

**teoria del diritto
e filosofia analitica**
studi in ricordo di giacomo gavazzi

a cura di
tecla mazzarese



g. giappichelli editore

© Copyright 2012 – G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO
VIA PO, 21 – TEL. 011-81.53.111 – FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-2847-2

La pubblicazione del volume è stata finanziata in parte con i fondi di ricerca ex 60% di cui è titolare la prof. Tecla Mazzaresse e in parte con il FFO assegnato al Dipartimento di Scienze Giuridiche.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i>	VII
 Un convegno per ricordare Giacomo Gavazzi	
<i>Giacomo Gavazzi e la teoria generale del diritto. La provocazione della sobrietà stilistica e metodologica</i> di Tecla Mazzaresse	3
<i>Giacomo Gavazzi, teorico e filosofo del diritto</i> di Luigi Ferrajoli	23
<i>Gavazzi y la coherencia de los sistemas juridicos</i> di José Juan Moreso	39
<i>Le attenuazioni del principio maggioritario nella forma di stato libe- raldemocratica garantita</i> di Ernesto Bettinelli	49
<i>L'onere come figura processuale</i> di Michele Taruffo	61
<i>Rileggendo L'onere di Giacomo Gavazzi</i> di Paolo Comanducci	73
<i>L'onere e i diritti della persona</i> di Alessandro Pace	85
<i>Giacomo Gavazzi sulle antinomie</i> di Riccardo Guastini	93

	<i>pag.</i>
Altri contributi su Giacomo Gavazzi e la sua opera	
<i>Gavazzi e il punto di vista del bad man</i> di Silvana Castignone	105
<i>Giacomo Gavazzi e la teoria kelseniana della scienza giuridica</i> di Pierluigi Chiassoni	111
<i>Diritto e morale in Giacomo Gavazzi</i> di Giorgio Danesi	131
<i>I conflitti normativi e i diritti di libertà</i> di Enrico Diciotti e Mario Perini	137
<i>“Il Kelsen di Gavazzi”. Ricordo d’un amico sul filo della bibliografia</i> di Mario G. Losano	157
<i>La motivazione delle leggi, un nodo anzitutto teorico</i> di Claudio Luzzati	167
<i>Norme primarie, norme secondarie, norma di riconoscimento</i> di Giorgio Pino	183
<i>Like a Cheshire Cat</i> di Piero Pollastro	203
<i>L’onere e la situazione normativa di default</i> di Stefano Vicariotto	215
Appendice	
<i>Aspetti della teoria del diritto di Giacomo Gavazzi</i> <i>Un’intervista</i> di Marco Pesaresi (inedito, 1989)	229
<i>Giacomo Gavazzi. Nota bio-bibliografica</i> di Tecla Mazzaresse	239

I conflitti normativi e i diritti di libertà *

Enrico Diciotti **, Mario Perini ***

Nel 1959, trattando di antinomie, Giacomo Gavazzi notava come un tema tanto importante fosse da tempo trascurato¹. Oggi non si può dire la stessa cosa, data la quantità di studi che da allora si sono aggiunti a quello, tuttora vivo e interessante, di Gavazzi. E si deve anzi osservare che il tema dei conflitti tra principi costituzionali e della loro soluzione si colloca ormai al centro di un dibattito tra i più frequentati nella teoria del diritto.

Tuttavia, pochi tentativi sono stati fatti per elaborare una tipologia dei conflitti in cui è possibile che siano coinvolti i principi costituzionali, o i diritti fondamentali da essi riconosciuti². Inoltre, alcuni possibili conflitti normativi sono stati piuttosto trascurati: tra questi, i conflitti tra norme generali e norme singolari di origine negoziale, i conflitti tra norme permissive e le norme che istituiscono la proprietà privata di determinati beni, i conflitti normativi “non logici”, ma “pragmatici”.

Tali questioni verranno in evidenza nelle pagine seguenti, dove intendiamo esaminare i conflitti normativi cui possono prendere parte i principi costituzionali di libertà. Poiché siamo consapevoli che ciascuna di esse richiederebbe discussioni e analisi molto più dettagliate e approfondite di quelle che saranno qui possibili, la nostra sola ambizione è fornire qualche elemento utile a chi voglia impegnarsi in queste analisi e discussioni.

* Sebbene il saggio sia frutto di una discussione tra i due autori, a Enrico Diciotti possono essere ascritti i paragrafi dal primo al terzo ed a Mario Perini il paragrafo quarto. Gli autori ringraziano Riccardo Guastini, Giorgio Pino e Francesca Poggi, le cui osservazioni sui primi tre paragrafi hanno consentito di evitare oscurità e imprecisioni.

** Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, Università di Siena.

*** Dipartimento di Diritto pubblico, Università di Siena.

¹ G. Gavazzi [1959, ried. 1993, p. 3].

² Tipologie dei conflitti tra diritti fondamentali sono abbozzate da S. Besson [2005, pp. 431-436], F.M. Kamm [2001], D. Martínez-Zorrilla [2011], G. Pino [2010, pp. 165-170].

1. *Norme di condotta e antinomie*

Le norme giuridiche possono essere concepite in vari modi³. Ai nostri fini sono opportune due distinzioni. Anzitutto, considerando la classe degli individui cui si rivolge (cioè la classe degli individui le cui azioni disciplina), una norma può essere: *generale*, cioè rivolgersi a tutti gli individui o ad una classe aperta di individui che presentano determinate proprietà; *particolare*, cioè rivolgersi a una pluralità di individui designati tramite nomi propri o descrizioni definite; *singolare*, cioè rivolgersi a un singolo individuo (indicato con un nome proprio). Inoltre, considerando le funzioni svolte dalle norme giuridiche, è possibile distinguere *norme di condotta*, che comandano o consentono di tenere certi comportamenti, ovvero qualificano determinate azioni come obbligatorie, vietate o permesse (intendendo il permesso come bilaterale, cioè come permesso di fare e di non fare qualcosa), e *norme di competenza*, che conferiscono poteri giuridici, ossia la capacità di compiere atti giuridici e, tramite questi, produrre nuove norme. Pur assumendo che entrambe le specie di norme siano presenti negli ordinamenti giuridici, esamineremo solo i conflitti tra norme di condotta, poiché solo questi interessano la nostra indagine.

Bisogna poi tenere presenti due aspetti. I conflitti normativi dipendono in qualche misura dall'interpretazione, cioè dalle attività con cui le norme, espresse e inesprese, vengono ricavate dai testi giuridici normativi: da un testo di legge T è infatti possibile che possano ricavarsi tramite l'interpretazione o le norme in conflitto N1 e N2 o, poniamo, le norme non in conflitto N1 e N3. Però, se i conflitti normativi dipendono dall'interpretazione, allora è anche possibile che un conflitto normativo venga risolto, invece che ricorrendo ai criteri per la soluzione delle antinomie, tramite l'interpretazione. Ad esempio, il conflitto tra una norma di legge N1 e una norma costituzionale N2 potrebbe essere risolto dalla Corte costituzionale con l'annullamento di N1, cioè applicando il criterio gerarchico, ma anche reinterprestando il testo della costituzione e concludendo che la norma espressa da esso è in effetti non N2, ma una diversa norma N3 non contrastante con N1 (oppure anche, ovviamente, reinterprestando i testi di legge e concludendo che essi esprimono non la norma N1, ma una diversa norma non contrastante con N2).

Alcuni conflitti tra norme sono assimilabili a (se la logica non si applica alle norme), o consistono in (se la logica si applica alle norme) incompatibilità logiche. Questi conflitti sono denominati "antinomie logiche" o, più spesso, semplicemente "antinomie"⁴.

³ E, evidentemente, a diverse concezioni delle norme giuridiche corrispondono diverse caratterizzazioni delle antinomie: cfr. T. Mazza [1987, pp. 350-351].

⁴ Sulle antinomie cfr., tra gli altri, N. Bobbio [1960, ried. 1993, pp. 201-235], P.

Tra due norme di condotta N1 e N2 vi è un'antinomia se esse qualificano diversamente una certa azione di un certo individuo (una certa classe di azioni di una certa classe di individui), cioè se quell'azione è qualificata come obbligatoria da N1 e come vietata da N2, oppure come obbligatoria da N1 e come permessa da N2, oppure come vietata da N1 e come permessa da N2.

Considerando le classi dei casi regolati dalle norme incompatibili, le antinomie possono essere distinte in totali e parziali. Assumendo che N1 e N2 siano due norme incompatibili, che regolano rispettivamente le classi di casi C1 e C2, l'antinomia è *totale* se C1 e C2 coincidono esattamente, *parziale* se non coincidono esattamente. Più precisamente, l'antinomia è *parziale unilaterale* se tra C1 e C2 si dà un rapporto di genere a specie, *parziale bilaterale* se C1 e C2 si intersecano.

Ai nostri fini, conviene attirare l'attenzione su due particolari antinomie trascurate dalla teoria del diritto⁵. Una è quella che può verificarsi tra una norma di legge e una norma particolare o singolare prodotta tramite un contratto o più in generale un negozio giuridico. Essa appartiene al genere delle antinomie parziali unilaterali e, per chiarirla, sarà sufficiente osservare che una norma di condotta dispone per determinati individui I (tutti gli individui, alcuni o uno solo) l'obbligo, il divieto o il permesso di compiere determinate azioni X in determinate circostanze O (in tutte le circostanze, in alcune o in una singola circostanza), e che pertanto il rapporto di genere a specie tra le classi di casi disciplinati da due norme N1 e N2, tra le quali si dà un'antinomia parziale unilaterale, può dipendere dal rapporto di genere a specie che si dà o tra gli individui o tra le azioni o tra le circostanze indicate da N1 e N2. Ad esempio, può accadere che N1 indichi le stesse azioni e gli stessi individui indicati da N2, ma una sottoclasse delle circostanze indicate da N2; oppure che N1 indichi le stesse azioni e le stesse circostanze indicate da N2, ma una sottoclasse degli individui indicati da N2, o al limite uno solo di questi. Ebbene, un'antinomia tra una norma di legge e una norma particolare o singolare prodotta tramite un negozio giuridico è appunto un'antinomia di questo tipo, poiché si verifica tra una norma generale N1, che qualifica in un certo modo determinate azioni X (in relazione a determinate circostanze O) di determinati individui I, e una norma N2 che qualifica diversamente le stesse azioni X (in relazione alle stesse circostanze O) di alcuni individui I o di uno solo di questi. Data una norma di legge che impone a tutti gli individui il divieto di fare X, una norma di origine contrattuale potrebbe invece stabilire che Tizio ha l'obbligo di fare X; data una norma di legge che

Chiassoni [2007, pp. 251-291], G. Gavazzi [1959], R. Guastini [2011, pp. 105-126], T. Mazzaresse [1987].

⁵ Entrambe le antinomie sono esaminate e discusse da E. Diciotti [2002] e [2006, pp. 57-72].

conferisce il permesso di fare X a tutti gli individui provvisti di determinati caratteri C, una norma di origine contrattuale potrebbe invece stabilire che Caio, un individuo provvisto dei caratteri C, ha il divieto di fare X, ecc.

Un'altra antinomia generalmente trascurata è quella che può verificarsi tra una norma permissiva e le norme relative alla proprietà privata di determinati beni. Per chiarire quest'antinomia conviene anzitutto mettere in evidenza che ogni azione umana ha una necessaria "componente materiale", nel senso che viene compiuta, oltre che in un momento determinato, entro un certo spazio fisico ed eventualmente utilizzando determinate cose materiali⁶. Ove per semplicità si trascurino le azioni compiute in mare, sospesi nell'atmosfera o negli spazi cosmici, si può cioè affermare che un'azione è necessariamente compiuta utilizzando un bene immobile, ovvero la superficie occupata nel compierla, cioè una stanza di un appartamento, una strada, una piazza, ecc.; e che molte azioni possono essere compiute solo utilizzando beni mobili: ad esempio, per mangiare è necessario del cibo, per fumare sono necessari un sigaro o una sigaretta, per vestirsi sono necessari dei vestiti.

Data questa necessaria "componente materiale" delle azioni, bisogna assumere che vi sia un'equivalenza tra il permesso di compiere un'azione X e il permesso di usare in un certo modo, cioè allo scopo di fare X, determinati beni (uno spazio in cui sia possibile fare X e, eventualmente, determinati beni mobili necessari per fare X): così come il permesso di usare certi beni in un certo modo non è altro dal permesso di fare X, il permesso di fare X non è altro dal permesso di usare certi beni in un certo modo⁷. Ad esempio, considerando che fumare significa fare un certo uso K di una sigaretta (cioè accenderla, aspirarne il fumo, ecc.), è evidente che il permesso di fare l'uso K, in un certo luogo, di una certa sigaretta non è altro dal permesso di fumare in un certo luogo, così come il permesso di fumare non è altro dal permesso di fare l'uso K, in qualche luogo, di una qualche sigaretta. Infatti, non sarebbe sensato dire che Tizio ha il permesso di fare l'uso K, in un certo luogo, di una certa sigaretta, ma non ha il permesso di fumare; e neppure lo sarebbe dire che Tizio ha il permesso di fumare, ma non ha il permesso di fare l'uso K di alcuna sigaretta o che non c'è alcun luogo del mondo in cui abbia il permesso di fare l'uso K di una sigaretta.

È poi evidente che, se un certo bene è di proprietà privata, il proprietario è in linea di massima (trascurando possibili eccezioni presenti in misu-

⁶ Cfr. H. Steiner [1977, p. 769] e [1994, pp. 35-36], che parla di *physical components* delle azioni.

⁷ Per la relazione tra libertà di agire e libertà di utilizzare beni cfr., tra gli altri, I. Carter [2005, pp. 159-164], J. Cohen [1979, trad. it. 1996, pp. 167-172], E. Diciotti [2006, pp. 66-71], E. Loevinsohn [1976-77], C.C. Ryan [1977-78, trad. it. 1984, pp. 138-146], [H. Steiner [1977] e [1994, pp. 38-41], J. Waldron [1988, pp. 294-295, 410-412].

ra diversa nei diversi ordinamenti giuridici) il solo ad avere il permesso di utilizzarlo, perché tutti gli altri hanno il divieto di far ciò (tranne nel caso in cui abbiano ricevuto il permesso dal proprietario stesso). Si può quindi assumere che, se tutti i beni Z necessari per compiere un'azione X sono di proprietà privata, è possibile che alcuni individui, per il fatto di essere non-proprietari di Z, abbiano il divieto di fare X.

Ebbene, se *il permesso di fare X non è altro dal permesso di utilizzare (in un certo modo) beni Z necessari per fare X e se la proprietà privata dei beni Z, necessari per fare X*, può determinare il divieto per alcuni individui (i non-proprietari) di fare X, sono allora possibili antinomie tra norme permissive e norme relative alla proprietà privata. Una norma che conferisca a uno o più individui I il permesso di fare X (ad esempio, il permesso di circolare in automobile sul territorio nazionale), può essere compatibile o incompatibile con la proprietà privata dei beni Z necessari per fare X: (a) è compatibile se l'uso di un singolo bene Z è sufficiente per fare X (se, ad esempio, i beni Z sono costituiti da automobili – dato che è sufficiente usare un'automobile per circolare in automobile) e vi sono almeno tanti beni Z quanti sono gli individui I (se, ad esempio, essendo 100 i titolari del permesso, vi sono almeno 100 automobili disponibili); (b) è incompatibile se l'uso di un singolo bene Z non è sufficiente per fare X (se, ad esempio, i beni Z sono costituiti dalle strade che percorrono il territorio nazionale – dato che non è sufficiente utilizzare una strada per circolare su tutto il territorio nazionale). Però, una norma N1, che conferisca il permesso di fare X a uno o più individui I: (a) se è compatibile con la proprietà privata dei beni Z necessari per fare X, risulterà tuttavia incompatibile con ogni possibile insieme di norme N2, originate da contratti di compravendita, che determini una distribuzione della proprietà dei beni Z per cui uno o più individui I abbiano in base a N2 il divieto di utilizzare beni Z; (b) se invece è incompatibile con la proprietà privata dei beni Z necessari per fare X, si può semplicemente assumere che sia incompatibile con la norma (espressa o inespressa) che istituisce la proprietà privata dei beni Z.

2. Norme di condotta e conflitti pragmatici

Se condizione di un'antinomia è che due norme qualificano diversamente una stessa azione di uno stesso individuo (una stessa classe di azioni di una stessa classe di individui), possiamo notare che sono possibili conflitti normativi che non consistono in antinomie, poiché si verificano tra norme che non disciplinano una stessa azione di uno stesso individuo. Ad esempio, se una norma obbligasse un certo individuo I a fare X e un'altra norma obbligasse tutti gli altri individui a impedire a I di fare

X, non si verificherebbe un'antinomia, ma "normalmente" chiunque rilevarebbe un conflitto normativo da risolvere (ricorrendo ai criteri per la soluzione delle antinomie o tramite l'interpretazione).

Conflitti normativi di questo genere si verificano se un comportamento comandato (tramite un obbligo o un divieto) o permesso da una norma rende impossibile, o molto difficile, tenere un comportamento comandato da un'altra norma⁸. E sussistono fin quando si assuma che lo scopo di una norma di obbligo o di divieto sia quello di ottenere i comportamenti che comanda; o, più in generale, che una norma di condotta intenda regolare azioni non rese impossibili da un'altra norma⁹. In quanto dipendono dalle funzioni "normalmente" assegnate alle norme giuridiche¹⁰, possono essere detti *conflitti normativi pragmatici*¹¹; per concepirli come antinomie "logiche" sarebbe necessario assumere che ogni norma, nel comandare espressamente un certo comportamento, imponga anche, tacitamente, il divieto di tenere comportamenti che rendano impossibile, o molto difficile, tenere il comportamento comandato¹².

Ecco qualche esempio di questi conflitti. Una norma N1 obbliga Mario a giocare a calcio ogni giorno dalle 2 alle 4 del pomeriggio; una norma N2 obbliga Mario a studiare diritto ogni giorno in quelle stesse ore.

⁸ Alcuni di questi conflitti sono presi in considerazione da P. Chiassoni [2007, pp. 268-269], R. Hilpinen [1985, pp. 194-196], D. Martinez-Zorrilla [2011] (bisogna poi notare che ad alcuni conflitti di questo tipo viene comunemente fatto riferimento – in genere, però, senza un esame delle loro differenze dalle "antinomie logiche" – nel dibattito sui dilemmi morali, cioè sui casi in cui un individuo ha due obblighi morali e non è possibile che li osservi entrambi: C.W. Gowans [1987, p. 3], R.M. Hare [1981, trad. it. 1989, pp. 58-59], M. Stocker [1990, p. 86], B. Williams [1965, trad. it. 1990, p. 208]). Si potrebbero individuare conflitti normativi anche nei cosiddetti "ordini di Sisifo" (esempio: N1 "Tizio deve chiudere la finestra F (se è aperta)"; N2 "Tizio deve aprire la finestra F (se è chiusa)"), sui quali cfr. G.H. von Wright [1963, trad. it. 1989, pp. 202-209]; ai nostri fini non è però necessario occuparsene.

⁹ È evidente che questi conflitti normativi hanno una relazione con l'idea che il dovere implichi il potere, nel senso di essere in grado di fare: cfr. C.W. Gowans [1987, pp. 20-22], R.M. Hare [1981, trad. it. 1989, pp. 59-60], B. Williams [1965, trad. it. 1990, pp. 218-219].

¹⁰ Si possono immaginare circostanze e scopi alla luce dei quali sarebbe sensata l'imposizione di obblighi non osservabili congiuntamente, che non darebbero dunque luogo a conflitti normativi che esigono una soluzione: ad esempio, allo scopo di ottenere un combattimento appassionante, si potrebbe imporre al gladiatore Tizio l'obbligo di colpire il gladiatore Caio e al gladiatore Caio l'obbligo di non farsi colpire dal gladiatore Tizio.

¹¹ In un senso più o meno simile a questo, si parla di antinomie o conflitti normativi pragmatici in P. Chiassoni [2007, pp. 268-269] e F. Poggi [2004, p. 201] (al riguardo cfr. anche N.E. Simmonds [1998, pp. 156-157]).

¹² Cfr. P. Chiassoni [2007, pp. 273-274].

Una norma N1 obbliga tutti a fumare canapa indiana ogni fine settimana; una norma N2 vieta la produzione, l'importazione, il commercio e la detenzione di canapa indiana (assumendo che l'osservanza di N2 renda impossibile, o molto difficile, l'osservanza di N1). Una norma N1 obbliga alcuni individui a trasferirsi da Milano a Trieste il 5 giugno 2012; una norma N2 permette ad altri individui di bloccare il traffico stradale e ferroviario al verificarsi di determinate eventi. Una norma N1 obbliga Antonio a lavorare in alcune ore del giorno utilizzando un certo computer; una norma N2 obbliga Antonietta a lavorare nelle stesse ore utilizzando lo stesso computer (ove sia impossibile, o molto difficile, che i due svolgano il loro lavoro con un solo computer).

Questi esempi mostrano che i conflitti pragmatici possono essere causati (a) dall'incapacità degli esseri umani di svolgere simultaneamente determinate attività, (b) dal fatto che certi comportamenti ne rendono impossibili altri, concomitanti o successivi, (c) dal fatto che alcune azioni, di individui diversi, non possono essere compiute utilizzando una stessa cosa, ovvero uno stesso bene materiale.

In riferimento all'ultima causa, si può parlare di inevitabile "sovrapposizione materiale" di azioni obbligatorie¹³. Una "sovrapposizione materiale" di azioni si verifica in quanto, come già abbiamo detto, ogni azione è provvista di una certa "componente materiale", cioè viene compiuta, oltretutto in un momento determinato, entro un certo spazio fisico ed eventualmente utilizzando determinate cose materiali. La "sovrapposizione materiale" di determinate azioni obbligatorie X è inevitabile se è impossibile che tutti gli individui che devono fare X facciano X, dato lo spazio temporale in cui hanno l'obbligo di fare X e la quantità (cose mobili) e/o estensione (spazi fisici) dei beni utilizzabili per fare X: se due individui hanno entrambi l'obbligo di stare seduti su una stessa sedia dalle nove alle dieci di uno stesso giorno, la "sovrapposizione materiale" delle loro azioni obbligatorie è inevitabile.

Una inevitabile "sovrapposizione materiale" può verificarsi anche tra azioni comandate da una stessa norma: se ciò accade, si ha un conflitto *intranormativo*¹⁴, cioè un conflitto tra norme singolari implicate da una norma non singolare (generale o particolare). Le due norme singolari che prima abbiamo immaginato, quella secondo cui Antonio deve lavorare con un certo computer e quella secondo cui Antonietta deve lavorare con il medesimo computer, potrebbero discendere da una stessa norma secondo cui determinati individui, tra i quali Antonio e Antonietta, devono svolgere un certo lavoro utilizzando determinati computer.

¹³ Cfr. il (più ampio) concetto di *extensional overlap* in H. Steiner [1994, pp. 37-38].

¹⁴ Cfr. la distinzione tra conflitti *intra-right* e conflitti *inter-rights* introdotta da J. Waldron [1989, ried. 1993, p. 217].

Tornando ai conflitti normativi pragmatici in generale, bisogna infine accennare ad un problema: se chiaramente si verifica un conflitto normativo che esige una soluzione quando un comportamento comandato (tramite un obbligo o un divieto) o permesso da una norma rende impossibile, sempre o in alcuni casi, l'osservanza di un'altra norma, ovvero il comportamento comandato da quest'ultima, meno chiaro è se si verifichi un conflitto normativo quando un comportamento comandato o permesso da una norma renda impossibile l'esecuzione degli atti permessi da un'altra norma (la quale, essendo permissiva, non può essere osservata o violata). In effetti, pare esservi un conflitto tra una norma che permette di compiere determinate azioni e un'altra norma la cui osservanza renda impossibili *in tutte le circostanze* quelle azioni (ad esempio, tra una norma che permette il consumo di canapa indiana e una norma che vieta importazione, produzione, commercio e detenzione di canapa indiana); ciò in quanto la prima norma viene privata di ogni funzione dalla seconda. Inoltre, si può affermare che certamente non si verifica alcun conflitto normativo se può accadere che un certo individuo, eseguendo un'azione permessa da una certa norma, renda a se stesso impossibile il compimento di un'azione permessa da un'altra norma. Però è dubbio se si verifichi un conflitto normativo quando il comportamento richiesto da una norma renda impossibili *in alcune circostanze* le azioni permesse da un'altra norma¹⁵, e quando le azioni permesse ad alcuni individui da una certa norma rendano impossibili le azioni permesse ad altri individui da un'altra norma¹⁶. Su tale questione torneremo nel prossimo paragrafo.

3. Libertà fondamentali e conflitti normativi

Intenderemo per 'libertà fondamentali' i diritti costituzionali che sono esercitati compiendo azioni e che, quindi, dipendono da permessi. Tra di essi si possono certamente annoverare alcuni diritti che vanno tradizionalmente sotto questa denominazione, come la libertà di circolazione, la libertà di riunione e la libertà di manifestazione del pensiero, ma probabilmente anche altri, come il diritto di sciopero. Si può poi ritenere che libertà di questo genere siano tacitamente conferite da alcuni principi costituzionali che conferiscono poteri giuridici e che quindi consistono in norme di competenza e non in norme di condotta: pare infatti innegabile

¹⁵ Che in questi casi vi sia un conflitto normativo è sostenuto da D. Martinez-Zorrilla [2011, pp. 733, 741].

¹⁶ Cfr. F. Poggi [2004, pp. 82-99, 195-203] per un'esposizione e una critica di varie posizioni che individuano conflitti tra norme permissive e norme obbligatorie in base all'assunzione che i permessi implicano divieti di interferenza.

che una norma di competenza, nel conferire il potere di produrre norme giuridiche compiendo determinati atti (alzando una mano, sottoscrivendo un contratto, ecc.), tacitamente conferisca la libertà (ove non imponga l'obbligo di esercitare quel potere al verificarsi di determinate circostanze) di eseguire quegli atti (alzare una mano, firmare un certo documento, ecc.)¹⁷.

La definizione di queste libertà è in parte controversa¹⁸. Esse, infatti, sono concepite da alcuni come permessi unilaterali (cioè permessi di fare o permessi di non fare qualcosa) e da altri come permessi bilaterali (cioè permessi di fare e di non fare qualcosa). Esse, inoltre, sono concepite da alcuni come "nudi" permessi e da altri come permessi "protetti", cioè come permessi di tenere comportamenti X accompagnati da divieti di interferire nei comportamenti X¹⁹.

Riguardo alla prima questione, possiamo immediatamente notare che, in effetti, quando si parla di queste libertà si fa indubbiamente riferimento a permessi non unilaterali, ma bilaterali: la libertà di manifestazione del pensiero è comunemente intesa come il permesso di manifestare e di non manifestare, secondo la propria volontà, il proprio pensiero; la libertà di circolazione è comunemente intesa come il permesso di circolare e di non circolare, secondo la propria volontà, sul territorio dello stato; ecc. Riguardo all'altra questione, invece, diremo qualcosa in seguito.

Adesso, infatti, è opportuno formulare una prima conclusione riguardo ai conflitti cui possono prendere parte i principi di libertà: un principio di libertà, in quanto conferisce il permesso (bilaterale) di compiere un'azione X, è incompatibile con ogni norma che imponga un obbligo o un divieto di fare X.

Questa conclusione è in sé piuttosto banale, ma ha alcune implicazioni che vale la pena esplicitare²⁰. Poiché è possibile, come abbiamo visto, che una norma generale sia incompatibile con una norma particolare o

¹⁷ Sulla questione cfr. J. Ferrer Beltrán [2000, pp. 69, 158-163] e F. Poggi [2004, pp. 220-222].

¹⁸ Per un più ampio panorama delle posizioni al riguardo, cfr. F. Poggi [2004, pp. 225-280].

¹⁹ L'idea che le libertà giuridiche consistano in permessi unilaterali può essere attribuita a W.N. Hohfeld [1913, trad. it. 1966, pp. 19-20]. Per la concezione delle libertà giuridiche (o delle libertà giuridiche fondamentali) come permessi bilaterali, cfr. R. Guastini [2006, pp. 42-43], F. Poggi [2004, pp. 272-276], A. Ross [1953, trad. it. 1965, pp. 154-156]. Per la concezione delle libertà giuridiche (o delle libertà giuridiche fondamentali) come permessi accompagnati da divieti di interferenza, cfr. R. Alexy [1986, trad. cast. 1997, pp. 224-227], E. Dicitotti [2006, pp. 80-82], L. Ferrajoli [2007, vol. 1, pp. 645-646], H.L.A. Hart [1973, ried. 1982, pp. 171-173], J. Feinberg [1979, ried. 1980, pp. 148-149], A. Pace [1992, vol. 1, p. 49], G. Pino [2010, pp. 96-97], G.H. von Wright [1963, trad. it. 1989, pp. 135-136].

²⁰ Queste implicazioni sono esposte con maggiore ampiezza da E. Dicitotti [2006, pp. 121-136].

singolare di origine contrattuale, è possibile che un principio costituzionale di libertà sia incompatibile non solo con norme di legge, ma anche con norme di origine negoziale: ad esempio, il principio della libertà di circolazione appare incompatibile con la norma singolare, di origine contrattuale, che obbliga Tizio a permanere sette ore al giorno tra le mura di un ufficio, allo scopo di svolgere un certo lavoro. Inoltre, poiché è possibile, come abbiamo visto, un'antinomia tra una norma permissiva e le norme relative alla proprietà privata di determinati beni, un principio costituzionale di libertà, in quanto conferisce a una generalità di individui il permesso di compiere determinate azioni, può essere incompatibile (a seconda dei casi, come abbiamo già chiarito) con determinati insiemi di norme singolari originate da contratti di compravendita oppure con la norma che istituisce la proprietà privata di determinati beni. Ad esempio, il principio della libertà di manifestazione del pensiero con lo scritto è incompatibile con ogni insieme di norme singolari, di origine contrattuale, che determinino per alcuni (i non-proprietari di beni necessari per manifestare il proprio pensiero con lo scritto) il divieto di manifestare il proprio pensiero con lo scritto; il principio della libertà di circolazione, invece, sarebbe incompatibile con una ipotetica norma che istituisce la proprietà privata delle strade necessarie per circolare sul territorio nazionale.

Come si è detto, una questione dibattuta è se le libertà fondamentali consistano in "nudi" permessi o in permessi "protetti", cioè se i principi di libertà conferiscano solo permessi di tenere determinati comportamenti o invece impongano anche il divieto di interferire in quei comportamenti. Al riguardo, valgono qui le seguenti osservazioni.

Si è già notato che un conflitto (pragmatico) sembra chiaramente verificarsi tra una norma che permette di fare X e una norma che impone un obbligo o un divieto la cui osservanza renda impossibile *in tutte le circostanze* fare X, ma non è chiaro se si verifichi tra una norma che permetta di fare X e una norma che imponga un obbligo o un divieto la cui osservanza renda impossibile *in alcune circostanze* fare X, o tra una norma che permetta ad alcuni individui di fare X e una norma che permetta ad altri individui azioni che hanno l'effetto di rendere impossibile fare X. Per quanto però riguarda le libertà fondamentali, le cose sembrano più chiare. Infatti, data una certa libertà fondamentale L, costituita dal permesso di fare X, pare esservi una spiccata propensione a considerare L in conflitto sia con norme che impongano obblighi e divieti la cui osservanza renda, in alcune circostanze, impossibile fare X a uno o più titolari di L, sia con altre libertà il cui esercizio, da parte di determinati individui I, abbia egualmente l'effetto di rendere impossibile fare X ad alcuni titolari di L diversi da I. Ad esempio, la libertà di circolazione e la libertà di manifestazione del pensiero sono percepite come reciprocamente in conflitto se la seconda viene considerata come comprensiva della libertà di partecipare a cortei, cioè di com-

riere azioni che possono avere l'effetto di bloccare il traffico stradale, così come il traffico stradale può avere l'effetto di rendere impossibili i cortei.

Si può dunque ritenere che una libertà fondamentale consista in un permesso che può entrare in conflitto non solo con gli obblighi e i divieti che ne rendano impossibile l'esercizio, ma anche con permessi che abbiano lo stesso effetto. Per render conto di questo aspetto, è possibile usare la formula secondo cui una libertà fondamentale consiste in un permesso "protetto" e assumere che essa sia conferita da una norma che, nel permettere un'azione X, non si limita a imporre il divieto di interferire nell'azione X (e nella sua omissione), ma più in generale disciplina in modo adeguato i comportamenti che potrebbero rendere impossibile fare X. Tanto la formula delle libertà come permessi "protetti" quanto l'assunzione che tale "protezione" sia assicurata da una certa implicita disciplina di determinati comportamenti sono però soltanto modi, possibili ma non necessari, di chiarire o render conto della comune concezione delle libertà fondamentali, ovvero delle funzioni comunemente assegnate ai principi che le conferiscono.

Se si accetta questa configurazione delle libertà fondamentali, si può formulare una seconda conclusione riguardo ai conflitti in cui i principi di libertà possono essere coinvolti: un principio di libertà P, per ciascuno degli individui I ai quali conferisce il permesso di fare X, si pone in conflitto con ogni norma (a) che obblighi o permetta di interferire nell'azione X di I (e nella corrispondente omissione), (b) che obblighi I a tenere comportamenti che gli precludano la possibilità di fare X e (c) che obblighi individui diversi da I o permetta loro di tenere comportamenti che abbiano l'effetto di rendere impossibile l'azione X di I. Data questa conclusione, il principio della libertà di circolazione si porrebbe ad esempio in conflitto non solo (a) con una norma che qualificasse come obbligatoria o permessa, sempre o in alcune circostanze, l'azione di bloccare il traffico stradale, ma anche (b) con una norma che vietasse a gran parte degli individui di imparare a guidare autoveicoli, ove poi i mezzi di trasporto pubblici fossero largamente insufficienti, e (c) con una norma che qualificasse come obbligatoria o permessa l'attività di costruire strade e marciapiedi con barriere difficilmente superabili da individui provvisti di problemi motori.

Conflitti di questo genere possono verificarsi anche tra due principi di libertà. Un principio di libertà P1, che conferisce il permesso di fare X, si pone in conflitto con un principio di libertà P2, che conferisce il permesso di fare Y, o nel caso in cui X determini l'impossibilità di fare Y o nel caso in cui Y determini l'impossibilità di fare X. Ed è anche possibile che il conflitto tra P1 e P2 sia reciproco, cioè che al tempo stesso X determini l'impossibilità di fare Y e Y determini l'impossibilità di fare X: ciò accade se, avendo le azioni X e Y la medesima "componente materiale", sorge una inevitabile "sovrapposizione materiale" di esse.

Una inevitabile "sovrapposizione materiale" è anche possibile tra le

azioni permesse (a individui diversi) da uno stesso principio di libertà; i principi di libertà sono cioè soggetti anche a conflitti intranormativi. Ad esempio, è possibile un conflitto tra le libertà di individui diversi di partecipare a cortei, poiché è possibile che gruppi diversi, distinguibili per i loro diversi propositi e ideologie, intendano esercitare tali libertà in uno stesso luogo e nel medesimo momento.

È opportuno notare che la “sovrapposizione materiale” di determinate azioni permesse X diviene inevitabile se, data la quantità e/o estensione dei beni utilizzabili per fare X, risulta impossibile fare X a uno o più dei titolari del permesso che, in un certo momento, decidano di fare X. Ad esempio, se due individui hanno il permesso di stare seduti su una stessa sedia, sorgerà una inevitabile “sovrapposizione materiale” delle azioni loro permesse solo nel caso in cui essi decidano di eseguirle nello stesso momento.

Un’ultima osservazione è che, se da un lato dottrina e giurisprudenza sembrano concepire le libertà fondamentali come permessi “protetti”, dall’altro lato accade che una gran parte dei conflitti pragmatici in cui le libertà fondamentali appaiono coinvolte (cioè dei conflitti in cui appaiono coinvolte ove siano concepite come permessi “protetti”) sfuggano all’attenzione della dottrina e della giurisprudenza. Tutto ciò rende ammissibili e al tempo stesso problematiche sia la definizione delle libertà fondamentali come “nudi” permessi sia la definizione delle libertà fondamentali come permessi “protetti”. Ove si accolga la definizione delle libertà come “nudi” permessi, non si potrà poi evitare di fare affermazioni apparentemente poco ragionevoli, come quella secondo cui non vi sarebbe alcun conflitto tra la libertà fondamentale di fare X e una norma che obbligasse determinati individui ad impedire l’esecuzione dell’azione X. Ove si accolga la definizione delle libertà come permessi “protetti”, bisognerà poi spiegare o comunque rendere conto in modo plausibile della disattenzione o dell’incapacità di giudici e giuristi di rilevare una certa quantità di conflitti pragmatici. A questo riguardo, una spiegazione possibile e piuttosto ragionevole è comunque che una parte dei conflitti pragmatici non rilevati da dottrina e giurisprudenza resti effettivamente priva di soluzione nel nostro ordinamento, ma che un’altra parte riceva invece tacite soluzioni consistenti nel far prevalere su determinati principi di libertà altre norme, spesso gerarchicamente inferiori a quelli e tuttavia giustificabili sulla base di altri principi o valori costituzionali.

4. Incursioni nel diritto pubblico italiano

Per i vari tipi di conflitti normativi distinti nei precedenti paragrafi è possibile individuare esempi che emergono dalla giurisprudenza. Per quanto concerne le antinomie normative in materia di libertà tutelate da prin-

cipi costituzionali, sarà qui presa in considerazione la giurisprudenza della Corte costituzionale, in quanto, sebbene a qualunque giudice possa capitare di occuparsi di queste antinomie, l'autorità giudiziaria comune si limita di solito a rilevarle²¹, rimettendone l'approfondimento e la soluzione alla Corte, in base al modello incidentale di giudizio costituzionale accolto nel nostro ordinamento. Invece gli esempi più interessanti, oltre che di più facile reperimento, di conflitti pragmatici possono trovarsi nella giurisprudenza di giudici comuni (civili, penali, amministrativi, contabili, tributari, ecc.) e nei provvedimenti della pubblica autorità, sebbene spunti utili a questo riguardo possano trarsi anche dalle decisioni costituzionali che danno applicazione all'articolo 3 della Costituzione, inteso come prescrizione di ragionevolezza nei bilanciamenti tra valori operati dal legislatore.

Bisogna comunque tenere presente che l'individuazione di casi concreti dei diversi tipi di conflitti normativi (antinomie totali, antinomie parziali, conflitti pragmatici) dipende anche dalla selezione del materiale normativo e dalla sua ricostruzione, per cui può ad esempio avvenire – e talvolta avviene – che un certo conflitto normativo possa essere ricostruito, a seconda del materiale normativo selezionato, come un'antinomia totale o un'antinomia parziale bilaterale o un'antinomia parziale unilaterale.

Come un esempio di antinomia totale può essere visto il conflitto normativo preso in considerazione nella sentenza della Corte costituzionale n. 56/1970, con cui furono dichiarate illegittime disposizioni che imponevano agli organizzatori di riunioni in luogo aperto al pubblico di dare preavviso all'autorità di pubblica sicurezza. La normativa pre-repubblicana stabiliva infatti che senza licenza del questore non si potessero dare spettacoli o altri intrattenimenti in luoghi aperti al pubblico (articoli 68, regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e 666 codice penale). La Corte, dopo vari tentennamenti (sentenze n. 27/1958 e n. 141/1967), riconobbe che tali disposizioni si ponevano in contrasto con quanto prescritto dall'articolo 17, secondo comma, della Costituzione, secondo cui, come è noto, per le riunioni in luogo aperto al pubblico «non è richiesto preavviso» (sentenza n. 56/1970)²².

Un esempio di antinomia parziale unilaterale può essere rinvenuto nella sentenza n. 9/2009, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale il

²¹ Vi sono certamente casi di applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni (e della pubblica amministrazione), ma continuano ad essere qualitativamente meno rilevanti, anche se sempre più frequenti. Due casi interessanti sono costituiti dal Consiglio di stato, V sez., 6-11-1992, n. 1212, in "Consiglio di stato" (1992), I, p. 1582; TAR Toscana, III sez., 28/4/1998, n. 79, in "I tribunali amministrativi regionali" (1998), I, pp. 2595-2601.

²² Per precedenti decisioni al riguardo, cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 9/1956; 84, 85, 88, 90 e 91 del 1957. Sulla questione cfr. G. Gavazzi [1959, ried. 1993, pp. 10-14].

combinato disposto di una serie di disposizioni della legge regionale abruzzese n. 35/2007, che ponevano un limite alla libertà di circolazione di una particolare categoria di soggetti, ossia degli autotrasportatori²³. In particolare, la normativa abruzzese stabiliva che i conducenti di autoveicoli per il trasporto merci di peso superiore ai trentacinque quintali, residenti nella Regione Abruzzo, dovessero sottoporsi annualmente all'esame del sonno (polisonnografia) ed esibire alle forze dell'ordine preposte ai controlli statali il referto medico attestante l'esito favorevole di tale esame, il quale costituiva altresì autorizzazione alla prosecuzione dell'attività di conducente di quegli autoveicoli per la durata di un anno. La Corte ha ritenuto tali disposizioni in contrasto, tra l'altro, con la «libertà fondamentale di circolazione e di soggiorno, di cui all'art. 16 della Costituzione», in quanto la disposizione regionale, imponendo a determinati individui (i residenti della Regione Abruzzo che guidassero autoveicoli per il trasporto di merci di peso superiore a trentacinque quintali) l'obbligo di effettuare l'accertamento diagnostico denominato polisonnografia, frapponeva un ostacolo alla loro libertà di circolazione.

Le antinomie parziali bilaterali sembrano meno frequenti nella pratica costituzionale. Vi sono però alcuni esempi significativi in materia di libertà di religione. Nella sentenza della Corte costituzionale n. 117/1979 è stata esaminata la normativa processuale che stabiliva la formula del giuramento, includendovi il riferimento alla divinità²⁴. La Corte ha ritenuto che tale complesso di norme non contrastasse con la libertà religiosa per la parte che si applicava ai credenti in Dio, mentre fosse da ritenere contraria alla libertà religiosa e a quella di manifestazione del pensiero per la parte che si applicava ai non credenti. La Consulta sembra dunque avere individuato, tra la normativa costituzionale e quella ordinaria, una sovrapposizione solo

²³ Si può poi ritenere che costituiscano esempi di antinomia parziale unilaterali vari conflitti normativi risolti dalla Corte costituzionale tramite sentenze manipolative di accoglimento parziale, cioè sentenze con cui viene annullata solo una parte della norma impugnata (o, per essere più precisi, della disposizione). Per quanto concerne le libertà fondamentali, cfr. ad esempio Corte costituzionale, sentenze nn. 25/1965, 11/1968, 98/1968, 120/1968, 49/1971, 131/1973 e 89/1979, in tema di libertà di manifestazione del pensiero; sentenze nn. 195/1993, 334/1996, 346/2002, in tema di libertà religiosa; sentenze 90/1970 e 11/1979, in tema di libertà di riunione. Su tale tipologia di decisioni, cfr. A. Ruggieri, A. Spadaro [2009, pp. 148-149], che però ricostruiscono le antinomie non come parziali unilaterali, ma come totali, scindendo la disposizione dichiarata (parzialmente) incostituzionale in una pluralità di norme, di cui una (o più di una) risulta interamente in contrasto col parametro costituzionale.

²⁴ Sentenza, come è noto, superata dalla successiva evoluzione dell'ordinamento in tema di giuramento: cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 234/1984 e 278/1985; articolo 497 nuovo codice procedura penale; e, di nuovo, Corte costituzionale, sentenze nn. 149/1995 e 334/1996.

parziale, in riferimento ai casi dei soggetti non credenti cui fosse imposto l'obbligo di giurare invocando la divinità. Questa antinomia è stata pertanto risolta con una sentenza additiva mediante la quale è stato inserito l'inciso «se credente» nella disposizione contenente la formula del giuramento, con la conseguenza che il giuramento è venuto ad assumere una duplice valenza: per i credenti una valenza sia religiosa che morale, comportando per essi un'assunzione di responsabilità tanto davanti a Dio quanto davanti agli esseri umani; per i non credenti una valenza esclusivamente morale, comportando per essi un'assunzione di responsabilità soltanto verso gli esseri umani²⁵.

Nella prassi sono innumerevoli i casi di antinomie tra norme generali, prodotte da fonti del diritto, e norme singolari o particolari, prodotte da negozi giuridici, ma bisogna notare che gli operatori giuridici e la dottrina pubblicista tendono a ricostruire diversamente queste antinomie o ad ignorarle²⁶, forse anche per il fatto che la concezione kelseniana del contratto come atto creativo di diritto risulta piuttosto ostica alla nostra tradizione giuridica pubblicista. Anche se non manca chi le ricostruisce come vere e proprie antinomie normative²⁷, esse sono di solito inquadrate sotto l'etichetta di «poteri di supremazia speciale»²⁸, oppure come conflitti fra libertà del singolo e (pretese) libertà delle associazioni²⁹.

Altrettanto trascurate – o, meglio, trasfigurate – sono le innumerevoli antinomie tra norme permissive, o più specificamente tra principi di libertà, e norme relative alla proprietà privata di beni materiali. È probabile che in ciò abbia inciso lo scontro ideologico dello scorso secolo e la volontà, dei più, di non riproporlo anche a livello di diritto costituzionale. Comunque sia, nella nostra cultura giuridica è presente la nota tendenza a distinguere le libertà, intese come «mera possibilità di liberamente auto-

²⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 149/1995, par. 2 diritto.

²⁶ Ma cfr., di recente, R. Bin, G. Pitruzzella [2009, pp. 25-27].

²⁷ Cfr. ad esempio V. Zeno-Zencovich [1995] e G.S. Morris [2001]; in giurisprudenza, cfr., quanto agli Stati Uniti d'America, *Snepp v. United States*, in "United States Reports", 44 (1980), pp. 507-526; quanto all'Europa, Commissione Europea Diritti dell'Uomo, *Ahmad v UK* (App No 8160/78), in "European Human Rights Reports", 4 (1982), p. 126; Id., *Kontinen v Finland* (App No 24949/94), in "Decisions and Reports – European Commission of Human Rights", 87 (1996), p. 68; *Stedman v UK* (App No 29107/95), in Decisions and Reports – European Commission of Human Rights", 89 A (1997), p. 104.

²⁸ Ad esempio, G.U. Rescigno [2010, pp. 634-638], ma cfr. anche G. Lombardi [1970, pp. 77-92].

²⁹ Si pensi all'ampio filone di sentenze relative ai diritti del lavoratore all'interno di associazioni o istituzioni politicamente o religiosamente orientate, in cui il "caso Cordero" rimane tra i più famosi: Corte costituzionale, sentenza n. 195/1972 (ma cfr. anche, più di recente, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lombardi Vallauri c. Italia*, 20 ottobre 2009, ric. n. 39128/05).

determinarsi» riguardo alle proprie azioni³⁰, dalle «componenti materiali» (presupposti oggettivi e mezzi materiali) dell'agire, ad escludere tali componenti dall'ambito di protezione delle libertà e a ritenere "normali" limiti all'esercizio delle libertà che non trascendano in una violazione dei principi che le conferiscono³¹, cioè che non siano di intensità tale da determinare, in via indiretta, una restrizione della possibilità di autodeterminarsi³².

È pur vero, peraltro, che il numero e la rilevanza delle antinomie in questione si erano andati riducendo nell'ordinamento giuridico emerso successivamente all'approvazione della Costituzione del 1948, nel quale la proprietà aveva perso quel carattere di assoluta esclusività proprio del precedente regime liberale (articolo 42, secondo comma, della Costituzione)³³. Tale tendenza, però, da qualche decennio sembra essersi invertita per effetto del diritto comunitario e della "nuova costituzione economica" da esso discendente³⁴, con un conseguente aumento delle antinomie tra norme permissive e norme relative alla proprietà.

Infine, per quanto riguarda i conflitti pragmatici cui partecipano i principi di libertà, è possibile indicare sia casi di conflitti internormativi (conflitti cioè tra principi di libertà distinti), sia casi di conflitti intranormativi (conflitti cioè tra le norme singolari implicate da uno stesso principio).

Conflitti internormativi possono ad esempio essere individuati tra la libertà di circolazione e la libertà di manifestazione del pensiero, specialmente nella sua particolare espressione di libertà di corteo³⁵, oppure tra la libertà di circolazione e il diritto di sciopero. Un caso interessante, che mette in evi-

³⁰ A. Pace [1992, vol. 2, p. 277].

³¹ Si veda, ad esempio, tutto il filone giurisprudenziale in tema di libertà di circolazione e di disciplina delle strade: Corte costituzionale, sentenze nn. 64/1963, 12/1965, 51/1991, 264/1996 e 66/2005. Oppure la giurisprudenza sul fermo amministrativo degli autoveicoli: Corte costituzionale, ordinanza n. 282/2001, che ritiene addirittura «manifestamente erroneo» confondere libertà di circolazione e disponibilità di beni patrimoniali necessari per circolare (*contra* cfr. ad esempio U. De Siervo [1970]).

³² M. Galizia [1967].

³³ In questo senso si possono leggere quelle decisioni con cui, nonostante la natura privata di una strada, se ne garantisce la fruizione da parte del pubblico: tra le molte, Cassazione civile, sez. II, 24 marzo 2005, n. 6401; Cassazione civile (ordinanza), sez. un., 27 gennaio 2010, n. 1624; TAR Campania, Napoli, sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8671.

³⁴ Sulla riemersione di una nozione di proprietà meno suscettibile di condizionamenti in funzione dell'utilità sociale – tralasciando le decisioni giurisprudenziali europee riguardo all'accessione invertita e all'occupazione usurpativa – si potrebbero richiamare le sentenze costituzionali circa l'indennità di espropriazione, da determinare, salvo limitatissime eccezioni, in base al valore venale del bene (Corte costituzionale, sentenze nn. 348/2007, 349/2007 e 181/2011).

³⁵ Sulla riconducibilità della libertà di corteo a quella di manifestazione del pensiero, cfr. ad esempio Corte costituzionale, sentenza n. 90/1970, par. 2 diritto.

denza uno di questi conflitti, fu esaminato da un Tribunale ligure negli anni '90 e riguarda riunioni e cortei di lavoratori, tenuti in luoghi pubblici, allo scopo di manifestare la richiesta di conservare il proprio posto di lavoro. Tali riunioni, in più occasioni, avevano determinato blocchi stradali e ferroviari che l'autorità giudiziaria ritenne scriminati dall'esercizio dei diritti di manifestazione del pensiero e di riunione e dunque prevalenti rispetto alla libertà di circolazione degli altri cittadini³⁶. Le due libertà, quella di manifestazione del pensiero e quella di circolazione, furono giudicate in conflitto in quanto il giudice ritenne che alcune modalità di esercizio della prima meritavano protezione pur avendo l'effetto di impedire l'esercizio della seconda³⁷. Del resto, in riferimento al diritto di manifestazione del pensiero e a quello di riunione, non di rado si è ritenuto necessario «verificare se esso debba o no prevalere sulla tutela del bene della libera circolazione», e mentre taluni hanno poi sostenuto che la «subordinazione gerarchica» è a favore del primo³⁸, altri hanno affermato che a prevalere debba essere la tutela della libertà di circolazione³⁹. Un altro caso interessante, in cui emerge un conflitto tra il diritto di sciopero e la libertà di circolazione, è quello di uno sciopero nel corso del quale i lavoratori occuparono una strada ferrata e una strada statale al fine di impedire la libera circolazione, volendo così protestare di fronte al pericolo di licenziamento dallo stabilimento in cui lavoravano⁴⁰. Ancora in materia di libertà, un altro conflitto rilevante è quello tra il diritto di sciopero e quello di iniziativa economica privata, nel suo significato di facoltà di svolgere materialmente l'attività imprenditoriale⁴¹.

³⁶ Tribunale di Savona, 12 luglio 1990, in "Il foro italiano" (1991), II, coll. 170-175.

³⁷ Riguardo ai limiti posti alla libertà di circolazione da altre libertà pari ordinate, si è anche, significativamente, affermato che «le libertà individuali (nella specie di mobilità di circolazione nel centro cittadino e di esercizio di attività commerciali), nello stato sociale, vanno coniugate con l'interesse della collettività (esigenze di protezione e tutela della pubblica incolumità, dell'integrità di alcune zone dell'area urbana di particolare pregio) e subiscono compressioni in talune modalità di esercizio, per renderle compatibili con le libertà pari ordinate (nella specie, la sezione ha ritenuto legittima l'ordinanza prefettizia con la quale è stato disposto il blocco del traffico veicolare nelle c.d. zone rosse e gialle in occasione del vertice dei capi di governo di Genova denominato G8 nel 2001)» (Consiglio di stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 85).

³⁸ Tribunale di Savona, 12-07-1990, cit.

³⁹ Cfr. ad esempio Tribunale di Genova, 06 giugno 1996, in "Giurisprudenza italiana" (1997), II, p. 244.

⁴⁰ Cfr. Cassazione penale, sez. I, 23 gennaio 1997, in "Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali" (1997), p. 174. Il rapporto tra diritto di sciopero e altre libertà costituzionali è ora disciplinato dalla legge (n. 146/1990). La Corte costituzionale – anche in forza dell'appiglio testuale di cui all'articolo 40 della Costituzione – ha ritenuto queste libertà «interessi di maggior rilievo costituzionale»: n. 276/1993, par. 4 diritto.

⁴¹ Cassazione civile, 07 dicembre 1985, n. 6177, in "Archivio civile" (1986), p. 645.

Per quanto concerne i conflitti intranormativi, bisogna rilevare che essi sorgono molto frequentemente, considerando che anche un banale ingorgo stradale può essere così concepito, per il fatto che ogni automobilista in esso coinvolto è impossibilitato ad esercitare il proprio diritto alla circolazione a causa del contestuale esercizio dello stesso diritto da parte degli altri automobilisti. Un caso evidente di conflitto intranormativo è poi quello che si verifica quando due cortei, magari ispirati a ideologie contrapposte, intendano svolgersi nella medesima zona e nel medesimo lasso temporale⁴². Proprio per evitare l'insorgere di conflitti di questo genere accade ad esempio che, nei periodi di maggiore intensità della circolazione sulle arterie stradali, siano posti limiti alla circolazione di veicoli per il trasporto di cose provvisti di un'ingente massa⁴³. Un'altra misura comunemente adottata allo scopo di prevenire situazioni di congestione del traffico autoveicolare, e sulla quale è disponibile molta casistica giurisprudenziale⁴⁴, consiste nell'istituire zone a traffico limitato nei centri storici. Al riguardo si deve però rilevare come alcuni assunti radicati nella nostra cultura giuridica, e cioè la distinzione della libertà di compiere un'azione (circolare su strade) dall'uso delle componenti materiali dell'azione (strade) e la convinzione che i principi costituzionali garantiscano la prima ma non il secondo, impediscano ai giudici di rilevare limiti (certamente giustificati, ma pur sempre limiti) alla libertà di circolazione nei provvedimenti di limitazione del traffico veicolare e li inducano addirittura a ritenere «non utilmente proponibili doglianze con cui si lamenta la violazione degli artt. 16 e 42 Cost.» da parte di tali provvedimenti⁴⁵.

Riferimenti bibliografici

Alexy, Robert [1986], *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, Suhrkamp; trad. cast. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁴² Si veda, ad esempio, quanto riportato dalle cronache locali dei giornali del 4 e 5 febbraio 2012 in riferimento a due manifestazioni che si sarebbero volute tenere contestualmente nel centro di Firenze, una in ricordo delle Foibe e l'altra di ispirazione antifascista.

⁴³ Cfr. ad esempio l'ordinanza del prefetto di Bari Prot. 44041 del 30 dicembre 2010, reperibile sul sito della prefettura.

⁴⁴ Di particolare interesse è TAR Lombardia, sez. I, 02 ottobre 1989, n. 381, in "Il foro italiano" (1991), III, coll. 198-202.

⁴⁵ Consiglio di stato, sez. V, sentenza 03 febbraio 2009, n. 596, par. 6.1. diritto. In senso conforme, tra le molte, cfr. Consiglio di stato, sez. V, 04 marzo 2008, n. 824; sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6383; sez. V, 29 maggio 2006, n. 3259; ad. plen., 06 febbraio 1993, n. 3.

- Besson, Samantha [2005], *The Morality of Conflicts*. Oxford-Portland, Hart.
- Bin, Roberto - Pitruzzella, Giovanni [2009], *Le fonti del diritto*. Torino, Giappichelli.
- Bobbio, Norberto [1960], *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli; ried. in N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, 1993, pp. 159-292.
- Carter, Ian [2005], *La libertà eguale*. Milano, Feltrinelli.
- Chiassoni, Pierluigi [2007], *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna, il Mulino.
- Cohen, Gerald Allan [1979], *Capitalism, Freedom and the Proletariat*. In A. Ryan (ed.), *The Idea of Freedom. Essays in Honor of Isaiah Berlin*. Oxford, Oxford University Press, pp. 9-25; trad. it. *Capitalismo, libertà e proletariato*. In I. Carter, M. Ricciardi (eds.), *L'idea di libertà*. Milano, Feltrinelli, 1996, pp. 161-181.
- De Siervo, Ugo [1970], *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di)*. In *Novissimo Digesto Italiano*. Torino, Utet, vol. XVII, pp. 818-827.
- Diciotti, Enrico [2002], *Libertà, proprietà e contratti: un'indagine sui diritti*. In S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*. Torino, Giappichelli, pp. 125-174.
- Diciotti, Enrico [2006], *Il mercato delle libertà*. Bologna, il Mulino.
- Feinberg, Joel [1979], *The Nature and Values of Rights*. In "The Journal of Value Inquiry", 4 (1979), pp. 243-257; ried. in J. Feinberg, *Justice, Rights, and the Bounds of Liberty*. Princeton, Princeton University Press, 1980, pp. 143-155.
- Ferrajoli, Luigi [2007], *Principia iuris*. Roma-Bari, Laterza tre volumi.
- Ferrer Beltrán, Jordi [2000], *Las normas de competencia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Galizia, Mario [1967], *Libertà di circolazione e soggiorno (dall'Unificazione alla Costituzione repubblicana)*. In P. Barile (ed.), *La pubblica sicurezza. Vol. 2: La tutela del cittadino*. Milano, Pozza, pp. 483-563.
- Gavazzi, Giacomo [1959], *Delle antinomie*. Torino, Giappichelli; ried. in G. Gavazzi, *Studi di teoria del diritto*. Torino, Giappichelli, 1993, pp. 1-164.
- Gowans, Christopher W. [1987], *The Debate on Moral Dilemmas*. In C.W. Gowans (ed.), *Moral Dilemmas*. New York, Oxford University Press, pp. 3-33.
- Guastini, Riccardo [2006], *Il diritto come linguaggio*. Torino, Giappichelli, seconda ed.
- Guastini, Riccardo [2011], *Interpretare e argomentare*. Milano, Giuffrè.
- Hare, Richard M. [1981], *Moral Thinking*. New York, Oxford University Press; trad. it. *Il pensiero morale*. Bologna, il Mulino, 1989.
- Hart, Herbert L.A. [1973], *Bentham on Legal Rights*. In A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. 2nd Series*. Oxford, Clarendon Press, pp. 171-201; ried. in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*. Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 162-193.
- Hilpinen, Risto [1985], *Normative Conflicts and Legal Reasoning*. In E. Bulygin, J.L. Gardies, I. Niiniluoto (eds.), *Man, Law and Modern Form of Life*. Dordrecht, Kluwer, pp. 191-208.
- Hohfeld, Wesley N. [1913], *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. I*. In "Yale Law Journal", 26 (1917), n. 8, pp. 16-59; trad. it. *Alcuni concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziario*. In W.N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali*. Torino, Einaudi, 1966, pp. 3-46.
- Kamm, Frances Mynna [2001], *Conflicts of Rights*. In "Legal Theory", 7 (2001), pp. 239-255.

- Loevinsohn, Ernest [1976-77], *Liberty and the Redistribution of Property*. In "Philosophy & Public Affairs", 6 (1976-77), pp. 226-239.
- Lombardi, Giorgio [1970], *Potere privato e diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli.
- Martinez - Zorrilla, David [2011], *The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights*. In "Law and Philosophy", 30 (2011), pp. 729-749.
- Mazzarese, Tecla [1987], *Antinomia*. In *Digesto. Discipline privatistiche*. Torino, Utet, vol. I, pp. 347-353.
- Morris, Gillian S. [2001], *Fundamental Rights: Exclusion by Agreements?* In "Industrial Law Journal", 30 (2001), pp. 49-71.
- Pace, Alessandro [1992], *Problematica delle libertà costituzionali*. Padova, Cedam 2 volumi.
- Pino, Giorgio [2010], *Diritti e interpretazione*. Bologna, il Mulino.
- Poggi, Francesca [2004], *Norme permissive*. Torino, Giappichelli.
- Rescigno, Giuseppe U. [2010], *Corso di diritto pubblico*. Bologna, Zanichelli.
- Ross, Alf [1953], *Om ret og retfærdighed*. København. Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck; trad. it. (dalla trad. inglese) *Diritto e giustizia*. Torino, Einaudi, 1965.
- Ruggeri, Antonio - Spadaro, Antonino [2009], *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino, Giappichelli.
- Ryan, Cheyney C. [1977-78], *Yours, Mine and Ours: Property Rights and Individual Liberty*. In "Ethics", 88 (1977-78), pp. 126-141; ried. in J. Paul (ed.), *Reading Nozick*. Oxford, Blackwell, 1982, pp. 323-343; trad. it. *Il tuo, il mio e il nostro: diritti di proprietà e libertà individuale*. In "Biblioteca della libertà" (1984), n. 91, pp. 123-146.
- Simmonds, Nigel E. [1998], *Rights at the Cutting Edge*. In M.H. Kramer, N.E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights*. Oxford, Oxford University Press, pp. 113-232.
- Steiner, Hillel [1977], *The Structure of a Set of Compossible Rights*. In "The Journal of Philosophy", 74 (1977), n. 12, pp. 767-775.
- Steiner, Hillel [1994], *An Essay on Rights*. Oxford, Blackwell.
- Stocker, Michael [1990], *Plural and Conflicting Values*. Oxford, Oxford University Press.
- Waldron, Jeremy [1988], *The Right to Private Property*. Oxford, Clarendon Press.
- Waldron, Jeremy [1989], *Rights in Conflict*. In "Ethics", 99 (1989), pp. 503-519; ried. in J. Waldron, *Liberal Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 201-224.
- Williams, Bernard [1965], *Ethical Consistency*. In "Proceedings of the Aristotelian Society", vol. suppl. 39 (1965), pp. 103-124; ried. in B. Williams, *Problems of the Self*. Cambridge, Cambridge University Press, 1973, pp. 166-186; trad. it. *Coerenza etica*. In B. Williams, *Problemi dell'io*. Milano, Il Saggiatore, 1990, pp. 202-226.
- von Wright, Georg H. [1963], *Norm and Action*. London, Routledge & Kegan Paul; trad. it. *Norma e azione*. Bologna, il Mulino, 1989.
- Zeno-Zencovich, Vincenzo [1995], *Limitazioni contrattuali alla manifestazione del pensiero*. In "Diritto dell'informazione e dell'informatica", 11 (1995), pp. 991-1001.