalla concatenazione risultante dal fatto che la produzione e quindi la validità dell’una risale all’altra la cui produzione è a sua volta determinata da un’altra, un regresso che sbocca infine nella norma fondamentale” (KELSEN, *Lineamenti*, cit. 105). Sinteticamente, il diritto può essere dunque concepito come una “costruzione a gradi” (c.d. *Stufenbau*).

⁶⁴ Il rimando è d’obbligo a KELSEN, *Lineamenti*, cit., 96

La formalizzazione logica di una simile relazione - apparentemente scontata - richiede in realtà una certa elaborazione. In maniera intuitiva e atecnica, potrebbe affermarsi che il connettivo logico più prossimo alla struttura delle norme sia quello dell'*implicazione materiale*, che “ad ogni coppia di proposizioni p, q associi[] la proposizione ‘ $p \rightarrow q$ ’, falsa nel caso in cui p sia vera e q sia falsa, vera negli altri casi.”⁶⁵

Va tuttavia ribadito il tenore atecnico della precedente affermazione. Come emerge dalla sintetica spiegazione fornita sopra, infatti, l'implicazione materiale - per definizione - connette separate proposizioni, ciascuna delle quali sia suscettibile di assumere un valore di verità definito. In breve: le proposizioni connesse devono poter essere vere o false. Ma verità e falsità postulano, a loro volta, un giudizio di corrispondenza delle proposizioni considerate a fatti; giudizio che in tanto ha un senso in quanto le proposizioni valutate mirino proprio a descrivere questi ultimi o, in altre parole, ad “adattarsi” al mondo.⁶⁶

a. Precisazione semiotica

La discussione effettuata in chiusura del precedente paragrafo costituisce uno spunto per approfondire ulteriormente la distinzione tra linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivi. L'analisi di ogni linguaggio, ivi compreso quello giuridico, può essere suscettibile di analisi a tre distinti livelli: quello sintattico (che studia la relazione dei segni linguistici tra loro), quello semantico (che studia la relazione dei segni con le cose) e quello pragmatico (che studia il linguaggio sotto il profilo delle funzioni comunicative tipiche che esso assolve fra i suoi utenti). Sotto il profilo semantico, in particolare, il rapporto che le proposizioni normative e descrittive hanno rispetto al mondo è diverso. Intuitivamente, si coglie che: “con la descrizione miriamo a informare altrui, con la prescrizione a modificarne il comportamento,”⁶⁷ il che altro non vuol dire che, nel caso di proposizioni normative, la direzione di adattamento sia del mondo al linguaggio, e viceversa – invece – nel caso di proposizioni descrittive.⁶⁸

Ne consegue che, se è immediato e naturale emettere un giudizio di verità/falsità (cioè di corrispondenza a fatti) con riferimento ad una proposizione descrittiva, altrettanto non può senz'altro dirsi con riferimento alle proposizioni prescrittive.

In particolare, con riferimento a enunciati aventi funzione prescrittiva, è in realtà necessario distinguere tra *frastico* e *neustico*; dove il primo sarebbe la *descrizione* di uno stato di cose, mentre il secondo “una specie di segnaposto usato per indicare, in parole povere, ciò che il parlante o lo scrivente sta dicendo riguardo a quello stato di cose.”⁶⁹ Insomma, il neustico sarebbe

⁶⁵ G. ZWIRNER-L. SCAGLIANTI, *Pensare la matematica*, Padova: Cedam, 1993, 7.

⁶⁶ Secondariamente, una delle caratteristiche dell'implicazione materiale nella logica classica sarebbe quella per cui, qualora un'inferenza sia valida, l'aggiunta di ulteriori elementi alle premesse non potrebbe cambiare la conclusione. Ad esempio, qualora sia vera l'inferenza: “se mangio arance, assomilo vitamina C” logicamente essa dovrà restare tale anche qualora si amplino le premesse, come nell'esempio di seguito: “se mangio arance e farina, assomilo vitamina C.” Herbert Hart ha, tuttavia, sostenuto come questa caratteristica non reggerebbe nel campo del diritto, per via della c.d. non monotonicità del ragionamento giuridico (v. H.L.A. HART, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in A. Flew (ed.), *Logic and Language*, 1960, Oxford: Blackwell, 145-66). Intuitivamente, questa caratteristica potrebbe spiegarsi attraverso il seguente esempio: “se c'è un contratto tra A e B, B deve consegnare il bene x ad A.” Per il diritto, l'aggiunta di un'ulteriore premessa potrebbe però invalidare l'inferenza nel suo complesso; si pensi a quest'ipotesi: “se c'è un contratto tra A e B e B è stato indotto con dolo a concluderlo, B non deve consegnare il bene x ad A.” Per una possibile replica a quest'obiezione, v. *infra* p. 14 ss. e n. 84.

⁶⁷ N. BOBBIO, *Teoria*, cit., 55.

⁶⁸ JORI-PINTORE, *Manuale*, cit., p. 320.

⁶⁹ M. FISHER, *A system of deontic-alethic modal logic*, in *Mind*, 71, 1962, 231.

quell'elemento della struttura della proposizione da cui si possa desumere la funzione comunicativa che l'enunciato mira ad assolvere.

Ora, per rendere la distinzione tra *frastico* e *neustico*⁷⁰ intelligibile rispetto alla struttura bipartita delle norma – come accolta in questo lavoro - in proposizione condizionante e proposizione condizionata, si consideri a titolo esemplificativo, questa proposizione: “Se è A, allora deve essere B”. In questo contesto, è possibile esplicitare frastico e neustico in maniera schematica come segue: Se A allora B (*frastico*), dovere (*neustico*).⁷¹ Pertanto, il *frastico* risulta essere una “proposizione”⁷² composta con funzione descrittiva e il *neustico* quella parte della proposizione originaria che ne trasmette realmente la funzione normativa.⁷³

b. Applicabilità del connettivo di implicazione materiale alla struttura della norma

A questo punto, l'applicabilità del connettivo logico dell'*imputazione materiale* ai fini della formalizzazione della struttura di una norma avente la forma di un imperativo ipotetico diventa possibile in maniera indiretta.⁷⁴

In particolare, è possibile immaginare di confrontare il frastico della proposizione normativa con quello di una proposizione descrittiva riferita alle situazioni di fatto connotate nelle proposizioni⁷⁵ condizionante e condizionata. Qualora la proposizione descrittiva con *frastico* identico a quello della proposizione normativa risulti vera, dovrà specularmente ritenersi osservata la norma. Qualora, invece, una simile proposizione descrittiva risulti falsa, della norma dovrà predicarsene la violazione.⁷⁶

Atteso che il frastico di una norma può in realtà scindersi in due segmenti, riferiti a due situazioni di fatto distinte (quelle rispettivamente individuate dalla proposizione condizionante e della proposizione condizionata), altrettanto dovrà essere per una proposizione descrittiva con

⁷⁰ V. R.M.HARE, *The language of morals*, Oxford: Oxford University Press, 1952

⁷¹ V. R.M. HARE, *Imperative sentences*, in *Mind*, 1949, 26-30.

⁷² L'uso del termine “proposizione” tra virgolette serve a specificarne l'uso in senso atecnico. Il termine proposizione dovrebbe infatti riferirsi ad un nucleo di significato compiuto, mentre il frastico, non essendo che una parte della proposizione normativa complessiva, ha un contenuto semantico necessariamente parziale e più ridotto rispetto ad essa. Nel senso usato nel testo, invece, per “proposizione” deve piuttosto intendersi un'unità strutturale – anziché semantica - del discorso, quale sinonimo di frase.

⁷³ Il concetto di dovere “significa [...] che l'enunciato di cui fa parte assume la funzione, che ne fa una forma in cui si inquadra e per cui si qualifica l'esperienza umana.” (U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano: Giuffrè, 232).

⁷⁴ E' bene ribadire quanto già affermato in chiusura della sez. III.A.2: l'implicazione materiale è un connettivo logico che non è applicabile in quanto tale alle proposizioni normative. Tuttavia, come si dirà nel testo, è possibile confrontare il frastico di una proposizione normativa con quello – identico - di una separata proposizione descrittiva al fine di trarne un giudizio di osservanza o violazione della norma (cioè di corrispondenza tra essere e dover-essere). Tale giudizio, in particolare, e come si avrà modo di precisare ulteriormente nel testo, richiede a sua volta un previo giudizio di verità o falsità in ordine alla proposizione descrittiva (con frastico identico a quello della proposizione normativa). Alla luce di ciò, è *solo ed esclusivamente* al fine di determinare il valore di verità della predetta proposizione descrittiva che può farsi riferimento alla tabella dei valori di verità dell'implicazione materiale. Più che alla descrizione della proposizione normativa, dunque, l'implicazione materiale si presta quale utile strumento al fine dell'elaborazione di un giudizio di osservanza/violazione della norma, giudizio che – questo sì – postula un confronto fra l'essere e il dover-essere. L'implicazione materiale, d'altronde, non è altro che una mera combinazione di valori di verità, che non sottende alcun legame (di tipo definitorio, causale, logico o decisionale) extralinguistico tra antecedente e conseguente, v. I.COPI-C.COHEN, *Introduction to logic*, New Delhi: Prentice Hall of India, 2007, p. 312.

⁷⁵ Il termine “proposizione”, come già specificato *supra* in nota 72, è usato in questo contesto quale sinonimo di frase, per indicare ciascuno dei due segmenti nei quali può essere scomposto il frastico della norma.

⁷⁶ V. M.JORI-A.PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, 245.

frastico identico a quello della norma. Ma, allora, il frastico della proposizione descrittiva potrà essere vero rispetto ad una sola di dette situazioni di fatto, ovvero a entrambe. Nel primo caso, in particolare, si pone allora il problema di determinare il complessivo valore di verità della proposizione descrittiva. A tale scopo, si dovranno considerare separatamente i valori di verità dei due segmenti costituenti il *frastico*, che andranno poi combinati secondo la tabella delle soluzioni propria della relazione logica di implicazione materiale.⁷⁷

Questo tipo di precisazioni sono necessarie, onde evitare di cadere nella c.d. “fallacia descrittivistica”, consistente nella considerazione di “tutto il discorso giuridico [...], come un discorso descrittivo, su fatti accaduti e previsti”⁷⁸ ben espressa nel seguente esempio:

“Fai X” può essere sempre ridotta ad una proposizione alternativa di questo tipo “O fai X, o ti accade Y”, in cui Y indica una conseguenza spiacevole. La proposizione alternativa, si sostiene, non è più una prescrizione, ma una descrizione; è una proposizione che descrive quello che succederà, tanto è vero che di essa si può dire se è vera o falsa, vera se Y si verifica, falsa se Y non si verifica.⁷⁹

In chiusura, va tuttavia apprestata una replica ad una possibile obiezione che potrebbe muoversi verso la correttezza formale dell’applicabilità dell’implicazione materiale, seppur in via indiretta, ai fini dell’elaborazione di un giudizio di osservanza/violazione di una norma. Come già sottolineato in precedenza,⁸⁰ il ricorso ad un connettivo proprio della logica classica pone non pochi problemi teorici nell’ambito del discorso giuridico, discorso nel quale si ritiene che l’aggiunta di nuove premesse possa mutare il valore di verità di un’inferenza, mentre nella logica classica, se un’inferenza è valida, l’aggiunta di ulteriori elementi alle premesse non dovrebbe invece mai ripercuotersi sulla conclusione. Alla luce di queste osservazioni, l’applicazione del connettivo di implicazione materiale ai fini del giudizio di osservanza/violazione di una norma potrebbe ammettersi ove si assuma che: (a) l’antecedente di una proposizione normativa consista sia di condizioni positive che di eccezioni; (b) un’inferenza a partire da questa premessa sia

⁷⁷ Un esempio può forse aiutare a chiarire. Si consideri la ipotetica norma: “Chiunque sottragga un bene ad altri, deve restituirlo.” Semplificando al massimo, le situazioni di fatto descritte possono individuarsi nella sottrazione di un bene e nella sua restituzione; situazioni di fatto cui dovrà fare riferimento – ai fini del giudizio di osservanza/violazione – anche il frastico della proposizione descrittiva “di confronto”. In concreto, potrebbe darsi che, a fronte della sottrazione di un bene, esso non sia stato restituito. Pertanto, in ordine agli specifici fatti considerati, la proposizione descrittiva “di confronto” sarà parzialmente vera (rispetto alla prima situazione di fatto) e parzialmente falsa (rispetto alla restituzione del bene). Si è detto, tuttavia, che un giudizio di osservanza della norma potrà seguire solamente alla verità del frastico della proposizione descrittiva “di confronto”, dovendosi viceversa accedere ad un giudizio di violazione. A tali fini, il complessivo valore di verità della proposizione descrittiva di confronto potrà ottenersi combinando i valori di verità di ciascuno dei due segmenti del *frastico* secondo la tabella dei valori di verità del connettivo di implicazione materiale, cosicché la proposizione descrittiva sarà vera (e la norma osservata) sia nel caso che un bene sia stato sottratto e poi restituito, sia in quello in cui esso non sia stato sottratto. Invece, la proposizione descrittiva sarà falsa e la norma violata nel solo caso in cui si verifichi la sottrazione del bene, ma non la sua restituzione. D’altronde, la relazione di implicazione materiale altro non è che una regola per attribuire valori di verità a enunciati composti da più frasi, partendo dai singoli valori di verità di quest’ultime, senza introdurre alcun nesso causale (ZWIRNER-SCAGLIANTI, *Pensare*, cit., 7) e, in quanto tale, ben risulta applicabile ad una proposizione descrittiva con frastico identico a quello di una *diversa* proposizione normativa.

⁷⁸ U. SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Dig.disc.priv., sez. civ.*, XVIII, 232

⁷⁹ N. BOBBIO, *Teoria*, cit., 58

⁸⁰ V. *supra* n. 66

possibile solo a condizione che *tutte* le condizioni positive si siano verificate, e che *tutte* le condizioni negative siano assenti; (c) tutte le eccezioni rispetto ad una certa conclusione normativa siano esaustivamente identificate.⁸¹ Qualora si accettino queste condizioni, sarà allora possibile applicare al giudizio di osservanza/violazione delle norme il connettivo dell'implicazione materiale. In tal caso, infatti, l'esistenza di un'eccezione non farebbe altro che modificare il complessivo valore di verità dell'antecedente, senza che tuttavia si traduca nell'aggiunta di una *nuova* premessa, salvando così il carattere deduttivo dell'inferenza.⁸² Alla luce di ciò, nel momento in cui si effettui un'inferenza normativa a fronte della mera verifica delle condizioni positive incluse nell'antecedente, deve ritenersi che questa conclusione implichi in realtà anche una tacita presa di posizione, in ordine all'assenza di eventuali eccezioni. Tale tacita assunzione, ovviamente, potrà essere refutata a fronte dell'emergere di ulteriori informazioni che influenzino il valore di verità delle premesse. In tal caso "si potrebbe dire [...], in un certo qual senso, che la conclusione di quest'inferenza è stata 'invalidata' intendendo semplicemente che una delle premesse è risultata falsa e che una volta sostituita la vecchia conclusione non tiene più. Tuttavia, questo non implicherebbe alcunché riguardo all'essere *l'inferenza in sé* non-monotona in senso logicamente rilevante, poiché non chiamerebbe in causa il carattere deduttivo dell'inferenza dalle premesse alla conclusione."⁸³ Infatti, data la struttura dell'antecedente come comprensiva di tutte le condizioni positive ed eccezioni, "non è realmente accurato dire che *niente* è [stato] rimosso dalle vecchie premesse quando siano aggiunte nuove informazioni che scalzino la vecchia conclusione: tra queste vecchie premesse vi era un'assunzione di default che è risultata falsa ed è stata effettivamente sostituita."⁸⁴ Viceversa, la non-monotonia del ragionamento giuridico si fonda proprio sull'idea

⁸¹ Questa assunzione oscura un crocevia di discussioni accademiche, che si collegano soprattutto alla distinzione dworkiniana tra regole e principi, su cui è d'obbligo il rinvio a R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 2007, 14 ss. A difesa dell'impossibilità di enumerare tutte le eccezioni rispetto ad un determinato effetto, v. L.G. BOONIN, *Concerning the defeasibility of legal rules*, in *Philosophy and phenomenological research*, 26, 1966, 371-78; *contra*, di recente, J.C. BAYÓN, *Why is legal reasoning defeasible?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2, 2002, 6 e ss. Originariamente pubblicato in A. Soeteman (ed.), *Pluralism and Law*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001, 327-46.

⁸² Questo argomento è effettuato da BAYÓN, *Why*, cit., 6 e ss.

⁸³ BAYÓN, *Why*, cit., 7.

⁸⁴ *Id.* L'opinione dell'A. citato è tanto convincente e ben argomentata quanto innovativa. Il ragionamento "per assunzioni", infatti, è tipicamente ricondotto alla logica non-monotonica. Questo perché si ritiene che l'assumere la non-concomitanza di circostanze eccezionali non equivalga a predicarne l'assenza (il che consentirebbe di ascrivere ad esse uno specifico valore di verità). Per un'approfondita discussione della *default logic* e delle sue applicazioni giuridiche, v. V.R.WALKER, *A default-logic paradigm for legal fact-finding*, in *Jurimetrics*, 47, 2007, 193-243. Tornando alla discussione dell'opinione del Prof. Bayón, questi sembra contrastare la predetta sistemazione concettuale del ragionamento "per assunzioni", distinguendo tra i diversi piani di analisi semiotica e, in particolare, tra quello sintattico e quello pragmatico. Sotto il primo profilo, in particolare, rilevarebbe la struttura dell'inferenza normativa *sub specie* di implicazione materiale, il cui complessivo valore di verità dipenderebbe da quelli delle singole parti costituenti le quali – questa volta sotto il profilo semantico – farebbero riferimento a *fatti*. Sotto il profilo pragmatico, invece, questi osserva come l'utilizzo di questa struttura inferenziale avvenga mediante il ricorso a *convinzioni soggettive* in ordine ai fatti, che "alimentino" il meccanismo inferenziale. Convinzioni soggettive, queste sì, che mostrano un carattere non monotono, atteso che l'aggiunta di nuove informazioni può condurre ad una loro revisione. Bayón sottolinea però – a mio avviso correttamente – come questo aspetto pragmatico del linguaggio giuridico - ancorché giustifichi un interesse in ordine all'elaborazione "di un resoconto sistematico dei processi di revisione di convinzioni razionali (i.e. di schemi costanti per selezionare in ogni contesto le corrette assunzioni e per considerarle superate)" (BAYÓN, *Why*, cit., 7) - non giustifichi invece "la ricerca di una regola di inferenza non deduttiva [...]" (*Id.*). In sostanza: non bisognerebbe confondere il *come* una certa struttura sintattica sia adoperata con i caratteri della stessa. Nelle parole dell'A. menzionato: "dobbiamo chiarire la differenza tra condizioni fissate

che l'aggiunta di nuove premesse alle vecchie – che debbono però restare immutate – muti la conclusione.

3. Norma giuridica: dinamica di produzione degli effetti giuridici

Focalizzando l'attenzione sugli elementi referenziali del linguaggio giuridico, è possibile osservare come la proposizione condizionante di una norma denoti⁸⁵ una classe di fatti della realtà extralinguistica. La classe denotata può poi essere chiusa - qualora identifichi un singolo individuo o un insieme reso immutabile da una determinazione temporale - ovvero aperta, qualora sia variabile nel tempo.⁸⁶

La proposizione condizionata, oltre a qualificare giuridicamente la situazione espressa dalla proposizione condizionante tramite l'enunciazione di un determinato effetto - posto che questo effetto va "sempre riferito a un astratto schema di fenomeno temporale"⁸⁷ - connota, sotto il profilo semantico e al pari della proposizione condizionante, una classe di fatti all'interno di un determinato orizzonte temporale.

dalla legge per il prodursi di una certa conseguenza, condizioni che giustificano la convinzione (alla luce dell'informazione corrente) che una conseguenza giuridica si applichi a una certa situazione, e condizioni (stabilite da una norma secondaria di procedura) per i giudici affinché essi dichiarino quella conseguenza giuridica quando giudicano un reale processo." (BAYÓN, *Why*, cit., 6). Colloca sul piano pragmatico la discussione haitiana sul ragionamento giuridico anche L. DUARTE D'ALMEIDA, *Description, Ascription, and Action in the Criminal Law*, in *Ratio Juris*, 20, 172 ("[L]a sua [di Hart] discussione è aperta ad una ricostruzione in termini non tanto di semantica dei concetti giuridici quanto di pragmatica del loro utilizzo."). Contrastano la c.d. *defeasibility* del ragionamento giuridico anche J.L.RODRIGUEZ-G.SUCAR, *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, in *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 1998, 403-20 spec. 416-18.

⁸⁵ Definito il *significato* di un espressione linguistica come il rapporto che tale entità linguistica intrattiene col mondo, esso può essere ulteriormente scomposto nei due aspetti della *denotazione* della *connotazione*, riferendosi la prima alla *classe di cose o di fatti a cui un termine si riferisce nel mondo* e la seconda alle *proprietà comuni a tutti gli appartenenti alla classe denotata*.

⁸⁶ La distinzione è ben espressa in M. JORI-A. PINTORE, *Manuale*, cit., 250. Questa distinzione va, tuttavia, qualificata alla luce delle osservazioni rinvenibili in A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano: Giuffrè, 1970, 264 ss. Concettualmente, il fatto può definirsi come un'alterazione spaziale della realtà collocata in un determinato momento temporale. Dunque, può allora dirsi che la proposizione condizionante denoti l'insieme delle coppie ordinate costituite dalle alterazioni spaziali della realtà dotate di determinate proprietà strutturali ("schemi di fatto") e dalle relative collocazioni temporali. Le proprietà comuni a tutti gli appartenenti all'insieme, che la proposizione condizionante *connota*, involgeranno allora, oltre all'aspetto strutturale ("schema di fatto") anche quello temporale. Con riferimento al tempo, in particolare, deve ritenersi che la proposizione condizionante contenga, anche implicitamente, l'indicazione di un intervallo, che dell'insieme precisi dunque la dimensione o universo temporale. Ed è proprio con riferimento a proposizioni di questo tipo (che, cioè, denotino una classe con riferimento ad un intervallo di tempo) che Falzea parla di "proposizioni temporali" (FALZEA, *Voci*, cit., 275). La differenza concettuale di base tra proposizione temporale e fatto si rinviene dunque in ciò che il tempo rileva come variabile *discreta* rispetto al fatto e *continua* rispetto alla proposizione temporale; *continuità* temporale che è connessa con la natura di entità "di secondo grado" della classe - denotata dalla proposizione - rispetto ai singoli elementi, in grado di esprimerne la successione globale ("Essa [la proposizione temporale] fa riferimento globale all'intero universo: l'universo logico volta per volta in considerazione; sicché il limite di tempo posto al fatto non la riguarda direttamente." FALZEA, *Voci*, cit. 276). A conferma della diversità ontologica tra classe e singoli suoi elementi, si consideri il c.d. *paradosso di Skolem*, riportato in G. ZWIRNER-L. SCAGLIANTI, *Pensare*, cit., 15. Infine, anche nel caso-limite in cui l'universo temporale della classe coincida con l'unità temporale (si pensi alla proposizione condizionante di una regola concreta e individuale, riferita cioè all'azione specifica di un singolo individuo), bisognerà dunque tenere concettualmente distinta la classe, quale entità di secondo grado composta da fatti, rispetto al suo unico elemento costitutivo.

⁸⁷ FALZEA, *Voci*, cit., 285. ma allora, possono ripetersi per la proposizione condizionata le stesse considerazioni strutturali svolte *supra*, n. 86 con riferimento alle proposizioni temporali in generale.

Ciò premesso, la considerazione sotto il profilo del significato denotativo delle due proposizioni facilita la comprensione delle modalità di produzione degli effetti da parte della norma. In particolare, può ritenersi che il connettivo interproposizionale *se-allora* vada ad istituire – con funzione prescrittiva – una relazione fra i due insiemi o classi di fatti denotati dalle proposizioni condizionante e condizionata; relazione che ad ogni elemento del primo insieme prescrive in ogni istante di associare un fatto nell’altro.⁸⁸

Ne segue che, al verificarsi di un determinato fatto materiale “ricompreso” nella proposizione condizionante, si verificherà un ampliamento della classe di fatti da quest’ultima denotata, che attualizzi in ordine allo specifico accadimento la funzione prescrittiva della proposizione normativa.

Finché, in relazione a quello specifico fatto, non se ne verifichi specularmente un altro appartenente a quelli della classe denotata dalla proposizione condizionata, il valore di verità di una proposizione descrittiva con *frastico* identico a quello della norma sarà falso e dunque la norma verserà in una condizione di violazione. Qualora la classe denotata dalla proposizione condizionata venga specularmente a subire un allargamento, l’asserzione con *frastico* identico a quello della norma risulterà – rispetto ai due concreti fatti connessi – nuovamente vera, ripristinando l’osservanza della norma.

Incidentalmente, può essere interessante notare come il giudizio di osservanza/violazione di una norma venga a dipendere dal valore di verità assunto da un’asserzione con *frastico* identico a quello della norma; valore di verità che è a sua volta influenzato dall’ampliarsi del campo semantico (con riferimento alla denotazione) delle proposizioni costituenti la norma. Pertanto, può convenirsi che i fatti materiali appartenenti alle classi denotate da entrambe le proposizioni costituiscano solamente delle *occasioni* di mutamento della situazione giuridica globalmente descritta dalla norma, il quale è tuttavia propriamente da ascrivere al nesso di condizionalità tra le due proposizioni (e tra i relativi ambiti semantici).⁸⁹

4. Norma giuridica: fattispecie e universali giuridici

Restando sempre nell’ambito di un’analisi semantica, è infine opportuno distinguere tra le nozioni di fattispecie concreta e astratta. La prima fa riferimento al fatto materiale che, presentando i connotati presi in considerazione dalla proposizione condizionante della norma, ne estende il campo semantico (incrementando la classe di oggetti denotati), occasionando un mutamento (finché un altro fatto non vada simmetricamente ad ampliare la classe di oggetti

⁸⁸ Dunque, sarebbe possibile parlare di relazione *univoca* tra i due insiemi della quale può addizionalmente predicarsi che essa associ ad elementi (fatti) distinti del primo insieme, elementi distinti del secondo (alla stregua di quella che, nel linguaggio tecnico, è denominata una *funzione iniettiva*, v. ZWIRNER-SCAGLIANTI, *Pensare*, cit., 51). Questa formalizzazione, tuttavia, soffre di un’ imprecisione, che la rende accettabile solo quale schematizzazione intuitiva. Le funzioni matematiche, infatti, istituiscono relazioni fra insiemi i cui elementi siano assunti come esistenti. Al contrario, nel momento in cui venga ad esistenza un fatto conforme alla fattispecie connotata nella proposizione condizionante, non risulta immediatamente possibile associare ad esso uno specifico elemento dell’insieme di fatti denotato dalla proposizione condizionata. E questa sarebbe la conseguenza della specificità semantica delle proposizioni prescrittive rispetto a quelle descrittive; proposizioni prescrittive il cui compiuto significato è dato proprio e solo dalla combinazione di *frastico* e *neustico*. Con queste precisazioni, le considerazioni svolte nel testo possono ritenersi come una spiegazione intuitiva del fenomeno di produzione degli effetti giuridici, facendo uso di categorie note come quella di funzione e di insieme. Uso, quest’ultimo, che in tanto può non essere fuorviante in quanto lo si intenda prestando attenzione al distinguo operato in questa nota.

⁸⁹ Conformemente, v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 200. Aggiungere riferimento a Carlo Maiorca, *Fatto giuridico-Fattispecie*, in *Noviss. Dig. It.*, 125.

denotata dalla proposizione condizionata) nel valore di verità di un'asserzione con *frastico* identico a quello della norma.

La fattispecie astratta è, invece, la situazione temporale connotata dalla proposizione condizionante di una norma. Essa denota sempre una classe di fatti, per quanto esigua, ed è dunque sempre formalmente distinta dalla fattispecie concreta, anche nel caso limite di una norma che disciplini un'unica azione di un soggetto determinato.⁹⁰ Nel prosieguo dell'articolo, questo è l'unico significato con il quale si utilizzerà la locuzione sintetica "fattispecie", salvo che non sia diversamente indicato.

a. Universali giuridici

Connessa con la suddetta distinzione è la nozione di "universali giuridici." Essi altro non sono che concetti metagiuridici⁹¹ ricavati per astrazione a partire dalle fattispecie prese in considerazione dalle norme giuridiche in quanto esprimono in maniera sintetica (connotano) le diverse *modalità* in base alle quali i fatti materiali - attraverso la selezione di particolari connotati nell'individuazione della fattispecie astratta - vengono resi giuridicamente rilevanti.⁹² Ne costituiscono esempi le nozioni di "atto", "fatto", "negozio giuridico" e "procedimento". Ad esempio, l'universale dell'"atto giuridico" connoterebbe le modalità tipiche- adoperate da particolari norme - di attribuzione di rilevanza ad un determinato evento concreto: la *coscienza e volontarietà* di un atto *umano*. Ancora, l'universale "fatto giuridico" connoterebbe sinteticamente quelle situazioni cui vengano attribuiti effetti in virtù del mero accadere, senza che rilevinò la coscienza e volontà, nonché la matrice umana delle stesse.⁹³ In ultimo, il negozio giuridico farebbe invece riferimento a quelle fattispecie che colleghino effetti ad atti non semplicemente volontari nell'*an*, ma accompagnati dalla specifica volontà di produrre un effetto determinato.⁹⁴

IV. RIPRENENDO IL *FIL ROUGE*: VARIE TEORIE SUL PROCEDIMENTO

Al termine della centrale sistematizzazione della visione strutturale del diritto, fondata su di un'ipotesi di lavoro in ordine alle prevalenti convinzioni degli operatori del diritto in Italia, si tratta ora di applicare siffatto quadro concettuale di riferimento alla risoluzione della questione teorica prospettata in apertura. Questione teorica che è forse opportuno riprendere brevemente.

In sostanza, esiste una discussione in merito alla rilevanza di considerazioni di tipo teleologico nella definizione dell'attività giurisdizionale. Attività giurisdizionale che prende – con riferimento all'ordinamento italiano – la forma del processo, il quale è, a sua volta, *species* del *genus* procedimento.⁹⁵

⁹⁰ V, *supra* nota 86

⁹¹ La natura metagiuridica di questi concetti si desume dal fatto che essi sono frutto di una speculazione *sul* diritto, a partire dall'osservazione delle fattispecie astratte. Pertanto, essi costituiscono concetti "di secondo grado" rispetto alla materia prima (le norme) dalle quali si distanziano attraverso un'operazione di astrazione. L'attributo "giuridico", pertanto, servirebbe solamente ad individuarne l'ambito semantico di riferimento.

⁹² Bene sul punto P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova: Cedam, 2007, 11. V. anche CARNELUTTI, *Teoria*, cit. 229.

⁹³ V. S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1996, 3.

⁹⁴ PUGLIATTI, cit., 55 ("l'atto di volontà, invece, si ha quando la determinazione volitiva per se medesima costituisce l'essenziale nucleo strutturale dell'atto").

⁹⁵ La *differentia specifica* del processo rispetto al procedimento è stata rinvenuta nella presenza del contraddittorio, cioè "nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale alla fase preparatoria del medesimo" (E. FAZZALARI, 'Processo' e giurisdizione, in *Riv.dir.proc.*, 1993, 4). V. anche GALEOTTI, *Contributo*, cit., 87.

In chiusura della sezione precedente si è avuto modo di specificare come, ad essere coerenti con l'impostazione strutturale generalmente accolta fra gli operatori del diritto nella comunità di riferimento, il procedimento dovrebbe qualificarsi alla stregua di un universale giuridico o, in altri termini, di un concetto derivato per astrazione dall'osservazione di singole fattispecie astratte. Sinteticamente, il *proprium* di queste fattispecie consisterebbe in ciò che esse constino di una *serie di atti* cui, in quanto unica fattispecie, corrisponda un unico *effetto*.

A. Atto-procedimento

Storicamente, la prima ricostruzione concettuale di simili fattispecie,⁹⁶ è stata offerta dalla teorica c.d. dell'"atto -procedimento." Tale impostazione si fondava sulla considerazione della fattispecie procedimentale quale norma di primo livello (cioè norma direttamente attributiva di conseguenze giuridiche ad un comportamento, altrimenti non rilevante per il diritto).⁹⁷ Siffatta impostazione poteva reggere solamente nel momento in cui si privavano di effetti autonomi i singoli comportamenti della serie. In sostanza, l'effetto unitario scaturente dal procedimento veniva costruito, come esemplificato dal Mandrioli, "come conseguenza diretta e immediata dei singoli comportamenti dei soggetti del processo riuniti tutti insieme e contemporaneamente a svolgere l'*unico* ruolo di comporre la fattispecie unitaria del procedimento"⁹⁸ cosicché ogni atto successivo della serie "comprend[esse] nella sua fattispecie direttamente gli elementi propri della fattispecie dell'atto precedente."⁹⁹

B. Procedimento come articolazione interna di una fattispecie

Se, dunque, la teoria dell'atto-procedimento annullava l'effetto dei singoli atti della serie, riducendoli a meri elementi costitutivi di una fattispecie pur sempre di primo livello, la tesi del procedimento come *forma*¹⁰⁰ vedeva nel procedimento una mera *modalità di articolazione interna degli elementi della fattispecie*.

Il principale limite di tale ricostruzione si è rivelato, tuttavia, quello di una scarsa pregnanza classificatoria: nel momento in cui si predicava del procedimento che esso fosse un'articolazione interna di una determinata fattispecie, caratterizzata semplicemente dalla successione di più elementi cui l'ordinamento collegasse l'effetto che in ipotesi veniva in considerazione,

⁹⁶ U. FORTI, 'Atto' e 'procedimento' amministrativo, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, I, Padova: Cedam, 1931, 457.

⁹⁷ V. JORI-PINTORE, *Manuale*, cit. 253.

⁹⁸ C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino: Utet, 1959, 103. E' questo quello che sembra dire Forti, nel momento in cui afferma che "si possono e si debbono classificare gli 'atti' che direi autonomi, quelli cioè che producono un effetto giuridico, per dir così, pieno. Mentre può apparire non giustificata fatica quella [...] di trovare un posto nel sistema a quelli che producono soltanto effetti prodromici e parziali, in confronto di un effetto finale, che solo l'atto finale può produrre." (FORTI, 'Atto' e 'procedimento', cit., 452). In sostanza, riconoscendosi come unico vero effetto giuridico quello terminale, l'effetto "prodromico e parziale" degli atti interni alla serie sembra proprio esaurirsi nel solo concorso alla formazione della fattispecie dell'"atto-procedimento", non potendosi allora neppure – a voler essere rigorosi – qualificare come effetto, in quanto ci si muove in realtà nell'ambito della situazione connotata dalla proposizione condizionante della norma (fattispecie astratta).

⁹⁹ MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 103. Interpreta la tesi del Forti in maniera sostanzialmente conforme anche G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali – Perfezione ed efficacia*, Milano: Giuffrè, 1982, 135.

¹⁰⁰ A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, 41 ss.

[P]osto che il procedimento si adegua nella sua ampiezza alla fattispecie cui inerisce e posto che vi è una libertà di scelta di quest'ultima praticamente indefinita (giacché tante possono essere le fattispecie quanti sono gli effetti giuridici che possono venire in considerazione) se ne dovrebbe dedurre che tanti possano essere i procedimenti quante sono le fattispecie ipotizzabili.¹⁰¹

Addirittura, in sede di revisione critica dell'impostazione in questione,¹⁰² si arrivò a prospettare l'applicabilità della categoria del procedimento così come delineata dalla tesi in esame anche a fattispecie astratte qualificate quali "atti istantanei", in relazione alle operazioni fisiche, psichiche e ai meri fatti che fossero prodromici rispetto ad essi

Inoltre, facendosi riferimento ai fini della delimitazione della fattispecie procedimentale - da parte della tesi considerata -, all'effetto della fattispecie stessa,¹⁰³ si tradiva comunque un riferimento al legame di diritto sostanziale tra fattispecie ed effetto, impedendo di prescindere completamente dal riferimento ai meccanismi della dinamica giuridica di produzione degli effetti per giungere ad una delimitazione del concetto di "procedimento".

C. Forma della funzione

Pur accogliendo la tesi del procedimento come *articolazione formale di una fattispecie*, la tesi del procedimento come *forma della funzione*¹⁰⁴ tornava a occuparsene sotto l'aspetto sostanziale (cioè come fattispecie astratta *in quanto produttiva di effetti*, abbandonando la prospettiva che in essa invece esauriva il proprio oggetto di studio). In particolare, la fattispecie astratta strutturata come "procedimento" denotava un *quid* denominato "funzione." Concetto, questo, fluido e difficilmente riportabile a categorie note, che non faceva, in realtà, che ricalcare sotto il profilo della dinamica giuridica il dinamismo messo in luce dal Sandulli sotto il profilo strutturale. Della "funzione", in particolare, era possibile predicare soltanto che essa fosse ciò che era compreso tra un potere e l'atto di relativo esercizio: "Funzione è [...], non un aspetto dell'attività, ma è l'attività nel suo farsi e perciò rappresenta un momento dell'agire in cui questo non è ancora atto, ma è però già più che attività e cioè più che l'astratta possibilità di agire sia pure in vista di un fine o per un effetto".¹⁰⁵

Il pregio di questa ricostruzione era, tuttavia, quello di attribuire autonoma rilevanza sostanziale agli atti della serie procedimentale compiuti prima di quello dal quale scaturisse l'effetto finale: la funzione restava, infatti, distinta dall'atto di esercizio del potere, il quale ne era però - a differenza della teorica dell'atto-procedimento - un effetto.¹⁰⁶

Tuttavia, facendo abbracciare al procedimento la sola "funzione", si finiva per descrivere nuovamente una fattispecie di primo livello, in cui i singoli atti risultassero "fusi" - alla stregua di una semplice sommatoria di comportamenti - nella funzione.

¹⁰¹ S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano: Giuffrè, 1957, 29.

¹⁰² *Ibid.* ("anche nella fattispecie dell'atto istantaneo può configurarsi una formazione successiva, un *iter* in senso logico [...]").

¹⁰³ SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 41, 42.

¹⁰⁴ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126 e ss.

¹⁰⁵ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 29 n. 30.

¹⁰⁶ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 125 n. 14.

D. La moderna impostazione del problema.

L'odierna teorizzazione del procedimento¹⁰⁷ è stata ben espressa nella maniera seguente: “Il ‘procedimento’ consiste in una determinata *sequenza di norme*[...].”¹⁰⁸

Quest'impostazione mette bene in evidenza la natura delle norme che descrivono, nella propria proposizione condizionante, una serie di atti a loro volta giuridicamente qualificati. Si tratterebbe, in particolare, di *meta-norme*, vale a dire norme la cui operatività dipende dall'osservanza o inosservanza di una serie di altre norme.¹⁰⁹

Osservava uno studioso:

“Ciò che come dato giuridico si coglie nel fenomeno del procedimento è pur sempre l'atto, una serie di atti; ma questa entità che è l'atto, anziché essere riguardata nella sua singolarità, viene colta *per relationem* all'antecedente ed al susseguente, ed alla fattispecie totale che il procedimento tende appunto a perfezionare ed a rendere efficace.”¹¹⁰

In altre parole, il procedimento sarebbe “il succedersi degli atti nella connessione giuridicamente preordinata alla fattispecie totale.”¹¹¹

Nel medesimo senso, si è espresso anche il Mandrioli: “[S]ebbene si debba ammettere che l'unità del procedimento presuppone la configurazione sua come unica fattispecie in funzione di un unico effetto [ed infatti non si potrebbe parlare di fattispecie procedimentale distinta dalle singole fattispecie dei singoli atti che compongono il procedimento, se un unico effetto non fosse preordinato per quella fattispecie], ciò non implica necessariamente la perdita dell'autonomia giuridica dei singoli atti all'interno di quest'ultima fattispecie.”¹¹²

¹⁰⁷ Merito, fra gli altri, di G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali – Perfezione ed efficacia*, Milano: Giuffré, 1982, 121 ss. e S. GALEOTTI, *Contributo*, cit., 35 ss.

¹⁰⁸ E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Dig. disc. priv.- sez. civ.*, XIV, Torino: Utet, 1996, 649 (corsivo aggiunto).

¹⁰⁹ Con riferimento alle meta-norme si discute se il campo semantico delle relative proposizioni condizionanti debba essere riferito alle singole norme richiamate, ovvero ai comportamenti umani concernenti queste altre norme. Per un accenno della problematica v. M. JORI – A. PINTORE, *Manuale*, cit., 253. In tal senso, si ritiene da accogliere la ricostruzione dello Scarpelli, tale per cui, ove figurino nel frastico di un'altra norma, una determinata qualificazione giuridica assuma valore referenziale alla stregua di una “definizione condizionale” (U. SCARPELLI, *Contributo*, 144), cioè di una definizione offerta per il tramite di un meccanismo inferenziale. In ogni caso, la definizione permanerebbe riferita al mondo. In tal senso, si riuscirebbe a conciliare l'esigenza di ricondurre la norma - figurante nella fattispecie astratta di una meta-norma - alla funzione propria del *frastico* senza, tuttavia, richiedere che esistano tante fattispecie astratte quanti siano i comportamenti concreti dalla cui sequenza la meta-norma possa essere integrata. La fattispecie astratta rimane infatti una sola, sebbene ricostruibile nelle mutevoli forme ammesse dalla sequenza di norme descritta dalla meta-norma, in virtù dello strumento della definizione condizionata che introduce nella fattispecie della meta-norma, dei rapporti di implicazione logica tra i vari comportamenti descritti.

¹¹⁰ GALEOTTI, *Contributo*, cit., 104.

¹¹¹ *Ibid.*, 40

¹¹² MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 103. Ricordiamo che, anche ove si ritenga che il *frastico* della meta-norma si riferisca, in ultima istanza, a dei comportamenti cosicché le singole norme acquistino funzione prettamente descrittiva (v. *supra* n. 109), tuttavia è da rilevarsi come è proprio questo rilevare in senso descrittivo delle singole norme “includere” nella fattispecie della meta-norma che qualifica la stessa meta-norma rispetto alle norme di primo livello. Infatti, i singoli comportamenti non rilevano più indiscriminatamente, ma secondo la struttura logica impressa alla fattispecie dalle conclusioni normative descritte dalle singole norme ivi incluse. In sostanza, non si vuol dire negare il rapporto di reciproca implicazione tra gli effetti delle norme che confluiscono nel procedimento,

V. VERSO UNA DEFINIZIONE FUNZIONALE DI PROCEDIMENTO?

Dovrebbe, a questo punto, esser chiaro come il profilo tipico della fattispecie procedimentale sia uno di carattere prettamente strutturale. Ovviamente, al di là di questo, il fatto che ci si trovi in presenza di una meta-fattispecie cui corrisponda un unico effetto fa sì che anche quest'ultimo possa a sua volta rilevare ai fini dell'identificazione del procedimento stesso. Ma si tratta, in questo senso, di una considerazione di tipo funzionale?

La risposta negativa a simile quesito è stata offerta in passato da un illustre studioso il quale ha osservato come:

[I]l fenomeno giuridico è fenomeno normativo, [...] il diritto si risolve insomma senza residui nel fenomeno normativo, nella norma. Ora quale è la struttura della norma? Essa (debba attribuirlesi valore di giudizio oppure di comando) opera esattamente ed immancabilmente in questo modo: ricollega a una *fattispecie*, più o meno precisamente delineata, il prodursi di un *effetto giuridico*. La definizione di un istituto giuridico non può quindi considerarsi corretta, se non è fatta in termini rigorosamente normativi; deve pertanto materiarsi di un riferimento, o alla fattispecie che la norma considera, ovvero all'effetto giuridico, che la norma riallaccia alla fattispecie.

[...].

Il fine dell'istituto non può invero consistere se non nell'esigenza politica alla quale l'istituto risponde: ma, come tale, è sin troppo manifesto che esso non appartiene né alla fattispecie né all'effetto giuridico contemplati dalla norma.¹¹³

L'autore citato chiarisce dunque che ciò che risulta scorretto in una prospettiva di tipo normativistico è il far riferimento allo scopo metagiuridico di una norma, ma specifica in seguito che sarebbe però legittimo considerarne la "funzione tecnica."¹¹⁴ Funzione tecnica che, a nostro avviso, altro non sarebbe che lo stesso effetto giuridico prodotto dalla norma stessa, considerato però secondo una prospettiva diversa: *non più quella della singola norma, ma piuttosto dell'intero ordinamento giuridico nel suo complesso.*¹¹⁵ Conclusione, questa, che farebbe in sintesi riemergere la connessione fondamentale e immanente tra i concetti di norma e ordinamento giuridico, che pone lo studioso di diritto nella "necessità [...] di lasciare la singola norma per l'ordinamento."¹¹⁶

ma è un attribuire a detto effetto una funzione meramente descrittiva e non più prescrittiva, alla luce del mutato ruolo all'interno della proposizione normativa.

¹¹³ E. ALLORIO, *Nuove riflessioni in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Problemi di diritto*, II, Milano: Giuffrè, 148.

¹¹⁴ *Ibid.*, 150.

¹¹⁵ *Ibid.*, 150

¹¹⁶ BOBBIO, *Teoria*, cit., 166.

E. La definizione funzionale di procedimento

Avvicinandosi alla chiusura del cerchio, è dunque ora di fare più specifico riferimento a quel particolare tipo di procedimento, che è il processo, la cui definizione ci pone davanti al problema che ha guidato la nostra analisi nel corso di tutto lo scritto.

Qualora lo si definisse come “attività di esecuzione della legge” si starebbe adoperando una nozione funzionale extragiuridica?

La risposta negativa a detto quesito discende immediatamente dalle considerazioni svolte nella sezione precedente.

Infatti, dire che esso è funzionalmente definibile come un’attività orientata alla tutela dei diritti non può intendersi, nell’ottica normativista e strutturalista che si è evidenziata nelle pagine precedenti, come un riferimento ad uno scopo pre-giuridico della detta attività. Per il diritto, è infatti possibile parlare di “tutela dei diritti” o di “attuazione della legge” solo rispetto ad un concreto sistema di diritto positivo nel suo complesso. Ed è possibile farlo solo a fronte dell’osservazione che esiste una fattispecie il cui effetto ultimo comporti il venire in essere dell’effetto giuridico disposto da un’altra norma precedentemente violata (contribuendo così a ripristinare il giudizio di osservanza della norma stessa).

Così, in tanto un’attività di “tutela” o di “attuazione dei diritti” può esistere, in quanto esistano e siano valide delle norme che, ponendosi ad un livello di osservazione “ordinamentale”, producano quale effetto quello di ripristinare il giudizio di osservanza rispetto ad altre norme.

La “tutela dei diritti” o “attuazione della legge”, in sostanza, è dunque una nozione che va correttamente intesa come esclusivamente endo-giuridica.¹¹⁷

Ed infatti in tal senso sembra convergere lo stesso Mandrioli in altri suoi scritti, nel momento in cui parla di “attuazione delle sanzioni come scopo obbiettivo dell’ordinamento”¹¹⁸ Tuttavia, egli si distacca da quanto si è sopra cercato di affermare in un’ottica strutturalista, nel momento in cui afferma che la prospettiva funzionale sarebbe adottabile in quanto nelle strutture dell’ordinamento giuridico si sia “*calata* la ragione della scelta di quella forma.”¹¹⁹ Da un canto, quest’affermazione potrebbe significare che sarebbe legittimo il ricorso a considerazioni funzionali (extragiuridiche), nei limiti in cui queste possano ritenersi supportate dal testo delle norme, introducendo sì un vincolo all’arbitrio, ma lasciando sostanzialmente immutata la libertà dell’interprete di scegliere qualsivoglia funzione extradommatica e adottarla a fini definitivi, semplicemente suffragandola con qualche elemento testuale.

Tuttavia, esiste una seconda possibile lettura dell’affermazione sopra riportata, alla luce di quanto affermato in altri scritti:

Si tratta di tutto l’atteggiamento dell’ordinamento verso quell’attività; atteggiamento che innanzi tutto si manifesta sul terreno del diritto sostanziale con la configurazione della reazione dell’ordinamento come sanzione; poi con la costruzione dell’intero procedimento con i criteri del divieto dell’autotutela e della presenza di un organo *super partes*.¹²⁰

¹¹⁷ V. W. BRONIEWICZ, *Funzione del processo civile e teoria della norma giuridica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 823 (“Il processo civile [...] non serve, a ben vedere, alla concretizzazione della volontà della legge – poiché essa esiste come volontà concreta già prima del processo -, bensì all’accertamento della concreta volontà della legge e alla sua applicazione [...]”).

¹¹⁸ C. MANDRIOLI *L’azione esecutiva*, Milano: Giuffrè, anno?, 50 n. 126.

¹¹⁹ C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sulla sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1949, p. 87.

¹²⁰ C. MANDRIOLI, *L’azione*, cit. 50 n. 126.

Ma l'“atteggiamento dell'ordinamento” è cosa ben diversa dall'“intenzione del legislatore”, in quanto il primo non è altro che una ricollezione dei rapporti reciproci fra diversi gruppi di norme e prescinde dal ricorso ad una presunta volontà esterna all'ordinamento stesso. La sostanziale adesione del Mandrioli alla prospettiva strutturalista diventa palese quando questi parla di previsione delle sanzioni (che sono degli effetti di determinate fattispecie) e del fatto che l'attività giurisdizionale attui dette sanzioni (consenta, cioè, di ripristinare un giudizio di osservanza rispetto alle norme che le prevedano). Pertanto, al di là delle enunciazioni formali, le conclusioni del Mandrioli sono le stesse cui si è pervenuti nello scritto, dal che potrebbe trarsi un ulteriore argomento per suffragare l'ipotesi di lavoro adottata in tutto il presente scritto.

Concludendo in ordine al *fil rouge* che tiene insieme lo scritto, si ritiene che l'unica accezione di “funzione” rilevante a fini definitori e che risulti conforme al sistema di premesse implicite assunte dalla comunità dei pratici, sia un'accezione intrinsecamente strutturalista. In particolare, volendo definire determinate meta-norme con riferimento alla loro funzione, ciò che è corretto e legittimo fare (perché la definizione possa dirsi esprimere la visione propria del formante legato alla pratica del diritto) è soltanto il riferirsi all'osservazione concreta *ex post* della loro relazione logica con altre norme. Con specifico riferimento al processo, in particolare, in tanto si può parlare di tutela dei diritti in quanto sia prima ravvisabile una norma o un insieme di norme che, rispetto alle norme violate, producano quale effetto quella di ripristinare un giudizio di osservanza: ma a questo punto, la prospettiva funzionale si è ridotta ad una ricollezione degli effetti nel prisma del complessivo ordinamento giuridico.

VI. CONCLUSIONE

Lo sforzo di questo lavoro è stato quello di esplorare le premesse implicite nella coscienza dei pratici del diritto in Italia, in ordine alla struttura dello stesso, partendo da una precisa ipotesi di lavoro. In questo modo, è stato possibile far affiorare e sistematizzare una concezione dell'ordinamento giuridico che – qualora l'ipotesi di lavoro risulti verificata - sarà generalmente accettata nella comunità di riferimento. Sotto questo profilo, il lavoro mira a presentarsi anche come precursore di un filone che – nello studio dei formanti non-legali – miri a esplicitare e sistematizzare quelle premesse implicite – direi quasi “metafisiche” - che possono offrire un rilevante contributo al fine di comprendere il *perché* dei contributi derivanti da un determinato formante non legale.

Di siffatta ricostruzione si è poi effettuata una pratica applicazione al fine di individuare quale portata abbiano considerazioni di tipo finalistico rispetto all'attività conoscitiva del diritto. Nel caso in esame, ci si è incentrati sulla definizione funzionalistica di attività giurisdizionale, la quale è – in Italia – espletata nelle forme di un procedimento.

Prima di terminare, è poi opportuno fare un importante *caveat* che del lavoro precisi i limiti. Innanzitutto, le conclusioni raggiunte non sono estensibili *tout court* ad altri ordinamenti. Tuttavia, può ritenersi che l'impostazione normativista di tipo kelseniano possa comunque riflettere le premesse implicite di altri ordinamenti di *civil law*, nei quali l'idea di un diritto “posto” sia legata alla preponderanza del formante legale.

Infine, l'isolamento del diritto da quanto è extragiuridico – che si è riscontrato in sede di descrizione della struttura formale dello stesso – viene, tuttavia, attenuata nel momento in cui dalle forme del diritto – alle quali ci si è in questa sede limitati – si passi ad analizzarne i contenuti. E', infatti, con riferimento ai contenuti delle norme che il formante extralegale opera in maniera talvolta spiccatamente innovativa. E', ad esempio, pratica comune da parte dei giuristi

quella di individuazione di *principi regolativi*. Siffatti principi operano sul piano propriamente assiologico, e rappresentano uno strumento di creazione vera e propria di norme per via di applicazione analogica o di interpretazione “adeguatrice”. L’individuazione di siffatti principi, in particolare, avverrebbe mediante una ricerca di correlazioni costanti tra determinati tratti tipici a livello di fattispecie e altrettante caratteristiche costanti dei relativi effetti. Individuazione che, se corretta sotto il profilo dell’analisi strutturale del diritto, nel momento in cui si traduce nell’enunciazione di principi assiologici estensibili al di fuori delle specifiche norme nelle quali essi si incarnano, assume – come si diceva – spiccati caratteri di originalità, lasciando all’arbitrio dell’interprete tanto la scelta delle norme rilevanti ai fini dell’individuazione del principio quanto il contenuto del principio stesso.

Alla luce di quanto è emerso in questo articolo, può forse ritenersi che sia proprio l’asserita correttezza formale dell’operazione di astrazione alla luce della concezione strutturale presupposta dai giuristi che offra la giustificazione di un simile comportamento agli occhi di chi lo ponga in essere. In ogni caso, questo argomento – risultando promettente al fine di future ricerche – giace comunque al di fuori dello spettro d’indagine del presente lavoro.