

## Presentazione

L'*Introduzione all'analisi del diritto*, che qui si presenta al pubblico italiano, è un manuale di filosofia del diritto destinato agli studenti di giurisprudenza. Tanto la prima edizione, pubblicata in quattro volumi tra il 1973 e il 1975 con il titolo *Notas de introducción al derecho*, quanto la seconda edizione, accresciuta e rivista, del 1980, sulla quale è stata compiuta la traduzione, nascono infatti dai corsi di Introduzione al diritto e di Filosofia del diritto tenuti dall'autore presso la Facoltà giuridica di Buenos Aires.

Poiché anche nelle università italiane, quantomeno in tempi recenti, la Filosofia del diritto ha assunto una funzione d'introduzione agli studi giuridici, non è parso inopportuno proporre questo manuale agli studenti (e agli studiosi) italiani. Le ragioni della traduzione italiana – consigliata da Paolo Comanducci – non si esauriscono peraltro in questo. Carlos Nino non è stato solo, come qualcuno ha scritto, il più “anglosassone” dei giusfilosofi di lingua castigliana, ma anche l'esponente della Scuola di Buenos Aires più interessato al diritto positivo e ai suoi risvolti etici (moralì e politici): sicché la sua *Introduzione*, oltre a costituire un insostituibile ausilio didattico, presenta anche uno scorcio significativo del dibattito internazionale degli ultimi anni.

L'esame della filosofia del diritto di Nino andrà necessariamente svolto in altre sedi (per un punto di partenza, cfr. J.F. Malem Seña, *In memoriam; Carlos Santiago Nino. Apuntes bio-bibliograficos*, in “Derechos y Libertades”, II, 1994, 3, pp. 17-75); qui di seguito ci si limiterà a fornire qualche indicazione preliminare, anzitutto, sull'autore, poi sull'opera tradotta, infine, sui criteri seguiti nella traduzione.

1. Carlos Santiago Nino è nato nel 1943 a Buenos Aires, dove si è laureato in Giurisprudenza nel 1967; successivamente ha collaborato con l'Istituto di Filosofia del diritto e sociologia di quell'Università, coltivando particolarmente – sia come avvocato sia come studioso – il diritto penale. Docente di Introduzione al diritto sino al

1973, dal 1974 ha lavorato con Herbert Hart a Oxford, dove si è addottorato nel 1977; ha poi insegnato Filosofia del diritto a Buenos Aires nonché, in qualità di *visiting professor*, a Yale, New York e Barcellona, diventando forse lo studioso più noto della seconda generazione della Scuola di Buenos Aires.

La vasta produzione scientifica di Nino – che include numerosi libri e saggi, pubblicati soprattutto in castigliano e in inglese – costituisce una mappa fedele del suo percorso intellettuale, dagli originari studi penalistici e filosofico-giuridici ai loro sviluppi in campo costituzionalistico, etico e di teoria dell'azione. Oltre al volume qui tradotto occorre almeno ricordare *El concurso en el derecho penal* (Buenos Aires, 1973), *Los límites de la responsabilidad penal* (Buenos Aires, 1980), *La legítima defensa* (Buenos Aires, 1982), *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires, 1984 e Barcellona, 1989), *La validez del derecho* (Buenos Aires, 1985), *Introducción a la filosofía de la acción humana* (Buenos Aires, 1987), *El constructivismo ético* (Madrid, 1989), *The Ethics of Human Rights* (Oxford, 1991), *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Buenos Aires, 1992), *Derecho, moral y política* (postumo, Barcellona, 1994).

Una considerazione a parte merita l'impegno dell'autore sul fronte dei diritti umani, gravemente violati in Argentina durante la dittatura militare degli anni 1976-1983. Nino non si limitò a fare di questo tema uno degli oggetti principali della sua riflessione teorica, ma collaborò attivamente al tentativo, portato avanti dal governo Alfonsín, di punire i responsabili di crimini contro l'umanità. Consigliere presidenziale dal 1983 al 1989, coordinatore del Consiglio per il consolidamento della democrazia dal 1985 al 1989, membro della Commissione per la riforma del codice penale argentino nel 1985, Nino è prematuramente scomparso a La Paz, in Bolivia, nel 1993, mentre lavorava al progetto della nuova costituzione boliviana.

2. Benché risenta profondamente dei molteplici interessi del suo autore, questa *Introduzione all'analisi del diritto*, sin dal titolo, vuole essere soprattutto un manuale di filosofia analitica del diritto: e riesce una delle cose migliori prodotte nel genere. Coniugando il rigore logico caratteristico della Scuola argentina con l'attenzione per il linguaggio ordinario tipica della *jurisprudence* hartiana, Nino affronta tutti i problemi principali della giurifilosofia analitica: dalla definizione di "diritto" alla teoria della norma, dal sistema giuridico ai concetti fondamentali, dall'interpretazione alla scienza giuridica, sino al tema – a lui più congeniale di tutti – della valutazione morale del diritto.

La posizione di Nino – come potrebbe dirsi per tutte le voci più

interessanti del dibattito internazionale contemporaneo – sfugge alla stereotipa tripartizione giusnaturalismo/giuspositivismo/giusrealismo: anche se l'autore la qualifica, sin dal primo capitolo, come giuspositivismo metodologico o concettuale. Del giuspositivismo tradizionale, in realtà, Nino conserva soprattutto un'inclinazione empiristica e convenzionalistica che lo porta a guardare al diritto come a un fatto: ma proprio da questa considerazione del fenomeno giuridico in termini fattuali discende la sua tesi – che stupirà (solo) chi coltivasse ancora la vieta immagine legalistica del giuspositivismo – secondo la quale il diritto, di per sé, non può servire a giustificare alcuna azione o decisione.

Come Nino ebbe a scrivere nella *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico* (in “Ragion pratica”, 1993, 1, p. 32), riassumendo trent'anni di riflessione teorica, «le norme giuridiche non costituiscono di per se stesse ragioni operative per giustificare azioni o decisioni come quelle dei giudici, a meno che le si concepisca come derivanti da giudizi morali». Questa tesi, che l'autore chiama «teorema fondamentale della filosofia del diritto», comporta che «il discorso giuridico non sia una specie autonoma, ma una modalità speciale del discorso morale» (*ivi*, p. 35). Nino aderisce alla qualificazione del kelsenismo come quasi-positivismo proposta da Alf Ross in una memorabile conferenza argentina: ma solo per dichiararsi a propria volta quasi-positivista.

3. Come si è accennato, questa *Introduzione* si distingue da molte trattazioni congeneri proprio per la consapevolezza della sua funzione didattica. Un buon esempio del singolare connubio fra vocazione didattica, competenza tecnica e passione etica che la caratterizza è costituito dal dibattito immaginario fra tre giudici del processo di Norimberga – rappresentanti rispettivamente le tradizionali posizioni giusnaturalista e giuspositivista, nonché l'originale posizione dell'autore – messo in scena nel primo capitolo. Anche chi sfogli distrattamente il libro, peraltro, sarà incuriosito soprattutto dalle sezioni di “Domande ed esercizi” che integrano i vari capitoli: sezioni a proposito delle quali occorre citare quanto ne dice l'autore stesso, nell'Avvertenza premessa alla seconda edizione.

«Questa edizione – scrive Nino – contiene una serie di domande ed esercizi situati alla fine di ogni capitolo, che servono a concentrare l'attenzione degli studenti su alcune questioni importanti, a stimolare il loro giudizio critico e ad aiutarli ad avvertire la necessità di fornire ragioni a sostegno della posizione adottata. Le domande ed esercizi proposti presentano un differente livello di complessità, e conviene che

il docente ne faccia una selezione a seconda del livello del suo corso; per tranquillità degli studenti, devo confessare che a qualcuna di queste domande anche il sottoscritto non saprebbe come rispondere».

Peraltro, proprio questi caratteri del libro – in particolare l'attenzione prestata a tematiche di diritto positivo – hanno prodotto i principali problemi di traduzione. Nel testo, ma soprattutto nelle sezioni di domande ed esercizi, sono infatti numerosi i riferimenti al diritto positivo argentino: e li si è trasformati – forse senza tradire eccessivamente lo spirito dell'opera – in riferimenti a diritti immaginari o, più spesso, al diritto positivo italiano. Naturalmente, anche gli istituti che potrebbero dirsi comuni ai due sistemi giuridici in realtà non sono mai perfettamente identici: ciò che ha comportato vari aggiustamenti nonché, talvolta, il ricorso a esempi e a domande completamente nuovi. Per il resto, sono state rispettate e la struttura originaria dell'opera e la divisione del testo in due parti di diversa importanza didattica, segnalate dal differente corpo tipografico.

Le traduzioni sono: di Mauro Barberis per l'Introduzione e i capitoli I e IV; di Pierluigi Chiassoni per il capitolo V e le sezioni di Domande ed esercizi; di Valeria Ottonelli per i capitoli VI e VII; di Susanna Pozzolo per i capitoli II e III.

I traduttori

Genova, 20 giugno 1996

## **Introduzione**

### **Il contesto del diritto**

Il diritto, come l'aria, sta dappertutto. Per esempio, può darsi che oggi stesso i miei lettori si siano trattenuti dall'esercitare la loro gradevole voce sotto la doccia, al pensiero che vicini di casa con scarsa sensibilità artistica potrebbero invocare nei loro confronti certe disposizioni contro i rumori molesti; uscendo di casa, avranno sicuramente badato a vestirsi di tutto punto, anche perché sanno dell'esistenza di norme che scoraggiano gli abbigliamenti troppo succinti; probabilmente avranno tacitamente stipulato un contratto di trasporto prendendo un autobus, oppure, se si sono serviti della loro automobile, avranno anche rispettato, o fatto finta di rispettare, le regole del traffico, valendosi comunque della facoltà giuridica di transitare nella pubblica via; quasi sicuramente avranno concluso verbalmente, oggi stesso, vari contratti di compravendita (acquistando il giornale o le sigarette, per esempio) e di locazione d'opera (ad esempio facendosi riparare le scarpe); e benché i miei lettori non abbiano di solito un fisico imponente, certo confidano nel fatto di non essere colpiti, insultati, molestati o derubati, e questo grazie alla "corazza" normativa fornita loro dal diritto; l'istituzione entro la quale lavorano o studiano (sperando che non appartengano a un'associazione illecita) è sicuramente retta da una serie di disposizioni legali; se poi devono sbrigare qualche pratica burocratica, potrebbero accorgersi che ognuno dei suoi intricati passaggi è regolato da norme giuridiche. E tutti questi rapporti con il diritto toccheranno ai miei lettori in un giorno qualunque: si pensi quanto maggiore sarà il loro coinvolgimento giuridico quando parteciperanno a qualche evento importante, come sposarsi o essere convenuti in giudizio.

Questa ubiquità del diritto, e la circostanza che esso si manifesti come parte o aspetto di fenomeni complessi, fa sì che sia difficile isolarlo concettualmente per spiegarne la struttura e il funzionamento. La tentazione è di cercarlo ricorrendo ai suoi *fini*, chiedendosi cioè quale sia l'obiettivo caratterizzante questo vasto e complicato

meccanismo sociale chiamato “diritto”. Ma non è facile rispondere a questa domanda: a meno, beninteso, di sbrigliare la fantasia o di ricorrere a formule vuote, del genere “l’obbiettivo del diritto è regolare la condotta umana”. Certo, in ognuno degli atti che mettono in movimento questo meccanismo può distinguersi un’intenzione ben determinata: si pensi ai diversi propositi che spingono i legislatori a fare leggi, o i cittadini a stipulare contratti oppure a sposarsi. Resta però quantomeno discutibile che l’ordinamento giuridico nel suo complesso soddisfi determinati obbiettivi di particolari individui.

Al contrario, sembra più plausibile sostenere che, sebbene il diritto non persegua pochi obbiettivi generali, ma molti obbiettivi parziali e tutt’altro che peculiari ad esso, ciononostante adempia a certe funzioni caratteristiche (anche ove nessuno in particolare miri intenzionalmente a svolgerle). Il diritto, come molte altre istituzioni sociali, contribuisce a superare difficoltà connesse con certe condizioni fondamentali dell’esistenza umana. Tali condizioni, che sono state messe in luce da Hobbes e, più recentemente, da Hart, comprendono la scarsità di risorse – che impedisce di soddisfare i desideri e le necessità di tutti – la vulnerabilità degli esseri umani alle aggressioni altrui, la loro relativa uguaglianza fisica e intellettuale – per la quale nessuno, da solo, può dominare su tutti gli altri – la loro relativa insensibilità ai bisogni e agli interessi degli estranei, la razionalità limitata degli individui nel perseguire i propri interessi, l’insufficiente informazione sui fatti, e così avanti. Queste condizioni portano gli uomini sia a entrare in conflitto fra loro, sia a cercare la collaborazione altrui. Le stesse condizioni che generano conflitti fra gli individui li spingono a collaborare reciprocamente per eliminare o ridurre i fattori che determinano lo scontro, e per limitare alcune delle sue conseguenze più rovinose.

Il diritto adempie alla funzione di evitare o di risolvere taluni conflitti fra gli individui e di fornire loro alcuni strumenti per rendere possibile la cooperazione sociale. Ciò non vuol dire che tutti gli attori del processo giuridico abbiano sempre in mente le funzioni appena menzionate – al contrario, molte volte i loro obbiettivi individuali differiscono assai da queste funzioni – né che ogni sistema giuridico adempia ad esse in modo adeguato, né che certi aspetti di un sistema giuridico non possano provocare ulteriori conflitti e intralciare la cooperazione sociale, e neppure che non vi siano altre esigenze che un ordinamento giuridico deve soddisfare per essere valutato positivamente.

Dire che il diritto contribuisce a superare alcuni conflitti e a ottenere un certo livello di cooperazione sociale, d’altra parte, non significa ancora molto: anche della morale, come si vedrà, si dice che adempia a questa stessa funzione di creare le condizioni perché gli uomini

non si scontrino e collaborino fra loro nella misura necessaria. La cosa davvero importante è stabilire *in che forma* il diritto adempie a questa funzione.

A prima vista, vi sono due elementi che sembrano caratteristici della forma in cui il diritto riesce a convincere gli uomini a comportarsi in modo non conflittuale ma cooperativo, nonché a generare un sistema di aspettative che facilitano tali comportamenti: l'*autorità* e la *coazione*. Anzitutto, il diritto stabilisce organi o istituzioni incaricati di indicare in generale i comportamenti ritenuti desiderabili, e di risolvere in casi particolari i conflitti prodotti dalla mancanza, dall'oscurità o dal cattivo funzionamento di tali direttive generali. Le regole stabilite dagli organi giuridici mirano tanto a dissuadere gli uomini dal tenere certi comportamenti (come danneggiare altri), quanto a tutelare certe aspettative fondate sulla commissione di determinati atti (come l'aspettativa di ricevere una somma di denaro se altri ha formulato parole che comportano un impegno in tal senso). L'autorità di queste regole generali, e quella delle decisioni che risolvono i conflitti particolari, non dipendono interamente – a differenza di quella delle regole e decisioni di natura morale – da qualche loro qualità intrinseca, bensì in gran parte (ancorché non esclusivamente) dalla *legittimità* degli organi da cui traggono origine.

Naturalmente, la misura in cui si riesce a ottenere l'osservanza di direttive e decisioni giuridiche, sulla base della legittimità degli organi che le hanno poste, dipenderà dal grado in cui le concezioni morali della gente concorrono a far ritenere legittimi tali organi, e dalla misura nella quale la gente è disposta ad ottemperare alle prescrizioni delle autorità che considera legittime. Per i cittadini e per i funzionari che hanno questa disposizione ad obbedire, le ragioni operative che li spingono ad agire in conformità alle prescrizioni sono ragioni *morali*, e il fatto che determinati organi abbiano ordinato o deciso una cosa, e non un'altra, è solo una circostanza che incide sulla determinazione di tali regole morali. Per questi cittadini o funzionari, il diritto non è altro che una estensione del loro sistema morale; le norme giuridiche godono della stessa validità delle regole morali, benché tale validità derivi, in realtà, da certi principi valutativi che conferiscono validità agli organi giuridici in questione.

Che questa disposizione ad obbedire sia attribuibile a buona parte dei cittadini e dei funzionari di un ordinamento giuridico è una condizione necessaria perché questo si mantenga e ottenga una certa stabilità; di qui l'esigenza, sentita anche dai governanti più cinici, di fare appello al senso di giustizia della comunità a sostegno della loro autorità e del contenuto dei loro ordini. D'altra parte, un ordinamento giu-

ridico difficilmente può conservarsi se si basa soltanto sulla relazione intercorrente fra credenze e attitudini dei consociati e legittimità morale delle sue norme. Certamente vi è in ogni comunità un grado minore o maggiore di conflittualità morale e ideologica: molti, dunque, non hanno ragioni morali per obbedire alle prescrizioni giuridiche. D'altra parte è ovvio che, essendo gli uomini quello che sono, vi sarà sempre chi sarà incline ad agire, non sulla base delle proprie ragioni morali, ma in base a un altro tipo di ragioni, come l'interesse individuale.

Ciò rende necessario cercare di fare in modo che l'obbedienza alle prescrizioni giuridiche sia nell'*interesse* di chi è chiamato ad osservarle. Perché ciò avvenga, anche nei casi nei quali il comportamento prescritto sia, in se stesso, contrario all'interesse individuale di chi agisce, si deve promettere, o una ricompensa in caso di obbedienza, o un castigo in caso di disobbedienza, in modo da controbilanciare l'interesse ad astenersi dall'azione indicata (naturalmente, le promesse devono poi essere mantenute per risultare credibili). Per ragioni pratiche, nella maggior parte dei casi – anche se non in tutti – per ottenere l'adempimento delle direttive giuridiche si tende a preferire la tecnica della motivazione tramite minaccia di castighi piuttosto che tramite promessa di premi: ciò che obbliga poi a ricorrere alla coazione.

Lo Stato, che detiene una sorta di quasi-monopolio della forza disponibile in una società, da una parte impiega questa forza per convincere la gente ad agire in modo da soddisfare fini e obiettivi stabiliti dagli organi competenti, e dall'altra mette questa forza a disposizione dei singoli perché facciano valere i progetti di cooperazione nei quali siano entrati volontariamente perseguendo i loro scopi particolari. Vi sono, dunque, direttive giuridiche alla cui disobbedienza si reagisce con la coazione da parte dello Stato, e ve ne sono altre cui è necessario adempiere se si vuole poter contare sulla coazione statale per rendere effettivo un accordo privato. In ogni caso, la necessità di evitare la, o di contare sul sostegno della coazione fornisce ragioni *prudenziali* che possono entrare in gioco in assenza di ragioni di natura morale. Per coloro che hanno solo ragioni prudenziali per osservare le prescrizioni del diritto, quest'ultimo appare molto più come una serie di reazioni probabili da parte di determinati funzionari: reazioni che, a seconda dei casi, occorre evitare o promuovere.

Il diritto vigente, così, deve essere preso in considerazione, per ragioni morali o per ragioni meramente prudenziali, dal ragionamento pratico – ovvero dal ragionamento diretto a scegliere un certo corso di azioni – di coloro ai quali le sue direttive sono destinate. Fra questi destinatari vi è un gruppo di funzionari – i giudici – che, per varie

ragioni, gioca un ruolo centrale nella comprensione del fenomeno giuridico. I giudici devono decidere, come stabilito da certe norme del diritto, se determinate altre regole sono applicabili a casi particolari che vengono loro sottoposti per ottenere soluzione, e talvolta devono disporre l'esecuzione delle conseguenze previste da tali regole. Le decisioni dei casi sottoposti alla loro cognizione possono essere giustificate in base a regole generali: e questo benché, per ragioni che vedremo in seguito, non lo siano sempre sulla base delle regole del sistema giuridico. Ma la decisione di applicarle non può essere giustificata sulla base delle stesse regole giuridiche: queste non forniscono ragioni per la loro propria applicazione. La decisione di applicare il diritto può essere *motivata* da ragioni prudenziali, ma è ovvio che i giudici non possono *giustificare* decisioni che toccano terzi sulla base di considerazioni fondate sul loro interesse personale. I giudici, come tutte le altre persone moralmente responsabili, non possono sottrarsi alla giustificazione delle loro decisioni, di fronte a se stessi o di fronte ad altri, sulla base di ragioni morali. Generalmente si avranno forti ragioni morali per applicare le norme di un sistema giuridico vigente; ma si daranno casi eccezionali nei quali queste ragioni sono controbilanciate da ragioni morali che spingono in una direzione differente. Questa situazione ineludibile da parte dei giudici fa sì che essi tendano, più di quanto lo facciano altri, a considerare il diritto come il prolungamento di concezioni morali da loro considerate valide, e le norme giuridiche come quelle norme che è moralmente giustificato riconoscere ed applicare.

Il punto di vista dei cittadini e dei giudici di fronte al diritto contrasta notevolmente con quello di quanti svolgono le funzioni, non di destinatari delle norme giuridiche, ma di produttori di queste. Da quest'ultimo punto di vista, il diritto appare come uno *strumento* – anche se uno strumento che non si piega a qualsiasi uso – per ottenere effetti sociali che si considerano desiderabili. Come abbiamo già visto, questo strumento funziona principalmente, benché non esclusivamente, come una tecnica di motivazione – del tipo della propaganda, per esempio – che fa appello tanto alla coscienza della gente quanto al suo interesse individuale. Anche il diritto può interporre ostacoli fisici a certi comportamenti grazie all'intervento di funzionari che, a loro volta, sono motivati dal diritto ad agire in un certo modo. Come strumento per ottenere mutamenti sociali di diversa natura, il diritto è il riflesso di ideologie e opinioni valutative dominanti, e subisce i condizionamenti di differenti gruppi di pressione e di varie circostanze economiche e sociali. Gli effetti sociali che si perseguono tramite il diritto sono talvolta diretti – quando la mera conformità alle sue norme costituisce

l'effetto cui si mira – altre volte sono indiretti, quando gli effetti si producono per il tramite di abitudini che esso produce, o di mezzi che esso fornisce, o di istituzioni che esso crea.

L'interpenetrarsi fra diritto e visioni del mondo dominanti, concezioni etiche vigenti, circostanze sociali ed economiche, pressioni di differenti gruppi sociali, relazioni fra quanti controllano i diversi fattori della produzione economica, e così avanti, fa sì che il diritto non possa essere trascurato dagli studiosi della realtà sociale – come antropologi, sociologi, scienziati politici – e costituisca spesso uno specchio nel quale si riflettono gli aspetti fondamentali della società che interessa loro analizzare. Da questo punto di vista, il diritto importa solo in quanto si traduca effettivamente in regolarità di comportamento e in attitudini ed aspettative generalizzate che permettono di spiegare differenti fenomeni sociali. Certamente non è quanto prescrivono le norme giuridiche ciò che interessa, né quale sia la loro giustificazione, e neppure quali reazioni degli organi giuridici sia possibile prevedere: ma piuttosto quali siano i fattori che condizionano il dettato di tali norme e le reazioni in questione, come esse siano percepite dalla comunità e quali siano le trasformazioni sociali ed economiche che il “diritto in azione” (per servirsi dell'espressione usata da Alf Ross) genera.

Il punto di vista degli avvocati è radicalmente diverso dal precedente. Gli avvocati, come dicono Henry Hart e Albert Sachs, sono «architetti di strutture sociali». Essi prefigurano differenti combinazioni di comportamenti possibili entro la cornice dell'ordinamento giuridico. Ciò si percepisce chiaramente nel ruolo giocato dagli avvocati nel redigere contratti, atti costitutivi di società, testamenti, regolamenti, e così avanti; qui l'avvocato deve prevedere quali sono le possibili circostanze sopravvenienti e l'eventuale condotta dei differenti attori, progettando, sullo sfondo dell'ordine giuridico generale, uno schema per incanalare gli effetti di queste circostanze ed azioni. Questa funzione di architetto di strutture di condotta si avverte anche nel ruolo che l'avvocato svolge nel fornire consulenze circa i diversi corsi di azione consentiti dal diritto vigente: e questo tanto se il cliente vuole conoscere le possibili controindicazioni giuridiche nei differenti casi per ragioni prudenziali, quanto se vuole conoscerle per ragioni morali. Questa funzione degli avvocati, d'altra parte, traspare chiaramente anche dal loro compito di assistere le parti in giudizio, che consiste essenzialmente nel rappresentare ai giudici il “mondo possibile” più favorevole al loro cliente che sia compatibile con le leggi vigenti e con le prove fornite; in questo caso la rappresentazione dell'avvocato si proietta non verso il futuro ma verso il passato. In tutte queste funzioni il diritto si presenta agli avvocati come un ambito relativamente fisso,

come un dato di cui tenere conto per calcolare le possibilità d'azione. Le norme giuridiche sono per l'avvocato qualcosa di paragonabile alle leggi della prospettiva per un pittore o alle leggi di resistenza dei materiali per l'ingegnere e l'architetto: rappresentano un limite ai progetti alternativi che possono essere perseguitati, e un fondamento su cui contare per ottenere gli effetti desiderati.

È materia di discussione quale sia la prospettiva nei confronti del diritto che è tipica dei giuristi teorici: in particolare, se essi abbiano un punto di vista loro proprio o se ricevano di seconda mano la visione del diritto caratteristica dei giudici, o dei legislatori, o degli avvocati, o dei sociologi, o dell'"uomo cattivo" mosso soltanto da ragioni prudenziali. Vi sono aspetti del diritto che assumono maggiore rilevanza dall'una o dall'altra di queste prospettive, e che appaiono interessanti per il giurista accademico. Per esempio, questi non può trascurare di stabilire quale sia il diritto in azione di una determinata comunità, quali fattori sociali abbiano contribuito alla sua formazione, quale sia la sua efficacia strumentale per il conseguimento degli effetti perseguiti, quale sia la giustificazione morale delle sue disposizioni e quali alternative sarebbero più soddisfacenti dal punto di vista valutativo, quali strutture di relazioni giuridiche e di decisioni giudiziali possibili il diritto vigente consenta di fronte a diverse circostanze: e così avanti.

È ovvio che l'adozione di ognuno di questi punti di vista differenti rispetto al diritto incide sulla portata del concetto di diritto che si impiega, sul significato e sulla funzione del linguaggio utilizzato per formulare le affermazioni caratteristiche del punto di vista in questione, sulla percezione delle difficoltà e delle possibilità offerte dalla manipolazione del diritto, sulla determinazione della forma assunta dalla conoscenza giuridica, e simili.

Nelle pagine che seguono cercheremo di mantenere, per quanto possibile, una certa distanza dai punti di vista appena menzionati, ponendoci una serie di domande che sono fondamentali per la comprensione e il trattamento del fenomeno giuridico da una qualsiasi di queste prospettive. Come si impiega di fatto, e come conviene che si impieghi, la parola "diritto"? A che tipo di fenomeni fa riferimento? Quali sono le unità fondamentali di cui si compone un sistema giuridico? Come si identifica un sistema giuridico esistente, distinguendolo dai sistemi normativi non giuridici, da altri sistemi giuridici o da sistemi giuridici non esistenti? Qual è la portata dei concetti fondamentali che permettono di far riferimento al fenomeno giuridico? Quali difficoltà si presentano nell'applicazione di norme giuridiche generali a casi particolari? Vi è una "scienza" specifica per conoscere e controllare i fenomeni giuridici? Qual è la relazione fra i principi morali

che consideriamo validi e l'ordinamento giuridico? Come si determinano i principi morali da considerarsi validi? Quali sono tali principi? Quali sono le loro implicazioni per istituzioni giuridiche diverse?

Il compito di rispondere a tutte queste domande, e a molte altre legate ad esse, non è facile; anche solo il tentativo di rispondere, peraltro, non può non risultare fruttuoso, perché cominciare a comprendere la struttura, il funzionamento e le possibilità di perfezionamento della macchina del diritto equivale a cominciare a intravedere la complessa trama del tessuto sociale entro il quale si svolge la vita umana.

## I

### La definizione del diritto

#### 1. *La domanda "cos'è il diritto?"*

Questa domanda, forse, è quella che produce maggiori attriti e disorientamento fra i giuristi. Non finisce di sorprendere, in effetti, il fatto che gli studiosi del diritto incontrino tante difficoltà, e dissentano così vistosamente, quando cercano di identificare e classificare i fenomeni al cui studio hanno dedicato tutta la loro vita: fenomeni che, oltretutto, non appaiono affatto misteriosi, né sembrano richiedere speciali tecniche di osservazione. Di certo né i fisici né i chimici né gli storici, né altri ancora, se dovessero definire l'oggetto dei loro studi, incontrerebbero tutte le difficoltà incontrate dai giuristi: nella maggior parte dei casi basterebbe loro indicarci alcuni oggetti o fenomeni, o fornirci qualche breve spiegazione, per trasmetterci un'idea più o meno precisa di ciò che studiano.

Che i giuristi non possano risolvere il problema con altrettanta semplicità non dipende, quasi sicuramente, da una loro incapacità professionale, e neppure dalla circostanza che il diritto sia così straordinariamente complesso, elusivo e mutevole da sfuggire a qualsiasi definizione. Oso avanzare l'ipotesi che le difficoltà incontrate da giuristi e non giuristi nella definizione di "diritto" dipendano dall'adesione a una determinata concezione del rapporto fra linguaggio e realtà: concezione che impedisce di avere un'idea chiara dei presupposti, delle tecniche e delle conseguenze da prendere in considerazione quando si definisce un'espressione linguistica quale, nel nostro caso, "diritto".

Nel pensiero teorico, e in quello giuridico più che in qualsiasi altro, sopravvive infatti la concezione platonica dei rapporti fra linguaggio e realtà. Si pensa, cioè, che i concetti riflettano una pretesa essenza delle cose, e che le parole siano meri strumenti per l'espressione dei concetti. Ciò presuppone che la relazione fra i significati delle espressioni linguistiche e la realtà consista in una connessione necessaria, che gli uomini non possono creare o cambiare, ma solo riconoscere, inve-

stigando gli aspetti essenziali della realtà che devono ineluttabilmente essere racchiusi nei nostri concetti.

Questa concezione sostiene che vi è una sola definizione valida per una parola, che tale definizione si ottiene per intuizione intellettuale della natura intrinseca dei fenomeni denotati dall'espressione, e che il compito di definire un termine è, di conseguenza, descrittivo di certi fatti. Hermann Kantorowicz si riferisce nel modo seguente alla concezione che stiamo commentando, da lui denominata *realismo verbale*:

Molti sistemi – il platonismo antico, il realismo scolastico, la moderna fenomenologia – sono basati sulla credenza che, per mezzo di un processo d'intuizione intellettuale o mistica, si possano trovare concetti dotati di verità essenziale o "necessità", perché essi, ed essi soli, sono i concetti di ciò che costituisce l'essenza immutabile delle cose, il loro *Wesen* assoluto che le distingue da tutte le altre cose. Se ciò fosse vero, se, per esempio, esistesse qualcosa come la "essenza" del diritto, allora, invero, bisognerebbe ammettere che, fra i molti significati del termine "diritto", quello indicante l'essenza, e la definizione che incorpora questo significato, e solo questo significato e questa definizione, sarebbero "veri". Ed effettivamente così riteneva quasi tutto il pensiero giuridico medievale e orientale, e persino taluni giuristi moderni scrivono come se fra il nome di una "cosa" (ossia qualunque oggetto di pensiero) e la cosa nominata vi fosse un nesso metafisico che sarebbe pericoloso e sacrilego negare. In tal modo essi mostrano di non essersi ancora liberati dell'antica, anzi preistorica, credenza nella magia delle parole (H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, p. 40).

A questa concezione del rapporto fra linguaggio e realtà se ne oppone un'altra, detta *convenzionalistica*, e sostenuta dalla cosiddetta *filosofia analitica*. I filosofi analitici ritengono che la relazione fra il linguaggio – concepito come un sistema di simboli – e la realtà sia stata stabilita arbitrariamente dagli uomini; benché vi sia per lunga consuetudine accordo a denominare certe cose con certi nomi, nessuno è costretto, né per ragioni logiche né per ragioni empiriche, a seguire gli usi vigenti: si può scegliere qualsiasi simbolo per fare riferimento a qualsiasi classe di cose, e si possono anzi costruire le classi di cose che ci risultino più convenienti.

Secondo la filosofia analitica, solo le cose hanno proprietà che possono dirsi *essenziali*, nella misura in cui gli uomini facciano di tali proprietà condizioni necessarie per l'uso di una parola: decisione che, naturalmente, può variare nel tempo. Secondo un modo di pensare abbastanza comune, quando incontriamo una parola, per esempio "diritto", dobbiamo darle un certo significato se vogliamo descrivere i fenomeni da questa denotati, poiché non sarebbe possibile descrivere, per esem-

pio, il diritto italiano, senza sapere che cosa “diritto” significhi.

D'altra parte, senza pregiudicare la possibilità di stipulare un significato originale, o più preciso, per la parola che prendiamo in considerazione, conviene indagare il suo significato nel linguaggio ordinario: in questo modo si possono infatti scoprire distinzioni concettuali importanti, da noi presupposte inconsapevolmente, e che non si possono ignorare senza sollevare pseudoproblemi filosofici. In questo modo, la caratterizzazione del concetto di diritto si sposterà dall'oscura e vana ricerca della natura o essenza del diritto all'indagine sui criteri vigenti nell'uso comune per l'impiego della parola “diritto”; e se, prescindendo da questa analisi o per mezzo di essa, arriviamo alla conclusione che il nostro sistema teorico richiede la stipulazione di un significato di “diritto” più preciso di quello ordinario, la stipulazione non sarà guidata da un test di verità finalizzato ad attingere essenze metafisiche, bensì da un criterio di opportunità teorica e di convenienza comunicativa.

Benché questa seconda concezione si diffonda ogni giorno di più nel pensiero filosofico, non è comune che i giuristi aderiscano ad essa: ciò che incide non poco sulle difficoltà e sulle dispute per definire “diritto”. Vi sono autori i quali pretendono che possa darsi solo un *unico e vero* concetto di diritto, e che s'impancano in gravi meditazioni sull'essenza di questo senza prestare attenzione all'uso ordinario dell'espressione, sdegnando altresì la stipulazione di un significato che sia teoricamente fruttuoso. Vi sono giuristi i quali non avvertono che una cosa è definire una parola e un'altra descrivere la realtà, e che ci parlano del concetto di diritto come se avessero scoperto gli aspetti più profondi della seconda. Tutto ciò, naturalmente, pregiudica l'identificazione dei fenomeni giuridici, e provoca dispute sterili e difficoltà artificiali.

D'altra parte, la sostituzione della ricerca della “vera essenza del diritto” con un'indagine sull'uso della parola “diritto”, nel linguaggio comune e in quello giuridico, non garantisce ancora il conseguimento di una caratterizzazione del concetto di diritto dai profili chiari e definiti, e tale da soddisfare precise esigenze di operatività teorica. Di fatto, l'uso ordinario della parola “diritto”, come quello di molte altre parole, presenta alcuni inconvenienti che producono di solito una serie di equivoci nelle discussioni fra i giuristi.

La parola “diritto” è *ambigua*, e come se non bastasse presenta la forma peggiore di ambiguità, che non è la mera sinonimia accidentale – come nel caso di “credenza” o di “pesca” – ma il fatto di presentare diversi significati inestricabilmente connessi fra loro.

Consideriamo le tre frasi seguenti:

- 1) “Il *diritto* italiano non prevede la pena di morte”.
- 2) “Ho *diritto* a vestirmi come mi pare”.
- 3) “Il *diritto* è una delle discipline teoriche più antiche”.

Nella *prima* frase, “diritto” si riferisce a ciò che, con maggior precisione, si chiama il *diritto oggettivo*, ovvero un ordinamento o sistema di norme (per esempio, un insieme di leggi, decreti, consuetudini, sentenze e così avanti). Nella *seconda*, “diritto” è impiegato nel senso di *diritto soggettivo*, ovvero come facoltà, prerogativa, permesso, possibilità, e così via. Nella *terza* frase, la parola “diritto” si riferisce alla *dottrina (investigación)*: allo studio della realtà giuridica che ha come proprio oggetto il diritto negli altri due sensi (circostanza davvero deplorabile, che la stessa parola designi tanto l’oggetto di uno studio quanto lo studio di un oggetto!). In generale, per evitare confusioni, ci si accorda affinché “diritto”, senza ulteriori qualificazioni, designi l’ordinamento giuridico, e che per gli altri significati si usino le locuzioni “diritto soggettivo” e “scienza giuridica”. Molti giuristi, tuttavia, sono vittima di una confusione fra questi tre significati.

La parola “diritto” risulta inoltre *vaga*. Prendendo in considerazione l’uso ordinario, non è possibile indicare caratteristiche che debbano darsi in tutti i casi in cui la parola viene usata. Alcuni, come vedremo nel capitolo III, hanno pensato alla coattività come caratteristica che nel linguaggio comune si esige in tutti i casi di impiego di “diritto”. Ma si dà il caso che interi settori della realtà giuridica non presentino questa caratteristica in modo rilevante (basti pensare alla maggior parte del codice civile). Altri hanno proposto come proprietà necessaria del concetto di diritto che si tratti di direttive promulgate da una qualche autorità: dimenticando però le consuetudini, che evidentemente non presentano questa proprietà. Vi è anche chi ha scelto, come necessaria per l’uso di “diritto”, la caratteristica per la quale esso consisterebbe in tutti i casi di regole generali: ma si è subito imbattuto nel controesempio rappresentato dalle decisioni dei giudici, che sono evidentemente norme particolari.

Non è affatto strano che una parola presenti questo tipo di vaghezza nell’uso ordinario. Certo, per molti giuristi imbevuti di spirito essenzialista, questo sembra un osso duro da rodere: essi continuano a ritenere che debba necessariamente esservi qualcosa di nascosto o misterioso a connettere fra loro tutti i fenomeni giuridici, e fanno sforzi disperati per trovarlo, formulando favolette seducenti per farci credere di averlo trovato.

Il riconoscimento dell’indeterminatezza della parola “diritto” nell’uso ordinario non vuol dire che siamo vincolati a rispettare tale impre-

cisione: possiamo anche ridefinire il termine nel quadro di un sistema teorico che sia privo di tale vaghezza. In certi contesti, ovviamente, abbiamo bisogno di attribuire alla parola “diritto” un significato che sia il meno vago possibile; questo, però, ci obbliga naturalmente a indicare come necessario un insieme di caratteristiche che non è tale nel linguaggio comune, costringendoci a escludere dal denotato di “diritto” alcuni fenomeni normalmente designati da questa parola.

L’ultimo inconveniente di “diritto” nel linguaggio comune è la sua *carica emotiva*. Le parole non servono soltanto per riferirsi a cose o fatti e per indicare proprietà: a volte vengono usate anche per esprimere emozioni e per produrle negli altri. Vi sono parole che hanno esclusivamente questa funzione (come “ah” e “hurrà”); altre hanno sia significato descrittivo sia significato emotivo (per esempio “democrazia” e “bastardo”); altre ancora hanno solo significato conoscitivo (come “triangolo” e “portapenne”).

“Diritto” è una parola con significato emotivo favorevole. Qualificare nei suoi termini un fenomeno sociale equivale a insignirlo di un titolo onorifico e ad attirare su di esso atteggiamenti favorevoli da parte della gente. Quando una parola ha una carica emotiva, questa pregiudica il suo significato conoscitivo. La gente, infatti, estende o restringe l’uso del termine per abbracciare con esso, o per espellere dalla sua denotazione, i fenomeni che rispettivamente apprezza o rifiuta, a seconda del carattere favorevole o sfavorevole del suo significato emotivo. Ciò produce una grave imprecisione nell’area di riferimento dell’espressione, e nel caso di “diritto” spiega molte delle differenze che corrono fra le definizioni fornite dai giuristi. Qui di seguito consideriamo più dettagliatamente questo aspetto, che si connette alla vecchia polemica fra giusnaturalismo e positivismo giuridico circa il concetto di diritto.

## 2. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*

Ovviamente, le connotazioni emotive della parola “diritto” sono dovute al fatto che i fenomeni giuridici sono strettamente connessi a valori morali, e segnatamente al valore della giustizia: la gente tende ad assumere atteggiamenti emotivi tutte le volte che entrano in gioco problemi morali. Stando così le cose, una vasta corrente di pensiero ha sempre ritenuto o sostenuto che la relazione fra il diritto e la morale debba necessariamente riflettersi nel concetto di diritto. Certo, l’idea che vi sia una relazione essenziale fra il diritto e la morale presenta molte varianti, non tutte rilevanti per la caratterizzazione del concetto

di diritto. Occorre peraltro menzionare almeno alcune delle tesi più comuni secondo le quali vi è una connessione o associazione importante fra il diritto e la morale.

1) Di fatto, le norme di ogni sistema giuridico riflettono i valori e le aspirazioni morali della comunità nella quale vigono, o dei gruppi di potere che concorrono direttamente o indirettamente a dettarle.

2) Le norme di un sistema giuridico debbono conformarsi a certi principi morali e di giustizia che sono universalmente validi, a prescindere dal fatto che essi siano accettati o meno dalla società nella quale norme cosiffatte si applicano.

3) Le norme di un sistema giuridico devono riconoscere e rendere effettive le regole morali vigenti in una società, quale che sia la validità di tali regole dal punto di vista di una morale critica o ideale.

4) Non è possibile formulare una distinzione concettuale netta fra le norme giuridiche e le norme morali vigenti in una società.

5) Di fatto, i giudici applicano nelle loro decisioni non solo norme giuridiche, ma anche norme e principi morali.

6) I giudici devono far ricorso a norme o principi morali per risolvere le questioni non chiaramente risolte dalle norme giuridiche.

7) I giudici devono rifiutarsi di applicare le norme giuridiche radicalmente confliggenti con fondamentali principi morali e di giustizia.

8) Se una regola costituisce anche una norma di un sistema giuridico, ha forza obbligatoria morale, quale che sia la sua origine o il suo contenuto, e deve essere applicata dai giudici e obbedita dalla gente.

9) La scienza giuridica deve assumersi il compito di formulare principi di giustizia applicabili a diverse situazioni giuridicamente rilevanti, e valutare sino a che punto le norme giuridiche vigenti soddisfino tali principi e possano essere interpretate in modo da conformarsi alle loro esigenze.

10) Per identificare un sistema normativo come ordinamento giuridico, e una regola come una norma giuridica, non basta verificare che il sistema o la regola soddisfino certe condizioni di fatto, ma deve in più accertarsi la loro adeguatezza a principi morali e di giustizia: un sistema o una regola che non si conformino a tali principi non possono dirsi giuridici.

Queste diverse tesi circa la relazione rilevante fra diritto e morale sono, nella maggior parte dei casi, indipendenti fra loro e non sempre mutuamente compatibili. D'altra parte, non tutte presentano lo stesso carattere logico. Alcune sono di natura fattuale e ambiscono a descrivere ciò che succede nella realtà; altre sono di tipo valutativo o normativo e sono dirette a fissare ciò che deve o non deve farsi; altre, infine,

sono di tipo concettuale e vertono sulla caratterizzazione o definizione di certe nozioni, come quelle di sistema giuridico o di norma giuridica.

La vecchia polemica fra *giusnaturalismo* e *positivismo giuridico* attiene alla relazione fra diritto e morale. Una descrizione semplicistica del contenuto di questa polemica direbbe che, mentre per il giusnaturalismo vi è un nesso intrinseco fra diritto e morale, il positivismo giuridico nega tale nesso. Abbiamo appena visto, però, che vi sono modi assai diversi di sostenere che vi sia un legame importante fra diritto e morale. Non si può pensare che il giusnaturalismo affermi tutte le dieci tesi appena esposte, e che il giuspositivismo si opponga a tutte. Ma allora, qual è la tesi circa la relazione fra diritto e morale che il giusnaturalismo difende e che il giuspositivismo contesta?

Per cominciare a rispondere a questa domanda, propongo di assistere alla rappresentazione idealizzata di una decisione giudiziale: rappresentazione ispirata ai processi effettivamente celebrati dagli Alleati – le nazioni vincitrici della seconda guerra mondiale – per giudicare i gerarchi nazisti che avevano partecipato a differenti misfatti commessi durante il regime di Hitler (quali stermini di intere popolazioni, torture, privazione della libertà di innocenti, deportazioni, sperimentazioni mediche su esseri umani vivi, aggressioni ingiuste contro altre nazioni e simili). Questa rappresentazione avrà il pregio di rendere più concreto il dibattito fra giuspositivismo e giusnaturalismo, nonché di richiamare l'attenzione sul fatto che la posizione assunta in questa disputa può avere conseguenze pratiche molto significative. Per ragioni di semplicità espositiva, quella che segue sarà solo la ricostruzione fittizia di una sentenza che avrebbe potuto essere pronunciata in uno di questi procedimenti; non si pretende di rispettare la verità storica circa gli argomenti effettivamente adottati dai giudici in tali processi; qualsiasi corrispondenza con la realtà sarà, dunque, pressoché casuale.

Si riunisce nella città di Norimberga, il 25 novembre 1945, il Supremo Tribunale delle Forze Alleate, al fine di deliberare nel processo contro i detenuti qui presenti, per la presunta commissione di crimini di guerra e contro l'umanità. Dopo aver ascoltato gli argomenti dell'accusa e quelli della difesa, e dopo aver raccolto le prove a carico e a discarico, i componenti del tribunale si esprimono nei termini seguenti.

Il giudice Sempronio: «Stimati colleghi, siamo qui riuniti per giudicare un gruppo di persone che hanno partecipato attivamente a produrre quello che è stato, senza alcun dubbio, il fenomeno sociale e politico più aberrante della storia dell'umanità. Abbiamo testimonianza di altri fatti storici, distanti o meno (come le “purghe” in uno dei regimi rappresentati in questo tribunale), nei quali determinati individui pianificarono distruzione, morte e sofferenza per vasti gruppi umani. Difficilmente, però, potrà citarsi un evento precedente comparabile ai fatti che gli uomini oggi seduti sul banco degli

accusati hanno contribuito a scatenare. Gli esseri umani colpiti direttamente o indirettamente dalle azioni criminali di questi individui sono stati decine di milioni. Mossi da un messianismo delirante, spinti da una fede fanatica nella superiorità di una determinata razza e nella vocazione al dominio sul mondo di un determinato popolo e del suo capo, questi individui hanno inflitto ai loro simili mali e sofferenze mai neppure immaginati, neppure dagli scrittori che hanno esercitato la loro fantasia a fornire una rappresentazione icastica del castigo eterno. Questi uomini hanno creato un autentico inferno nella vasta regione del mondo nella quale le loro armate si sono imposte. Basti ricordare uno dei molti fatti che sono stati provati in questo lungo processo: la richiesta da parte di un laboratorio di “ricerche scientifiche” di un certo numero di cadaveri di lattanti al fine di realizzare un esperimento che avrebbe contribuito allo sviluppo di una “nuova scienza ariana”, e il successivo adempimento della richiesta da parte di alcuni degli imputati, tramite sterminio di bambini di madri ebreie internate in uno dei campi di concentramento. Questi sono i fatti che oggi siamo chiamati a giudicare, decidendo se essi reclamino, come richiesto dall'accusa, l'irrogazione di una pena agli imputati per i crimini provati dinanzi a questo tribunale. Nessuno dei difensori degli imputati nega i fatti sui quali si fonda l'accusa: semmai contesta la qualificazione giuridica che li renderebbe punibili. In sintesi, la difesa avanza la tesi seguente: questi individui hanno commesso fatti che, quale che sia il loro valore o disvalore morale, sono stati perfettamente legittimi rispetto all'ordinamento giuridico del tempo e del luogo in cui furono commessi. Gli imputati, secondo questa tesi, erano funzionari statali che operavano in perfetta conformità con norme giuridiche vigenti, dettate da organi legittimi dello Stato nazionalsocialista. Non solo essi erano autorizzati a fare quello che hanno fatto, ma in alcuni casi erano giuridicamente obbligati a farlo. La difesa ci ricorda un principio elementare di giustizia, accettato da molto tempo nella civiltà che noi rappresentiamo e che lo stesso regime nazista ha disconosciuto: questo principio, formulato di solito con l'espressione latina *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, vieta di irrogare una sanzione per un atto che non era proibito dal diritto al momento della sua commissione. La difesa sostiene che, se punissimo gli imputati, violeremmo questo principio liberale, visto che gli atti oggetto del presente giudizio non erano punibili secondo il diritto vigente nel tempo e nel luogo della loro commissione. Egregi colleghi: credo che uno dei servizi più importanti che questo tribunale possa rendere all'umanità consista nel contribuire a confutare una volta per tutte l'assurda e atroce concezione del diritto implicita nella tesi della difesa. Questa concezione sostiene che siamo di fronte a un sistema giuridico tutte le volte che un gruppo di uomini riesce a imporre un certo insieme di norme in una determinata società e dispone della forza sufficiente per farle obbedire, quale che sia il valore morale di tali norme. Ciò ha prodotto l'oscuro motto “la legge è la legge”, che è servito a giustificare l'oppressione più aberrante. Sin dall'antichità, pensatori di enorme lucidità hanno dimostrato con argomenti decisivi la falsità di questa idea. Al di sopra delle norme dettate dagli uomini vi è un insieme di principi morali universalmente validi e immutabili, i quali stabiliscono criteri di giustizia e diritti fondamentali insiti nella stessa natura umana. Que-

sti principi comprendono il diritto alla vita, all'integrità fisica, all'espressione di opinioni politiche, all'esercizio di culti religiosi, alla non discriminazione per ragioni razziali o simili, all'immunità da sanzioni che non siano state precedute da un giusto processo. Tale insieme di principi costituisce ciò che si usa chiamare "diritto naturale". Le norme positive dettate dagli uomini costituiscono diritto solo nella misura in cui si conformano al diritto naturale e non lo contraddicono. Quando ci troviamo di fronte un sistema di norme che sta in opposizione così flagrante con i principi del diritto naturale come l'ordinamento nazista, chiamarlo diritto comporterebbe snaturare in modo grottesco il senso normale di questo sacro nome. Che differenza vi è, infatti, fra le norme di questo ordinamento e quelle di una organizzazione criminale come la mafia, se non che le prime disconoscono in forma ancora più radicale ed estrema i principi fondamentali del diritto e della morale? La tesi della difesa comporterebbe che i giudici chiamati a giudicare i membri di un'organizzazione criminale dovrebbero farlo in conformità alle regole interne di tale organizzazione, e non in conformità a principi giuridicamente validi. Se accettassimo questa tesi, ci troveremmo nella grottesca situazione di aver vinto il mostruoso regime nazista con "sangue, sudore e lacrime", per poi trovarci ad applicare le norme promulgate da questo stesso regime per assolvere qualcuno dei suoi principali gerarchi: i vincitori, cioè, si sottometterebbero alle norme dei vinti. Non essendo le regole del regime nazista autentiche norme giuridiche, esse non valgono a legittimare gli atti eseguiti in conformità ad esse. Al contrario, tali atti costituiscono palesi violazioni delle norme più elementari del diritto naturale: un diritto che esisteva al tempo in cui tali atti furono commessi, così come esiste ora ed esisterà sempre. Quindi, risulta assurda la pretesa della difesa secondo la quale condannare gli imputati implicherebbe la violazione del principio "nessuna pena senza una legge precedente che proibisca l'atto punito": vi è una legge eterna che proibisce tali atti, ed è questa la legge che applicheremmo sottomettendo gli imputati alla giusta punizione. Di conseguenza, voto per la condanna degli imputati».

Il giudice Caio: «Condivido le valutazioni morali dell'egregio giudice che mi ha preceduto nei confronti dei fatti sui quali questo tribunale supremo deve deliberare. Anch'io ritengo che essi costituiscano forme di comportamento umano estremamente aberranti, senza precedenti nella storia quanto a proporzioni. Nel formulare questo giudizio non parlo come giudice, ma come essere umano, e come cittadino di una nazione civile che ha contribuito a sradicare il regime che ha reso possibili queste atrocità. Il problema, però, è se ci sia permesso, nella nostra qualità di giudici, far valere questi giudizi morali per giungere a una decisione in questo processo. I giudizi morali, compresi quelli che ho appena formulato, sono relativi e soggettivi. Storici, sociologi e antropologi hanno mostrato come siano mutati e come continuino a mutare i valori morali in diverse società e in diverse epoche storiche. Ciò che viene considerato abominevole da un certo popolo in una certa epoca, viene giudicato perfettamente legittimo e ragionevole da un altro popolo, in epoca o luogo differente. Ora, possiamo negare che il nazismo abbia prodotto una vera e propria concezione morale, nella quale, in Germania, credevano sinceramente grandi masse popolari? Non vi è alcun