

GIORGIO PINO\*

## *L'applicabilità delle norme giuridiche*

1. Definizione – 1.1. Applicazione come uso – 1.2. I soggetti dell'applicazione – 1.3. Applicazione, efficacia, applicabilità – 2. Applicabilità di disposizioni e di norme – 2.1. Applicabilità di disposizioni – 2.2. Applicabilità di norme – 2.3. Applicabilità *prima facie* e applicabilità conclusiva – 2.3.1. Dalla applicabilità *prima facie* di una disposizione alla sua disapplicazione – 2.3.2. Dalla inapplicabilità *prima facie* alla applicabilità di disposizioni (e di norme) – 3. Criteri di applicabilità – 3.1. Criteri vincolanti e criteri permissivi – 4. Applicabilità e ideologia delle fonti del diritto – 4.1. Ideologia delle fonti del diritto e fenomenologia delle culture giuridiche – 4.2. Ideologia delle fonti del diritto e regola di riconoscimento – 5. Applicabilità, validità e positivismo giuridico.

\* Università di Palermo | [gpino@unipa.it](mailto:gpino@unipa.it) | [www.unipa.it/gpino](http://www.unipa.it/gpino).

Versioni precedenti di questo lavoro sono state presentate ad un seminario presso il Dipartimento di Studi su Politica, Diritto e Società (Università di Palermo), e al “XVI Seminario hispano-italiano-francés de teoría del derecho” (Università Pompeu Fabra, Barcelona). Sono particolarmente grato, per i loro commenti e le loro osservazioni critiche, a Clelia Bartoli, Marco Brigaglia, Damiano Canale, Bruno Celano, Jordi Ferrer Beltrán, Riccardo Guastini, Giorgio Maniaci, José Juan Moreso, Adrian Rentería Díaz, Serena Romano, Juan Ruiz Manero, Aldo Schiavello, Alessandro Spina, Vittorio Villa.

In questo saggio intendo analizzare il concetto di applicabilità (di norme e di disposizioni giuridiche). A tal fine sfrutterò, e cercherò di sviluppare, alcune analisi del concetto di applicabilità delle norme recentemente proposte nell'ambito della teoria del diritto analitica<sup>1</sup>. In particolare, dopo aver definito la nozione di applicabilità (§ 1), distinguerò tra applicabilità di disposizioni e di norme (§ 2), discuterò la nozione di criterio di applicabilità (§ 3), e i modi in cui i criteri di applicabilità convergono in una complessiva ideologia delle fonti del diritto (§ 4).

Intendo inoltre suggerire (§ 5) che il concetto di applicabilità è utile non solo in chiave esplicativa e teorico-generale (in virtù della possibilità che alcuni altri importanti concetti teorico-generalmente possano essere adeguatamente

<sup>1</sup> Il primo ad attirare l'attenzione sull'importanza teorica del concetto di applicabilità è stato verosimilmente EUGENIO BULYGIN (cfr. ad es. *Tempo e validità; Il problema della validità in Kelsen*). Per alcuni successivi sviluppi e approfondimenti, cfr. J.J. MORESO, P. NAVARRO, *Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche*; J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, pp. 151-163; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, pp. 173 ss.; ID., *Le fonti del diritto*, pp. 283-285; P. NAVARRO, C. ORUNESU, J. RODRÍGUEZ, G. SUCAR, *La aplicabilidad de las normas jurídicas*; J. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, pp. 140-158; G. PINO, *Norme e gerarchie normative*; ID., *Diritti e interpretazione*, cap. 2; P. COMAN-NUCCI, *Alcuni problemi concettuali relativi all'applicazione del diritto*.

Il concetto di applicabilità gioca un ruolo essenziale anche nella teoria del diritto di Joseph Raz. In particolare Raz utilizza l'applicabilità come criterio di identità dei sistemi giuridici: i sistemi giuridici sono identificati in base alle norme che i loro organi dell'applicazione sono autorizzati o obbligati ad applicare per risolvere le controversie (con alcune qualificazioni che qui non è necessario approfondire); cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, pp. 132-148; ID., *The Identity of Legal Systems*.

spiegati, se analizzati dal punto di vista del problema dell'applicabilità), ma anche in chiave più propriamente filosofico-giuridica, in quanto potrebbe consentire ad un coerente approccio giuspositivistico (inteso come giuspositivismo metodologico) di evitare di incorrere nell'accusa infamante di positivismo ideologico.

## 1. *Definizione*

L'applicabilità consiste nelle ragioni che rendono una disposizione o norma applicabile ad una controversia, o comunque rilevante in un'argomentazione giuridica.

Questa definizione, che è di fatto la definizione standard di applicabilità circolante nella letteratura teorico-generale recente<sup>2</sup>, sembra pericolosamente circolare, perché il termine "applicazione" e una sua variante figurano sia nel *definiendum* che nel *definiens*. Il circolo vizioso deve essere spezzato integrando questa definizione con una ulteriore definizione, o spiegazione, relativa al concetto di applicazione – cosa che farò nei paragrafi seguenti.

### 1.1. *Applicazione come uso*

In prima battuta, una disposizione o una norma sono applicate quando sono *usate*. In che senso? Sto ovviamente presupponendo la distinzione, quasi universalmente accettata

<sup>2</sup> Cfr. ad es. E. BULYGIN, *Il problema della validità in Kelsen*, p. 114; J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, p. 151; G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, p. 279. Si noti comunque che nelle definizioni correnti (con l'eccezione di G. PINO, *Norme e gerarchie normative*) l'applicabilità è riferita solo alle *norme*, non anche alle *disposizioni*.

sia in teoria del diritto sia tra molti giuristi positivi, tra disposizione (un enunciato, un frammento del discorso delle fonti) e norma (il contenuto di significato che si può estrarre, a seguito di attività in senso ampio interpretativa, da una o più disposizioni – norma esplicita – o da una o più altre norme – norma implicita). Ed essendo disposizioni e norme “cose” diverse, diverse saranno le loro rispettive condizioni e istanze di uso. Inoltre, talvolta può non sembrare chiaro, a prima vista, se il giurista stia utilizzando una disposizione oppure una norma: spesso, infatti, in una argomentazione giuridica (ad esempio nella motivazione di un provvedimento giudiziario) non si trovano enunciati interpretativi di forma compiuta (cioè un enunciato del tipo: «la disposizione D esprime la norma N»), quanto piuttosto l’indicazione in maniera del tutto estrinseca del testo normativo di riferimento (ad es., l’art. X della legge YZ), dando per scontato che si sta facendo riferimento ad una certa interpretazione, probabilmente quella consolidata<sup>3</sup> (e magari dando così per scontato, come implicatura conversazionale, che quella sia l’unica, vera interpretazione – ovvero, detto in termini lievemente differenti, che l’applicazione della legge non richieda una sua previa interpretazione<sup>4</sup>). Ovviamente, in casi simili

<sup>3</sup> Cfr. J. RAZ, *Authority, Law, and Morality*, p. 229; P. COMAN-  
DUCCI, *Alcuni problemi concettuali relativi all’applicazione del  
diritto*, pp. 13-14. Sulla nozione di enunciato interpretativo, cfr. R.  
GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, p. 71.

<sup>4</sup> Il che, peraltro, sarebbe vero per definizione, quantomeno nei c.d.  
casi facili, ove si adottasse una nozione di interpretazione come solu-  
zione di dubbi sul significato di un enunciato; talché, quando tali  
dubbi non vi sono, la disposizione dovrebbe essere senz’altro appli-  
cata, senza bisogno di interpretazione. Su questa (discutibile) acce-  
zione di interpretazione v. J. WRÓBLEWSKI, *Il ragionamento giuridico  
nell’interpretazione del diritto*, pp. 269 ss. (interpretazione “*sensu*

l'interprete, benché si limiti a menzionare una disposizione, sta in realtà applicando (anche) una norma.

Ebbene: "usare" una disposizione significa interpretarla: porre in essere una serie di attività intellettuali finalizzate ad attribuire a quella disposizione un significato – per trarne una o più norme esplicite. "Usare" una norma invece significa impiegare quella norma in una argomentazione giuridica: per decidere casi concreti<sup>5</sup>, oppure anche per effettuare su quella norma varie operazioni interpretative preliminari rispetto alla decisione di un caso; ad esempio, una norma viene "usata" quando da essa sono ricavate altre norme (nella costruzione o nella concretizzazione di principi o di clausole generali), o quando è impiegata per introdurre eccezioni implicite in altre norme, o quando è sottoposta a bilanciamento con altre norme, o quando è impiegata come parametro per l'interpretazione adeguatrice di altre norme, ecc.

In breve, una norma è usata ogni volta che figura in un'argomentazione giuridica, determinando o contribuendo a determinare il contenuto di una decisione.

*stricto*"); P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica*, pp. 14-15; ID., *L'interpretazione delle norme giuridiche*.

<sup>5</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 173; ID., *Le fonti del diritto*, p. 283 («applicare una norma [...] significa invocarla quale premessa nella motivazione di un provvedimento giurisdizionale o amministrativo»). Guastini si riferisce qui specificamente al sillogismo "decisionale", cioè al sillogismo che ha come conclusione la norma individuale e concreta che figura ad es. nel dispositivo della sentenza; non vedo ragione però di escludere dalla nozione di applicazione anche l'uso di norme fatto nella premessa maggiore di sillogismi di livello superiore; è esattamente in questo senso, ad esempio, che le norme che contengono criteri di applicabilità, e comunque le meta-norme, sono a loro volta applicate. Per la nozione di sillogismo decisionale, e la distinzione rispetto ad altri tipi di sillogismi giudiziali, cfr. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile*, pp. 158-176.

## 1.2. *I soggetti dell'applicazione*

Dall'equivalenza tra applicazione e uso sarebbe però inappropriato far derivare che l'applicazione consiste in ogni possibile istanza di uso di una disposizione o di una norma, da chiunque effettuata – ad esempio, anche da parte di privati cittadini<sup>6</sup>. È preferibile piuttosto riservare il concetto di applicazione alle sole istanze di uso di una disposizione o norma da parte di organi istituzionalmente competenti ad assumere decisioni autoritative sulla base di norme<sup>7</sup>, mentre per l'uso di norme da parte dei cittadini in generale è preferibile impiegare termini quali “osservanza”, “obbedienza”, “adempimento”.

La scelta per una accezione ampia o ristretta di applicazione (la prima relativa a tutti, la seconda solo agli organi dell'applicazione) potrebbe anche essere liquidata come una

<sup>6</sup> Una nozione soggettivamente ampia di applicazione (estesa a chiunque segua una norma giuridica) è presente ad es. in E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, p. 97; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, p. 25 (si noti però che Kelsen fa qui riferimento a quelle, poche, norme che sono direttamente rivolte ai cittadini autorizzandoli all'uso della forza, come ad es. la norma che autorizza la legittima difesa; si veda infatti una terminologia diversa in *Teoria generale del diritto e dello Stato*, p. 62); M.C. REDONDO, *El ideal de las acciones basadas en normas jurídicas*, p. 101; l'idea che ogni processo di interpretazione (e comprensione) sia una applicazione rimanda a H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, parte III e *passim* (cfr. ad es. p. 360: «la conoscenza di un testo legale e la sua applicazione al caso giuridico concreto non sono due atti separati, ma un processo unico»).

<sup>7</sup> Cfr. ad es. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, p. 45; J.J. MORESO, P. NAVARRO, *Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche*, p. 22; J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, p. 153; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, p. 13.

questione di parole, una disputa meramente verbale – e in qualche misura, ovviamente, lo è; tuttavia, credo che vi siano alcune buone ragioni che militino decisamente in favore della nozione più ristretta.

In primo luogo, gli usi linguistici correnti tra i giuristi e i teorici del diritto qualificano abitualmente certe istituzioni come, appunto, organi dell'applicazione, il che denota l'idea che (almeno secondo chi adotta tale uso linguistico) l'applicazione sia un affare demandato, appunto, a specifici organi.

In secondo luogo, “applicare” una norma veicola l'idea che la norma in questione sia non tanto una guida o ragione per il comportamento, ma che sia la ragione per prendere una *decisione autoritativa* (suona incongruo dire che un automobilista applica il codice della strada quando si ferma al semaforo rosso, mentre ha senso dire che un poliziotto applica il codice della strada per fare una multa ad un automobilista che non si è fermato al semaforo rosso). Per il cittadino, una norma può essere una ragione per tenere o non tenere un certo comportamento, mentre per l'organo dell'applicazione una norma è una ragione per adottare una decisione vincolante. Inoltre, si noti che nel contesto dell'applicazione ufficiale del diritto, l'organo dell'applicazione (a differenza dei privati cittadini) non solo decide autoritativamente un caso, ma altresì decide autoritativamente sul significato dei testi normativi rilevanti al fine della decisione<sup>8</sup>. E anche da questo punto di vista sembra opportuno differenziare a livello terminologico la posizione del cittadino da quella dell'organo dell'applicazione.

In terzo luogo, “applicazione” sembra denotare una attività di tipo cosciente e deliberato (appare improprio

<sup>8</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, p. 419; M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica* (sul linguaggio giuridico come linguaggio “amministrato”).

applicare una norma senza accorgersene), una attività intenzionale in cui l'intenzione rilevante è esattamente quella di adottare una decisione sulla base di una certa norma, specificamente individuata. Ora, è noto che i cittadini possono seguire le norme giuridiche in maniera irriflessa, talvolta abitudinaria, per mero conformismo, e molto spesso per ragioni puramente prudenziali (non incorrere in qualche sanzione giuridica), e così via; in tutte queste attività, l'intenzione rilevante non è, o non è necessariamente, quella di "applicare" una norma<sup>9</sup>. E inoltre, si può anche ipotizzare che la produzione giuridica in un ordinamento moderno, caratterizzato da un'attitudine in senso ampio liberale e non perfezionista, non abbia come obiettivo che una norma giuridica venga seguita dai cittadini *for its own sake*, per così dire: ciò che conta è che venga realizzato il risultato finale, lo stato finale di cose che l'autorità normativa persegue, e rispetto al quale la norma è strumentale (il legislatore vuole che i cittadini *comunque* non commettano omicidi, non che non li commettano *perché* c'è una sanzione penale; la norma sull'omicidio<sup>10</sup> è efficace se non vengono commessi omicidi, indipendentemente dalla circostanza se è proprio quella norma la ragione per cui non vengono commessi omicidi).

<sup>9</sup> La tesi che per l'esistenza di un ordinamento giuridico sia sufficiente, da un punto di vista concettuale, nulla più che un'obbedienza passiva e pressoché abitudinaria da parte dei cittadini è sostenuta da H.L.A. HART, *The Concept of Law*, pp. 110-117; cfr. anche J. WALDRON, *All We Like Sheep*.

<sup>10</sup> Intesa, in termini kelseniani, come norma secondaria, cioè la norma che indica la condotta che i cittadini devono o non devono tenere. Per la distinzione kelseniana tra norma primaria e secondaria, cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, p. 61; B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, pp. 206-208.

Diversamente rispetto a quanto accade col cittadino comune, l'intenzionalità rilevante, che permette di qualificare l'attività di applicazione come cosciente e deliberata, è presente esattamente nell'attività degli organi dell'applicazione. Come lo sappiamo? Lo sappiamo perché le decisioni degli organi dell'applicazione sono motivate<sup>11</sup>: l'obbligo di motivazione, banalmente, è ciò che impedisce che un organo dell'applicazione applichi una norma<sup>12</sup> in maniera irriflessa (pur potendo la motivazione essere insincera, il che però, rispetto al concetto di applicazione, è del tutto irrilevante<sup>13</sup>). Dunque, *l'applicazione* del diritto non può che essere una attività cosciente, mentre *l'osservanza* del diritto (da parte dei cittadini) può ben essere inconsapevole<sup>14</sup>.

Quanto appena detto può essere chiarito utilizzando il lessico delle ragioni<sup>15</sup>. Così, si può dire che nei confronti dei cittadini una norma giuridica è (o meglio: è sufficiente che sia) una ragione per agire (cioè, una ragione per tenere la condotta richiesta dalla ragione), mentre nei confronti degli

<sup>11</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico*; F. SCHAUER, *Giving Reasons*.

<sup>12</sup> Intesa questa volta, in termini kelseniani, come norma primaria (la norma che prescrive agli organi dell'applicazione di applicare la sanzione in presenza di un illecito).

<sup>13</sup> Sull'irrelevanza della sincerità v. anche N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp. 14-15, 17. Diversamente dalla mancanza di sincerità, l'applicazione è invece frustrata, ovviamente, dall'*errore*: ai fini della corretta applicazione è necessario non solo che la norma sia menzionata nella motivazione, ma anche che essa fondi realmente, in senso statico, la decisione.

<sup>14</sup> Sulla possibilità di seguire regole in maniera irriflessa («*unthinking' compliance*»), cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 140; L. GREEN, *Law and the Causes of Judicial Decisions*, pp. 22-23.

<sup>15</sup> J. RAZ, *Practical Reason and Norms*; C. NINO, *Legal Norms and Reasons for Action*; J. GARDNER, T. MACKLEM, *Reasons*.

organi dell'applicazione una norma è sia una ragione per agire (cioè, una ragione per prendere una certa decisione) sia una ragione giustificatrice (una ragione per prendere la decisione conforme alla norma). La differenza principale tra i due tipi di ragioni è che una ragione per agire è soddisfatta dalla mera conformità del comportamento al modello richiesto dalla ragione (è una *reason for conformity*); in altre parole per soddisfare una ragione per agire non è necessario, ma solo eventuale, che l'agente "interiorizzi" la ragione, che faccia riferimento ad essa nel suo comportamento; la ragione per agire è soddisfatta se il comportamento richiesto è tenuto *comunque*. Di contro, una ragione per agire che è anche al contempo una ragione giustificatrice richiede che il comportamento richiesto dalla ragione venga fatto *per quella ragione*, che quella ragione sia esibita come la ragione per quel comportamento (è una *reason for compliance*)<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> L'utilità della distinzione tra norme che sono *reasons for conformity* (ossia mere ragioni per agire) e norme che sono *reasons for compliance* (ossia anche ragioni giustificative) mi è stata suggerita dalla lettura di M.C. REDONDO, *El ideal de las acciones basadas en normas jurídicas*, pp. 111-113; EAD., *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, p. 47. Non credo tuttavia, come invece intende dimostrare Redondo, che tale distinzione possa fondare adeguatamente la distinzione tra regole e principi (secondo Redondo, le prime sarebbero *reasons for conformity*, i secondi *reasons for compliance* – tesi che echeggia vagamente l'idea di Zagrebelsky secondo cui alle regole "si obbedisce", mentre ai principi "si aderisce": cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 149). Mi sembra, piuttosto, che la distinzione tra norme che sono *reasons for conformity* e norme che sono *reasons for compliance*, assuma una diversa, duplice rilevanza. In primo luogo, in relazione al tipo di destinatario della norma: se organo dell'applicazione o privato cittadino (per i motivi già illustrati nel testo; e in tal senso si esprime anche M.C. REDONDO, *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, p. 47). In secondo luogo, in relazione alla

Nuovamente: come sappiamo che un organo dell'applicazione ha agito *per quella* ragione giustificatrice (come sappiamo che una certa norma è stata la ragione della decisione dell'organo dell'applicazione), e non – poniamo – per conformismo, per paura di discredito sociale e professionale, perché è stato corrotto, ecc.? La risposta è, nuovamente, che quella ragione (quella norma) figura espressamente nella motivazione resa dall'organo dell'applicazione<sup>17</sup>. Una ragione giustificatrice, infatti, si può considerare soddisfatta: *a*) se figura nell'argomentazione che giustifica una decisione; *b*) se tale ultima decisione deriva (in senso "statico") da essa, cioè se la ragione è realmente idonea a giustificare la decisione, rimanendo del tutto sullo sfondo, e in gran parte irrilevante, il profilo della sincerità dell'agente quanto alla sua intima adesione alla ragione stessa<sup>18</sup>.

distinzione tra norme di condotta e norme di competenza o che attribuiscono poteri: un potere, e soprattutto un potere pubblico, non si può esercitare senza l'intenzionalità richiesta (il senso delle norme che attribuiscono poteri è quello di facilitare agli individui la possibilità di realizzare certi loro obiettivi: cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, pp. 27-42; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, pp. 97-106) mentre, come abbiamo visto, una norma di condotta può essere efficace anche se non ha motivato il comportamento (e anche se non era conosciuta dagli agenti). Approfondire questa tesi richiederebbe ulteriori distinzioni e chiarimenti sulla nozione di potere giuridico che non è possibile, né necessario, sviluppare in questa sede. Ad ogni modo, se la mia lettura è corretta, segue che tutte le norme utilizzate dagli organi dell'applicazione sono *reasons for compliance*, mentre le norme usate dai cittadini sono *reasons for conformity* se norme di condotta, e *reasons for compliance* se norme che attribuiscono poteri.

<sup>17</sup> M.C. REDONDO, *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, p. 47.

<sup>18</sup> L'irrilevanza del profilo della sincerità nell'uso di una ragione giustificativa può essere chiarita anche facendo riferimento alla

Ciò detto, è possibile usare “applicazione” anche in un senso debole o traslato, per così dire: per riferirsi cioè all’attività intellettuale di usare una disposizione o norma non per *adottare* decisioni autoritative, ma per *proporre* o *ipotizzare* schemi di decisioni autoritative; questo è ciò che accade nelle attività della dottrina. Le attività della dottrina, in particolare, sono connesse all’applicazione in senso stretto (cioè quella giudiziaria) in almeno tre modi: in primo luogo, proponendo ipotesi di applicazione di norme (cioè, proponendo possibili interpretazioni, da utilizzare come modelli di future decisioni autoritative, suggerendone l’uso agli organi dell’applicazione)<sup>19</sup>; in secondo luogo, elaborando categorie concettuali, prodromiche e funzionali rispetto all’applicazione di norme nell’adozione di future decisioni

distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione (nella misura in cui questa distinzione sia considerata utile e praticabile: per una critica v. T. MAZZARESE, *Forme di razionalità nelle decisioni giudiziali*, cap. 3). Si può infatti affermare che nel diritto, a causa di fattori come l’etica del ruolo, il giuramento del giudice di applicare il diritto ecc., le ragioni giustificative operino solo sul piano del contesto di giustificazione, e non anche su quello del contesto di scoperta. Se è così, diventa pure superfluo presumere, anche solo *iuris tantum*, che le motivazioni addotte dal giudice siano sincere (come invece afferma M.C. REDONDO, *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, p. 47). Che poi un giudice renda una motivazione che egli stesso intimamente ritiene del tutto infondata, non giustificata o anche ingiusta, è cosa forse improbabile, ma di certo non inconcepibile; mentre di contro sarebbe incongrua una motivazione *esplicitamente* formulata nel seguente tenore: «applico la norma N anche se non credo di avere alcuna ragione per applicarla» (sarebbe un atto linguistico analogo a «il gatto è sul tappeto ma non ci credo»: J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, pp. 48-49).

<sup>19</sup> Questo è ciò che accade, tipicamente ma non solo, nel genere letterario “nota a sentenza”.

particolari<sup>20</sup>; in terzo luogo, elaborando, proponendo, accreditando non già specifiche interpretazioni (da utilizzare in specifiche decisioni autoritative), ma piuttosto metodologie interpretative e argomentative, ossia suggerendo agli organi dell'applicazione non quale specifica decisione prendere, ma piuttosto *dove cercare* i materiali normativi da utilizzare al fine di giungere a determinate decisioni, e *come giustificare* le loro decisioni autoritative<sup>21</sup> (in altre parole, indicando e accreditando criteri e meta-criteri di applicabilità: su queste nozioni v. *infra*, § 3).

### 1.3. *Applicazione, efficacia, applicabilità*

Dunque, l'applicazione consiste nell'uso di una norma da parte degli organi dell'applicazione al fine di giustificare una decisione autoritativa; una norma è applicata quando figura nelle motivazioni che accompagnano le decisioni autoritative degli organi dell'applicazione (e, si deve aggiungere, quando influisce, nel senso della derivazione statica, sulle decisioni di tali organi, poiché una norma può essere menzionata ma al contempo disapplicata).

Quali sono le caratteristiche dell'attività degli organi dell'applicazione, con particolare riferimento agli organi *giuridici*<sup>22</sup> dell'applicazione?

Gli organi giuridici dell'applicazione (da qui in avanti questa qualificazione verrà sottintesa, e per comodità utilizzerò come caso paradigmatico di organo dell'applicazione il

<sup>20</sup> Ovvero, la "dogmatica": cfr. R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, pp. 86-88.

<sup>21</sup> Cfr. G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, pp. 130-134.

<sup>22</sup> Organi (non giuridici) dell'applicazione potrebbero infatti trovarsi anche in un circolo sportivo, in una università, in una confessione religiosa organizzata gerarchicamente, nelle Giovani Marmotte, ecc.

giudice) esibiscono le seguenti, principali caratteristiche: *a)* decidono autoritativamente controversie, o comunque adottano decisioni autoritative; *b)* lo fanno in base a norme (giuridiche) preesistenti.

Più in particolare:

*a)* il potere di adottare decisioni autoritative significa che le decisioni degli organi dell'applicazione sono vincolanti per i loro destinatari (una decisione è vincolante anche se è soggetta ad essere riformata da parte di un'altra autorità); a certe condizioni, tali decisioni possono essere o diventare *definitive*;

*b)* gli organi dell'applicazione adottano normalmente le loro decisioni in base a norme preesistenti (in contrapposizione ai "sistemi di discrezionalità assoluta", o al "gioco della discrezionalità dell'arbitro")<sup>23</sup>. Questo vuol dire che l'attività di applicazione comprende quantomeno:

*b<sub>1</sub>)* una componente "cognitiva", relativa all'individuazione del diritto rilevante ai fini della decisione da assumere (si tratterà, ad esempio, delle disposizioni *prima facie* valide e rilevanti, e delle loro interpretazioni già rese da altri organi dell'applicazione, oppure delle loro interpretazioni astrattamente possibili)<sup>24</sup>;

*b<sub>2</sub>)* una componente "decisoria", relativa alla scelta di applicare alcune tra le disposizioni e le norme così individuate;

<sup>23</sup> Sui "sistemi di discrezionalità assoluta", J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, pp. 137-141; sul "gioco della discrezionalità dell'arbitro", H.L.A. HART, *The Concept of Law*, pp. 142-143.

<sup>24</sup> Insiste opportunamente sulla componente cognitiva della decisione giudiziale M.C. REDONDO, *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*; cfr. anche H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, pp. 388-390 (interpretazione "scientifica" e interpretazione "politica"); R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, pp. 44-45, 79-81 (interpretazione "cognitiva" e interpretazione "decisoria").

tale decisione avviene ovviamente in base a qualche criterio di scelta, che obbliga o autorizza il giudice ad effettuare tale scelta (un "criterio di applicabilità"; *infra*, § 3);

*b*<sub>3</sub>) una componente "giustificativa", relativa alla giustificazione, alla esplicitazione pubblica, della scelta effettuata; tale componente giustificativa è di solito oggetto, a sua volta, di un obbligo istituzionale (l'obbligo di motivazione).

È interessante osservare, anche se solo di passaggio<sup>25</sup>, che, in conseguenza dell'operare congiunto di *a*) e di *b*), le decisioni autoritative degli organi dell'applicazione possono essere erronee (contenere errori di vario tipo nell'individuazione, e anche nell'applicazione, del diritto applicabile), e ciononostante essere vincolanti, perfino definitive. Con la conseguenza che, in relazione all'operare delle relazioni gerarchiche tra organi dell'applicazione (oltre che ovviamente ai rapporti tra organi dell'applicazione e organi della produzione giuridica), può essere obbligatorio per un organo dell'applicazione applicare una decisione *errata* resa da un altro organo (una sentenza passata in giudicato, un principio di diritto formulato dalla Cassazione in maniera vincolante per il giudice di merito<sup>26</sup>) o perfino una norma invalida (ad esempio una norma di legge erroneamente riconosciuta come non incostituzionale dalla Corte costituzionale).

<sup>25</sup> Cfr. in argomento H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, pp. 300, 307, 388; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, pp. 141-147 (distinzione tra definitività e infallibilità della sentenza); J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, pp. 135-146. Per una analisi rigorosa di questo problema v. B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*; ID., *Legal Reasoning: Three Key Issues, and What Philosophy Can(not) Do about Them*.

<sup>26</sup> Si tratta dei casi in cui la Corte di cassazione "cassa con rinvio".

Fatte queste, probabilmente pedanti, precisazioni, siamo adesso in grado di articolare in maniera più precisa il concetto di applicabilità.

L'applicabilità riguarda infatti le ragioni (idonee a guidare la scelta in  $b_2$ , e idonee ad essere esplicitate nella giustificazione in  $b_3$ ) in base alle quali una disposizione o norma possono o devono<sup>27</sup> essere usate, nel senso chiarito, da un organo dell'applicazione (e in senso traslato da altri giuristi) al fine di adottare e giustificare una decisione autoritativa. Una norma o disposizione applicabile è una norma o disposizione che un organo dell'applicazione è giustificato nell'utilizzare. Il concetto di applicabilità è dunque strettamente connesso all'idea che un soggetto debba prendere decisioni sulla base di norme preesistenti, e che debba altresì giustificare tali decisioni sulla base di norme preesistenti.

Si noti: l'applicabilità non riguarda le disposizioni o norme che sono *di fatto applicate*, ma piuttosto le disposizioni o norme la cui applicazione è giustificata, è sorretta da buone ragioni, in un ordinamento o in una cultura giuridica data.

Questo consente di chiarire i rapporti tra applicabilità ed efficacia<sup>28</sup>: le norme efficaci sono le norme di fatto applicate, ma questo non dice ancora nulla, almeno non necessariamente, sul fatto che l'applicazione di quelle norme fosse giustificata. È vero però che, a date condizioni, la dimensione empirica dell'efficacia e quella normativa dell'applicabilità possono sfumare l'una nell'altra: questo accade, ad esempio, quando in una cultura giuridica data è considerata

<sup>27</sup> Sulla distinzione tra disposizioni o norme che "possono" o che "devono" essere usate, v. *infra*, § 3.1.

<sup>28</sup> In un possibile senso di "efficacia", intesa cioè come effettiva applicazione di norme. Come ormai dovrebbe essere chiaro, mi riferisco all'efficacia della norma "primaria" in senso kelseniano (cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, pp. 20-21).

una (buona) ragione per l'applicazione di una norma la circostanza che quella norma sia già stata applicata con costanza da certi organi ecc. In mancanza di queste condizioni, invece, sarebbe un errore logico ritenere giustificata l'applicabilità di una norma solo perché è stata di fatto usata<sup>29</sup>. Anche in questo caso, comunque, non è *l'efficacia in sé* ad essere ragione di applicabilità: la ragione dell'applicabilità è piuttosto una norma oppure un criterio o convenzione interpretativa che prescrive di giustificare decisioni facendo riferimento a norme efficaci<sup>30</sup>.

Dunque, richiamando quanto detto poco sopra sulla possibilità che gli organi dell'applicazione sbagliano nell'individuazione e applicazione del diritto rilevante, e che tali errori diventino non solo giuridicamente vincolanti ma anche giuridicamente definitivi, i rapporti tra applicabilità e efficacia possono essere sintetizzati nel modo seguente:

1) non tutte le disposizioni o norme applicabili sono disposizioni o norme efficaci (sono di fatto applicate, usate);

<sup>29</sup> Un simile errore è commesso ad esempio da Dworkin, quando afferma che ad un principio si deve attribuire un "peso" tanto maggiore (ossia: la sua applicazione è tanto più giustificata) quanto più ampio è il suo *institutional support*, cioè l'uso che ne è già stato fatto in passato dalle corti; cfr. R. DWORKIN, *The Model of Rules I*, p. 40. Per una critica analoga v. anche J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, p. 852.

<sup>30</sup> Dalla prospettiva del cittadino (difficilmente questa osservazione può essere estesa anche agli organi dell'applicazione) *l'efficacia in sé* di una norma è una buona ragione, e anzi la ragione principale, per conformarsi a quella norma almeno in un caso: nel caso delle norme puramente convenzionali, le norme che risolvono problemi di coordinazione puri; in questi casi, infatti, la ragione principale per seguire la norma è che anche gli altri la seguono; cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 81.

2) non tutte le disposizioni o norme efficaci sono disposizioni o norme applicabili (non sempre l'applicazione di una norma o disposizione è giustificato, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico o della cultura giuridica in cui opera l'organo dell'applicazione);

3) l'efficacia non è necessariamente un criterio di applicabilità, ma può esserlo a date condizioni (che consistono nell'esistenza di un criterio esplicito o implicito di applicabilità, di una convenzione interpretativa, di una gerarchia tra organi dell'applicazione, ecc.); di conseguenza, se e quando si danno queste condizioni, l'organo dell'applicazione è giustificato nell'applicare norme efficaci. In punto di fatto, una disposizione o norma ampiamente e costantemente disapplicate sono di solito *presunte* come non applicabili.

Detto in altri termini, i giudizi di applicabilità sono tipicamente giudizi dal punto di vista interno, perché presuppongono l'adozione di un criterio normativo come guida per prendere decisioni normative, mentre i giudizi di efficacia sono giudizi dal punto di vista esterno<sup>31</sup>.

L'alternativa tra punto di vista interno ed esterno però non è, a questo proposito, del tutto soddisfacente, e infatti ho detto che i giudizi di applicabilità sono "tipicamente", e non necessariamente, giudizi dal punto di vista interno. Ciò che intendo dire è che un giudizio di applicabilità è perfettamente formulabile in sede teorica, senza accettare dal punto di vista

<sup>31</sup> P. COMANDUCCI, *Alcuni problemi concettuali relativi all'applicazione del diritto*, p. 9: «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» (corsivi nell'originale).

interno né le norme applicabili né i corrispondenti criteri di applicabilità, e ciò non coincide necessariamente con la rilevazione sociologica (dal punto di vista esterno) delle norme efficaci nell'ordinamento, né con la previsione comportamentista delle future decisioni dei giudici. Il teorico del diritto può infatti formulare un giudizio di applicabilità che consista nell'individuazione di un criterio di applicabilità presente in un ordinamento giuridico o in una cultura giuridica, e alla luce di tale criterio di applicabilità (individuato, ma non necessariamente accettato in senso forte dal teorico del diritto) verificare quali decisioni degli organi dell'applicazione (nonché, più in generale, quali modelli di argomentazione) ne risultano giustificate. Si tratta in altri termini di ciò che Joseph Raz ha chiamato "detached normative statements" o "statements from a point of view"<sup>32</sup>, giudizi formulati sulla base di criteri (ad esempio criteri assiologici, valutazioni, norme giuridiche, ecc.) da parte di qualcuno che non accetta in prima persona quei criteri, o che comunque mette tra parentesi la questione della loro accettazione (l'esempio tipico: Tizio informa il suo amico vegetariano che nella sua pietanza potrebbe esserci della carne, e dunque non dovrebbe mangiarla).

Dunque, assumendo il punto di vista di una certa cultura giuridica o di un certo ordinamento giuridico, il giurista teorico può individuarne i criteri di applicabilità e formulare giudizi di applicabilità (indicare quale norma sarebbe applicabile ad un tipo di caso, criticare una decisione che non utilizzi effettivamente le norme applicabili, o che erri nella loro applicazione, ecc.), senza che ciò coincida con l'individuazione delle sole norme effettivamente applicate, né con l'adesione in prima persona a quei criteri di applicabilità<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, pp. 170-177; ID., *Legal Validity*, pp. 153-157.

<sup>33</sup> In maniera mi sembra analoga, Bruno Celano distingue la

## 2. Applicabilità di disposizioni e di norme

Diversamente da quanto emerge dalla letteratura corrente in materia di applicabilità, che limita la nozione di applicabilità alle sole norme, l'applicabilità può essere riferita tanto a disposizioni quanto a norme<sup>34</sup>.

possibilità che una valutazione sia fatta in maniera diretta (equivalente al punto di vista interno), in maniera “sociologizzante”, cioè rinviando al modo in cui il gruppo sociale effettivamente esprime quella valutazione (equivalente al punto di vista esterno), e “tra virgolette”, cioè facendo riferimento non alle valutazioni effettive, ma ai criteri utilizzati dal gruppo sociale per fare quella valutazione (equivalente ai *detached statements*). La differenza tra l'uso sociologizzante e l'uso tra virgolette deriva dal fatto i membri della comunità di riferimento possono *sbagliare* nell'applicare i propri criteri di valutazione, e inoltre i criteri stessi possono non essere del tutto trasparenti a tutti i partecipanti, o possono essere confusi, approssimativi, incoerenti (B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, pp. 113-115; cfr. anche J.C. BAYÓN, *Derecho, convencionalismo y controversia*, pp. 79-80; la distinzione tra uso diretto e uso tra virgolette di una valutazione risale a R. HARE, *The Language of Morals*, pp. 124-125). Quest'ultima osservazione può forse essere chiarita utilizzando come *análogon* il funzionamento del linguaggio: sarebbe fuorviante pensare che le regole di una lingua (per esempio l'italiano) coincidano interamente con gli usi di fatto praticati da chi parla italiano, per l'ovvia ragione che i parlanti potrebbero occasionalmente *sbagliare* nell'uso delle regole della loro stessa lingua. In generale, sulla nozione di *errore* come concettualmente collegata a quella di seguire regole (il che rende possibile distinguere tra errore e deviazione dalla media dei comportamenti), v. P. WINCH, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, p. 32; M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, p. 59.

<sup>34</sup> Una precisazione terminologica: l'impiego di “applicazione” e “applicabilità” con riferimento alle disposizioni è lievemente stipulativo, visto che una disposizione, a rigori, non si applica ma si

## 2.1. Applicabilità di disposizioni

Una disposizione è applicabile quando il suo uso è giustificato, sorretto da buone ragioni. Per converso, una disposizione è inapplicabile quando la sua utilizzazione non è giustificata. Come detto poco sopra (§ 1.1), “usare” una disposizione significa interpretarla: porre in essere una serie di attività intellettuali finalizzate ad attribuire a quella disposizione un significato – una o più norme esplicite.

Affinché una disposizione sia utilizzabile, nel senso qui precisato, è necessario esperire alcune operazioni preliminari (si tratta di operazioni *logicamente* o *concettualmente* necessarie, ma non è detto che vengano svolte in maniera consapevole, e tantomeno che se ne dia puntualmente conto nell’argomentazione): in particolare, è necessario identificare una disposizione come disposizione, cioè ritagliare un segmento del discorso delle fonti, e attribuirle o riconoscerle l’attitudine ad esprimere norme (in altre parole, è necessario che il testo che contiene le disposizioni sia qualificato come testo *normativo*): operazioni queste che talvolta avvengono in maniera tacita, e spesso del tutto inconsapevole<sup>35</sup>.

L’uso, l’interpretazione, di una disposizione può dare luogo ad una o più norme (l’interpretazione-prodotto). Di solito, le

interpreta. Non mi pare tuttavia che questo impiego possa essere frutto di equivoci, una volta che si ridefinisca “applicazione” come “uso” (una scelta terminologica analoga mi pare seguita anche da R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, p. 452).

<sup>35</sup> Cfr. in proposito R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, pp. 175-176 (l’individuazione della “base enunciativa”); P. COMANDUCCI, *Assaggi di metatetica*, p. 39 («Per riconoscere una disposizione *qua* disposizione, e, in generale, un enunciato *qua* enunciato, è necessario esperire comunque una previa, talvolta inconsapevole, attività interpretativa»).

interpretazioni (le norme) si fissano a loro volta in testi: la parte della motivazione della sentenza che individua la norma applicabile alla controversia; un saggio dottrinale in cui si propone una certa interpretazione, e così via. Possiamo così distinguere tra “disposizioni genuine” e “disposizioni apocrife”.

Le disposizioni genuine sono contenute in testi che, nel contesto giuridico di riferimento, sono considerati idonei ad esprimere norme immediatamente vincolanti per i loro destinatari: così, nell’ordinamento italiano, disposizioni di questo tipo sono contenute tipicamente in una legge, oppure in un contratto (relativamente alle parti di quel contratto), o nel dispositivo delle sentenze (relativamente alle parti del giudizio, e agli organi dell’esecuzione).

Le disposizioni apocrife sono invece contenute in testi che, nel contesto giuridico di riferimento, *non* sono considerati idonei ad esprimere norme immediatamente vincolanti: così, nell’ordinamento italiano, disposizioni di questo tipo sono contenute nelle motivazioni delle sentenze<sup>36</sup>, o negli scritti dottrinali, o in altri atti giuridici ritenuti non (direttamente) vincolanti (pareri, raccomandazioni, atti di indirizzo, ecc.). Le disposizioni apocrife, pur non essendo idonee ad esprimere norme direttamente vincolanti, possono comunque esprimere una qualche forza normativa indiretta<sup>37</sup>, e comunque possono avere rilevanza nell’ambito dell’attività interpretativa (possono infatti rientrare nelle c.d. fonti permissive: v. *infra*, § 3.1).

<sup>36</sup> Di contro, in un ordinamento di *common law*, basato sul principio del precedente vincolante, la motivazione della sentenza conterrà disposizioni in senso stretto (da cui estrarre la *ratio decidendi*).

<sup>37</sup> Cfr. R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, p. 460, che qualifica la dottrina come «fonte mediata». Parlano di una «funzione indirettamente normativa» esercitata dalla dottrina F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, p. 166. In prospettiva storica, G. GORLA, *Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit?*.

## 2.2. Applicabilità di norme

Una norma è applicabile quando il suo uso (nell'adozione di una decisione autoritativa, o comunque nell'ambito di un'argomentazione giuridica) è giustificato, sorretto da buone ragioni. Per converso, una norma è inapplicabile quando la sua utilizzazione non è giustificata. Di solito, considerare una norma applicabile equivale a preferirla rispetto ad altre norme astrattamente applicabili.

L'applicabilità di norme può essere distinta in applicabilità interna e esterna<sup>38</sup>.

L'*applicabilità interna* è ciò che altri hanno chiamato l'ambito di applicazione, o ambito di validità, o ancora ambito di efficacia di una norma<sup>39</sup>; è cioè l'insieme di circostanze cui la norma si riferisce (la "fattispecie"): i soggetti della norma, il tipo di condotta, l'ambito temporale cui quella norma si applicherà<sup>40</sup>, ecc.; in questo senso, una norma è applicabile (la sua applicazione è giustificata) se il caso individuale da decidere è un'istanza del caso generico contemplato dalla norma stessa. Applicare una norma che è

<sup>38</sup> La distinzione è stata formulata da J.J. MORESO, P. NAVARRO, *Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche*. Si veda anche P. COMAN-  
DUCCI, *Alcuni problemi concettuali relativi all'applicazione del diritto*.

<sup>39</sup> Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, pp. 23, 320 ss. ("ambito di validità"); R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, p. 285 ("ambito di efficacia"); si v. anche F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, pp. 55, 192-193 (il "predicato fattuale" della norma).

<sup>40</sup> La nozione di applicabilità interna include, ma ovviamente non esaurisce, ciò che Bulygin ha chiamato "tempo interno" di una norma (il suo ambito di validità temporale), in contrapposizione al tempo esterno (il periodo di tempo in cui una norma può essere usata da un organo dell'applicazione): cfr. E. BULYGIN, *Tempo e validità*; v. anche R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, pp. 283-285 (sul "tempo dell'applicabilità").

internamente applicabile significa dunque formulare un enunciato sussuntivo<sup>41</sup>: l'applicabilità interna di una norma è soddisfatta quando la decisione dell'organo dell'applicazione è derivabile *staticamente* dalla norma stessa (quando la decisione dell'organo dell'applicazione rappresenta la conclusione di una valida inferenza deduttiva in cui figuri, come premessa maggiore, la norma internamente applicabile<sup>42</sup>). In tal caso, si può dire che la norma internamente applicabile è stata effettivamente applicata.

Per stabilire se una norma è internamente applicabile è necessario effettuare un'attività interpretativa: identificare l'applicabilità interna di una norma significa stabilire qual è il suo significato, il suo contenuto. L'identificazione di una norma è dunque un'attività che si svolge sulla base di argomenti interpretativi, o tecniche interpretative. In particolare, si tratta di interpretazione "in astratto": un'attività interpretativa che «consiste nell'identificare il contenuto di senso [...] espresso da, e/o logicamente implicito in, un testo normativo (una fonte del diritto) senza riferimento ad alcuna fattispecie concreta»<sup>43</sup>.

L'*applicabilità esterna* consiste nelle ragioni che rendono giustificata l'applicazione di una norma. Poiché abbiamo già chiarito che il problema dell'applicabilità riguarda gli organi dell'applicazione, che devono addivenire a determinazioni autoritative sulla base di norme preesistenti e che altresì devono motivare le loro decisioni sulla base di tali norme, tali ragioni consisteranno, normalmente, in un'altra norma (o più norme). In altre parole, non qualsiasi ragione

<sup>41</sup> R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, pp. 72-73.

<sup>42</sup> "Decisione" qui è inteso come *prodotto* dell'attività decisoria: si riferisce al contenuto di senso della decisione, non al processo intellettuale che ha portato a prendere una certa decisione.

<sup>43</sup> R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, p. 390.

può fungere da ragione giustificativa per la decisione dell'organo dell'applicazione, non ogni ragione può giustificare l'applicazione di una norma, ma solo le ragioni che l'organo dell'applicazione è obbligato o autorizzato ad utilizzare<sup>44</sup>. Dunque una norma  $N_1$  è esternamente applicabile quando "esiste" (in qualche senso) una norma  $N_2$  che prescrive o autorizza l'applicazione di  $N_1$ . In questo schema la norma  $N_2$ , che giustifica l'applicazione di  $N_1$ , è un "criterio di applicabilità". Da questa definizione, seguono almeno i seguenti problemi: cosa è, come si individua e come funziona un criterio di applicabilità (§ 3); perché seguire un criterio di applicabilità invece che un altro (ovvero: perché e a quali condizioni un criterio di applicabilità è a sua volta applicabile; v. § 4).

Abbiamo visto (§ 1.3) che gli organi dell'applicazione si caratterizzano perché adottano decisioni (autoritative), e lo fanno in base a norme giuridiche preesistenti (dove "in base ad una norma" significa, come abbiamo visto, che la decisione deve effettivamente derivare in senso statico da una norma, e che una norma deve essere indicata, in motivazione, come giustificazione della decisione). Utilizzando adesso la distinzione tra applicabilità interna ed esterna, possiamo dunque dire che una decisione di un organo dell'applicazione è giustificata quando

*a)* il *contenuto* della decisione è sussumibile nell'applicabilità interna di  $N_1$  (il contenuto della decisione deriva staticamente da  $N_1$ ), e

*b)*  $N_1$  è esternamente applicabile (l'applicazione di  $N_1$  è assistita da valide ragioni, è idonea a fungere da giustificazione per la decisione).

<sup>44</sup> Come già chiarito, *a)* ci troviamo, qui, nel contesto di giustificazione; *b)* non è rilevante che l'uso delle ragioni giustificative sia anche sincero.

### 2.3. *Applicabilità prima facie e applicabilità conclusiva*

Si può distinguere tra l'applicabilità *prima facie* di una disposizione o norma, o di un tipo di disposizione o norma, e la sua applicabilità conclusiva<sup>45</sup>.

In maniera pressoché tautologica, applicabilità *prima facie* di una disposizione o di una norma vuol dire che vi sono ragioni *prima facie* per applicare quella disposizione o norma: in altre parole, quella disposizione o norma si presume applicabile. Applicabilità conclusiva significa che vi sono ragioni conclusive per applicare quella disposizione o norma: in altre parole, che la presunzione di applicabilità di quella disposizione o norma è stata corroborata.

Il passaggio dall'applicabilità *prima facie* all'applicabilità conclusiva è raffigurabile come la ricerca di un equilibrio riflessivo, che termina quando l'interprete ritiene di aver vagliato in maniera soddisfacente tutti i fattori rilevanti<sup>46</sup>: altre norme, e relative relazioni gerarchiche, metodi interpretativi, decisioni già rese da altri organi dell'applicazione, ecc. ("fattori rilevanti", dunque, indica non qualunque tipo di considerazione in assoluto valutabile, ma solo i fattori che l'interprete è autorizzato o obbligato a prendere in considerazione in virtù del suo ruolo istituzionale<sup>47</sup>).

<sup>45</sup> Utili spunti in tal senso in P. NAVARRO, C. ORUNESU, J. RODRÍGUEZ, G. SUCAR, *La aplicabilidad de las normas jurídicas*. Cfr. anche (sostanzialmente su questo problema, ma senza utilizzare il lessico dell'applicabilità), H.L.A. HART, *Postscript*, pp. 261-262; W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, cap. 3.

<sup>46</sup> Per una raffigurazione analoga del processo interpretativo, P. CHIASSONI, *La defetibilità nel diritto*, p. 485.

<sup>47</sup> Sul modo in cui il diritto può includere o escludere dal punto di vista del giudice la considerazione di fattori rilevanti, cfr. J. RAZ, *Incorporation by Law*.

Ovviamente, cosa conta come ragione *prima facie* e cosa come ragione conclusiva di applicabilità dipende dal tipo di cultura giuridica e di ideologia delle fonti del diritto di riferimento (su queste nozioni, v. *infra*, § 4). In linea di massima, sfruttando una generica precomprensione degli ordinamenti giuridici occidentali contemporanei, si può dire che:

a) una disposizione è *prima facie* applicabile quando è formalmente valida<sup>48</sup>. Talvolta la presunzione di applicabilità di una disposizione (la sua applicabilità *prima facie*) è considerata soddisfatta in relazione anche al solo passaggio finale della procedura di promulgazione del testo che contiene la disposizione, cioè la pubblicazione (è sufficiente che il testo normativo rilevante sia stato debitamente pubblicato) affinché le disposizioni in esso contenute si possano presumere applicabili. L'accertamento della validità formale dà luogo comunque ad una presunzione solo *iuris tantum* di applicabilità, perché è aperta la possibilità che un testo, pur prodotto conformemente alle meta-norme rilevanti, non sia comunque considerato propriamente normativo<sup>49</sup>. Talvolta, accade che questa presunzione di applicabilità sia estesa anche alle disposizioni (formalmente invalide ma) meramente "esistenti": disposizioni normalmente "riconosciute come valide", anche se presentano qualche vizio attinente alla validità formale<sup>50</sup>; in questi casi, la validità formale non è nemmeno condizione necessaria di applicabilità.

<sup>48</sup> Intendo la validità formale come assenza di vizi formali o procedurali nella formazione di un atto giuridico, e per metonimia nel documento prodotto da quell'atto: consiste dunque nel rispetto di tutte le (meta-)norme formali, procedurali e di competenza previste per la formazione di quel tipo di atto; una disposizione è formalmente valida, inoltre, se non è stata abrogata (una disposizione abrogata perde la sua validità formale).

<sup>49</sup> Cfr. alcuni esempi *infra*, §§ 2.3.1 e 2.3.2.

<sup>50</sup> Per questo senso, problematico, di "esistenza", cfr. R. GUASTINI,

b) una norma è *prima facie* applicabile quando è internamente applicabile.

Una norma internamente applicabile è solo *prima facie* applicabile per molte ragioni: *in primo luogo*, tale norma potrebbe essere materialmente invalida (il che, normalmente ma non necessariamente, fa venire meno la sua applicabilità esterna); *in secondo luogo*, potrebbe essere derivata da una disposizione formalmente invalida (viziata, abrogata, ecc.); *in terzo luogo*, nel corso del procedimento interpretativo potrebbe essere necessario restringere l'applicabilità interna *prima facie*, in virtù di considerazioni di vario tipo (defettibilità). Si noti, infine, che mentre l'applicabilità interna non è condizione *sufficiente* (ma solo *prima facie*) di applicabilità, non è nemmeno condizione *necessaria* di applicabilità, visto che una norma potrebbe essere applicata per analogia a casi ai quali, a prima vista, non è internamente applicabile<sup>51</sup>.

La presunzione di applicabilità può essere corroborata da vari fattori, molti dei quali assumono senso e forza, un peso specifico, solo nel contesto di una cultura giuridica o ideologia delle fonti del diritto; tuttavia, sempre in via di prima approssimazione, nell'ambito di una prudente generalizzazione che dovrebbe risultare abbastanza fedele alla pratica di molti ordinamenti contemporanei, si possono indicare i seguenti fattori che di solito corroborano, o comunque influiscono su, la presunzione di applicabilità:

– che la norma sia frutto di interpretazione di una disposizione *prima facie* applicabile nel senso chiarito (una

*Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 131; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, p. 533; G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, p. 296.

<sup>51</sup> Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, p. 155: «the whole point of argument by analogy in law is that a rule can contribute to a decision on facts to which it is not directly applicable».

disposizione invalida perché abrogata rende *prima facie* inapplicabili, quantomeno ai casi futuri, le norme che può esprimere);

– che la disposizione rilevante sia stata formulata da una certa autorità normativa (di produzione o dell'applicazione a sua volta), nei cui confronti gli (altri) organi dell'applicazione abbiano un obbligo oppure una prassi di deferenza (ad esempio, la forza della presunzione di applicabilità di una legge è diversa se considerata rispettivamente dal punto di vista della Corte costituzionale, del giudice comune, o di una pubblica amministrazione, in un ordinamento a controllo accentrato di costituzionalità; lo stesso può dirsi della diversa presunzione di applicabilità di un precedente di Cassazione nei confronti, rispettivamente, dei giudici comuni e della Cassazione stessa);

– che la disposizione rilevante sia recente: negli ordinamenti di *civil law*, a diritto legislativo, una disposizione (ad es. contenuta in una legge) è tanto più applicabile quanto più è recente<sup>52</sup>; inoltre, per le leggi più recenti, è più applicabile la norma più conforme alla volontà del legislatore storico; le leggi più recenti si prestano meno, rispetto a quelle più antiche, a manipolazioni linguistiche; si prestano meno ad essere disapplicate in virtù del principio *cessante ratione legis cessate et ipsa lex*<sup>53</sup>, ecc.

<sup>52</sup> Si tenga presente comunque che anche in ordinamenti di *civil law* alcuni documenti normativi sono progettati per essere alquanto longevi: in particolare codici e costituzioni.

<sup>53</sup> A dire il vero questo brocardo è ambiguo, perché può riferirsi non solo all'ipotesi che la giustificazione della norma venga meno dal punto in senso diacronico (perché la realtà di fatto è, col tempo, cambiata), ma anche all'ipotesi che, dal punto di vista sincronico, la regola disciplini casi che non dovrebbe disciplinare in base alla sua giustificazione. Sui possibili significati del brocardo, cfr. W. TWINING, D. MIERS, *Come far cose con regole*, pp. 266-272.

– che la norma sia frutto di interpretazione letterale, o meglio corrisponda al significato più ovvio dell'enunciato normativo (sia una norma letterale);

– che tale significato non sia assurdo, palesemente ingiusto o irragionevole ecc;

– che non vi siano altre norme idonee ad introdurre eccezioni nella norma prima *facie applicabile* (un'eccezione è una condizione negativa di applicazione<sup>54</sup>), e dunque, idonea a restringerne l'applicabilità interna, o norme che ne richiedano la disapplicazione in quanto emanate successivamente (criterio cronologico di soluzione delle antinomie);

Da questa veloce rassegna di possibili fattori che condizionano il passaggio dall'applicabilità *prima facie* all'applicabilità conclusiva di una norma, ricaviamo che l'applicabilità, seppur *prima facie*, di una norma presuppone l'applicabilità anche della disposizione che la esprime. Inoltre, tra l'applicabilità di disposizioni e l'applicabilità di norme corrono anche, quantomeno, le seguenti ulteriori relazioni: 1) se una disposizione è applicabile, questo attribuisce una presunzione di applicabilità *prima facie* ad almeno qualcuna delle norme che possono essere tratte da essa a seguito di interpretazione; 2) se una disposizione non è applicabile, questo rende *prima facie* inapplicabili (tutte) le norme che possono essere tratte da essa (queste due ipotesi possono essere esemplificate dal funzionamento del criterio cronologico di soluzione delle antinomie: saranno applicabili le norme tratte dalla *disposizione* successiva; saranno inapplicabili le norme tratte dalla *disposizione* più vecchia); 3) se da una disposizione (*prima facie* applicabile) possono essere tratte *solo* norme che risultano inapplicabili, questo rende, a sua volta, conclusivamente inapplicabile anche la corrispondente disposizione.

<sup>54</sup> Cfr. P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, pp. 491-494, 498.

D'altro canto, l'applicabilità non è necessariamente connessa alla validità: non è detto che un criterio di applicabilità istruisca l'organo dell'applicazione ad applicare necessariamente una norma o disposizione valida, o gli vieti di fare ricorso a norme o disposizioni invalide; un criterio di applicabilità può infatti richiedere di fare ricorso a disposizioni formalmente abrogate (e dunque non più valide), oppure di fare ricorso a norme di altri ordinamenti o di corporazioni professionali, o a criteri morali (tutte cose per le quali non si pone neppure, in senso stretto, un problema di validità), oppure ancora un organo dell'applicazione può essere tenuto ad applicare norme invalide. In altre parole, la validità di una disposizione o norma non è una ragione né necessaria né conclusiva a favore dell'applicabilità di quella disposizione o norma<sup>55</sup>.

Ciò posto, si possono individuare, a mo' di esempio, alcuni tipi di casi in cui il passaggio dalla disposizione *prima facie* applicabile o non applicabile, alla sua applicabilità o inapplicabilità conclusiva è meno intuitivo.

### 2.3.1. *Dalla applicabilità prima facie di una disposizione alla sua disapplicazione.*

A volte accade che i giuristi privino alcune parti di un documento normativo, pur *prima facie* applicabile, di qualsiasi attitudine ad esprimere norme: che considerino, cioè, una

<sup>55</sup> Per alcuni esempi di applicabilità di norme invalide e di inapplicabilità di norme valide, cfr. J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, pp. 155-163; G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, pp. 294-299. *Contra*, F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, p. 194 (validità come condizione necessaria di applicabilità); F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, p. 359 («il giudizio di validità è una premessa necessaria dell'applicazione del diritto. [La decisione] è giuridica proprio nella misura in cui applica norme giuridiche valide»).

parte di un testo normativo come non idonea ad essere usata a fini interpretativi.

Questo accade, ad esempio, quando si afferma che i preamboli, le intitolazioni, le definizioni e le rubriche della legge non hanno alcuna efficacia vincolante<sup>56</sup>. Oppure quando si usa la distinzione, originaria della *common law* ma ricorrente anche in contesti di *civil law*, tra la parte della sentenza che contiene la *ratio decidendi* (e che pertanto esprime norme vincolanti, o comunque giuridicamente rilevanti) e gli *obiter dicta* (che sono invece mere divagazioni dell'estensore della sentenza)<sup>57</sup>. Oppure, quando si ritiene che certe parti di un documento normativo esprimono solo “programmi” di natura culturale o politica, ma del tutto irrilevanti giuridicamente<sup>58</sup>. O, infine, quando si usa una

<sup>56</sup> Sul punto cfr. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, pp. 103-105 e cap. IV. In tempi meno recenti, è stato sostenuto che sarebbero prive di valore giuridico le disposizioni che contengono criteri con cui interpretare altre disposizioni (norme sull'interpretazione): in merito, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, pp. 299 ss.

<sup>57</sup> Per un'introduzione a queste tematiche, P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile*, spec. pp. 147-151, 210-220 e in genere cap. III; ID., *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*; F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer*, pp. 54-57.

<sup>58</sup> Questo rimanda alla distinzione, ora abbandonata, tra (parti del testo costituzionale che esprimono) norme precettive e (parti del testo costituzionale che esprimono) norme programmatiche. Più di recente, una distinzione analoga è stata adottata ad es. dalla Corte costituzionale a proposito di certe dichiarazioni “di principio” contenute in statuti regionali (cfr. Corte costituzionale n. 378/2004: a tali disposizioni «anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale»; tali enunciazioni, di

disposizione, che si auto-qualifica come disposizione di un certo tipo, come disposizione *di un altro tipo*<sup>59</sup>.

In casi simili, ciò che accade può essere anche descritto come una interpretazione abrogante, condotta dai giuristi, che ha l'effetto di rendere di fatto inesistente una disposizione che però, in ipotesi, può essere anche del tutto valida in senso formale<sup>60</sup>.

### 2.3.2. *Dalla inapplicabilità prima facie alla applicabilità di disposizioni (e di norme)*

In alcuni casi, accade che una disposizione formalmente invalida, e dunque *prima facie* inapplicabile, sia comunque considerata applicabile (e che indirettamente lo siano le norme da essa derivabili), e che ciò sia richiesto dallo stesso diritto positivo o da convenzioni diffuse nella cultura giuridica. Infatti, è del tutto possibile che un testo

«carattere *non prescrittivo e non vincolante* [...] esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, *ma certo non normativa*», corsivi aggiunti). In merito cfr. A. ANZON, *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*; S. BARTOLE, *Norme programmatiche e Statuti regionali*.

<sup>59</sup> Cfr. ad es. Corte di Cassazione, sez. III pen., n. 2734/1989, che ha ritenuto che alcune leggi regionali che recepivano il contenuto di una deliberazione di un comitato interministeriale dovessero in realtà essere qualificate *come atti amministrativi*, e pertanto soggette a disapplicazione da parte del giudice ordinario in base all'art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E (Corte costituzionale n. 285/1990, in sede di giudizio per conflitto di attribuzione, ha poi affermato che un simile potere di qualificazione non rientri tra i poteri della Corte di Cassazione).

<sup>60</sup> Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, p. 305: l'interpretazione abrogante «equivale alla decisione di non fare uso degli enunciati legislativi in questione». Cfr. anche P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, pp. 135-136.

normativo, pur se abrogato e dunque non (più) valido, sia usato per trarne norme che disciplinino i casi sorti nel periodo in cui l'atto era formalmente valido (se l'abrogazione non ha avuto effetti retroattivi).

In altri casi, invece, può accadere che gli organi dell'applicazione siano autorizzati, o addirittura obbligati, ad utilizzare come validi atti giuridici che sono *ab initio* invalidi. Questo è ciò che accade per effetto del principio (implicito) di conservazione degli atti giuridici<sup>61</sup>. In base a tale principio, un atto giuridico che presenta alcuni difetti di forma può comunque valere come un diverso atto giuridico del quale abbia i requisiti; oppure può comunque essere considerato esistente se idoneo a raggiungere alcuni dei propri effetti tipici.

In altri casi ancora, gli organi dell'applicazione possono anche essere obbligati o autorizzati ad utilizzare disposizioni nei confronti delle quali un problema di validità formale non si pone nemmeno (diritto internazionale privato, prassi commerciali).

### 3. *Criteri di applicabilità*

L'applicabilità di una disposizione o di una norma può dipendere da altre norme positive, oppure da convenzioni

<sup>61</sup> Il principio di conservazione degli atti giuridici nasce in ambito privatistico (v. C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*; L. BILIAZZI GERI, *Conversione dell'atto giuridico*), ma si è successivamente esteso all'ambito processuale, amministrativo, e infine anche costituzionale, dove è usato talvolta dalla Corte costituzionale per evitare di dichiarare interamente incostituzionale una legge che presenti vizi di forma limitati solo ad alcune parti: cfr. Corte costituzionale nn. 152/1982, 292/1984.

interpretative e argomentative praticate nella cultura giuridica di riferimento<sup>62</sup>. Tali meta-norme o convenzioni interpretative, o “criteri di applicabilità”, hanno la funzione di indicare all’organo dell’applicazione quale disposizione o norma, o *quale tipo* di disposizione o di norma, dovrà scegliere, tra quelle potenzialmente rilevanti per il tipo di decisione che deve essere presa, e specularmente quali disposizioni o norme non applicare

Quali criteri di applicabilità siano espressamente stabiliti dal diritto positivo, e quali invece siano prettamente giurisprudenziali o sapienziali, è ovviamente questione contingente che può essere risolta solo con riferimento a specifici ordinamenti o culture giuridiche. Ecco comunque un sommario elenco di plausibili candidati alla categoria di criterio di applicabilità, senza distinguere analiticamente tra criteri di applicabilità di disposizioni e di norme (come abbiamo visto, peraltro, spesso le due dimensioni sono strettamente intrecciate):

a) le norme che prevedono espressamente una gerarchia (un ordine di preferenza) delle fonti del diritto; le norme che prevedono che una data materia debba essere disciplinata da (norme tratte da) fonti di un certo tipo, indipendentemente dal loro contenuto, come il principio di legalità in materia penale, e in generale tutti i casi di riserva di legge, o l’indicazione costituzionale delle materie riservate alla legislazione statale;

b) i criteri di soluzione delle antinomie. Due precisazioni: in primo luogo, il criterio cronologico di soluzione delle antinomie è criterio di applicabilità solo con riferimento alla c.d. abrogazione “tacita” o per incompatibilità (*lex posterior derogat priori*; l’abrogazione espressa non è un criterio di soluzione delle antinomie, ma rappresenta

<sup>62</sup> E. BULYGIN, *Tempo e validità*, pp. 74, 86; E. BULYGIN, D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, pp. 82-83.

semplicemente la rimozione di una disposizione e la sua, peraltro eventuale, sostituzione con altra disposizione, e questo non determina alcun contrasto tra norme; l'abrogazione espressa, dunque, non risolve una antinomia ma piuttosto *evita* l'insorgere di una potenziale antinomia<sup>63</sup>). In secondo luogo, il criterio gerarchico è criterio di applicabilità, se usato a fini diversi rispetto alla dichiarazione di invalidità della norma "inferiore" – e in particolare se usato per disapplicare la norma inferiore in favore della norma superiore, o di altra norma compatibile con quella superiore; come accade ad esempio con l'interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme a costituzione ecc.;

c) le norme che disciplinano, autorizzandolo o vietandolo, il ricorso all'analogia;

d) le norme che disciplinano il ricorso ai principi generali;

e) i criteri di preferenza, espliciti o (più sovente) impliciti, tra gli argomenti interpretativi utilizzabili dai giuristi per giustificare una certa decisione interpretativa, e dunque per individuare la norma (internamente) applicabile al caso a scapito di altre pur astrattamente possibili<sup>64</sup>;

<sup>63</sup> L'opinione, del tutto infondata, secondo cui l'abrogazione espressa è una forma di soluzione di antinomie è molto diffusa in letteratura; cfr. ad es. F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, p. 123. Nella trattatistica sulle antinomie è spesso riservato ampio spazio all'esame dell'abrogazione espressa, ma senza quasi mai chiarire in che modo essa dovrebbe rimuovere un'antinomia: cfr. ad es. A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, pp. 177 ss.

<sup>64</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, p. 196 (i "meta-argomenti interpretativi"); P. COMANDUCCI, *Assaggi di meta-etica*, pp. 227-229; P. CHIASSONI, *Codici interpretativi* (le "direttive interpretative secondarie"); E. DICCIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, pp. 277-291, 494-539 (i "principi metodologici dell'interpretazione"); M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo*, pp. 4-

f) la disciplina delle cause di giustificazione in materia penale;

g) le norme di diritto internazionale privato; le norme che dispongono l'integrazione di una disciplina legislativa facendo rinvio a codici deontologici o simili; le norme che autorizzano o impongono al giudice di decidere le controversie secondo equità; le norme che indicano di fare ricorso ad un tipo di fonte solo in mancanza di altro tipo di fonte, o che impediscono di utilizzare un certo tipo di fonte se non in quanto richiamata da un altro tipo di fonte (come nel caso del rapporto tra legge e consuetudine negli ordinamenti a diritto codificato);

h) in genere qualsiasi disciplina dell'efficacia temporale di norme (retroattività, irretroattività, ultrattività, sospensione dell'efficacia di altre norme);

i) la direttiva che indica all'interprete di preferire o di dare prevalenza ad un certo tipo di norme rispetto ad un altro tipo di norme: si vedano in tal senso la distinzione tra norme di principio e norme di dettaglio (o regole), se associata alla direttiva che le seconde devono essere interpretate *alla luce* delle prime; la distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, se finalizzata a considerare solo le prime, e non anche le seconde, come immediatamente applicabili; la distinzione tra principi costituzionali "comuni" e principi costituzionali "supremi", di modo che i secondi debbano prevalere sui primi; la distinzione tra precedenti con efficacia solo persuasiva e precedenti con forza vincolante;

l) la disapplicazione di una norma a causa dell'introduzione, nella norma stessa, di eccezioni implicite per ragioni puramente morali (c.d. defettibilità);

5. Per una proposta di ricostruzione di una possibile gerarchia di argomenti interpretativi, alla luce della giurisprudenza costituzionale recente, cfr. M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*.

m) il bilanciamento o ponderazione tra principi costituzionali – anch'essa, a ben vedere, un'ipotesi di defettività ma sulla base di considerazioni giuridiche, non strettamente morali.

Ho parlato di “plausibili candidati”. Il punto è che, come è ovvio, i criteri di applicabilità non esistono *in rerum natura*: che qualcosa sia (con particolare riferimento alle norme) un criterio di *applicabilità* oppure invece un criterio di *validità* è del tutto contingente ad un ordinamento giuridico dato. Propongo la seguente definizione di validità (materiale)<sup>65</sup>: una norma  $N_1$  è valida se non è incompatibile con una norma (o insieme di norme)  $N_2$ , nel caso in cui la eventuale incompatibilità tra  $N_1$  ed  $N_2$  debba essere risolta con una dichiarazione autoritativa di annullamento di  $N_1$ <sup>66</sup>. Se si accetta questa definizione, allora è anche possibile che uno qualunque dei criteri che ho sopra indicato come plausibili candidati a svolgere il ruolo di criterio di applicabilità

<sup>65</sup> Sulla distinzione tra validità materiale (di norme) e validità formale (di disposizioni), cfr. G. PINO, *Norme e gerarchie normative*; ID., *Diritti e interpretazione*, cap. 2.

<sup>66</sup> Quest'ultimo requisito, a mio parere essenziale, del concetto di validità (cioè che l'eventuale incompatibilità debba essere risolta con una dichiarazione autoritativa di annullamento) è di solito reso, in maniera non del tutto perspicua, con l'idea che la norma  $N_2$  è “superiore”; il punto è che, in assenza di chiarimenti sul significato rilevante di “superiore”, una simile definizione si risolve in una petizione di principio, perché una norma è superiore ad altre norme solo se queste norme non possono contrastare con la prima a pena di invalidità. Il circolo si spezza solo chiarendo che il concetto di “superiorità” o sovra-ordinazione rilevante consiste nell'esistenza di meccanismi autoritativi di annullamento di una delle due norme, che *proprio per questa ragione* può essere considerata inferiore. Di conseguenza, l'esistenza di meccanismi autoritativi di annullamento deve essere necessariamente inclusa nella definizione di validità.

sia invece utilizzato, in un ordinamento giuridico dato, come criterio di validità.

Più specificamente, un medesimo criterio potrebbe funzionare in un ordinamento o cultura giuridica come criterio di validità, e *in un altro* ordinamento o cultura giuridica come criterio di validità (a seconda che esista o meno, in quegli ordinamenti, la possibilità di sanzionare la prevalenza di una norma annullando in maniera autoritativa un'altra norma con essa in contrasto). Inoltre, è anche possibile che *in uno stesso ordinamento*, un certo criterio sia utilizzato in alcuni contesti come criterio di applicabilità, e in altri contesti come criterio di validità: ad esempio perché solo alcuni organi dell'applicazione hanno il potere di annullare una norma o tipo di norma<sup>67</sup> (e peraltro, è del tutto possibile che un criterio nasca inizialmente come criterio di applicabilità, e diventi successivamente anche criterio di validità<sup>68</sup>).

Ciò detto, quello che qualifica un certo criterio come criterio di applicabilità, e non come criterio di validità (nel senso qui precisato), è che un criterio di applicabilità determina la preferenza di una norma o disposizione rispetto ad altre norme o disposizioni, senza determinare necessariamente anche l'invalidità, l'annullamento, l'abrogazione delle norme o disposizioni "scartate", ma solo la loro disapplicazione<sup>69</sup>:

<sup>67</sup> Questo è il caso, ad esempio, del rapporto tra norme costituzionali e norme legislative: quando una norma di legge viene annullata per contrasto con la costituzione, allora la superiorità della costituzione opera criterio di validità; quando una norma di legge potenzialmente incostituzionale viene interpretata "in maniera conforme" alla costituzione, allora la superiorità della costituzione opera criterio di applicabilità.

<sup>68</sup> Si veda in questo senso la vicenda, nella giurisprudenza costituzionale italiana, dei c.d. principi costituzionali supremi: v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, pp. 151-156.

<sup>69</sup> È opinione corrente che la disapplicazione (o inefficacia) di una norma produca un risultato "sostanzialmente identico" alla sua

dunque un criterio di applicabilità “contiene”, allo stesso tempo, anche un criterio di non-applicabilità (nel giustificare l’applicazione di una norma, esso giustifica allo stesso tempo l’accantonamento di altre norme). Quindi, in ultima analisi i criteri di applicabilità funzionano anche come criteri di ordinazione gerarchica e di preferenza tra la congerie di norme e disposizioni esistenti all’interno dell’ordinamento<sup>70</sup> (il tipo rilevante di gerarchia, qui, è la gerarchia *assiologica*: criteri di applicabilità e gerarchie assiologiche sono due facce della stessa medaglia<sup>71</sup>).

A proposito dei criteri giuridico-positivi di applicabilità si deve notare che, essendo essi formulati in norme (giuridiche), sono il frutto di attività interpretative al pari di ogni altra norma, e dunque il loro preciso ambito di applicazione e modalità operativa dipende dalle variabili interpretative presenti nella cultura giuridica di riferimento, e cioè da (ulteriori) criteri di applicabilità. Questo dà luogo a due osservazioni. Innanzitutto, questi ulteriori criteri di applicabilità (i canoni interpretativi) da cui dipende l’operatività dei criteri giuridico-positivi di applicabilità, spesso non sono a loro volta giuridico-positivi. In secondo

abrogazione: cfr. E. BULYGIN, *Dogmatica giuridica e sistematizzazione del diritto*, pp. 133-135; E. BULYGIN, D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, pp. 78-81; J.L. RODRIGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, pp. 168-170; G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, pp. 134-137. È anche vero però che tra disapplicazione e abrogazione le differenze non sono meno rilevanti delle somiglianze.

<sup>70</sup> E. BULYGIN, *Tempo e validità*, pp. 74-75; E. BULYGIN, D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, p. 76.

<sup>71</sup> Sul concetto di gerarchia assiologica, v. R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, pp. 43-44; Id., *Le fonti del diritto*, pp. 245-246; G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, pp. 288-294. Non mi pare che nella letteratura teorico-generale il collegamento tra criteri di applicabilità e gerarchie assiologiche sia debitamente esplicitato.

luogo, a causa della molteplicità dei criteri interpretativi esistenti in una cultura giuridica data (nonché a causa della possibilità di usare uno stesso criterio interpretativo in maniere diverse), è possibile che giuristi diversi ritengano applicabili norme diverse (divergano nei loro giudizi di applicabilità) pur dichiarando (e magari pensando) di seguire *uno stesso* criterio giuridico-positivo di applicabilità<sup>72</sup>.

### 3.1. *Criteri vincolanti e criteri permissivi*

I criteri di applicabilità istruiscono l'organo dell'applicazione in merito all'uso di una disposizione o norma (o di un tipo di disposizione o norma). Tale "istruzione" può avere la forma dell'obbligo, del divieto, o del permesso (di usare una disposizione o norma, o un tipo di disposizione o di norma)<sup>73</sup>. Dunque, in relazione ai criteri di applicabilità rilevanti, possiamo individuare norme e disposizioni il cui uso è, per l'organo dell'applicazione, rispettivamente obbligatorio, vietato, o permesso<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Sul punto, L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, pp. 83-94; E. DICIOTTI, *Controversie interpretative, pretese di correttezza, giustificazioni*, p. 1123.

<sup>73</sup> La letteratura sull'applicabilità si esprime spesso in maniera esclusivamente di obbligo (in particolare E. BULYGIN, *Tempo e validità*, p. 74; ID., *Il problema della validità in Kelsen*, p. 122; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, p. 283). Si tratta però di una indebita restrizione del concetto di applicabilità: nulla impedisce che tale nozione faccia riferimento ad una autorizzazione o facoltà; per questa accezione più elastica (e maggiormente condivisibile), v. ad es. J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, pp. 153, 154.

<sup>74</sup> Per una tipologia analoga, in relazione alle fonti, cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 294; F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer*, pp. 67 ss.

Criteri che formulano un obbligo o un divieto di usare una disposizione o norma, o un tipo di disposizione o di norma sono *criteri vincolanti* di applicabilità; criteri che formulano un permesso di usare una disposizione o norma, o un tipo di disposizione o di norma sono *criteri permissivi* di applicabilità.

I criteri di applicabilità più comuni sono quelli del primo tipo, quelli cioè che rendono obbligatorio (criteri vincolanti positivi di applicabilità) o vietato (criteri vincolanti negativi di applicabilità) l'uso di una certa disposizione o norma, o più frequentemente di un certo tipo di disposizione o norma<sup>75</sup>. Gli esempi sono del tutto banali. Tra i criteri che rendono obbligatorio l'uso di una certa disposizione o norma: la soggezione del giudice alla legge (per l'ordinamento italiano: art. 101 cost.) (criterio positivo di applicabilità di disposizioni, e di conseguenza di norme); la disciplina delle cause di giustificazione in materia penale (criterio di applicabilità di norme). Tra i criteri che vietano l'uso di una certa disposizione o norma: il divieto di analogia (criterio negativo di applicabilità di norme) e il principio di irretroattività in materia penale (criterio negativo di applicabilità di disposizioni, e di conseguenza di norme)<sup>76</sup>.

Si tratta solitamente di criteri espressamente previsti dal diritto positivo. Altre volte sono criteri meramente impliciti

<sup>75</sup> Per una impostazione affine, cfr. R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, pp. 375, 376.

<sup>76</sup> Altri esempi: il codice di procedura civile italiano vieta di citare opere di dottrina nelle motivazioni delle sentenze; il codice di procedura civile francese vieta di fondare una decisione giudiziale esclusivamente su un precedente. In proposito, cfr. rispettivamente G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, p. 113; M. TROPER, C. GRZEGORCZYK, *Precedent in France*, pp. 115 ss.

in criteri di applicabilità esplicitamente previsti (ne sono l'altro lato della medaglia): infatti, considerato che solitamente è astrattamente applicabile più di una disposizione o norma, l'istruzione di applicare (o non applicare) la disposizione o norma X indica implicitamente, allo stesso tempo, di non applicare (o, rispettivamente, di applicare) la disposizione o norma Y: l'esempio più netto proviene dal già menzionato divieto di retroattività, che vieta di applicare ad un caso una norma non ancora vigente al tempo in cui il caso si è verificato, e conseguentemente impone di applicare ad un caso solo le norme vigenti al tempo in cui il caso si è verificato. Altre volte ancora, i criteri di applicabilità sono impliciti in un altro senso, nel senso cioè che derivano da convenzioni tacite diffuse nella cultura giuridica, che rendono di volta in volta appropriato o inappropriato il ricorso a certe disposizioni o norme (quantomeno come ragioni esclusive della decisione)<sup>77</sup>.

Di solito, ignorare un criterio vincolante di applicabilità, o errare nella sua applicazione, sono ragioni di invalidità della decisione dell'organo autoritativo.

I criteri permissivi di applicabilità sono criteri che consentono all'organo dell'applicazione di usare una disposizione o norma, o un tipo di disposizione o norma. Si tratta in altre parole di criteri che istruiscono l'organo dell'applicazione a prendere in considerazione materiali giuridici (disposizioni o norme) che l'organo dell'applicazione potrebbe anche ignorare, ma senza con ciò viziare la validità della decisione autoritativa; tali criteri si giustificano dunque nel senso di consentire l'ingresso nella decisione, e nella sua giustificazione, di materiali che in assenza di quel permesso

<sup>77</sup> Sulle convenzioni tacite di appropriatezza che governano l'argomentazione giuridica, cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, p. 12.

non potrebbero avervi ingresso – pur non essendo l'organo dell'applicazione obbligato, nel senso ora visto, a fondare la decisione su tali materiali. Il ricorso a tali criteri si giustifica al fine di rendere maggiormente persuasiva la giustificazione di una certa decisione.

Tali criteri sono di solito di origine sapienziale, fondati in convenzioni interpretative, e hanno diversi gradi di cogenza o persuasività<sup>78</sup>. Il grado di cogenza di una disposizione o norma individuata in base ad un criterio permissivo di applicabilità non dipende, comunque, dal contenuto in sé della norma così individuata (un criterio permissivo di applicabilità non istruisce il giudice a trovare la norma che ritiene migliore tutto considerato), ma da fattori estrinseci, quali ad esempio l'*expertise* in una data materia riconosciuta alla fonte che ha prodotto la disposizione o norma in questione (ad esempio, un comitato tecnico, una autorità amministrativa indipendente, ecc.<sup>79</sup>), o l'autorevolezza attribuita ad un organo dell'applicazione gerarchicamente superiore (pur in assenza di un *obbligo* di uniformarsi alle sue decisioni)<sup>80</sup>. In altre parole, il fatto che sia meramente permesso, e non anche obbligatorio, seguire un certo criterio di applicabilità non significa che l'organo dell'applicazione lo possa

<sup>78</sup> Cfr. A. PECZENIK, *On Law and Reason*, pp. 319-321, per la differenza tra *must-sources*, *should-sources*, e *may-sources*; v. anche L. GREEN, *Law and the Causes of Judicial Decisions*.

<sup>79</sup> Questa è l'origine di molte fonti oggi denominate come *soft law*: cfr. in proposito B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*.

<sup>80</sup> Questa è, in generale, la logica che soggiace alla famiglia degli argomenti *ex auctoritate* o *ab exemplo*: gli argomenti secondo cui «ad un enunciato normativo va attribuito quel significato che gli è già stato attribuito da qualcuno, e per questo solo fatto» (così G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, p. 372).

seguire solo se e nella misura in cui è d'accordo con il suo contenuto<sup>81</sup>. Di solito, è considerato improprio fondare una decisione *esclusivamente* su una norma indicata da un criterio permissivo di applicabilità; in altre parole, un criterio permissivo di applicabilità non è in grado di funzionare, da solo, come idonea ragione giustificativa.

La differenza tra criteri vincolanti e criteri permissivi è in realtà graduale, o per meglio dire sfumata<sup>82</sup>, e comunque la differenza non dipende dalla circostanza che il criterio in questione sia formulato o meno dal diritto positivo: dipende piuttosto dalle pratiche di riconoscimento e uso degli organi dell'applicazione<sup>83</sup>. Sono le pratiche e gli atteggiamenti degli organi dell'applicazione a rendere un criterio obbligatorio, o permissivo, e comunque a stabilire il peso degli argomenti permissivi.

<sup>81</sup> Obiezione scettica (non del tutto infondata): visto il carattere magmatico e fluido delle "fonti permissive" (chiamiamole così per comodità), sarà abbastanza facile individuare in tal modo una disposizione o norma confacente al risultato cui l'organo dell'applicazione vuole comunque pervenire. Risposta: in linea di principio l'obiezione scettica è plausibile, ma non può essere considerata una verità analitica; vi possono essere criteri di ordinazione gerarchica del peso delle fonti permissive, tali che non si dà il caso che l'organo dell'applicazione possa scegliere, alla lettera, la soluzione che più gli piace.

<sup>82</sup> Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, p. 4; J. BELL, *Comparing Precedent*, pp. 1254-1255; F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer*, p. 80.

<sup>83</sup> Ad esempio, i criteri di interpretazione (significato letterale e intenzione del legislatore) indicati dall'art. 12 preleggi rappresentano apparentemente un criterio vincolante di applicabilità (la formulazione della disposizione depone in tal senso), ma si può serenamente affermare che la pratica degli organi dell'applicazione li abbia tradotti in un criterio solo permissivo.

#### 4. *Applicabilità e ideologia delle fonti del diritto*

Il concreto funzionamento di tutti i criteri di applicabilità (dunque, sia di quelli giuridico-positivi che di quelli sapienziali) è governato da considerazioni che trascendono i criteri medesimi, non foss'altro che per l'ovvia constatazione che anche l'applicazione dei criteri di applicabilità deve essere a sua volta giustificata.

Inoltre, data la quantità e la natura eterogenea di tali criteri, è frequente che più criteri di applicabilità entrino a loro volta in conflitto (cioè, che più criteri di applicabilità siano contemporaneamente applicabili): così, per fare un esempio banale, nel caso di una antinomia tra una norma  $N_1$ , speciale e anteriore, e una norma  $N_2$ , generale e successiva, la norma applicabile sarà diversa a seconda che si faccia ricorso al criterio cronologico o a quello di specialità (si tratta di una c.d. antinomia di secondo grado)<sup>84</sup>; oppure, una disposizione potrebbe dare luogo a norme diverse a seconda del tipo di tecnica interpretativa utilizzata (interpretazione letterale, estensiva, restrittiva, sistematica, adeguatrice, ecc.)<sup>85</sup>. In tutti questi casi, l'interprete è posto di fronte alla necessità di operare una scelta tra più criteri di applicabilità astrattamente praticabili – scelta che necessariamente trascende i criteri medesimi.

Ebbene, il ricorso a determinati criteri di applicabilità, e il loro reciproco coordinamento, dipende da un insieme di meta-criteri: criteri che riguardano il peso da attribuire ai singoli criteri di applicabilità, i loro reciproci rapporti di preferenza, ecc.: tutte cose, queste, che ben difficilmente possono essere regolamentate in maniera minuziosa dal diritto positivo, e che quindi, in ultima analisi, possono

<sup>84</sup> N. BOBBIO, *Sui criteri per risolvere le antinomie*, pp. 113-118.

<sup>85</sup> M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, pp. 5-6.

essere decise solo sulla base di convenzioni interne alla cultura giuridica<sup>86</sup>.

D'altronde, le convenzioni interpretative e argomentative diffuse nella cultura giuridica, in base alle quali i criteri di applicabilità sono organizzati in reciproci ordini di preferenza, raramente sono monolitiche: è più frequente che vi sia un pluralismo di meta-criteri di applicabilità, che darà luogo a frequenti disaccordi sull'individuazione delle disposizioni e delle norme conclusivamente applicabili (v. anche *infra*, § 4.1). Esempi di questo tipo di questioni sono: il dibattito sulla possibilità di utilizzare i criteri di interpretazione della legge contenuti nell'art. 12 delle preleggi (l'argomento letterale e l'argomento dell'intenzione del legislatore) anche per l'interpretazione della Costituzione<sup>87</sup>; o l'incertezza se la Costituzione richieda tecniche di interpretazione affatto peculiari

<sup>86</sup> Si pensi ad es. all'art. 12 preleggi (una delle poche disposizioni che formulano una disciplina giuridico-positiva dell'interpretazione), che per un verso istituisce un chiaro ordine di preferenza del ricorso all'interpretazione letterale e psicologica (argomento dell'intenzione del legislatore) rispetto al ricorso all'analogia, e di quest'ultima rispetto al ricorso ai principi generali; ma per altro verso nulla dice per il caso in cui l'argomento letterale e quello dell'intenzione del legislatore mettano capo a due risultati interpretativi (a due norme) diversi; né dice esattamente cosa conti come significato letterale e cosa conti come intenzione del legislatore. Sul punto cfr. P. CHIASSONI, *L'interpretazione dei documenti legislativi: nozioni introduttive*, pp. 31-34; ID., *La giurisprudenza civile*, pp. 496-501; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, pp. 189-191.

<sup>87</sup> Possibilità esaminata e criticata da G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, pp. 309-311; v. anche L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, pp. 265-267. Per la tesi favorevole v. invece F. SANTORO PASSARELLI, *Preleggi*, p. 629, nt. 8.

rispetto alla legge<sup>88</sup>; o più in generale quali siano le tecniche interpretative più appropriate all'interpretazione costituzionale: se ad esempio la Costituzione richiede tecniche di interpretazione "originalista", oppure richieda una "lettura morale", oppure ancora un'interpretazione "per valori", ecc.<sup>89</sup>

Quindi, per riassumere, i criteri e meta-criteri di applicabilità danno luogo ad una ordinazione gerarchica di disposizioni e di norme (o di categorie di disposizioni e di norme), e anche ad una ordinazione gerarchica di tecniche in senso ampio interpretative (intese dunque non solo come tecniche di attribuzione di significato ad enunciati, ma anche come tecniche di soluzione delle antinomie, di eliminazione di lacune, di costruzione di sottosistemi, ecc.). Complessivamente, l'insieme dei criteri e meta-criteri di applicabilità, non sempre tematizzati ed esplicitati dai giuristi nel loro lavoro quotidiano, ma certamente accessibili ad una indagine teorica, rinvia a sua volta ad una più generale concezione del diritto che viene condivisa o presupposta dagli operatori all'interno di una cultura giuridica, e che può essere utilmente compendiata nella nozione di "ideologia

<sup>88</sup> Cfr., per la tesi negativa, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, pp. 330-347; ID., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, pp. 111-158; A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*. Per la tesi affermativa, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, pp. 217-220; G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*; A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*; T. MAZZARESE, *Interpretazione della costituzione. Quali pregiudizi ideologici?*; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, pp. 263 ss.

<sup>89</sup> Per una panoramica delle posizioni, R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, pp. 111-158; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, pp. 154-161; S. BARBER, J. FLEMING, *Constitutional Interpretation*, capp. 4-10.

delle fonti del diritto»<sup>90</sup> (intesa “ideologia” in senso neutrale, come «sistema di credenze e di valori, che viene utilizzato [...] per fondare la legittimità del potere»<sup>91</sup>).

Palesamente, le ragioni per cui un giurista aderisce ad una certa ideologia delle fonti del diritto non possono che essere ragioni morali, o etico-politiche: consistono infatti nella scelta del giurista di considerare l'ordinamento giuridico, considerato attraverso le lenti di una certa ideologia delle fonti, legittimo, e di contribuire alla sua attuazione (nonché, in qualche misura, alla sua stessa produzione)<sup>92</sup>. Ovviamente, è la scelta *ultima* dei criteri di applicabilità (ciò

<sup>90</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia*, p. 72: l'ideologia delle fonti del diritto «consiste di direttive che non concernono direttamente il modo di risolvere una controversia giuridica, ma indicano il modo secondo il quale il giudice dovrà procedere per scoprire la direttiva o le direttive rilevanti per la controversia di cui si tratta»; v. anche p. 105, sul rapporto tra l'ideologia delle fonti del diritto e le ideologie “del metodo”. Sembra abbastanza affine la nozione di “direttive assiomatiche” articolata da P. CHIASSONI, *Codici interpretativi*, spec. pp. 74-98.

<sup>91</sup> Per la definizione neutrale di ideologia, contrapposta alle accezioni che enfatizzano l'aspetto mistificante delle credenze ideologiche, N. BOBBIO, *L'ideologia in Pareto e in Marx*, p. 114.

<sup>92</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp. 139-140; R. DWORKIN, *Law's Empire*, p. 139 («Our judges treat the techniques they use for interpreting statutes and measuring precedents [...] as principles they assume can be justified in some deeper political theory»); C. NINO, *Diritto come morale applicata* (la “connessione giustificativa” tra diritto e morale); ID., *Sobre los derechos morales*, p. 322 («toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial, que se distingue por derivar de un principio moral que legitima a cierta fuente de prescripciones»); ID., *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*; E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, pp. 53-56; ID., *Controversie interpretative, pretese di correttezza, giustificazioni*, pp. 1123-1124.

che Scarpelli avrebbe chiamato la scelta del “principio fondamentale”<sup>93</sup>) ad avere natura prettamente etico-politica, e *non necessariamente* anche la scelta, di volta in volta, di utilizzare questo o quel criterio di applicabilità: molte scelte specifiche, settoriali, riguardo ai criteri di applicabilità possono certamente essere prese non solo perché congruenti in senso sostanziale con l’ideologia delle fonti di riferimento (e dunque giustificate anche su un piano etico-politico), ma per mero conformismo, o perché avvertite come “necessitate” a causa delle tecnicità interne al discorso giuridico, (esistenza di precedenti, di somiglianze rilevanti, in generale di criteri giuridici di applicabilità, ecc.)<sup>94</sup>, o anche per scelte strategiche e “convenzionalistiche” (l’esigenza da parte del giurista di coordinare il proprio comportamento decisionale con quello di altri attori giuridici)<sup>95</sup>.

#### 4.1. *Ideologia delle fonti del diritto e fenomenologia delle culture giuridiche*

L’adesione ad una data ideologia delle fonti del diritto renderà dunque giustificato il ricorso ad alcuni, e non ad altri, criteri di applicabilità, o stabilirà ordini di preferenza tra i vari criteri disponibili<sup>96</sup>. Contribuirà, inoltre, a qualificare come vincolante o permissivo un certo criterio di applicabilità.

<sup>93</sup> U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*.

<sup>94</sup> Cfr. J. WALDRON, *Do Judges Reason Morally?*, pp. 50-54 (sul *mélange* di considerazioni morali e giuridiche nel ragionamento del giudice); L. GREEN, *Law and the Causes of Judicial Decisions* (il buon senso del giudice è in parte plasmato dalla sua educazione giuridica).

<sup>95</sup> Sulla capacità del convenzionalismo di spiegare soprattutto le scelte più specifiche e settoriali dei giuristi, cfr. M. KRAMER, *In Defense of Legal Positivism*, p. 151.

<sup>96</sup> N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, p. 12.

Infine, dato che ciascun argomento interpretativo può essere articolato in modalità differenti, l'adesione ad una data ideologia delle fonti fornirà anche indicazioni *sul modo stesso di intendere e di utilizzare* gli specifici argomenti interpretativi (il modo più appropriato di individuare la "lettera della legge"<sup>97</sup>, o la "volontà del legislatore"<sup>98</sup>, ecc.).

In base al modo in cui i criteri e meta-criteri di applicabilità vengono strutturati in relazioni di preferenza, si possono distinguere due principali famiglie di culture giuridiche<sup>99</sup>: culture giuridiche formaliste, o legaliste, e culture giuridiche sostanzialiste<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> Il significato letterale potrebbe essere cercato alternativamente: nel significato diffuso al momento della redazione del testo normativo ("originalismo"); oppure in quello diffuso al momento della sua applicazione; oppure in quello conforme al significato che quello stesso termine ha in altri testi normativi ("argomento della costanza terminologica"); ecc.

<sup>98</sup> L'intenzione del legislatore potrebbe consistere alternativamente: nella volontà del legislatore storico come desumibile dai lavori preparatori; nella volontà di un legislatore ideale; nella *voluntas legis* o "volontà oggettiva della norma"; ecc.

<sup>99</sup> Utilizzo "cultura giuridica" per designare il complesso di ideologie, valutazioni, metodi interpretativi, operazioni concettuali generalmente usati dagli operatori giuridici, o meglio da un gruppo sufficientemente identificabile di operatori giuridici, in un certo momento storico ed in un certo contesto culturale. Il complesso di ideologie, valutazioni ecc., che costituisce una cultura giuridica (più o meno settoriale) è empiricamente verificabile facendo riferimento ai documenti prodotti dagli operatori giuridici in questione nell'ambito delle rispettive attività istituzionali e professionali, quali ad esempio sentenze, note a sentenza, monografie, articoli di riviste specialistiche, prolusioni accademiche, pareri legali; cfr. in proposito (e in particolare sulla "cultura giuridica interna"), L. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, capp. VIII e IX.

<sup>100</sup> Per articolazioni differenti del medesimo concetto, v. J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*,

Una cultura giuridica formalista o legalista è una cultura giuridica in cui l'autorità del diritto dipende dal fatto che il diritto è il prodotto volontario di una autorità politica legittima: di conseguenza, le attività di individuazione e applicazione del diritto avranno come obiettivo principale quello di assicurare il maggior rispetto possibile per la volontà dell'autorità politica. Così, ad esempio, un giurista che aderisce ad una ideologia delle fonti del diritto e ad una cultura giuridica di tipo formalista e legalista, individuerà come primariamente applicabili le disposizioni legislative, e privilegerà le tecniche argomentative idonee ad assicurare quanto più possibile il rispetto della supremazia della legge: quindi, in particolare, privilegerà innanzitutto l'argomento letterale e quello dell'intenzione del legislatore<sup>101</sup>. Culture o atteggiamenti formalisti o legalisti possono presentarsi in forme diverse, e con diverse giustificazioni<sup>102</sup>: l'imperativismo ne è un esempio; in tempi più recenti, il cosiddetto positivismo normativo (*normative positivism*), cioè l'idea che il diritto debba essere (è bene che sia) identificabile sulla base

pp. 72 ss. (ideologie "statiche" e ideologie "dinamiche"); P. CHIASSONI, *Codici interpretativi*, pp. 87 ss. (codici "naturalistici", codici "statici", codici "dinamici", codici "misti", ecc.).

<sup>101</sup> L'influenza, sulla scelta delle tecniche argomentative, esercitata dall'adesione ad una ideologia delle fonti del diritto di tipo legalistico è evidente ad es. in Corte di Cassazione, SS.UU. pen., 17 maggio 2004 n. 23016: «qualora le premesse ermeneutiche della soluzione proclamata costituzionalmente obbligata travalichino i limiti dell'interpretazione letterale-logico-sistematica, i giudici hanno il dovere di non attenersi a quella soluzione, per la decisiva ragione che, in caso contrario, disapplicherebbero una norma vigente e arrecherebbero un *vulnus* ai principi di legalità e di soggezione alla legge».

<sup>102</sup> Possono avere una giustificazione autoritaria, come in Hobbes, oppure democratica, come in Scarpelli; possono fondarsi sulla democrazia unita al non cognitivismo etico (Scarpelli e Waldron).

di considerazioni meramente fattuali, senza fare ricorso ad argomenti morali<sup>103</sup>; o anche il “positivismo presuntivo”, elaborato da Frederick Schauer sulla base di considerazioni di competenza istituzionale e divisione del lavoro tra organi della produzione e organi dell’applicazione del diritto<sup>104</sup>.

Una cultura giuridica sostanzialista è una cultura giuridica in cui in cui l’autorità del diritto dipende dal fatto che il diritto è conforme a (e strumentale alla realizzazione di) determinati principi e obiettivi sostanziali; in questa ottica, l’autorità del diritto (e di qualunque fonte del diritto) è commisurata in base alla sua capacità di attuare direttamente o indirettamente quei valori sostanziali. Ciò evidentemente si ripercuoterà sui criteri di applicabilità delle disposizioni e delle norme. Ad esempio, un giurista che aderisce ad una ideologia delle fonti del diritto e ad una cultura giuridica di tipo sostanzialista-giusnaturalista tenderà ad impiegare le tecniche argomentative idonee ad assicurare la realizzazione di certi valori sostanziali anche al di là della lettera della legge, quali ad esempio l’argomento equitativo e l’argomento della natura delle cose, la c.d. interpretazione “per valori”, l’interpretazione restrittiva e la defettibilità di norme contrastanti con precetti morali, e inoltre tenderà a considerare inapplicabili le disposizioni che esprimono norme radicalmente contrastanti con i suoi valori di

<sup>103</sup> Cfr. J. WALDRON, *Law and Disagreement*, cap. 8: «normative positivism [...] is the thesis that the law *ought* to be such that legal decisions can be made without the exercise of moral judgement», p. 167, corsivo nell’originale); ID., *Normative (or Ethical) Positivism*; v. anche N. MACCORMICK, *A Moralistic Case for A-moralistic Law?*; nonché U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*. In proposito v. J.J. MORESO, *El positivismo jurídico y la aplicación del derecho*; B. CELANO, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*.

<sup>104</sup> F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, capp. VIII-X.

riferimento. Un giurista che aderisce ad una ideologia delle fonti del diritto e ad una cultura giuridica gius-economica tenderà ad impiegare tecniche argomentative funzionali a perseguire il valore dell'efficienza. Infine, un giurista che aderisce ad una ideologia delle fonti del diritto e ad una cultura giuridica di stampo (neo-)costituzionalista, tenderà ad impiegare le tecniche argomentative idonee ad assicurare l'ideale della supremazia della costituzione, e della maggiore penetrazione possibile dei valori e principi costituzionali in tutto l'ordinamento giuridico, quali ad esempio l'interpretazione adeguatrice (della legge alla costituzione), l'applicazione diretta dei principi costituzionali, la defettibilità delle norme infra-costituzionali nella misura in cui contrastino con norme o principi costituzionali, il bilanciamento di principi costituzionali affidato anche al giudice comune, ecc.<sup>105</sup>.

Palesamente, dunque, a seconda della cultura giuridica o ideologia delle fonti di riferimento, cambierà il "peso" dei diversi criteri di applicabilità (ad esempio, come abbiamo visto, il peso e il ruolo dei vari argomenti interpretativi), così come cambieranno non solo, ovviamente, i criteri di preferenza tra tipi di norme, ma anche le tecniche di *qualificazione* delle stesse norme giuridiche: ad esempio, una cultura giuridica formalista-legalista non solo avrà una spiccata preferenza per le norme che hanno la forma di "regole", e riterrà che esse siano più importanti dei principi, ma tenderà altresì a mostrare che tutte o quasi le norme sono, in realtà regole e non principi; di contro, una cultura sostanzialista non solo porrà molta enfasi sui principi, e li considererà più importanti rispetto alle regole (e dunque idonei ad introdurre nelle regole un numero indefinito di

<sup>105</sup> Per una ricostruzione di alcune di queste tecniche, R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, pp. 239-267; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cap. 5.

eccezioni: a renderle defettibili), ma tenderà altresì a vedere principi dappertutto<sup>106</sup>.

Un'utile chiave di lettura per capire se una ideologia delle fonti o cultura giuridica è formalista o sostanzialista (o se un singolo interprete presuppone un'ideologia delle fonti del diritto di un tipo o dell'altro) è la distinzione tra l'applicabilità *prima facie* e l'applicabilità conclusiva di disposizioni e di norme: una cultura giuridica formalista tenderà infatti a restringere al massimo, e tendenzialmente ad annullare, lo spazio tra le due (se una disposizione o norma ha i requisiti per essere qualificata *prima facie* applicabile<sup>107</sup>, quegli stessi requisiti varranno come criteri di applicabilità conclusiva), mentre una cultura giuridica sostanzialista riterrà che ogni disposizione o norma è sempre soltanto *prima facie* applicabile, e che l'applicabilità conclusiva non potrà che dipendere dalla verifica della sua compatibilità con i valori sostanziali di riferimento<sup>108</sup>. Un'altra utile

<sup>106</sup> Questo dipende dal fatto che la qualificazione di una norma come regola o come principio è una variabile dell'interpretazione. Per un esempio di controversia sulla qualificazione di norme come regole o principi, cfr. A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori* (che insiste nel qualificare le norme costituzionali come regole) e G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, p. 881 («anche norme costituzionali formulate come regole sono spesso intese, nelle giurisprudenze delle Corti costituzionali, come principi»). Esattamente nota Raz che la differenza di trattamento di regole e principi (quando entrano in conflitto) è «a result of legal policy» – vale a dire, è funzione della connotazione della cultura giuridica di riferimento; J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, p. 834.

<sup>107</sup> Cioè rispettivamente la validità formale, o finanche l'esistenza, e l'applicabilità interna: cfr. *supra*, § 2.3.

<sup>108</sup> Così, rispettivamente, F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, pp. 301-315, afferma che solo ragioni “molto forti” possono scalzare una regola trincerata; mentre R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp.

chiave di lettura è la distinzione tra criteri di applicabilità vincolanti e permissivi: una cultura giuridica formalista tenderà infatti ad individuare alcuni criteri vincolanti, di solito legati alla produzione autoritativa e volontaria del diritto, che “legano le mani” all’organo dell’applicazione affinché resti più fedele possibile alla volontà produttrice del diritto; una cultura giuridica sostanzialista invece tenderà ad espandere il raggio di azione dei criteri permissivi, lasciandogli ampi margini di azione per addivenire alla decisione comunque “giusta”.

Sarebbe inappropriato, comunque, raffigurare come puramente assiomatico e meccanico il modo in cui una certa ideologia delle fonti del diritto si traduce in specifiche tecniche interpretative e meta-argomenti interpretativi: il passaggio dall’ideologia delle fonti alle tecniche interpretative dipende invece da valutazioni irrimediabilmente variabili e contestuali. Intendo dire che, salvo alcune eccezioni<sup>109</sup>, raramente si darà un legame biunivoco e necessario tra una certa ideologia delle fonti del diritto e certi specifici argomenti interpretativi, mentre è più probabile che in alcune circostanze un certo argomento interpretativo appaia più idoneo a realizzare gli obiettivi e i valori propri di quella ideologia delle fonti del diritto, e in altre circostanze saranno altri argomenti interpretativi ad apparire più idonei a realizzare quegli stessi obiettivi e valori.

Infine nulla garantisce, e anzi è abbastanza improbabile, che in dato contesto giuspolitico vi sia *una sola* ideologia

98 ss., afferma che tutte le norme (siano esse regole o principi) sono solo applicabili *prima facie*, e soggette a bilanciamento.

<sup>109</sup> Ad esempio, si può immaginare che l’uso dell’argomento dell’intenzione del legislatore sia indissolubilmente legato ad una concezione imperativistica del diritto. V. però G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 185.

delle fonti del diritto, o *un solo* insieme di codici interpretativi unanimemente accettato dai giuristi (pur essendo molto probabile che sia possibile individuare, in un dato momento storico, una certa ideologia delle fonti come maggioritaria). Più probabilmente, in dato contesto giuspolitico convivono più insiemi di codici interpretativi e più ideologie delle fonti del diritto<sup>110</sup>.

Quanto disaccordo nei criteri di applicabilità possa tollerare un sistema giuridico prima di collassare, è questione non decidibile in astratto. Probabilmente, condizione necessaria e minimale per la sopravvivenza di un sistema giuridico è che vi sia un accordo di massima sull'individuazione delle fonti applicabili, ossia sull'applicabilità *prima facie* delle disposizioni<sup>111</sup>. Detto altrimenti, e considerato il rapporto tra criteri di applicabilità e criteri di identificazione (v. *infra*, § 4.2), è necessario che vi sia una convergenza di massima da parte degli organi dell'applicazione a) sul modo di identificare le fonti (le disposizioni), e b) sulla applicabilità *prima facie* di tali fonti o disposizioni (cioè, che gli organi dell'applicazione siano disposti a trattarle come

<sup>110</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, p. 249: «il pluralismo dei metodi è la condizione odierna della scienza del diritto»; per la tesi che il funzionamento e la stessa unitarietà di un sistema giuridico non sono impediti dalla circostanza che i funzionari usano regole di riconoscimento parzialmente divergenti, cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 147; ID., *The Identity of Legal Systems*, p. 95; M. KRAMER, *Where Law and Morality Meet*, p. 105 (sia Raz che Kramer includono nel concetto di norma di riconoscimento sia criteri di validità sia criteri di applicabilità). Sostengono invece che in ogni sistema giuridico vi possa essere *una sola* regola di riconoscimento E. BULYGIN, *Sulla regola di riconoscimento*; J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas*, pp. 142-152.

<sup>111</sup> Spunti analoghi in U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, pp. 109 ss.; M. JORI, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, pp. 25-26.

materiali rilevanti, se non privilegiati, per le loro attività istituzionali<sup>112</sup>). Il termine “disposizione” è da intendersi, qui, in senso ampio, come “testo idoneo ad essere utilizzato nell’attività interpretativa e applicativa”; dunque, include i testi che contengono le decisioni autoritative resi non solo dagli organi di produzione normativa, ma anche eventualmente da altri organi dell’applicazione, nei confronti dei quali vi sia una subordinazione gerarchica. Pertanto, una condizione per l’unitarietà dell’ordinamento giuridico può essere considerata anche<sup>113</sup> la circostanza che gli organi dell’applicazione convergano, in linea di massima, nel mostrare deferenza verso certi altri organi dell’applicazione. Questo è un effetto abbastanza naturale del carattere istituzionalizzato e nomodinamico degli ordinamenti giuridici contemporanei<sup>114</sup>.

La convergenza tra gli organi dell’applicazione nell’individuazione e applicabilità delle disposizioni, nel senso precisato, è in altre parole ciò che disegna il perimetro all’interno del quale sarà possibile, e anche intellegibile, l’eventuale successivo disaccordo sull’individuazione delle norme applicabili (sarà un disaccordo tra soggetti impegnati a giocare lo stesso gioco)<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Cfr. anche R. DWORKIN, *Law’s Empire*, p. 67.

<sup>113</sup> Ma se si assume, kelsenianamente, che tra produzione e applicazione del diritto vi sia solo una differenza di grado, allora si tratta solo di un modo diverso di dire la stessa cosa.

<sup>114</sup> Si potrebbe utilmente indagare il rapporto tra quanto detto qui in merito alla convergenza su disposizioni, e l’idea che l’autorità del diritto, come ogni autorità, sia *content-independent*.

<sup>115</sup> Una circostanza del tutto analoga si verifica talvolta, ma da una prospettiva invertita, in sede di *produzione* del diritto: accade talvolta che un’assemblea legislativa produca un testo normativo, avendo raggiunto un accordo *esclusivamente sul testo*, e rimanendo un grado di disaccordo sulle sue possibili implicazioni, o giustificazioni, o

#### 4.2. *Ideologia delle fonti del diritto e norma di riconoscimento*

Abbiamo visto (a più riprese) che l'uso di un criterio di applicabilità presuppone anche l'uso (talvolta tacito) di un criterio di identificazione: per essere applicata, una disposizione o norma deve essere previamente identificata come disposizione o norma.

In linea di massima, come abbiamo visto (§ 3.2), questa operazione di identificazione consiste nell'attribuzione (anche sommaria) di validità formale alla disposizione (identificazione della disposizione), e nella sua interpretazione (identificazione della norma). Tali criteri di identificazione possono essere compendati in una versione sufficientemente articolata della hartiana "norma di riconoscimento"<sup>116</sup>; parlo di "versione sufficientemente articolata" perché la nozione di norma di riconoscimento elaborata da Hart sembrerebbe includere solo i criteri per l'individuazione delle *fonti* del diritto, e i possibili criteri per ordinare le fonti in una gerarchia; di contro, tale nozione acquisirebbe maggiore potenzialità esplicativa se venisse arricchita includendovi anche i criteri per l'individuazione delle *norme*

applicazioni future. In altre parole, su quel testo si verifica un "accordo non completamente teorizzato" (C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, cap. 2); sulla legislazione "di mera formula", v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, pp. 366-367. Come osserva Scarpelli, concepire in questo modo l'idea di posizione volontaria di una norma (cioè: volontaria rispetto all'*atto* di produzione, e non necessariamente anche al suo *contenuto*) «presenta il grosso vantaggio di non pregiudicare la questione del metodo nell'interpretazione della norma» (U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, p. 111); il che è esattamente quanto si è cercato di sostenere nel testo.

<sup>116</sup> H.L.A HART, *The Concept of Law*, capp. V e VI.

– ossia, le tecniche interpretative che permettono di trarre norme dalle disposizioni, siano tali tecniche espressamente codificate dal diritto positivo<sup>117</sup>, o siano esse elaborate dalla cultura giuridica<sup>118</sup>.

È verosimile, inoltre, che tra criteri di applicabilità e criteri di identificazione vi siano varie interazioni: una disposizione o norma considerata assolutamente inapplicabile potrà, di fatto, essere considerata dagli organi dell'applicazione come inesistente, non appartenente al sistema. L'ideologia delle fonti del diritto presente nella cultura giuridica di riferimento si sovrappone così al materiale normativo "grezzo" (identificato in base alla norma di riconoscimento), guidando gli interpreti nella scelta delle norme applicabili, sulla base di argomenti interpretativi ritenuti giustificati, e nell'attribuzione stessa di valore normativo ai documenti giuridici<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Come già proponeva N. BOBBIO, *Norme primarie e norme secondarie*, pp. 187-188; cfr. anche G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, p. 393, nt. 96.

<sup>118</sup> Cfr. K. GREENAWALT, *The Rule of Recognition and the Constitution*; G. CARCATERRA, *Analogia. I) Teoria generale*, pp. 4-5; E. DICCIOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*.

<sup>119</sup> Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, pp. 27-29 («fonti del diritto – in senso lato – sono anche le ideologie sulla completezza e sulla lacunosità dell'ordinamento, e sono le tecniche di estensione e le tecniche di integrazione delle leggi», p. 29); J. RAZ, *Legal Positivism and the Sources of Law*, p. 48; ID., *Authority, Law, and Morality*, p. 236 («The law-making procedure includes conventions of interpretation. A change in the conventions of interpretation of a legal system changes its law»); B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, pp. 72-73 (sull'integrazione tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione); E. DICCIOTTI, *Controversie interpretative, pretese di correttezza, giustiziazioni*, p. 1124 («un principio metodologico [...] indica insomma il modo in cui gli

Ciononostante, criteri di identificazione e criteri di applicabilità sono cose diverse: i primi sono criteri concettuali, i secondi sono, in senso ampio, prescrizioni o istruzioni. Inoltre, criteri di validità e criteri di applicabilità richiedono rispettivamente un diverso tipo di “assenso”, o accettazione: un criterio di validità è accettato se è usato (al pari di una definizione), mentre un criterio di applicabilità è accettato in base ad una adesione etico-politica<sup>120</sup>; e infine, come si è cercato di mostrare, non tutte le disposizioni e norme valide secondo un criterio di identificazione sono anche applicabili: dunque la norma di riconoscimento, intesa come insieme dei criteri di identificazione del diritto *valido*, non è coestensiva con l’ideologia delle fonti del diritto, intesa come insieme dei criteri di individuazione del diritto *applicabile*.

Se l’insieme dei criteri di applicabilità debba essere incluso nella nozione di regola di riconoscimento (che dunque ospiterebbe due ordini di criteri eterogenei: di identificazione e di applicabilità), oppure se sia preferibile mantenere due nozioni distinte per riferirsi a questi due ordini di criteri, è una questione indecidibile, che non ha una risposta definitiva: in

interpreti devono partecipare alla produzione del diritto della comunità»); F. VIOLA, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, pp. 197-198: «l’interpretazione non [è] necessaria soltanto per cogliere i significati delle regole, ma ancor prima per individuare quali regole siano appropriate per il caso in questione e, forse, come possono diventarlo. In tal modo l’interpretazione assume in certo qual modo un ruolo costitutivo e costruttivo del diritto da applicare».

<sup>120</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Conoscenza senza accettazione*, pp. 431-433; la diversità di questi aspetti, e dei corrispondenti tipi di “assenso” è rilevata anche da M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *La regla de reconocimiento y el valor normativo de la constitución*, spec. pp. 46-47, 51-52, che però preferiscono ricondurli all’unica nozione di norma di riconoscimento.

qualche misura, può essere considerata una questione di parole, di convenienza e di eleganza espositiva. Personalmente, comunque, ritengo preferibile mantenere distinte le due cose (criteri di identificazione e criteri di applicabilità) anche sul piano terminologico, in considerazione del fatto che spesso, come abbiamo visto, ad una convergenza sui criteri di identificazione (regola di riconoscimento) non si associa anche una convergenza nei criteri e meta-criteri di applicabilità (l'ideologia delle fonti del diritto)<sup>121</sup>; e inoltre è diverso il tipo di assenso richiesto nei confronti dei due tipi di criteri. Ciò che è certo, è che è importante che la scelta per l'una o l'altra opzione teorica (cioè, se includere o meno nel concetto di norma di riconoscimento anche i criteri di applicabilità) sia debitamente esplicitata<sup>122</sup>.

##### 5. *Applicabilità, validità e positivismo giuridico*

Il positivismo giuridico è, innanzitutto se non esclusivamente, una teoria (o forse solo una tesi) sull'identificazione del diritto: il diritto è prodotto da fatti umani, atti deliberati di

<sup>121</sup> In precedenza, ho invece suggerito che la nozione di norma di riconoscimento sia idonea ad includere anche i criteri di applicabilità; cfr. G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, p. 285.

<sup>122</sup> Si può presumere che la scelta di unificare i due concetti sia implicita in chi afferma che la norma di riconoscimento impone obblighi ai giudici: cfr. ad es. N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cap. 9 (questo sospetto viene rafforzato dalla tesi di MacCormick che il punto di vista interno nei confronti della norma di riconoscimento è un'adesione di tipo etico-politico: ID., *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp. 275-292). Per una attenta distinzione dei due aspetti (identificazione del diritto valido e obbligo di applicazione) v. M. KRAMER, *Of Final Things*, pp. 104-105, che comunque preferisce ricondurli entrambi alla categoria unificante della norma di riconoscimento.

produzione giuridica, e può essere identificato esclusivamente facendo riferimento a tali fatti di produzione normativa.

Ora, notoriamente uno dei principali nodi teorici che le teorie giuspositiviste hanno dovuto affrontare riguarda il rapporto tra il carattere fattuale del diritto (o della sua identificazione) e il suo carattere normativo (il fatto che, in ipotesi, il diritto abbia forza vincolante, vincoli i comportamenti, e in ogni caso si esprime in un linguaggio normativo: contiene obblighi, divieti, permessi ecc.). Questo nodo teorico ha prodotto notevoli complicazioni specialmente riguardo al concetto di validità: per un verso, infatti, tale concetto indica che si sono verificati determinati fatti, grazie ai quali è possibile affermare che una norma è venuta, in qualche senso, ad esistenza (quella norma “appartiene” ad un ordinamento giuridico) – fatti che normalmente consistono nell’avvenuta formulazione e promulgazione di quella norma<sup>123</sup> da parte di un’ autorità competente: in questo senso il diritto valido è il diritto positivo, il diritto posto. Per altro verso, però la validità denota anche un qualche tipo di normatività della norma cui si riferisce: la norma valida, giuridicamente esistente, è obbligatoria, ha forza vincolante, deve essere obbedita<sup>124</sup>. La validità giuridica, in altre parole,

<sup>123</sup> *Rectius*: del testo che contiene quella norma.

<sup>124</sup> Cfr. ad es. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, pp. 30, 116-117; ID., *La dottrina pura del diritto*, pp. 16-17, 217; U. SCARPELLI, *Cos’è il positivismo giuridico*, pp. 60-61; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, pp. 216-217; E. DICCIOTTI, *Il concetto e i criteri della validità normativa*; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*, p. 720; G. SARTOR, *Legal Validity: An Inferential Analysis*. Definizioni di validità che prescindono dall’elemento dell’obbligatorietà sono invece proposte da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, pp. 349-356; ID., *Principia iuris*, vol. 1, pp. 525-536; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, pp. 129-130; G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, pp. 273-278.

sembra includere sia aspetti descrittivi che aspetti normativi, con la conseguenza che il giurista giuspositivista, oltre ad identificare in maniera “fattuale” il diritto esistente (valido), ne afferma anche l’obbligatorietà<sup>125</sup>. Oltre a creare difficoltà per l’impianto metodologico giuspositivistico, il “doppio volto” della validità solleva problemi anche di tipo esplicativo: di fatto, l’aspetto fattuale e l’aspetto normativo della validità giuridica sembrano a volte separabili: possono darsi norme giuridiche effettivamente poste ma non obbligatorie; e possono darsi norme giuridiche obbligatorie ma non poste.

È proprio a questo proposito che il concetto di applicabilità può rivelare la sua utilità nell’ambito di una teoria giuspositivista. Il concetto di applicabilità, infatti, può essere impiegato da una teoria giuspositivista per eliminare dal concetto di validità ogni riferimento all’obbligatorietà, alla forza vincolante, alle ragioni per agire e per giustificare decisioni, ecc.<sup>126</sup>.

Se questo suggerimento è condivisibile, allora la nozione di applicabilità, insieme ai concetti cui è collegata (criteri e meta criteri di applicabilità, ideologia delle fonti del diritto, ecc.) diventa non solo un utile strumento di “sociologia descrittiva”<sup>127</sup> che consente di ricostruire e rendere visibili le ideologie delle fonti del diritto operanti in un certo con-

<sup>125</sup> Si veda infatti A. PECZENIK, *On Law and Reason*, p. 216: «an idea of a valid norm that ought not to be observed is like a “married bachelor” or a “square circle”, that is, inconsistent and self-destroying». La principale vittima, in campo giuspositivista, della sovrapposizione di elementi fattuali e normativi nel concetto di validità è, come è noto, Hans Kelsen; si veda in proposito A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*; B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, pp. 328-330.

<sup>126</sup> Un accostamento tra i concetti di applicabilità e di forza vincolante è in R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, p. 269.

<sup>127</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. vi.

testo giuspolitico, la morfologia della cultura giuridica ecc.; ma diventa anche un concetto strategico per un apparato teorico propriamente giuspositivista, perché consente di separare dalla nozione di validità ogni considerazione di tipo normativo (considerazione che viene invece “assorbita” dall’applicabilità). Utilizzando la nozione di applicabilità, il positivismo giuridico può dunque individuare il diritto valido senza prendere alcuna posizione sull’obbligo di obbedire, e nemmeno di applicare, il diritto valido. La determinazione, e l’assunzione in prima persona, di determinati criteri di applicabilità sarà rimessa ad una scelta di tipo morale, ideologico-politico, in altre parole è una questione di filosofia politica normativa<sup>128</sup> (pur potendo tali criteri di applicabilità essere ricostruiti da un punto di vista distaccato nel senso chiarito in precedenza: cfr. *supra*, § 1.3).

Nessun giurista può essere *solo* giuspositivista, osserva Leslie Green<sup>129</sup>. Credo che questa fosse anche la posizione di Uberto Scarpelli, quando ha inteso mostrare l’insufficienza del giuspositivismo “scientifico” e la necessità di una sua integrazione o riformulazione “politica”, evidenziando come alla base del positivismo giuridico vi sia necessariamente una scelta politica fondamentale; secondo Scarpelli, l’impianto

<sup>128</sup> In altre parole, il concetto di applicabilità può svolgere, nella mia ricostruzione, lo stesso ruolo che dovrebbe svolgere la nozione kelseniana di validità come rielaborata da B. CELANO, *Validity as Disquotation* (spec. pp. 67-69): una nozione non più teorico-descrittiva, ma attinente ad una filosofia politica normativa o teoria etica sostanziale e associata ad un concetto di autorità (legittima).

<sup>129</sup> L. GREEN, *Legal Positivism*, § 4.3 («no legal philosopher can be *only* a legal positivist»); v. anche R. GUASTINI, *Il positivismo come filosofia dei “giuristi positivi”?*, p. 108: «il positivismo giuridico, così inteso [in relazione alla tesi della separazione tra diritto e morale, *ndr*], è solo una tesi concettuale sull’identificazione del diritto: non è una (completa) filosofia del diritto».

concettuale giuspositivista risulta incompleto se non è associato ad una ideologia dell'obbligo giuridico, ad una presa di posizione sulla legittimità del "principio fondamentale" dell'ordinamento (e precisamente, nel caso di Scarpelli, si tratta di una scelta a favore dello stato di diritto moderno, basato sulla produzione volontaria del diritto, e integrato in direzione democratica e costituzionalistica)<sup>130</sup>. In altre parole, l'identificazione del diritto è cosa diversa (anche se, nei fatti, non sempre del tutto distinta) dall'obbligo di obbedire e applicare il diritto, una teoria dell'identificazione del diritto è cosa diversa da una teoria dell'obbligo giuridico, o anche da una teoria di come un organo dell'applicazione deve decidere<sup>131</sup>. Il positivismo giuridico, come teoria dell'identificazione del diritto, non può fare a meno di una (distinta) teoria dell'applicabilità.

Credo che il concetto di applicabilità possa assolvere esattamente a quest'ultima funzione: individuare non le norme valide, ma le norme (e le disposizioni) la cui applicazione è giustificata, alla luce di criteri normativi da elucidare, mettendo così al riparo il positivismo giuridico dal rischio di incorrere – e specialmente di incorrere senza accorgersene, come nel caso di Kelsen – nel positivismo ideologico.

<sup>130</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*. In sostanza, l'operazione di Scarpelli consiste nell'*ampliare* la nozione standard di positivismo giuridico (come teoria dell'identificazione del diritto), ad includere anche una ideologia del diritto, nel legare strettamente gli assunti concettuali del positivismo (volontarismo, preminenza delle norme generali ecc.) ad una ideologia giuspolitica.

<sup>131</sup> La confusione tra l'identificazione del diritto e l'individuazione degli standards che i giudici hanno ragione di applicare è un problema che affligge in maniera speculare, mi pare, sia la teoria del diritto di Dworkin, sia il realismo giuridico americano (almeno secondo alcune *vulgatae*).

*Riferimenti bibliografici*

- ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), CEPC, Madrid, 2001.
- ANZON A., *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, in «Costituzionalismo.it», 2/2004.
- ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *La regla de reconocimiento y el valor normativo de la constitución (Una aproximación desde la teoría del Derecho)*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 47, 1996, pp. 29-53.
- , *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*, in «Doxa», 2003, 26, pp. 719-735.
- AUSTIN J.L., *How to Do Things with Words*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 1962, 1975<sup>2</sup>.
- BALDASSARRE A., *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in «Costituzionalismo.it», 2/2007.
- BARBER S., Fleming J., *Constitutional Interpretation*, Oxford U.P., Oxford, 2007.
- BARBERIS M., *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in «Etica & Politica», 2006, 1.
- BARTOLE S., *Norme programmatiche e Statuti regionali*, in «Le Regioni», 1/2005.
- BAYÓN J.C., *Derecho, convencionalismo y controversia*, in P. NAVARRO, M. C. REDONDO (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 57-92.
- BELL J., *Comparing Precedent*, in «Cornell Law Review», vol. 82, 1997, pp. 1243-1278.
- BELVEDERE A., *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, Milano, 1977.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)* (1949), Giuffrè, Milano, 1971.
- BIGLIAZZI GERI L., *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, 1962, pp. 528-540.
- BIN R., *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 363-383.

- BOBBIO N., *Sui criteri per risolvere le antinomie* (1956), in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, pp. 95-118.
- , *Norme primarie e norme secondarie* (1968), in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, pp. 175-197.
- , *L'ideologia in Pareto e in Marx* (1968), in ID., *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 1977, pp. 109-122.
- BULYGIN E., *Sulla regola di riconoscimento* (1976), in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 19-28.
- , *Tempo e validità* (1981), in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 65-88.
- , *Dogmatica giuridica e sistematizzazione del diritto* (1983), in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 117-140.
- , *Il problema della validità in Kelsen* (2005), in ID., *Il positivismo giuridico*, a cura di P. Chiassoni, R. Guastini, G.B. Ratti, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 103-122.
- BULYGIN E., MENDONCA D., *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- CARCATERRA G., *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. II, 1988.
- CELANO B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 1999.
- , *Validity as Disquotatation*, in «Analisi e diritto», 1999, pp. 35-77.
- , *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. BASCIU (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 101-142.
- , *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123.
- , *Legal Reasoning: Three Key Issues, and What Philosophy Can(not) Do about Them*, in «Analisi e diritto», 2005, pp. 99-114.
- , *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law* (draft), 1<sup>st</sup> Conference on Philosophy and Law - Neutrality and Theory of Law, Girona, 20th, 21st and 22nd of May 2010.
- CELOTTO A., *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. MODUGNO,

- Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2000<sup>3</sup>, pp. 131-270.
- CHIASSONI P., *L'interpretazione dei documenti legislativi: nozioni introduttive*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale I: regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 21-45.
- , *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999.
  - , *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in «Analisi e diritto», 2002-2003, pp. 55-124.
  - , *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, «Analisi e diritto», 2004, pp. 75-101
  - , *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007.
  - , *La defettibilità nel diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2008, pp. 471-506.
- COMANDUCCI P., *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992.
- , *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Torino, 1999.
  - , *Alcuni problemi concettuali relativi all'applicazione del diritto*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 10/2010.
- DICIOTTI E., *Il concetto e i criteri della validità normativa*, in L. Gianformaggio, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 303-351.
- , *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999.
  - , *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999.
  - , *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 7/2007, pp. 9-42.
  - , *Controversie interpretative pretese di correttezza, giustificazioni*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1103-1134.
- DWORKIN R., *The Model of Rules I* (1967), in ID., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, pp. 14-45.
- , *Law's Empire*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 1986.

- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
- , *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- FRIEDMAN L., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (1975), il Mulino, Bologna, 1978.
- GADAMER H.-G., *Verità e metodo* (1960), a cura di G. Vattimo, Bompiani, Milano, 2000.
- GARDNER J., MACKLEM T., *Reasons*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford U.P., Oxford, 2002, pp. 440-475.
- GIANFORMAGGIO L., *Modelli di ragionamento giuridico. Ragionamento induttivo, ragionamento deduttivo, ragionamento retorico* (1983), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, pp. 89-107.
- GORLA G., *Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit?*, in «Il Foro italiano», 1974, V, cc. 241-249.
- GRASSETTI C., *Conservazione (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, 1961.
- GREEN L., *Legal Positivism*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003.
- , *Law and the Causes of Judicial Decisions*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 14/2009, April 2009, <http://ssrn.com/abstract=1374608>
- GREENAWALT K., *The Rule of Recognition and the Constitution*, in «Michigan Law Review», vol. 85, 1987, pp. 621-671.
- GUASTINI R., *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 173-201.
- , *Conoscenza senza accettazione*, in L. GIANFORMAGGIO, M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 407-433.
- , *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998.
- , *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

- , *Il positivismo come filosofia dei “giuristi positivi”?*, in «Notizie di Politeia», 73, 2004, pp. 104-110.
- , *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006.
- , *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010.
- , *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.
- HARE R., *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952.
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, 1994<sup>2</sup>.
- , *Postscript* (1994), in Id., *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1994<sup>2</sup>.
- JORI M., *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milano, 1987.
- , *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in «Analisi e diritto», 1995, pp. 109 ss.
- , *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, in U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, ESI, Napoli, 1997, pp. 23-43.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Etas, Milano, 1994.
- , *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 1966, 1990.
- KRAMER M., *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, Oxford U.P., Oxford, 1999.
- , *Where Law and Morality Meet*, Oxford U.P., Oxford, 2004.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, 1989.
- MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford U.P., Oxford, 1978.
- , *H.L.A. Hart*, Edward Arnold, London, 1981.
- , *A Moralistic Case for A-moralistic Law?*, in «Valparaiso Law Review», vol. 20, 1985, pp. 1-41.
- MAZZARESE T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino, 1996.
- , *Interpretazione della costituzione. Quali pregiudizi ideologici?*, in «Ars Interpretandi», 2008, vol. XIII, pp. 213-238.
- MORESO J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997.

- , *El positivismo jurídico y la aplicación del derecho*, in «Doxa», 27, 2004, pp. 45-62.
- MORESO J.J., NAVARRO P., *Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 15-35.
- NAVARRO P., ORUNESU C., RODRÍGUEZ J., SUCAR G., *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in «Análisi e diritto», 2000, pp. 133-152.
- NINO C.S., *Legal Norms and Reasons for Action*, in «Rechtstheorie», 15, 1984, pp. 489-502.
- , *Sobre los derechos morales*, in «Doxa», 7, 1990, pp. 311-325.
- , *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, in «Ragionamento pratico», 1, 1993, pp. 32-37.
- , *Diritto come morale applicata* (1994), Giuffrè, Milano, 1999.
- PACE A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2001, pp. 35-62.
- , *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 83-113.
- PALADIN L., *Costituzione, preleggi e codice civile*, in «Rivista di diritto civile», 1993, I, pp. 19-39.
- PASTORE B., *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in «Diritto privato», 2001-2002, vol. VII-VIII, pp. 65-95.
- , *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 117-131.
- PECZENIK A., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, 1998<sup>2</sup>.
- PINO G., *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna, 2003.
- , *Norme e gerarchie normative*, in «Análisi e diritto», 2008, pp. 263-299.
- , *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010.
- RATTI G.B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008.

- RAZ J., *The Identity of Legal Systems* (1971), in ID., *The Authority of Law*, Oxford U.P., Oxford, 1979, 2009<sup>2</sup>, pp. 78-102.
- , *Legal Principles and the Limits of Law*, in «Yale Law Journal», vol. 81, 1972, pp. 823-854.
- , *Practical Reason and Norms*, Oxford U.P., Oxford, 1975, 1990<sup>2</sup>.
- , *Legal Validity* (1977), in ID., *The Authority of Law*, Oxford U.P., Oxford, 1979, 2009<sup>2</sup>, pp. 146-159.
- , *Legal Positivism and the Sources of Law*, in ID., *The Authority of Law*, Oxford U.P., Oxford, 1979, 2009<sup>2</sup>, pp. 38-52.
- , *Authority, Law, and Morality* (1985), in ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford U.P., Oxford, 1994, pp. 210-237.
- , *Incorporation by Law* (2004), in ID., *Between Authority and Interpretation*, Oxford U.P., Oxford, 2009, pp. 182-202.
- REDONDO M.C., *El ideal de las acciones basadas en normas jurídicas*, in «Análisi e diritto», 2008, pp. 99-118.
- , *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2009, 1, pp. 31-47.
- RESCIGNO G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in «Diritto pubblico», 1, 2005, pp. 19 ss.
- RODRÍGUEZ J., *Lógica de los sistemas jurídicos*, CEPC, Madrid, 2002.
- ROSS A., *Diritto e giustizia* (1958), Einaudi, Torino, 1965.
- , *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (1961), in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 80-95.
- RUIZ MANERO J., *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- RUOTOLO M., *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2006, pp. 3418-3428.
- SACCO R., *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Volume II: saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 449-463.
- SANTORO PASSARELLI F., *Preleggi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, 1968, pp. 624-630.

- SARTOR G., *Legal Validity: An Inferential Analysis*, in «Ratio Juris», vol. 21, 2008, pp. 212-47.
- SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico*, edizioni di Comunità, Milano, 1965.
- SCHAUER F., *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), il Mulino, Bologna, 2000.
- , *Giving Reasons*, in «Stanford Law Review», vol. 47, 1995, 4, pp. 633-659.
- , *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 2009.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico vol. I. Diritto pubblico generale*, il Mulino, Bologna, 1997<sup>5</sup>, pp. 117-221.
- SUNSTEIN C., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford U.P., Oxford, 1996.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- TARUFFO M., *Giudizio (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, 1988.
- TROPER M., GRZEGORCZYK C., *Precedent in France*, in N. MACCORMICK, R. SUMMERS (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 103-140.
- TWINING W., MIERS D., *Come far cose con regole* (1982<sup>2</sup>), Giuffrè, Milano, 1990.
- VIOLA F., *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in «Ragion pratica», 34, 2010, pp. 187-202.
- VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999
- WALDRON J., *Law and Disagreement*, Oxford U.P., Oxford, 1999.
- , *All We Like Sheep*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», vol. XII, 1999, pp. 169-186.
- , *Normative (or Ethical) Positivism*, in J. COLEMAN (ed. by), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford U.P., Oxford, 2001, pp. 411-433.
- , *Do Judges Reason Morally?*, in G. HUSCROFT (ed. by), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Cambridge U.P., Cambridge 2008, pp. 38-64.

- WALUCHOW W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford U.P., Oxford, 1994.
- WINCH P., *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Routledge and Kegan Paul, London, 1958.
- WRÓBLEWSKI J., *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto* (1969), in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 267-302.
- , *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992
- , *Diritto per: valori, principi o regole?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 31, 2002, pp. 865-897
- , *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008.