

DALL'ORDINAMENTO AL RAGIONAMENTO

GIORGIO PINO



Dall'ordinamento al ragionamento

GIORGIO PINO

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Palermo.

E-mail: giorgio.pino@unipa.it.

ABSTRACT

Questo intervento è la mia replica al dibattito sul mio libro *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, al quale hanno partecipato Gaetano Carlizzi, Vincenzo Omaggio, e Vito Velluzzi. Colgo l'occasione di questo intervento, e delle perspicue osservazioni emerse nel dibattito, per chiarire un paio di punti specifici del mio libro, e per ritornare sul progetto complessivo che lo anima.

This is my rejoinder to the debate with Gaetano Carlizzi, Vincenzo Omaggio, and Vito Velluzzi on my book *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*. I gladly use this opportunity, and the insightful remarks provided by my commentators, to clarify a couple of points that I already made in my book, and to restate the general jurisprudential project thereof.

KEYWORDS

Teoria del diritto, interpretazione, ragionamento giuridico, applicabilità

Legal theory, interpretation, legal reasoning, applicability

Dall'ordinamento al ragionamento

GIORGIO PINO

1. «C'è un concetto che corrompe e altera tutti gli altri» – 2. *Pro domo sua* – 2.1. Criteri e meta-criteri di applicabilità – 2.2. L'importanza dei principi – 3. Positivismo giuridico.

Sono molto onorato dall'attenzione che il mio libro *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica* ha ricevuto da tre lettori perspicui ed esigenti come Gaetano Carlizzi, Vincenzo Omaggio e Vito Velluzzi. E lo sono soprattutto per il fatto che tutti e tre – oltre ad adombrare alcune perplessità nel merito, peraltro distillate con una parsimonia che solo l'amicizia può spiegare – hanno colto perfettamente il senso del progetto che ispira sostanzialmente tutto il libro, l'orizzonte filosofico-giuridico in cui esso cerca di muoversi e che costituisce lo sfondo contro cui si stagliano le singole elaborazioni e ricostruzioni teorico-giuridiche di volta in volta proposte. Manifestando peraltro anche una certa simpatia – che non vuol dire necessariamente adesione – per l'approccio da me utilizzato.

Per questa ragione, questo mio intervento non apparterrà al genere letterario “risposta ai critici” (il cui canone fondamentale richiede che l'autore dichiari di essere stato terribilmente frainteso dai suoi critici): per mancanza, almeno in questa occasione, di materia del contendere. Approfitterò invece di questa occasione per tornare brevemente sul progetto di fondo del mio libro, con riferimento al mutamento di prospettiva cui allude il titolo di questo intervento (§ 1) e all'approccio filosofico-giuridico da esso presupposto (§ 3). In mezzo a tutto ciò, inserirò surrettiziamente un paio di chiarimenti più puntuali su alcuni temi centrali del libro, che mi sono stati sollecitati dalle osservazioni di Carlizzi, Omaggio e Velluzzi (§ 2).

1. «C'è un concetto che corrompe e altera tutti gli altri»

Borges si riferiva all'Infinito¹. Restringendo drasticamente lo sguardo alla circoscritta provincia della teoria del diritto, il concetto che corrompe e altera tutti gli altri è senz'altro quello di interpretazione, o più in generale di ragionamento giuridico. E come è noto, quantomeno a partire dagli ultimi tre decenni del XX secolo il tema dell'interpretazione e del ragionamento giuridico si è insediato stabilmente al centro delle preoccupazioni dei teorici del diritto, soprattutto europei.

¹ BORGES 1939, 123. V. anche ZELLINI 2001, II.

Questa è ormai diventata una osservazione abbastanza usuale. Tuttavia, qui non mi riferisco solo al fatto che il tema dell'interpretazione giuridica, da capitolo accessorio ed eventuale delle grandi opere novecentesche di teoria o filosofia del diritto, è ora diventato oggetto di trattazioni specifiche e approfondite, che ne mostrano tutta la problematicità e la centralità per il lavoro del giurista; in altre parole, il punto non è (solo) che oggi un po' tutti si occupano assai più che in passato del tema dell'interpretazione. Piuttosto, quello che intendo dire è che una volta che si prenda sul serio il carattere imprescindibile e onnipresente dell'interpretazione e del ragionamento giuridico, diventa inevitabile ripensare mano a mano tutti o quasi tutti i concetti-base della teoria del diritto proprio alla luce dell'interpretazione – o comunque diventa inevitabile vedere in che modo l'interpretazione entra a far parte di quei concetti. (Ovviamente, non pretendo neanche lontanamente di avere inventato io questo tipo di approccio: esso trova le sue premesse, e alcuni dei suoi sviluppi più interessanti, quantomeno nei lavori di Giovanni Tarello, di Letizia Gianformaggio, di Neil MacCormick, e per alcuni versi di Uberto Scarpelli.)

In altre parole, un approccio che potremmo sbrigativamente definire “tradizionale” (e che si potrebbe identificare soprattutto con Hans Kelsen, Norberto Bobbio, e Herbert Hart) privilegia una analisi di tipo strutturale, o “statica”, ai concetti teorico-giuridici: la struttura della norma, la struttura dell'ordinamento, la definizione della validità come appartenenza all'ordinamento, la distinzione tra validità giuridica e valore morale delle norme come riflesso dalla *actio finium regundorum* tra diritto e morale. Ad una simile analisi strutturale ai concetti teorico-giuridici, un approccio come quello che ho adottato in questo libro aggiunge la valorizzazione del momento interpretativo *all'interno* di quei concetti: la norma intesa come frutto di interpretazione; l'ordinamento (oltre ad essere un insieme di norme, e in tal modo già dipendente dall'interpretazione) inteso come frutto delle operazioni di sistematizzazione del materiale normativo effettuate dai giuristi; le gerarchie normative intese come relazioni istituite *da* norme e *tra* norme (e dunque, nuovamente, dipendenti dall'interpretazione), e aventi rilevanti implicazioni sui procedimenti interpretativi che coinvolgono le norme interessate dalle relazioni gerarchiche; la validità (soprattutto se intesa come validità materiale o sostanziale) intesa come concetto dipendente dall'interpretazione nella misura in cui presuppone la verifica della compatibilità tra due norme – e che diventa così una proprietà non solo opinabile, ma anche relativa e graduale: ci possono essere norme più valide di altre, in quanto frutto di interpretazioni che assicurano un maggior grado di compatibilità o congruenza con le norme superiori; il rapporto tra diritto e morale inteso dal punto di vista della distinzione – ma anche delle sovrapposizioni e interferenze – tra ragionamento giuridico e ragionamento morale.

E in questo quadro ovviamente trova uno spazio particolare il concetto di applicabilità normativa (come hanno notato in particolare Carlizzi e Omaggio): l'idea è infatti che in molti casi è più interessante chiedersi quale sia la norma

applicabile (e per quali ragioni lo sia), anziché individuare le norme valide. Anche perché spesso l'applicabilità prescinde – quanto meno in gran parte – dalla questione della validità, come nel caso segnalato da Carlizzi dell'uso di materiali giuridici stranieri, sovranazionali, o di *soft law*. E tutto questo, a mio parere, è ampiamente testimoniato dai discorsi ordinari dei giuristi pratici, in cui il problema centrale di solito è proprio quello di individuare la norma applicabile al caso.

Così, mentre in un approccio “tradizionale” la principale preoccupazione teorica sembra essere l'individuazione delle norme valide in quanto appartenenti all'ordinamento (e dunque la costruzione dell'ordinamento, l'individuazione della sua conformazione e dei suoi confini, come somma di norme valide), nell'approccio da me utilizzato diventa importante anche, e talvolta soprattutto, chiedersi quali norme siano applicabili, e per quali ragioni: nuovamente, passando da una dimensione “statica”, ordinamentale, alla dimensione dinamica propria del ragionamento giuridico. E ciò a sua volta porta alla luce i presupposti in senso ampio culturale e politica del lavoro dei giuristi, in quanto la scelta della norma applicabile, che rimanda all'adozione di determinati criteri di applicabilità, è guidata da valutazioni che in ultima analisi non possono che essere di tipo etico-politico (una ideologia giuridica, o ideologia delle fonti).

2. *Pro domo sua*

Come ho detto, non intendo usare questa occasione per ribadire tenacemente le tesi sostenute nel mio libro. Mi sono però reso conto, grazie alle preziose osservazioni ricevute dai miei commentatori, che in alcuni casi avrei certamente potuto esprimermi più chiaramente.

Approfitto dunque di questa occasione per ritornare brevemente su due punti, cercando di chiarirli meglio di quanto non abbia fatto nel libro.

2.1. *Criteri e meta-criteri di applicabilità*

Il primo punto, sollecitato in particolare da alcune osservazioni di Carlizzi, riguarda la distinzione e il rapporto tra criteri e meta-criteri di applicabilità. Un criterio di applicabilità – come ricordato poco sopra – è una ragione per applicare una norma; di solito tale ragione è codificata in un'altra norma giuridica (si pensi ai criteri normativamente previsti sulla successione di norme penali nel tempo), ma può anche poggiare su una convenzione sapienziale.

Un criterio di applicabilità serve dunque a “dirigere il traffico”: fuor di metafora, serve ad indirizzare la scelta dell'interprete rispetto alla congerie di norme potenzialmente applicabili a qualunque caso giuridico; di conseguenza, ciascun criterio di applicabilità funziona automaticamente *anche* come criterio di non-appli-

cabilità, ovvero come criterio negativo di applicabilità: perché, nel momento stesso in cui dirige l'interprete a scegliere una certa norma, esso comporta automaticamente l'esclusione dell'applicabilità delle norme incompatibili con quella prescelta. Così, se il criterio di applicabilità dirige a scegliere la norma speciale, con ciò stesso porta a disapplicare la norma generale; se dirige a scegliere la norma successiva, con ciò stesso dirige a disapplicare la norma anteriore; se dirige a scegliere la norma ricavata con argomento *a contrario*, con ciò stesso dirige a disapplicare la norma ricavabile per analogia.

Può accadere che un criterio di applicabilità debba essere integrato da un meta-criterio di applicabilità, o criterio di applicabilità "di secondo grado". Ciò si verifica, mi pare, in due ordini di circostanze in un certo senso speculari.

In un primo ordine di circostanze, può accadere che un certo criterio di applicabilità non dia luogo a risultati univoci, o risolutivi. Uno stesso criterio di applicabilità, infatti, potrebbe dirigere l'interprete verso più norme contemporaneamente: perché, ad esempio, più norme possono soddisfare il criterio del significato letterale (oppure quello sistematico, o quello della *ratio legis*). E dunque la prescrizione metodologica di applicare la norma conforme al significato letterale (o quello sistematico, o quello della *ratio legis*), non sarebbe di per sé risolutiva, non indicherebbe qual è la norma applicabile.

In un secondo ordine di circostanze, può accadere che vengano in gioco contemporaneamente più criteri di applicabilità, tutti prescritti o autorizzati dal diritto positivo o dalle convenzioni accettate nella cultura giuridica di riferimento, e che essi diano risultati differenti. Un buon esempio è dato dalle antinomie "di secondo grado", o antinomie tra criteri di soluzioni delle antinomie; ma lo stesso si potrebbe dire del caso in cui fosse pienamente ammissibile il ricorso a più tecniche interpretative, senza che sia predeterminato un ordine di priorità al loro interno.

In questi casi, i criteri di applicabilità vengono di solito integrati da meta-criteri di applicabilità, cioè da ulteriori criteri, "di secondo grado", che servono a risolvere le situazioni di incertezza o di stallo eventualmente determinate dai criteri di applicabilità, ad esempio indicando ordini di priorità o di preferenza tra più criteri di applicabilità tutti astrattamente legittimi. In altre parole, un meta-criterio di applicabilità entra in gioco solo quando c'è una perplessità sul funzionamento o sul risultato di un criterio di applicabilità².

Un'ultima osservazione su questo punto. In linea puramente teorica, nulla vieterebbe di fondere in un'unica categoria criteri e meta-criteri di applicabilità,

² Per questo esposto nel testo, dissento da Carlizzi quando suggerisce che potrebbe essere più appropriato qualificare il principio di tassatività in materia penale e il divieto di analogia come meta-criteri di applicabilità, anziché come criteri di applicabilità (come invece faccio io). A mio parere questi sono invece chiari esempi di criteri di applicabilità, in quanto vertono direttamente su norme, non su ulteriori criteri di applicabilità.

tanto più che talvolta *una stessa cosa* può rivestire l'uno e l'altro ruolo³. Così, si potrebbe immaginare un medesimo criterio di applicabilità, articolato in maniera da indicare sia cosa fare nelle situazioni semplici, sia cosa fare, in subordine, nelle situazioni di incertezza o di stallo come quelle sopra esemplificate. Questo è certamente possibile, ma al prezzo di ottenere un criterio di applicabilità estremamente complicato e macchinoso: e se si ritiene che la semplicità sia una qualità delle costruzioni teoriche, allora la distinzione tra criteri e meta-criteri mantiene un senso.

Quanto appena detto su criteri e meta-criteri di applicabilità mostra che i criteri di applicabilità possono non essere autosufficienti, per così dire. Ma c'è anche un altro senso, più radicale, in cui i criteri di applicabilità non sono autosufficienti. Un criterio di applicabilità, infatti, si fonda sempre su una giustificazione sostanziale (serve a realizzare qualche tipo di obiettivo); questa giustificazione può essere più o meno "tecnica" o "locale" (con riferimento a singole aree del diritto: il *favor rei*, il *favor laboratoris*, il *favor filiationis*...), oppure rimandare direttamente ai valori di fondo di volta in volta associati alla pratica giuridica: certezza, adattabilità, separazione dei poteri, democrazia, giustizia del caso concreto ecc.⁴, e così via fino ad arrivare ad una complessa scelta etico-politica fondamentale, che in ultima analisi giustifica le singole scelte applicative dell'organo dell'applicazione (e, *mutatis mutandis*, le singole scelte interpretative di qualunque interprete). Questa scelta etico-politica fondamentale, e i criteri e meta-criteri che essa contiene, rappresentano a mio modo di vedere il modo più plausibile e meno ridondante di riformulare l'idea hartiana di norma di riconoscimento: la norma di riconoscimento, a mio modo di vedere, non è nient'altro che l'ideologia giuridica adottata dagli organi dell'applicazione.

Di solito, in una ordinaria argomentazione giuridica i valori sostanziali che giustificano i criteri e meta-criteri di applicabilità restano abbastanza sullo sfondo: se c'è sufficiente accordo nella cultura giuridica di riferimento sulla plausibilità o addirittura sull'obbligatorietà del ricorso ad un certo criterio di applicabilità, non c'è alcun bisogno di salire ulteriormente nella scala giustificativa, e dunque questi livelli giustificativi più fondamentali possono restare silenti. Questo per un verso obbedisce ad una regola generale di economicità delle pratiche argomentative, secondo la quale la giustificazione va data solo se richiesta (e quindi non è necessario giustificare appositamente un passaggio argomentativo che è, in ipotesi, da tutti considerato ovvio). E per altro verso dipende dal fatto che quanto più si sale di livello nella catena giustificativa, tanto più ci si avvicina a quella zona

³ Ad esempio, il criterio gerarchico è criterio di applicabilità in sede di soluzione di antinomie "semplici", ma è anche usato come meta-criterio di applicabilità in sede di soluzione delle antinomie di secondo grado.

⁴ Ovviamente, alcuni criteri di applicabilità possono avere un funzionamento talmente tecnico da risultare apparentemente opachi rispetto ad opzioni etico-politiche di fondo. Ma ciò non toglie che anche il ricorso ai criteri più tecnici è comunque fondato su una scelta di questo tipo.

popolata dalle scelte etico-politiche “ultime”, inevitabilmente controverse: portarle alla luce renderebbe l’argomentazione fatalmente vulnerabile. Tuttavia, prima di arrivare al livello delle giustificazioni ultime si possono incontrare molti valori “intermedi”, sufficientemente condivisi, che possono agevolmente figurare come passaggi giustificativi in un’argomentazione giuridica.

2.2. *L’importanza dei principi*

Un secondo chiarimento, sollecitato soprattutto da una osservazione di Velluzzi, riguarda la teoria dei principi, e in particolare quella che ho proposto di chiamare la dimensione “funzionale” dei principi. Si tratta della questione, controversa sin dagli interventi di Ronald Dworkin sul tema, della cosiddetta “importanza” dei principi – dimensione che secondo alcuni apparterebbe solo ai principi e non anche alle regole.

A questo proposito Velluzzi ha segnalato una possibile crepa nella mia adesione alla teoria della distinzione debole tra regole e principi, in quanto io sostengo che la dimensione dell’importanza sia riferibile tanto ai principi quanto alle regole (fin qui, coerentemente con la distinzione debole tra regole e principi); ma allo stesso tempo sostengo che la dimensione dell’importanza operi in *maniera* diversa, e non solo in *grado* diverso, per le regole e per i principi: perché i principi esibiscono una importanza “finale”, mentre le regole esibiscono una importanza “strumentale” (e questo invece non sarebbe coerente con la distinzione debole).

Confesso di non essere in grado di offrire una risposta soddisfacente a questa obiezione. Credo comunque che una indagine teorica debba cercare di rendere conto di un certo fenomeno (in questo caso, le modalità di funzionamento di regole e principi), con tutta la sua complessità, anziché arroccarsi nella difesa di un’etichetta. Dunque, se la teoria della distinzione debole deve essere integrata da un elemento qualitativo (e conseguentemente rinunciare all’idea che la differenza tra regole e principi sia solo e sempre quantitativa), ben venga.

Ad ogni modo, credo che se proprio si volesse provare a formulare una replica da parte della teoria della distinzione debole, si potrebbero avanzare due argomenti. Il primo argomento è che in effetti la teoria ne esce confermata, nella misura in cui individua una proprietà (l’importanza) *che è comunque presente* sia nelle regole sia nei principi – cosa che i teorici della distinzione forte invece negano. Il secondo, e forse più interessante, argomento è che a ben vedere – e in effetti nel mio libro ci sono indicazioni in tal senso⁵ – anche questa caratteristica si risolve in una proprietà di tipo graduale e relazionale: perché i principi, ancorché spesso concepiti come importanti in sé, derivano comunque la loro importanza dal rapporto che intrattengono con il valore ad essi sottostante; rapporto che spesso è

⁵ PINO 2016, 91 s.

così stretto da indurre i giuristi ad usare “principi” e “valori” come concetti ampiamente sovrapponibili (anche perché i principi sono più “trasparenti” delle regole rispetto al valore che li giustifica). Dunque, quanto più un principio, o anche una regola, appare essenziale alla realizzazione di un valore sottostante, tanto più apparirà autosufficiente dal punto di vista assiologico, cioè dotato di una giustificazione evidente. E questo, come ho detto, può verificarsi sia nei principi, sia – anche se meno frequentemente – nelle regole.

3. *Positivismo giuridico*

Soprattutto Vincenzo Omaggio ha notato che questo libro, pur saldamente radicato nella tradizione giuspositivistica, può essere considerato espressione di un normativismo «integrato» (o «di specie nuova»), per la sua marcata attenzione alle dinamiche applicative rispetto a quelle produttive di diritto.

Tutto questo è vero, ovviamente, e ne ho fatto anche esplicita – anche se assai cursoria – ammissione nel libro. Tuttavia approfitto di questa occasione per ribadire la situazione tutto sommato paradossale in cui versa l'autore del libro qui commentato: e il paradosso è di dichiarare la propria adesione al positivismo giuridico, ma allo stesso tempo di essere sempre meno convinto di sapere che cosa oggi il positivismo giuridico esattamente sia – o, più precisamente, quali tesi prettamente giuspositivistiche possano essere oggi plausibilmente difese.

Certo, che il diritto (positivo) venga ad esistenza grazie a fatti umani è una tesi giuspositivistica, ma che è condivisa sostanzialmente da tutti coloro che si occupano di diritto – anche da molti giusnaturalisti. D'altronde, che il diritto positivo sia un'entità individuabile grazie ad un accertamento puramente fattuale – distinto dall'apprezzamento morale e privo di giudizi di valore – è tesi sì giuspositivistica, ma che si rivela sempre meno difendibile. Infatti, se per il diritto da individuare “fattualmente” si intendono le norme, allora non si vede come una simile cosa sia possibile, stante la dipendenza delle norme dall'interpretazione (e stante il carattere intensamente valutativo dell'attività interpretativa). Se invece per il diritto da individuare “fattualmente” si intendono le fonti, il discorso sembrerebbe essere un po' diverso, perché le fonti sono fatti; e tuttavia questo carattere fattuale delle fonti può rivelarsi illusorio, perché le fonti sono qualificate tali da norme giuridiche, e dunque pure per l'individuazione delle fonti è necessaria, a monte, un'attività interpretativa (con il suo carico di giudizi di valore) – per non dire che spesso vi sono intense controversie tra giuristi su cosa debba contare come fonte, e queste controversie sono influenzate anche da giudizi di valore di tipo etico-politico.

Insomma, sembra che la possibilità di una individuazione puramente fattuale del diritto – possibilità su cui il positivismo giuridico sembra fare un investimento notevole – sia in verità alquanto limitata, o che comunque non sia riferibile a tutto

ciò che chiamiamo diritto. Con la conseguenza che, se il positivismo giuridico è solo questo, allora una parte – piccola o grande – del fenomeno giuridico è destinata a sfuggire allo sguardo del positivismo giuridico.

Ripeto, non so bene che alternative proporre, per riscattare il positivismo giuridico da questa possibile implosione. Quella che preferisco, e che a molti potrà sembrare assai vicina a una resa, è concepire il positivismo giuridico come una sorta di antidoto, di immunizzazione, di attitudine alla demistificazione. Contro cosa? Contro la tendenza a confondere automaticamente il diritto esistente con il diritto giusto, il diritto posto con il diritto che merita obbedienza, le formalità e procedure giuridiche con la legittimità morale. Il positivismo giuridico ci ricorda che il diritto è semplicemente un prodotto degli esseri umani, fallibili per natura; e per di più che gli atti di produzione del diritto (come anche quelli di applicazione) sono modalità di esercizio del potere; e queste due caratteristiche del diritto (la sua origine sociale e la sua dipendenza dal potere), specialmente se viste congiuntamente, rappresentano una buona ragione per mantenere sempre alto lo scrutinio morale sul diritto positivo.

Forse questo non è sufficiente per considerare il positivismo giuridico come una compiuta filosofia del diritto – e io non penso che il positivismo giuridico lo sia, peraltro. Ma è un insegnamento potente, tramandato dalla parte migliore della tradizione giuspositivista, per tenere desta la coscienza critica del giurista.

Riferimenti bibliografici

BORGES J.L. 1939. *Reincarnazioni della tartaruga*, in ID., *Discussioni*, Milano, Adelphi, 2002, 123-136.

PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2016.

ZELLINI P. 2001. *Breve storia dell'infinito*, Milano, Adelphi, 2001.