



MIMESIS

QUADERNI DEL LABORATORIO KELSEN

N. 4

Collana già diretta da *Alfonso Catania*

COMITATO SCIENTIFICO

Laura Bazzicalupo (*Università degli Studi di Salerno*)

Valeria Giordano (*Università degli Studi di Salerno*)

Francesco Mancuso (*Università degli Studi di Salerno*)

Geminello Preterossi (*Università degli Studi di Salerno*)

Antonio Tucci (*Università degli Studi di Salerno*)



LE METAMORFOSI DEL DIRITTO

Studi in memoria di Alfonso Catania

A cura di
Francesco Mancuso,
Geminello Preterossi e Antonio Tucci



MIMESIS
Quaderni del laboratorio Kelsen

© 2013 – MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
Collana: *Quaderni del laboratorio Kelsen* n. 4
Isbn 9788857517803
www.mimesisedizioni.it
Via Risorgimento, 33 – 20099 Sesto San Giovanni (MI)
Telefono +39 02 24861657 / 24416383
Fax: +39 02 89403935
E-mail: mimesis@mimesisedizioni.it

INDICE

INTRODUZIONE 11

DECISIONE E NORMA

Francesco De Sanctis
L'AMICO, IL COLLEGA, IL MAESTRO 15

Roberto Esposito
LE METAMORFOSI DEL DIRITTO A PARTIRE DAGLI STUDI
DI ALFONSO CATANIA 27

Vincenzo Ferrari
RICORDO DI ALFONSO CATANIA, AMICO E STUDIOSO 31

Francesco Viola
ALFONSO CATANIA: UN GIUSPOSITIVISTA MAI PENTITO 33

Francesco Riccobono
«SULL'ABISSO DEL SENTIMENTO DI OBBLIGAZIONE»
Note sul potere motivante delle norme giuridiche
attraverso la riflessione di Alfonso Catania 47

Carla Faralli
DIRITTO E REALTÀ
Alfonso Catania tra Kelsen e Hart 57

Silvana Castignone
ANCORA SU 'DIRITTO E FORZA': HÄGERSTRÖM, UN PRECURSORE? 65

<i>Realino Marra</i> VERSO UNA DOTTRINA SOCIALE DELLO STATO Brevi note su diritto e forza in Jhering	73
<i>Gian Paolo Trifone</i> ALFONSO CATANIA INTERPRETE DI SANTI ROMANO	83
<i>Giulia Maria Labriola</i> STATO DI ECCEZIONE FRA DECISIONE E NORMA Una nota	91
<i>Giovanni Bisogni</i> CHE COSA È RIMASTO DELLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO <i>oggi?</i>	97
<i>Stefano Pietropaoli</i> IL MOMENTO DELLA DECISIONE Sul normativismo <i>ben temperato</i> di Alfonso Catania	107
RICONOSCIMENTO ED EFFETTIVITÀ	
<i>Angelo Abignente</i> EMPATIA, SCIENZA, DIRITTO: IN DIALOGO CON ALFONSO	119
<i>Maria Rosaria Ferrarese</i> TEORIA GIURIDICA E INTELLIGENZA SOCIOLOGICA	125
<i>Eligio Resta</i> DIRE, DOMANDARE, RISPONDERE	137
<i>Mauro Barberis</i> EFFETTIVITÀ, LEGITTIMITÀ E IDENTIFICAZIONE Sulle tracce di Alfonso Catania	149
<i>Baldassare Pastore</i> SPAZIO GLOBALE, TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO, ISTITUZIONI GIUDIZIARIE	161
<i>Paolo Comanducci</i> ALFONSO CATANIA: UN TEORICO DEL DIRITTO DEL NOVECENTO	165

<i>Paola Giordano</i>	
I NUOVI CONFINI DEL POSITIVISMO GIURIDICO	
Una riflessione a margine degli scritti di Alfonso Catania	175
<i>Giorgio Pino</i>	
SUL CONCETTO DI EFFICACIA	181
<i>Antonio Tucci</i>	
'METAMORFOSI' DELLA NORMATIVITÀ	187
<i>Valeria Giordano</i>	
LA 'FORBICE' TRA NORMATIVITÀ E FATTUALITÀ	
Il diritto è un'ipotesi?	195
<i>Emma Russo</i>	
LA DIMENSIONE COMUNICATIVA DEL DIRITTO IN ALFONSO CATANIA	203
OBBLIGO POLITICO E OBBLIGO GIURIDICO	
<i>Carlo Galli</i>	
IL CODICE ROCCO E NOI	211
<i>Maurizio Fioravanti</i>	
LEGGE E COSTITUZIONE NELL'EPOCA DEL DIRITTO PUBBLICO STATALE	221
<i>Giorgio Rebuffa</i>	
LE METAMORFOSI DEL DIRITTO A PARTIRE DAGLI STUDI	
DI ALFONSO CATANIA: SOVRANITÀ E GIURIDICITÀ	245
<i>Massimo La Torre</i>	
FUTURO E METAMORFOSI DELLA DEMOCRAZIA	251
<i>Virginio Marzocchi</i>	
DIRITTO E DEMOCRAZIA	267
<i>Paolo Becchi</i>	
DUE ASPETTI DELLA CRISI DEL POSITIVISMO GIURIDICO	273

Geminello Preterossi
TRA DIRITTO E POLITICA: LA LEZIONE DI UN GIUSPOSITIVISTA CRITICO 277

Francesco Mancuso
QUALE NICHILISMO? 283

Anna Cavaliere
SUL FONDAMENTO DELLA POLITICA:
STATO DI NATURA, POTERE E DIRITTO IN HOBBS 295

LA CRISI DELL'ETÀ DEI DIRITTI

Giuseppe Zaccaria
EFFETTIVITÀ E DIRITTO POSITIVO IN UN MONDO GLOBALE 301

Luigi Ferrajoli
L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI NEL PENSIERO DI ALFONSO CATANIA 315

Alessandra Facchi
I DIRITTI UMANI DI FRONTE AL PLURALISMO NORMATIVO:
RICONOSCIMENTO E EFFETTIVITÀ 325

Danilo Zolo
I DIRITTI UMANI, LA DEMOCRAZIA E LA PACE
NELL'ERA DELLA GLOBALIZZAZIONE 337

Tecla Mazzarese
KELSEN FILOSOFO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E POLITICO DEL DIRITTO 347

Jean-François Kervégan
ELEMENTI DI UNA TEORIA ISTITUZIONALE DEI DIRITTI 377

Patrizia Borsellino
LE METAMORFOSI DEL DIRITTO
Un confronto con Alfonso Catania su morale e diritto 399

Maria Laura Lanzillo
PER UNA CRITICA DEL MULTICULTURALISMO
In ricordo di Alfonso Catania 403

<i>Isabel Trujillo</i> ANCORA SU EFFETTIVITÀ E GIUSTIZIA	409
<i>Lorenzo Scillitani</i> SUL PROBLEMA DELLA GARANZIA DEI DIRITTI DELL'UOMO Una riflessione con Alfonso Catania	417
<i>Alfredo D'Attorre</i> I DIRITTI DI FRONTE ALLA METAMORFOSI DEL DIRITTO	423
<i>Mario Dogliani</i> POTERE, TECNICHE E DIRITTO	429



GIORGIO PINO
SUL CONCETTO DI EFFICACIA

Il concetto di efficacia, o di effettività, gioca notoriamente un ruolo centrale nel pensiero di Alfonso Catania, strettamente associato agli altri concetti-chiave del pensiero dell'Autore quali in particolare 'riconoscimento' e 'decisione'.

In questo contributo intendo offrire un tentativo di chiarificazione analitica di questo concetto, tramite una ricognizione dei principali usi di 'efficacia' nel lessico giuridico, inteso quest'ultimo sia come linguaggio delle fonti, sia come linguaggio dei giuristi e dei teorici del diritto: *efficacia* è infatti termine polisenso, che viene usato per designare cose abbastanza diverse tra loro.

Alcune precisazioni si impongono immediatamente. Da un punto di vista lessicale, nella letteratura teorico-giuridica 'efficacia' è di solito riservato al rapporto tra comportamenti e *singole norme*, mentre 'effettività' è riferito all'ordinamento *nel suo complesso*¹. Catania, a sua volta, sceglie di considerare 'efficacia' e 'effettività' talvolta come sinonimi, talaltra come «sfumature molto diverse di un'unica categoria»². Per parte mia, ritengo che sia possibile e anche opportuno usare 'efficacia' e 'effettività' come sinonimi, ma solo relativamente ad uno dei diversi possibili significati di efficacia, tra quelli che individuerò tra breve (il che è come dire che, in fin dei conti, entrambe le scelte lessicali di Catania risultano giustificate).

-
- 1 Cfr. in tal senso P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano 1965; G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Roma 1988; L. D'ANDREA, *Effettività*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, pp. 2118-2123. Pur se in maniera non rigida, tale distinzione lessicale ricorre anche nelle traduzioni italiane di Kelsen: cfr. ad es. *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano 1994, p. 120.
 - 2 Cfr. nel primo senso *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari 1998, p. 97; nel secondo senso *Effettività e modelli di diritto* (2003), in Id., *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Torino 2006, p. 99; *Diritto positivo ed effettività*, Napoli 2009, p. 18

Ciò detto, e al di là delle scelte lessicali, nell'opera di Catania è dedicata attenzione costante ad entrambe le dimensioni dell'efficacia o effettività cui si accennava poco sopra – l'efficacia delle singole norme, e l'efficacia dell'ordinamento nel suo complesso (talvolta definita da Catania 'effettività generale'). Qui però mi occuperò solo della prima questione, l'efficacia delle singole norme, tralasciando quella dell'effettività dell'ordinamento nel suo complesso, per due principali ragioni.

In primo luogo, l'effettività dell'ordinamento presuppone concettualmente l'efficacia delle sue singole norme (anche se non necessariamente l'efficacia *assoluta* di tutte le sue norme). Dunque vi è una priorità concettuale dell'efficacia individuale di singole norme rispetto all'effettività complessiva dell'ordinamento. Priorità *concettuale*, nel senso che la comprensione del concetto di effettività dell'ordinamento segue logicamente alla comprensione del concetto di efficacia delle singole norme. E peraltro, un ordinamento le cui singole norme non siano efficaci cessa di esistere, oppure non è mai esistito (è un ordinamento fittizio, immaginario). Ma non è detto che tale priorità sia anche *causale* – anzi, è alquanto probabile che da un punto di vista causale la relazione sia esattamente da invertire: l'efficacia delle singole norme viene causalmente giustificata e spiegata dall'effettività dell'ordinamento nel suo complesso.

In secondo luogo, però, una analisi dell'efficacia relativa a singole norme non è immediatamente trasferibile al piano dell'ordinamento nel suo complesso. La trasferibilità dell'efficacia delle singole norme all'effettività dell'ordinamento richiede infatti numerose qualificazioni: sui soggetti i cui comportamenti integrano il presupposto per l'effettività dell'ordinamento, sul tipo di norme che devono essere efficaci affinché l'ordinamento sia effettivo³, ecc. Ebbene, non mi è possibile in questa sede esaminare in dettaglio queste ultime questioni – questioni delle quali Catania era perfettamente consapevole, e sulle quali ha adottato una posizione originale anche rispetto ai suoi modelli teorico-giuridici di riferimento, Kelsen e Hart; mi limiterò a segnalare, al riguardo, la maggiore enfasi posta da Catania, nei suoi lavori più recenti, sul riferimento ai comportamenti dei *consociati*, anziché dei soli organi dell'applicazione, e sulla dimensione dell'*uso* delle norme, anziché della mera obbedienza ad esse⁴.

Veniamo adesso alla ricognizione concettuale. Come ho premesso, 'efficacia' è termine polisenso. Una sommaria ricognizione dei principali usi di

3 Su alcune di queste questioni cfr. J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico* (1973), Bologna 1977, pp. 271-277.

4 Cfr. ad es. *Effettività e modelli di diritto*, cit., pp. 103-104; *Diritto positivo ed effettività*, cit., p. 48.

tale termine nel linguaggio giuridico ne porta alla luce i seguenti, principali impieghi.

In un primo senso (efficacia come effettività), l'efficacia di una norma consiste nel dato empirico che la norma sia effettivamente osservata dai suoi destinatari: l'efficacia è, in questo senso, conformità del comportamento concreto, tenuto dai destinatari delle norme, al comportamento indicato in via generale e astratta dalla norma⁵. Questa è l'accezione precipuamente sociologica di efficacia⁶, ed è quella più frequentemente utilizzata da Catania⁷.

In un secondo senso (efficacia come applicabilità), una norma o atto normativo è efficace se ha l'attitudine a produrre i propri effetti tipici. Questo uso di efficacia è presente in espressioni come «questo contratto è valido ed efficace», oppure quando si parla dei criteri di efficacia della legge nello spazio e nel tempo, ed è la nozione di efficacia più frequentemente impiegata dai giuristi positivi, specialmente dai costituzionalisti e dai civilisti⁸.

-
- 5 Per questa definizione di efficacia, Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 24, 39-40; ID., *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino 1990, p. 20; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica* (1958), in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, p. 25; G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino 1984, p. 32; G. TARELLO, *La nozione di diritto positivo* (1977), in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, pp. 210-214; P. NAVARRO, *Validez y eficacia de las norma jurídicas*, in E. GARZÓN VALDÉS-F.J. LAPORTA, *El derecho y la justicia*, Madrid 1996, pp. 209-218; J.J. MORESO-P. NAVARRO, *Applicabilità e efficacia delle norme giuridiche*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino 1996, pp. 15-35; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari 2007, pp. 449-452 (che comunque preferisce parlare di 'effettività'); G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, pp. 22-25.
- 6 Cfr. V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto I. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari 1997, p. 261; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Milano 2010, p. 258, n. 8.
- 7 A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., pp. 93-105; ID., *Effettività e modelli di diritto*, cit.; ID., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nello spazio globale*, Roma-Bari 2008, pp. 148-149, 153-167 («effettività significa che la conseguenza enunciata nel testo o nel documento si verifica davvero», p. 148).
- 8 Il *locus classicus* è A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965. Parla di efficacia personale, efficacia nel tempo, ed efficacia nello spazio A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma 1977, 2011², pp. 479-486; cfr. anche F. MODUGNO, *Efficacia*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. III, Milano 2006, pp. 2135-2143, spec. alle pp. 2142-2143. Tra i teorici del diritto, questo uso si ritrova ad es. in R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 257-258; e L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 280-284. Per

L'«effetto tipico» di un atto normativo o di una norma può consistere o in una forma di automatismo giuridico, cioè in un effetto che si produce automaticamente (si pensi ad un affetto abrogativo, o all'effetto di trasferimento di proprietà determinato da un contratto di compravendita), oppure nell'obbligo da parte di certi soggetti di applicare la norma in questione, a certe fattispecie, o a certe categorie di persone, o a certi ambiti spaziali e temporali⁹.

In un terzo senso (efficacia come «felicità»), per efficacia di una norma si intende la capacità di quella norma di realizzare lo scopo per cui quella norma è stata prodotta¹⁰. Una norma è «felice» se realizza gli obiettivi che l'autorità normativa intendeva perseguire con l'emanazione di quella norma. È progressivamente meno felice se oltre a realizzare gli effetti perseguiti ne realizza anche altri, che impongono costi sociali collaterali che incidono sull'opportunità di mantenere la normativa in questione: man mano che i costi sociali degli effetti ulteriori crescono, diminuisce la felicità della norma. Una norma è «infelice» se non realizza alcuno degli obiettivi che persegue, o se realizza solo effetti diversi da quelli che persegue («eterogenesi dei fini»). Ad esempio, una norma che criminalizza l'aborto, con il fine dichiarato di ridurre o eliminare gli aborti, potrebbe produrre l'effetto di non diminuire affatto gli aborti effettivamente praticati, e anzi di farli praticare in condizioni di clandestinità tali da creare rischi fatali per la salute della madre; in tal modo, la norma in questione sarebbe infelice sia perché non realizza il proprio fine, sia perché crea costi sociali ulteriori e intollerabili.

Infine, *in un quarto senso* (efficacia come efficienza), l'efficacia denota l'attitudine di una norma di realizzare il valore dell'efficienza economica in generale, o di realizzare lo scopo specifico dell'atto normativo stesso nel modo più «economico» possibile (vale a dire con l'uso ottimale delle risorse disponibili)¹¹. In questo senso, l'efficacia è una nozione suscettibile

questo uso di efficacia nel linguaggio delle fonti, cfr. ad es. l'art. 11 delle Preleggi («Efficacia della legge nel tempo»).

- 9 Cfr. F. MODUGNO, *Efficacia*, cit., p. 2135: «l'efficacia [delle norme giuridiche] si risolve nella loro possibilità di applicazione, nella loro applicabilità»; cfr. anche Corte cost. n. 49/1970 (l'abrogazione «delimita la sfera materiale di efficacia, e quindi l'applicabilità ai fatti verificatisi sino ad un certo momento [...]»).
- 10 Per questa nozione, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 452-453. Un uso simile di «efficacia» in L. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (1975), Bologna 1978, p. 101; V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari 2004, pp. 92-97.
- 11 F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano 2002; R. BIN, *Effettività*, in G. DI COSIMO-L. LANZALACO (a cura di), *Riscoprire la*

di valutazione in senso ampio economica, e la rilevazione di questa dimensione dell'efficacia è oggetto dell'analisi economica del diritto, della c.d. analisi di impatto della regolazione (AIR), delle argomentazioni giuridiche consequenzialiste, e del test di 'proporzionalità'.

Quindi, nel linguaggio giuridico sono presenti almeno quattro sensi diversi di efficacia. L'unica cosa che tutti questi sensi hanno in comune è un certo riferimento alla dimensione effettuale delle norme: talvolta in relazione agli effetti che le norme *di fatto* producono, talvolta in relazione agli effetti che le norme *dovrebbero* produrre (in relazione allo schema tipico della norma stessa, alla *ratio*, o alle risorse disponibili).

Concludo con una *excusatio non petita*. Non so se Alfonso Catania avrebbe trovato utile o interessante il tentativo di analisi e chiarificazione concettuale sul concetto di efficacia che ho provato ad abbozzare in queste pagine. Forse no¹². D'altra parte Catania è stato, in tutti i suoi lavori, un sincero e coerente difensore del positivismo metodologico, nella tradizione di Bobbio e di Hart. Ed è mettendo al lavoro, sul concetto di efficacia, l'approccio analitico proprio del positivismo metodologico che ho inteso in queste pagine, spero non troppo inadeguatamente, onorarlo.

sfera pubblica, Milano 2012, pp. 59-79.

- 12 Cfr. A. CATANIA, *Positività ed effettività del diritto*, cit., pp. 25-26: «la positività – legata alla effettività – del diritto ha facce contraddittorie e, ancora una volta, appare difficile *chiarirle* attraverso distinzioni e classificazioni, nello stile analitico che fu di Bobbio; le *figure* tendono a sovrapporsi e a confondersi testimoniando la crisi irreversibile della logica classificatoria» (corsivi nell'originale).

