

Il seguente articolo è un'anticipazione della rivista «Diritto e questioni pubbliche», n. 10/2010; la numerazione provvisoria non corrisponde a quella definitiva.

© 2010, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

Tutti i diritti sono riservati.

PAOLO COMANDUCCI

*Alcuni problemi concettuali  
relativi alla applicazione del diritto\**

1. *Giustificazione pratica* – 2. *Applicabilità interna e esterna* – 2.1. *Criteri ultimi di applicabilità* – 2.2. *Applicabilità interna e interpretazione* – 3. *Il fondamento di validità della decisione giudiziale.*

1. *Giustificazione pratica*

Da un punto di vista teorico la motivazione giudiziale è generalmente configurata come una specie che appartiene al genere della giustificazione pratica. Non posso qui soffermarmi sui presupposti di questa definizione (ad esempio, e soprattutto, sulla *is-ought question*<sup>1</sup>); mi limiterò a spiegare brevemente e schematicamente ciò che si intende con “giustificazione pratica”.

Una giustificazione può essere definita come un procedimento argomentativo mediante il quale si offrono ragioni in favore di una conclusione. Se la conclusione è un enunciato descrittivo o teorico, la giustificazione ha natura teorica, e offre ragioni per affermare che la conclusione è vera (o probabile). Le ragioni che giustificano una conclusione descrittiva sono a loro volta enunciati descrittivi (proposizioni).

Se la conclusione, invece, è un enunciato prescrittivo o valutativo (che prescrive il compimento di un’azione o valuta un’azione o una situazione), la giustificazione ha natura pratica, e offre ragioni per affermare che la conclusione è giusta (o buona, o corretta, o valida). Le ragioni (necessariamente almeno alcune) che giustificano una conclusione prescrittiva o valutativa sono a loro volta enunciati prescrittivi o valutativi (norme o valutazioni).

\* Versioni precedenti di questo lavoro sono state presentate a vari congressi e seminari. Sono grato a tutti coloro che hanno discusso il mio lavoro e mi hanno aiutato con le loro critiche. Un particolare ringraziamento lo devo a Bruno Celano e Giorgio Pino, anche se, probabilmente a torto, non ho sempre accolto i loro suggerimenti.

<sup>1</sup> Su cui cfr. B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, Giappichelli, 1994.

Secondo questa schematica definizione, la motivazione giudiziale, dato che offre ragioni in favore di una conclusione che è costituita da una norma (espressa dalla decisione finale del giudice), appartiene, in ultima istanza, alla classe delle giustificazioni pratiche. Anche se, all'interno della motivazione, possono esservi dei passaggi giustificativi teorici, dato che alcuni degli elementi della motivazione sostanziale sono enunciati descrittivi che devono a loro volta essere giustificati.

Che l'oggetto di analisi sia la motivazione giudiziale, o qualunque altro tipo di giustificazione pratica, è opportuno distinguere – in un'ottica positivista, che presupponga la “grande divisione” – tra due questioni radicalmente diverse: la questione empirica di come si giustifica, e la questione normativa di come si deve giustificare. Alla questione empirica di solito rispondono gli approcci descrittivi e gli approcci teorici con pretese esplicative. Alla questione normativa di solito rispondono gli approcci prescrittivi e gli approcci teorici che presentano modelli ideali della motivazione giudiziale.

Il positivismo giuridico normativista ha tradizionalmente affermato<sup>2</sup> che condizione necessaria (sebbene non necessariamente sufficiente) di una giustificazione “corretta” è che la conclusione possa derivarsi deduttivamente dalle ragioni presentate in suo favore. Tali ragioni sono norme o valutazioni. Se limitiamo il nostro discorso alle norme, possiamo dire che: a) una norma  $N_1$  giustifica una norma  $N_2$  se  $N_2$  si può derivare “staticamente” dal contenuto di  $N_1$  (che è più generale e/o astratta)<sup>3</sup>; oppure b) una norma  $N_1$  giustifica una norma  $N_2$  se  $N_2$  si può derivare “dinamicamente” da  $N_1$  (non dal contenuto di  $N_1$ , norma che è ricostruibile come una norma di competenza), mediante una ragione ausiliaria, ossia una proposizione che fa riferimento a un atto che costituisce esercizio della competenza attribuita da  $N_1$ <sup>4</sup>. In altre parole, tutte le giustificazioni

<sup>2</sup> Cfr., ad esempio: C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico* (1989), ora in C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303-28; M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, capp. 1 e 2; L. GIANFORMAGGIO, *In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milano, Giuffrè, 1987; U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto*, Bari, Laterza, 1986, pp. 3-41; J. WRÓBLEWSKI, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, ivi, pp. 203-26.

<sup>3</sup> Ad esempio, dal contenuto della norma “Tutti i furti devono essere puniti con due anni di reclusione”, si deriva staticamente, ossia deduttivamente, la norma secondo cui “Il furto X deve essere punito con due anni di reclusione”.

<sup>4</sup> Ad esempio, dalla norma “Devi obbedire agli ordini di tuo padre” si può derivare dinamicamente la norma “Devi andare a scuola”, attraverso la ragione ausiliaria costi-

pratiche sarebbero di tipo deontologico (via universalizzazione): tra le premesse di una giustificazione pratica deve esservi una norma sotto la quale possa sussumersi la conclusione.

Anche le giustificazioni “conseguenzialiste” sarebbero riducibili forse a giustificazioni deontologiche. Il consequenzialismo afferma, per esempio, che il giudizio “Si deve fare la azione X” è giustificato se l’azione X ha delle conseguenze buone. Questo tipo di giustificazione mi sembra che possa essere ricostruito come (e quindi ridotto a) una giustificazione deontologica di tipo statico: il giudizio “Si deve fare la azione X” è giustificato dalla norma più universale secondo cui “Si devono fare le azioni che hanno delle conseguenze buone”, più la proposizione secondo cui “X è un’azione che ha delle conseguenze buone”.

Anche il particolarismo potrebbe forse accettare la derivabilità logica della conclusione come condizione necessaria di una giustificazione pratica. La norma giustificante potrebbe essere qui formulata più o meno in questi termini: “Si devono fare le azioni che sono corrette *all things considered*, ossia le azioni che risultano corrette dopo aver compiuto il bilanciamento di tutte le ragioni rilevanti in favore o contro il dovere di fare quelle azioni”.

## 2. Applicabilità interna e esterna

Ritornando ora alla motivazione giudiziale come caso di giustificazione pratica, possiamo dire che per il positivismo giuridico normativista condizione necessaria di una motivazione corretta è che essa sia una giustificazione deduttiva. Ma qui occorre porsi una seconda e più rilevante questione. Se è una norma quella che deve fondare la decisione giudiziale, che tipo di norma deve essere? È in effetti un’opinione condivisa che non qualunque norma possa fondare una decisione giudiziale, anche nel caso in cui la decisione possa essere derivata da quella norma. La deducibilità della conclusione da una norma è quindi generalmente considerata condizione necessaria, ma non sufficiente della giustificazione della decisione giudiziale (come di qualunque altra conclusione pratica).

tuita dalla proposizione “Tuo padre ti ha ordinato di andare a scuola”. Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 292 ss.; E. DICIOTTI, *op. cit.*, pp. 66 e 122 ss.; O. WEINBERGER, *The Theory of Legal Dynamics Reconsidered*, in “Ratio Juris”, 4, 1991, pp. 18-35 (*sed contra*: T. Mazzaresse, *Normological Scepticism and Legal Dynamics. Weinberger and Kelsen Confronted*, in A. AARNIO, S.L. PAULSON, O. WEINBERGER, G.H. VON WRIGHT, D. WYDUCKEL (Hrsg.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 155-69).

Le due principali risposte a questa domanda sono: o che la decisione giudiziale è giuridicamente giustificata, in ultima istanza, da una norma morale (tesi della unità del ragionamento pratico), oppure che è giustificata da una norma giuridica valida (tesi della insularità del ragionamento giuridico). Mi concentrerò sulla seconda risposta, dato che ho analizzato e criticato altrove la prima<sup>5</sup>.

Questa seconda risposta è tipica del positivismo giuridico normativista (da Beccaria in poi): una decisione giudiziale è giustificata se deriva da una norma giuridica valida, più la descrizione di una fattispecie concreta (sussumibile sotto la fattispecie astratta prevista dalla norma).

Ma che significa qui “valida”? E la derivazione della decisione a partire da una norma giuridica valida è, oltre che necessaria, una condizione sufficiente della giustificazione della decisione?

Alla prima domanda molti positivisti hanno risposto dicendo che la norma giuridica che giustifica la decisione del giudice è valida nel senso di appartenente al sistema giuridico del momento in cui il giudice prende la sua decisione. Bulygin ha mostrato<sup>6</sup> che questa risposta è insoddisfacente. L'appartenenza al sistema giuridico (sincronico) del momento della decisione, come pure l'appartenenza all'ordinamento giuridico (diacronico), non sono condizioni né necessarie né sufficienti perché una norma giustifichi la decisione. Per Bulygin, e altri giuspositivisti normativisti, la norma che giustifica la decisione deve essere “valida” nel senso di “applicabile al caso”<sup>7</sup>. Perché la decisione del giudice sia giustificata è dunque necessario che la norma giuridica impiegata dal giudice sia applicabile, vale a dire che sia obbligatorio (o vincolante) per il giudice applicarla, e ciò avviene se e solo se esiste un'altra norma giuridica che impone l'obbligo di applicarla.

Moreso e Navarro<sup>8</sup> hanno sviluppato questa tesi di Bulygin, distinguendo tra applicabilità interna ed esterna di una norma. Utilizzando

<sup>5</sup> Cfr. P. COMANDUCCI, *Las conexiones entre el Derecho y la moral*, in “Derechos y libertades”, VIII, 12, 2003, pp. 15-26.

<sup>6</sup> Cfr. E. BULYGIN, *Tiempo y validez* (1982), ora in C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 195-214.

<sup>7</sup> Vi sono quindi, per Bulygin, norme giuridiche appartenenti al sistema giuridico sincronico del momento della decisione, e non applicabili al caso (per esempio, le norme in *vacatio legis*), e norme giuridiche applicabili al caso e non appartenenti al sistema giuridico del momento della decisione (per esempio le norme del diritto internazionale privato).

<sup>8</sup> Cfr. P.E. NAVARRO, J.J. MORESO, *Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 15-35 (con qualche modifica: P.E. NAVARRO, J.J. MORESO, *Applicability and Effectiveness of Legal Norms*, in “Law and Philosophy”, 16, 1997, pp. 201-19). Uno sviluppo ulteriore in P.E. NAVARRO, C. ORUNESU, J.L.

senza troppi scrupoli filologici la loro proposta, potrebbe dirsi che una norma è internamente applicabile se regola il caso al quale si applica, mentre è esternamente applicabile se esiste un'altra norma giuridica che obbliga il giudice ad applicarla. Vari autori<sup>9</sup> hanno inoltre sottolineato l'opportunità di distinguere tra due sensi di "decisione giudiziale": come atto di decidere e come risultato della decisione del giudice (ossia come contenuto normativo espresso dalla decisione).

Il problema della individuazione della norma che giustifica la decisione giudiziale si può suddividere quindi in due distinti problemi:

1) qual è la norma "valida", ossia applicabile, che giustifica l'atto di decidere? La risposta del positivismo giuridico normativista è che si tratti di una norma esternamente applicabile, ossia della norma che il giudice ha l'obbligo di applicare sulla base di un'altra norma giuridica;

2) qual è la norma "valida", ossia applicabile, che giustifica il risultato della decisione, ossia la norma individuale espressa dalla sentenza? La risposta del positivismo giuridico normativista è che si tratti di una norma internamente applicabile, che regoli cioè il caso oggetto di decisione.

Se applichiamo queste risposte al caso presentato in alcune occasioni da Bulygin<sup>10</sup>, relativo alla condanna di Dimitri Karamazoff, innocente rispetto all'accusa di omicidio formulata contro di lui, ma "colpevole" sulla base delle prove presentate nel processo, avremo che:

a) la decisione di condanna di Dimitri è giustificata, come atto, sulla base di una norma esternamente applicabile al caso: potrebbe ad esempio trattarsi della norma procedurale che impone al giudice di condannare colui che è stato *provato* colpevole;

b) la decisione di condanna non è giustificata, come risultato, giacché la norma individuale espressa dalla sentenza non è giustificata dalla norma sostanziale sull'omicidio, perché tale norma non è internamente applicabile, in quanto Dimitri non ha ucciso suo padre.

In altre parole, il giudice deve condannare Dimitri, ma il risultato della sua decisione, ossia la norma individuale di condanna, non è giustificato.

RODRÍGUEZ, G. SUCAR, *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 133-52.

<sup>9</sup> Cfr. E. BULYGIN, *Cognition and Interpretation of Law*, in L. GIANFORMAGGIO, S.L. PAULSON (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 11-35, a p. 25; R. CARACCILO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 74; R. SÁNCHEZ BRIGIDO, H.O. SELEME, *Justificación sin verdad*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 285-94.

<sup>10</sup> Cfr. E. BULYGIN, *Cognition and Interpretation of Law*, cit., pp. 22-24.

La posizione del positivismo giuridico normativista rispetto al problema potrebbe essere allora così riformulata:

a) l'applicabilità esterna di una norma giuridica a un caso è condizione necessaria della giustificazione della decisione-attività del giudice, ossia dell'atto di decidere;

b) l'applicabilità interna di una norma giuridica a un caso è condizione necessaria della giustificazione della decisione-risultato del giudice, ossia della norma espressa dalla decisione;

quindi

c) una decisione giudiziale (atto e risultato) è pienamente giustificata se il giudice ha applicato al caso una norma internamente e esternamente applicabile ad esso.

Queste tesi mi sembrano interessanti – perché danno conto dei cosiddetti “errori giudiziari”: il giudice ha deciso correttamente sulla base delle norme procedurali, ma il risultato della sua decisione non è giustificato, perché l'imputato è innocente –, ma credo che comportino alcuni problemi<sup>11</sup>.

### 2.1. Criteri ultimi di applicabilità

In primo luogo, rispetto alla tesi sub a), occorre domandarsi su che base dovrebbe applicarsi la norma  $N_2$  (nell'esempio precedente: la norma sulla prova) che obbliga il giudice ad applicare  $N_1$  al caso (nell'esempio precedente: la norma sull'omicidio). La risposta è che o esiste una norma  $N_3$  che obbliga ad applicare  $N_2$ <sup>12</sup>, oppure  $N_2$  non è a sua volta applicabile (né non-applicabile). La catena della applicabilità può avere vari anelli, ma alla fine arriveremo necessariamente ad una norma  $N_n$  che non è applicabile, dato che non esiste alcuna altra norma che imponga la sua applicazione. Questa norma  $N_n$  è una norma ultima che determina i criteri ultimi di applicabilità (che, secondo Bulygin, appartengono, o devono appartenere, al sistema giuridico sincronico del momento della decisione)<sup>13</sup>.

Se assumiamo il punto di vista dell'analisi del ragionamento svolto da un giudice per giustificare la sua decisione, e se le norme che stabiliscono i criteri ultimi non sono né applicabili né non-applicabili, ossia se il giudice non ha l'obbligo di applicarle: allora il giudice avrà o il potere di

<sup>11</sup> Una differente analisi di alcuni di tali problemi sta in R. SÁNCHEZ BRIGIDO, H.O. SELEME, *Justificación sin verdad*, cit., specie pp. 291 ss.

<sup>12</sup> O che obbliga ad usare criteri per individuare  $N_2$  come norma applicabile.

<sup>13</sup> Cfr. E. BULYGIN, *Tiempo y validez*, cit., p. 202. Sui criteri di applicabilità, con specifico riferimento al diritto italiano ma con una notevole portata teorico-generale, cfr. G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in “Analisi e diritto”, 2008, pp. 263-99, alle pp. 279 ss.

fatto (secondo una prospettiva realista), o la autorizzazione tacita (secondo una prospettiva kelseniana), o il permesso debole di *non* applicarle, e pertanto di individuare norme che stabiliscano criteri di applicabilità diversi da quelli che sono individuati dalle norme che stabiliscono i criteri ultimi. Questo comporta che vi saranno tante catene di applicabilità quante sono le norme ultime usate dai giudici. Quindi, se le scelte dei giudici variano, per ciascun tipo di caso vi saranno varie norme applicate. Da questo punto di vista, quello della attività di giustificazione da parte del giudice, mi sembra che non esista qualcosa come l'applicabilità di una norma, ossia l'obbligo di applicarla.

Tuttavia, dal punto di vista del risultato della attività di giustificazione del giudice, si potrebbe affermare che rimanga in piedi la tesi secondo cui una decisione (intesa come atto di decidere) è giustificata se è fondata da una norma  $N_1$  applicabile, vale a dire se tale norma  $N_1$  deve essere applicata sulla base di un'altra norma esistente  $N_2$ , che a sua volta non deve necessariamente essere applicabile. Ma questa proposta comporta un problema: se  $N_2$  fosse inapplicabile, sulla base di un'altra norma  $N_3$  che vieta la sua applicazione, dovremmo tuttavia dire che la decisione del giudice è giustificata in ultima istanza sulla base della norma (inapplicabile, anche se esistente)  $N_2$ . E questo, non solo contrasterebbe con il senso comune dei giuristi, ma non sembra neppure essere una ricostruzione accettabile della pratica giuridica<sup>14</sup>.

Per risolvere questo problema credo che bisognerebbe cambiare la definizione di norma esternamente applicabile, dicendo che una norma  $N_1$  è esternamente applicabile se e solo se l'obbligo di applicarla deriva, direttamente o indirettamente, dalle norme ultime del sistema giuridico del momento della decisione. Queste norme ultime, quindi, devono sempre essere applicate perché una decisione giudiziale sia giustificata. Sono pertanto applicabili, e non né applicabili né non-applicabili, come risultava dalla definizione precedente di applicabilità<sup>15</sup>.

Mi sembra che qui ci troviamo di fronte almeno a due alternative: o, in una prospettiva realista (che è quella che preferisco), si deve abbandonare la idea di applicabilità esterna (come obbligo di applicare una norma), quale condizione necessaria di giustificazione della decisione giudiziale come atto; oppure si deve trovare un modo di fondare la applicabilità delle norme ultime del sistema giuridico attuale, che determinano i criteri di applicabilità delle altre norme dell'ordinamento giuridico.

<sup>14</sup> Cfr., in senso analogo e con maggior approfondimento, P.E. NAVARRO, C. ORUNESU, J.L. RODRÍGUEZ, G. SUCAR, *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, cit., pp. 143-45.

<sup>15</sup> In senso del tutto contrario si esprimono P.E. NAVARRO, C. ORUNESU, J.L. RODRÍGUEZ, G. SUCAR, *op. cit.*, pp. 149 ss.

Come è noto, vi sono due grandi tentativi di fondare la applicabilità (o la validità) delle norme ultime.

1) Il tentativo di Hart (in una possibile interpretazione del suo pensiero<sup>16</sup>): le norme ultime sono il prodotto di una pratica sociale, e specificamente di una “consuetudine” giudiziale. Anche se l’insieme dei giudici non ha un obbligo preventivo di applicare le norme ultime, dato che esse sono il prodotto della loro stessa attività, ciascun giudice individualmente ha (o crede di avere) un obbligo di applicarle. Le norme ultime non sarebbero altro che la regola di riconoscimento della applicabilità delle norme giuridiche.

2) Il tentativo di Kelsen (in una possibile interpretazione del suo pensiero<sup>17</sup>): se vogliamo pensare che i giudici abbiano un obbligo di giustificare le proprie decisioni sulla base di norme esternamente applicabili, dobbiamo ipotizzare la applicabilità esterna delle norme ultime, ossia dobbiamo ipotizzare la norma fondamentale. La applicabilità esterna (nel lessico di Kelsen, la validità) della norma fondamentale è presupposta.

Entrambi questi tentativi presentano, come è noto, delle difficoltà, ma in questa sede non mi soffermerò a discuterle.

## 2.2. Applicabilità interna e interpretazione

Finora abbiamo parlato di ‘norme applicabili’, problematizzando la nozione di applicabilità esterna. Ma dobbiamo anche problematizzare la nozione di norma, distinguendo tra formulazione normativa (disposizione) e norma (significato della disposizione): ciò influisce, oltre che sulla nozione di applicabilità esterna, anche sulla nozione di applicabilità interna, rendendola a sua volta problematica. Quanto detto finora ha senso se usiamo ‘norma’ come significato già attribuito dal giudice a una formulazione normativa, oppure come formulazione con il “suo” significato incorporato. La norma internamente e/o esternamente applicabile è il

<sup>16</sup> Cfr. M.C. REDONDO, *El carácter práctico de los deberes jurídicos*, in “Doxa”, 21, II, 1998, pp. 355-70, alle pp. 360-61.

<sup>17</sup> Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Kelsen*, cit. Per poter intendere Kelsen così, Celano propone di configurare il concetto kelseniano di validità come *disquotation* (pp. 258 ss.). L’appartenenza di una norma a un sistema giuridico equivale alla sua obbligatorietà. Le norme sono dirette ai giudici e li autorizzano a sanzionare i comportamenti illeciti. I giudici hanno l’obbligo di farlo sulla base di un’altra norma che li sottopone a sanzione se non obbediscono la prima. Non tutte le norme valide sono sostenute da una sanzione, ma tutte hanno come loro contenuto la irrogazione di una sanzione. Se vogliamo pensare il diritto come un insieme di norme valide-appartenenti-obbligatorie dobbiamo presupporre la esistenza della norma fondamentale.

prodotto della interpretazione di una o più formulazioni normative. Il giudice attribuisce significato alla formulazione normativa usando un criterio interpretativo (per esempio il criterio letterale, teleologico, della volontà del legislatore, sistematico, ecc.). Ma generalmente l'uso di un altro criterio interpretativo comporterebbe una diversa attribuzione di significato<sup>18</sup>: diversa sarebbe quindi la norma applicabile<sup>19</sup>. Né il diritto, né la cultura giuridica offrono di solito meta-criteri ultimi per scegliere tra i criteri interpretativi (o gli argomenti retorici in favore di una certa interpretazione)<sup>20</sup>: in altre parole, il diritto e la cultura giuridica non forniscono di solito meta-criteri ultimi per decidere né della applicabilità *interna*, ossia per scegliere la norma che regola il caso, né della applicabilità *esterna*, ossia per scegliere la norma che il giudice deve applicare sulla base di un'altra norma che impone tale obbligo.

Quindi, ciò che il giudice sceglie nel suo ragionamento, e poi presenta come la norma applicabile a un caso, e che giustifica internamente ed esternamente la sua decisione, è *anche* il prodotto della sua discrezionalità (oltre che dipendere, parzialmente, dalla esistenza della formulazione normativa, dalle regole sintattiche e semantiche del linguaggio naturale, dalle convenzioni e dalle regole proprie del linguaggio tecnico-giuridico, dai criteri e dagli argomenti preferiti dalla cultura giuridica al quale il giudice appartiene, ecc.).

Le norme applicate dal giudice, quindi, possono dirsi applicabili solo in un senso molto debole; esse sono scelte e poi presentate come le norme che regolano il caso e che dovevano essere applicate dal giudice, il quale, nella motivazione, sviluppa un'argomentazione in favore della loro applicabilità. Io direi che le norme applicate si possono definire "applicabili" solo da un hartiano punto di vista *interno* del giudice, e di coloro che condividono le sue scelte. Da un punto di vista *esterno*, teorico, si può solo dire quali sono le norme di fatto applicate, e quali sono quelle che potrebbero esserlo, in un contesto dato, da parte dei giudici, e non invece quali sono le norme applicabili.

<sup>18</sup> Cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 532 ss.

<sup>19</sup> D'altra parte, il giudice giustifica la sua interpretazione presentando argomenti in suo favore (per esempio, argomento letterale, teleologico, della volontà del legislatore, sistematico, ecc.). Ma generalmente non giustifica la scelta di un argomento al posto di un altro; e spesso l'uso di un altro argomento giustificerebbe una diversa interpretazione.

<sup>20</sup> Si veda comunque G. PINO, *op. cit.*, pp. 280 ss., per un'interessante ed accurata ricognizione dei criteri di applicabilità operanti nel diritto positivo italiano, e per un'analisi di tipo realista del funzionamento dei meta-criteri interpretativi e di applicabilità.

### 3. *Il fondamento di validità della decisione giudiziale*

Un altro problema, connesso al precedente, con il quale deve fare i conti il positivismo giuridico normativista, è il seguente. Il positivismo afferma che la decisione giustificata del giudice esprime una norma valida, ossia obbligatoria (per gli organi della esecuzione) e/o appartenente al sistema giuridico (a seconda delle differenti teorie della validità di norme giuridiche). Orbene, possiamo chiederci: su che cosa si fonda la validità della norma individuale del giudice?

Dicevo prima che, per il positivismo giuridico normativista, il contenuto di una decisione giudiziale è giustificato se deriva da una norma internamente applicabile. La validità della norma individuale del giudice si fonderebbe quindi sulla norma internamente applicabile al caso. È questa almeno la risposta di quei positivisti classici che concepiscono il sillogismo giudiziale quale forma di ricostruire la giustificazione delle decisioni giudiziali: in questo sillogismo decisionale la premessa maggiore del ragionamento del giudice sarebbe costituita dalla norma internamente applicabile al caso, la premessa minore sarebbe costituita dalla descrizione della fattispecie, nella quale si afferma che il caso individuale è una istanza del caso generico regolato dalla norma applicabile, e la conclusione sarebbe costituita dalla norma individuale che applica le conseguenze giuridiche stabilite dalla norma internamente applicabile al caso individuale.

Usando il lessico di Amedeo G. Conte<sup>21</sup>, potremmo dire che la validità deontica della norma individuale dipende dalla validità dianoetica della inferenza, attraverso la quale si deriva il contenuto della norma individuale dal contenuto della norma applicabile. Usando il lessico di Ricardo Caracciolo<sup>22</sup>, qui la validità della norma individuale sarebbe determinata dal “criterio di deducibilità”. Usando Kelsen, in una delle sue possibili interpretazioni, potremmo parlare qui di derivazione statica della validità della norma individuale<sup>23</sup>.

In ogni modo, secondo questa prima risposta, la validità dianoetica (o il criterio di deducibilità, o la derivazione statica) sarebbero qui condizioni necessarie e sufficienti della validità deontica (della obbligatorietà o appartenenza) della norma individuale dettata dal giudice.

<sup>21</sup> A.G. CONTE, *Deontico vs. dianoetico*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 16, 2, 1986, pp. 489-94.

<sup>22</sup> R. CARACCILO, *Justificación normativa y pertenencia. Modelos de la decisión judicial*, in “Análisis filosófico”, VIII, 1, 1988, pp. 37-67.

<sup>23</sup> Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Kelsen*, cit., p. 302.

Esistono però, all'interno del positivismo giuridico normativista, almeno altre due risposte<sup>24</sup> alla domanda: su che cosa si fonda la validità della norma individuale del giudice?

La seconda risposta è che la validità della norma individuale si fonda sulla norma di competenza che attribuisce al giudice il poter normativo per decidere il caso, o, in un'altra prospettiva, che obbliga ad obbedire le decisioni prese dai giudici competenti<sup>25</sup>.

Qui la validità della norma individuale dipende, nel lessico di Caracciolo, dal criterio di legalità, o, nel lessico di Kelsen, dalla derivazione dinamica<sup>26</sup>. In questo caso la validità dianoetica, o il criterio di deducibilità, o la derivazione statica, non sono né condizioni necessarie né condizioni sufficienti della validità deontica della norma individuale, che dipenderebbe solo dal fatto che il giudice abbia dettato la decisione sulla base di una norma che gli attribuiva quella competenza.

La terza risposta è che la validità della norma individuale si fonda sulla norma internamente applicabile al caso e sulla norma di competenza che attribuisce al giudice il potere normativo per decidere il caso.

Qui la validità della norma individuale dipende dalla congiunzione del criterio di deducibilità e di quello di legalità, o, in altre parole, dalla congiunzione della derivazione statica e di quella dinamica. Entrambi i criteri sarebbero condizioni necessarie della validità della norma

<sup>24</sup> In realtà le risposte sono quattro: vi è infatti anche la possibilità che il criterio di deducibilità e quello di legalità siano entrambi condizioni sufficienti della validità della decisione. Questa risposta (come ha mostrato R. CARACCILO, *Justificación normativa y pertenencia*, cit.) comporta risultati paradossali e, per ragioni di semplicità, non la prenderò in considerazione.

<sup>25</sup> Si può infatti sostenere che la norma di comportamento che impone l'obbligo di applicare un'altra norma presuppone l'esistenza di una norma di competenza (o di una definizione, o di una regola concettuale) che istituisce l'organo "giudice" e gli attribuisce il potere di applicare norme generali valide, producendo così norme individuali valide. Un'altra maniera di configurare teoricamente la questione è quella che afferma che una norma di comportamento, che impone l'obbligo di obbedire (o di applicare) le norme prodotte da un organo, è l'altra faccia della medaglia di una norma di competenza che attribuisce a quell'organo un potere normativo: cfr. A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, p. 32.

<sup>26</sup> Si potrebbe ricostruire, anche in questo caso – come tra gli altri ha mostrato E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 122 ss. –, la derivazione della validità della norma individuale in forma sillogistica. La premessa maggiore sarebbe costituita da una norma di competenza del tipo "Se un giudice competente risolve un caso dettando la decisione D, allora D è valida (obbligatoria)". La premessa minore sarebbe costituita da una descrizione di un fatto ("Il giudice competente J ha dettato la decisione D<sub>1</sub>"). La conclusione sarebbe quindi "La decisione D<sub>1</sub> è valida (obbligatoria)", ossia per esempio, attraverso la *disquotation*, "Tizio deve essere punito con 5 anni di reclusione".

individuale, ma nessuno dei due sarebbe condizione sufficiente di essa. Nel loro insieme sarebbero condizioni necessarie e sufficienti della validità della norma individuale.

Possiamo a questo punto chiederci: qual è, tra queste tre, la risposta che ricostruisce meglio il funzionamento dei sistemi giuridici attuali? Direi che la prima risposta non risulta oggi accettabile<sup>27</sup>. La semplice derivazione statica di una conclusione logica a partire dal contenuto di una norma valida non attribuisce validità (obbligatorietà o appartenenza) alla norma derivata: la validità dell'inferenza non ha a che vedere con la validità (obbligatorietà o appartenenza) della norma derivata, a meno che non sia un giudice competente, nell'esercizio delle sue funzioni, colui che la derivi come contenuto di una sua decisione.

La seconda risposta mi sembra che ricostruisca meglio della prima la realtà dei sistemi giuridici attuali. Una decisione giudiziale è valida (obbligatoria o appartenente) solo perché la ha dettata un giudice competente, indipendentemente dal suo contenuto. Essa può essere impugnabile, per esempio perché si afferma che il suo contenuto non è conforme con il diritto, ma fino a quando non è annullata continua ad essere obbligatoria. Il criterio di deducibilità sembrerebbe non giocare alcun ruolo nella fondazione della validità della norma individuale del giudice.

Tuttavia la terza risposta è quella che sembra ricostruire meglio la realtà dei sistemi giuridici contemporanei. Qui il criterio di deducibilità non può essere assunto come condizione sufficiente per fondare la validità della norma espressa dalla decisione giudiziale (altrimenti la terza risposta collapserebbe con la prima), ma potrebbe esserlo il criterio di legalità, in una sua interpretazione "ristretta". La norma espressa dalla decisione giudiziale sarebbe valida se dettata da un giudice competente, ma il giudice sarebbe competente *solo* per dettare decisioni il cui contenuto costituisce una conseguenza logica di una norma giuridica valida (e così anche il criterio di deducibilità sarebbe soddisfatto: esso costituirebbe una condizione "contribuente"<sup>28</sup>, ossia una condizione necessaria di una condizione sufficiente).

Sviluppando alcune interessanti idee di Caracciolo, possiamo osservare che, siccome nei sistemi giuridici contemporanei il giudice ha l'obbligo di risolvere sempre i casi dettando una decisione (è cioè vietato

<sup>27</sup> Cfr. in questo senso R. CARACCILO, *Justificación normativa y pertenencia*, cit.; A. G. CONTE, *Deontico vs. dianoetico*, cit.

<sup>28</sup> Cfr. C.E. ALCHOURRÓN e E. BULYGIN, *Norma giuridica*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 1-16, a p. 14; G.H. VON WRIGHT, *A Treatise on Induction and Probability*, Paterson, New Jersey, Littlefield, Adams & Co., 1960, pp. 66-77.

il *non liquet*), il giudice si troverebbe di fronte ad un dilemma pragmatico in una situazione nella quale non vi siano conseguenze logiche per il caso che deve decidere<sup>29</sup>: da un lato avrebbe l'obbligo generale di decidere (perché glielo impone il divieto di *non liquet*), e dall'altro avrebbe il divieto specifico di decidere il caso (ossia l'obbligo di omettere di deciderlo), giacché non vi è una norma, logicamente derivabile da una norma del sistema, che possa costituire il contenuto della sua decisione (vi è una lacuna normativa nel sistema).

Ma questa difficoltà della terza risposta sparisce se concepiamo i sistemi giuridici come insiemi, certo incompleti, ma completabili da parte del giudice. L'imposizione legislativa al giudice di decidere tutti i casi che gli vengono sottoposti, se non presuppone la completezza del sistema giuridico, presuppone però una sua specifica completabilità, attraverso la interpretazione giudiziale.

Riprendendo la distinzione tra formulazioni normative e norme, il criterio di deducibilità sarebbe sempre soddisfatto, dato che ogni volta che un giudice competente applica una formulazione normativa per decidere un caso, egli, implicitamente o esplicitamente, interpreta questa formulazione come esprimente una norma che regola il caso, e dalla quale pertanto si può derivare la norma individuale che è il contenuto della sua decisione.

Occorre osservare, tuttavia, che, così riformulata, la terza risposta renderebbe banale il criterio di deducibilità per fondare la validità del contenuto della decisione giudiziale. In effetti segue dalla definizione standard di applicazione di una norma a un caso<sup>30</sup> (che consiste proprio nella sussunzione del caso individuale sotto il caso generico disciplinato dalla norma, con il fine di attribuire le conseguenze giuridiche del caso generico al caso individuale), e delle norme di competenza che definiscono il giudice come colui che applica il diritto a casi particolari, che ogni volta che un giudice applica una norma, il contenuto della sua decisione è (presentato come) conseguenza logica della norma internamente applicabile.

Ogni volta che siamo di fronte a una applicazione giudiziale del diritto, dovremmo concludere che la formulazione normativa citata dal giudice come fondamento del contenuto della sua decisione esprime una norma sotto la quale può essere sussunto il contenuto della decisione. Dal contenuto della decisione del giudice, in altre parole, è sempre possibile ricostruire una norma che fondi la sua decisione (dalla quale cioè la decisione è derivabile), che sarebbe il significato che il giudice ha attribuito alla formulazione normativa citata nella sentenza. Anche se nella sua

<sup>29</sup> Cfr. R. CARACCILO, *Justificación normativa y pertenencia*, cit., p. 57.

<sup>30</sup> Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, edited by Z. Bankowski, N. MacCormick, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1992.

motivazione il giudice avesse attribuito alla formulazione un significato differente, dal quale non deriva logicamente il contenuto della decisione (caso raro, ma possibile), questo sarebbe irrilevante per il soddisfacimento del criterio di deducibilità: l'unica cosa rilevante è che egli presenti, nella parte dispositiva della sentenza, una formulazione normativa come base della sua decisione.

Anche se le cose stanno così, non credo tuttavia che nella terza risposta il criterio di deducibilità non giochi alcun ruolo socialmente rilevante: sebbene sia banale rispetto alla fondazione della validità della decisione giudiziale, è tuttavia rilevante come forma di controllo della motivazione in diritto del giudice, dato che lo costringe a giustificare la interpretazione della formulazione, in modo che essa esprima una norma che regoli il caso.