

APPLICABILITÀ
NORMATIVA
E IDEOLOGIE
DELLE FONTI.

IL PARADOSSO DEL GIUDICE
CHE DECIDE SOTTOSTANDO
ALLA LEGGE

GAETANO **CARLIZZI**



Applicabilità normativa e ideologie delle fonti.
Il paradosso del giudice che decide sottostando alla legge

Legal Application and Ideologies of Sources.
The Paradox of the Judge Who Decides Being Subject to Legal Norms

GAETANO CARLIZZI

Giudice del Tribunale Militare di Roma. Collaboratore a contratto di Teoria dell'interpretazione giuridica,
Università Suor Orsola Benincasa, Napoli
E-mail: gaetano_carlizzi@libero.it

ABSTRACT

A differenza della teoria del diritto tradizionale, incentrata sulla nozione di validità normativa e su nozioni affini, la teoria del diritto recente ha scoperto la fecondità del concetto di applicabilità normativa, che consente di dar conto del peso effettivo che il ragionamento giuridico assume nel diritto contemporaneo. D'altro canto, ogni ragionamento giuridico dipende anche da una certa ideologia delle fonti, che guida le scelte da compiere nel suo corso. Nel caso del ragionamento giudiziale, ciò comporta un apparente paradosso: il giudice, da un lato, è vincolato alle norme che applica, dall'altro lato, almeno entro certi limiti, è libero di determinare in vario modo la portata di queste stesse norme. Questo articolo vorrebbe essere un invito alla lettura di *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, di Giorgio Pino, che attribuisce particolare importanza proprio ai concetti di applicabilità normativa e di ideologia delle fonti.

In contrast to the traditional theory of law, which is focused on the notion of normative validity and on similar notions, the recent theory of law discovered the fecundity of the concept of legal application, which allows to weigh the real importance of legal reasoning in contemporary law. Every legal reasoning depends moreover on a certain ideology of legal sources, which leads the choices to be taken throughout the same reasoning. In the case of judicial reasoning, that implies an apparent paradox: the judge, on the one hand, is subject to the norms which he applies, on the other hand, is free, within certain limits, to variously determine the extent of the same norms. This paper is an invitation to the reading of the book of Giorgio Pino, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, where the concepts of legal application and ideology of sources are indeed of great importance.

KEYWORDS

Teoria del diritto, applicabilità normativa, ragionamento giuridico, decisione giudiziaria

Theory of law, legal application, legal reasoning, judicial decision

Applicabilità normativa e ideologie delle fonti. Il paradosso del giudice che decide sottostando alla legge

GAETANO CARLIZZI

1. Premessa – 2. Dalla validità all'applicabilità normativa – 3. Criteri e metacriteri di applicabilità.

1. Premessa

Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica, di Giorgio Pino, è un libro che segna una via innovativa. A fronte della diffusa opinione che i giuristi debbano rinunciare a ogni approccio sistematico agli aspetti generali del diritto, per concentrarsi sugli interrogativi della quotidianità, riprendere e attualizzare lo strumentario della teoria del diritto è di certo una scelta lungimirante. Il punto è che tale strumentario non è una sovrastruttura posticcia, utile soltanto a dar tono a discorsi altrimenti poco altisonanti; né è un inutile impaccio in quella ricerca di soluzioni snelle, che molti considerano il vero, unico compito del giurista. Con qualche semplificazione, si può sostenere, piuttosto, che la *teoria del diritto*, nel ricostruire in forma intellegibile i modi tipici di funzionamento della realtà giuridica, possieda non solo, come la riflessione *giusfilosofica*, un valore formativo, ma anche un valore immediatamente operativo. La teoria del diritto, infatti, fornisce mezzi potenti di categorizzazione e di organizzazione del materiale pratico, non soggetti, a differenza di quelli *dogmatici*, alle strettoie di singoli rami di un certo ordinamento, bensì corrispondenti alle costanti delle grandi forme dell'esperienza giuridica (es.: Stato costituzionale sorto a cavallo tra la prima e la seconda metà del secolo scorso). In tal modo, come confermano diverse indagini, pubblicate anche in Italia, essa consente di procedere con maggiore apertura e originalità all'impostazione dei problemi concreti che pure interessano direttamente al giurista. E prima ancora, come conferma l'esperienza del dialogo didattico, permette di rivelare agli studenti, negli interrogativi loro proposti, un'intima razionalità che va ben oltre la loro discendenza da questo o quel sistema positivo.

Questa preziosa riserva di opportunità si dischiude anche nel volume in commento, il quale, a differenza di altri lavori giusteziorici – interessati più a costruire mirabili sistemi astratti, che a fissare coordinate utili per orientarsi nella prassi –, ha una marcata impronta dialettica, che è poi l'impronta autentica di ogni pensiero vivo. Oscillando di continuo tra il piano dell'idea e quello dell'esperienza, esso alimenta una feconda interazione tra l'elaborazione di categorie analitiche e la

cernita di esempi positivi: ciò che solo i teorici del diritto con una solida preparazione giuridica sanno fare.

Una rassegna approfondita dei numerosi temi trattati nel testo richiederebbe ben altro spazio di quello che ho a disposizione. In generale, comincio con l'evidenziare che esso, come si ricava dal sottotitolo, si concentra sui problemi tipici di quella che la tradizione giuridica considera l'unità fondamentale del diritto, la *norma giuridica*. Scelta, questa, che, da un lato, ha illustri predecessori (basti rammentare che la celeberrima *Teoria generale del diritto* di Bobbio è frutto dell'unione di due volumi autonomi, dedicati – appunto – alla norma giuridica e, rispettivamente, all'ordinamento giuridico)¹; dall'altro, invita alla discussione chi, come il sottoscritto, è fautore di un approccio ermeneutico-giuridico, antinomico-centrico, per il quale la produzione del diritto è determinata dalle norme tanto quanto dai fatti².

A tal riguardo, vi è un ulteriore aspetto generale meritevole di segnalazione, specie per il lettore non avvezzo al dibattito giusfilosofico contemporaneo. Come pure segnala il titolo del libro e come Pino ribadisce sin dall'inizio, la sua impostazione è di tipo *analitico*. Egli aderisce, cioè, a un indirizzo di pensiero – certamente dominante nella filosofia del diritto italiana degli ultimi sessant'anni (a partire da Bobbio e Scarpelli, passando per Tarello, Guastini e Ferrajoli, solo per citare i nomi più noti) – in cui prevale una «particolare attenzione verso la dimensione linguistica», la «ricerca di chiarezza nell'analisi dei problemi trattati» e una mentalità «divisionista», propensa «a distinguere [...] il piano della ricostruzione teorica da quello della proposta di politica del diritto (e della valutazione morale)»³.

L'ultima considerazione introduttiva da fare riguarda l'articolazione complessiva dell'opera, la quale contempera perfettamente le due fondamentali esigenze della teoria del diritto: restare in continuità col suo fruttuoso *passato* prossimo e remoto, e proiettarsi in un *futuro* che si annuncia recalcitrante a molti degli schemi ricevuti. Sotto il primo profilo, la corrispondenza dell'impianto di fondo del volume al modello dell'analisi giusteorica trova riscontro: nella Parte I, dedicata a nozioni più o meno classiche come quelle di “disposizione”, “norma” e “atto normativo”, nonché al tema esemplare della struttura della norma giuridica; nella Parte II, dedicata ai principali tipi di norme giuridiche, in particolare alla distinzione, ancora assai dibattuta, tra regole e principi; nella Parte IV, dedicata al problema risalente della configurazione gerarchica dell'ordinamento e del fondamento della sua unità e obbligatorietà. Le esigenze di promozione del volto venturo della disciplina sono invece coltivate nella Parte III, la quale non solo chiarisce i controversi rapporti tra i concetti-chiave di “validità”, “efficacia”, “certezza” e

¹ BOBBIO 1993.

² Sul punto, sia consentito rinviare alla recente antologia CARLIZZI, OMAGGIO 2016.

³ PINO 2016, 13 s.

“giustizia” di una norma, ma arricchisce altresì il quadro che ne risulta col nuovo concetto di “applicabilità” normativa.

2. Dalla validità all'applicabilità normativa

Svolta questa breve panoramica, mi concentrerò sulla Parte appena indicata, sicuramente la più originale e suscettibile di ulteriori sviluppi, relativa a *Esistenza, uso, valutazione delle norme*. Come detto, infatti, mi pare che sia soprattutto qui che risiede la meritoria attualizzazione giusteorica compiuta da Pino. Se il peculiare valore della teoria del diritto consiste nel fornire al giurista una guida generale anche sul piano *pratico*, allora essa non può limitarsi, come ha fatto fino a un certo punto della sua (giovane) storia, a indagare i tipi di norme (es.: prescrittive/costitutive) e la relativa struttura (es.: condizionale/categorica), il fondamento della loro esistenza (es.: *Grundnorm*) e i loro rapporti reciproci (es.: successivi, antinomici ecc.). La teoria del diritto deve piuttosto rivolgersi anche alle costanti del momento topico dell'applicazione normativa, in particolare ai temi centrali delle teorie dell'argomentazione giuridica. In breve: se vuole continuare a prosperare, la *teoria del diritto* deve compenetrarsi con la *teoria del ragionamento giuridico*, dando luogo a una disciplina per molti versi inedita, che di sicuro farà storcere il naso a qualche purista della disciplina, ma che, nondimeno, è perfettamente aderente allo spirito dei tempi. Il senso di questa operazione è ben illustrato dallo stesso Pino nel paragrafo intitolato *Dall'ordinamento al ragionamento*: «[In base al nuovo approccio della teoria giuridica,] l'interesse del teorico del diritto verte non solo sulle condizioni alle quali una norma esiste o appartiene a un ordinamento giuridico (in breve: sulla validità), ma anche principalmente sul ragionamento giuridico che porta all'individuazione e all'applicazione del diritto»⁴.

“Applicabilità” è dunque il nuovo concetto con cui la teoria e, di risulta, la scienza e la prassi del diritto dovranno fare i conti. Pino ne fornisce una definizione tanto breve quanto istruttiva: «possibilità giuridicamente giustificata di fare uso di un atto normativo, di una disposizione o di una norma»⁵ (per semplicità, nel prosieguo mi limiterò all'uso delle sole norme). Ma esattamente cosa c'è alla base di questa innovazione categoriale? La risposta del libro in esame suona così: la teoria del diritto tradizionale, incentrandosi sulla nozione di “validità”, intesa come modo d'essere specifico delle norme (in contrapposizione alla mera esistenza delle entità empiriche), non è in grado di affrontare compiutamente diversi problemi, sia propri, sia di pertinenza della filosofia del diritto. Ai primi sono dedicati i seguenti rilievi.

⁴ PINO 2016, 101.

⁵ PINO 2016, 131.

Lo studio della *validità* normativa, dunque, non consente da solo di affrontare le molteplici questioni di competenza della teoria del diritto. Occuparsi dei modi in cui le norme nascono, si estinguono e così via non basta a spiegare come vengono selezionate, coordinate ecc. da chi ne fa istituzionalmente uso. Ribadito ciò, l'utilità di una teoria del diritto che integra in sé anche questioni di applicabilità si coglie su diversi piani.

In primo luogo, si danno casi nei quali una norma è invalida ma applicabile e, all'opposto, casi in cui una norma è valida ma non applicabile. E il giurista non può sorvolare su questa possibilità di dissociazione, a pena di smarrirsi nelle situazioni in cui si manifesta. Al riguardo, peraltro, occorre distinguere due nozioni di "validità", che si alternano di continuo, ma sempre in modo ordinato, nel testo in esame: validità nel senso tradizionale (proprio dello Stato legislativo), di specifico modo d'essere della norma; validità nel senso più recente (proprio dello Stato costituzionale), di conformità della norma a un parametro formale o materiale. La precisazione è importante perché previene equivoci pericolosi, in particolare fa comprendere che i casi di dissociazione tra validità e applicabilità nelle due prospettive non coincidono perfettamente. In sostanza, mentre la prospettiva seguita è tendenzialmente indifferente con riguardo ai casi di norma *valida* ma *non* (illimitatamente) *applicabile* (es.: norma incriminatrice di nuova introduzione, che il giudice può utilizzare per sanzionare fatti futuri, ma non passati, dato il divieto di retroattività della *lex gravior*), la distinzione tra le due prospettive riprende importanza nei casi di norma *non valida* ma *applicabile*. Infatti:

a) nella prospettiva della validità come specifico *modo d'essere*, esemplare è la norma del diritto straniero, che non esiste nel, non appartiene al, nostro ordinamento nazionale, eppure è applicabile dai giudici italiani;

b) nella prospettiva della validità come *conformità*, invece, esemplare è la norma che, sebbene incostituzionale, risulti nondimeno preferibile alla luce di altre considerazioni⁶. Mi chiedo se il presente paradigma non possa contribuire a inquadrare – non certo a legittimare: non è questo il compito della teoria del diritto – l'applicazione di significati legali in contrasto con la Costituzione, ma attuativi di principi, diritti o interessi rilevanti in base alla CEDU o all'ordinamento UE, che l'interprete ritenga preminenti⁷.

⁶ PINO 2016, 140 s.

⁷ Problema assai attuale, quanto meno nei casi in cui le norme costituzionali violate fissino veri e propri controlimiti, come mostra il recente "caso Taricco", sul quale cfr. PAONESSA, ZILLETTI 2016, , nonché, da ultimo, il "botta e risposta" tra l'ordinanza Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24, e la sent. Corte Giust. UE 5 dicembre 2017, causa C-42/17, che si è concluso con l'affermazione della tendenziale primazia del principio di legalità consacrato nella Costituzione italiana (art. 25, comma 2).

3. Criteri e metacriteri di applicabilità: il paradosso del giudice che decide sottostando alla legge

L'interrogativo appena formulato rimanda al versante dei criteri e dei metacriteri di applicabilità, sul quale Pino, con l'ausilio di un ricchissimo corredo di esempi, offre un saggio incisivo di tutto il suo acume. Egli intende per «criterio di applicabilità» ogni prescrizione che permette o impone di preferire «una norma [...] ad altre norme [...], senza determinare necessariamente anche l'annullamento dell'atto normativo da cui sono tratte le norme “scartate”, ma solo la loro disapplicazione»⁸. E propone una lunga e istruttiva lista, che comprende non solo i criteri dell'art. 12 disp. prel. c.c., ma anche i criteri di preferenza gerarchica o per competenza (es.: principio di riserva di legge in materia penale), di disciplina della successione di leggi nel tempo, di soluzione delle antinomie e così via⁹.

Ora, cosa accade quando due o più criteri di applicabilità entrano in conflitto tra loro? È qui che entrano in gioco i *metacriteri di applicabilità*. Si tratta di *direttive* che stabiliscono quale tra varie *prescrizioni*, che determinano l'applicabilità di *norme* contrastanti a una stessa situazione, debba prevalere ai fini della disciplina di quest'ultima. Prendiamo il caso che, dalla disposizione D (es.: art. 640 c.p.), sia possibile ricavare, da un lato, secondo il criterio C¹ (criterio letterale), una norma N¹ (che vieta di imbrogliare inducendo in errore la vittima), dall'altro, secondo il criterio C² (criterio teleologico), una norma N² (che vieta in generale di arricchirsi slealmente a danno di altri, anche soltanto approfittando di un suo stato di errore preesistente), contrastante con la prima (perché vieta anche fatti leciti in base a questa). Ebbene, se si dispone di un metacriterio M (principio di tassatività¹⁰, che impone all'interpretazione penale di non travalicare il significato letterale di D), sarà possibile stabilire la prevalenza di una coppia normativa sull'altra (nel suddetto esempio: di C¹-N¹ su C²-N²). L'aspetto più interessante del tema, colto lucidamente da Pino, è questo: i metacriteri di applicabilità sono frutto di scelte dipendenti non solo dall'ordinamento in cui operano, ma anche e soprattutto dalla cultura giuridica che pure ne è guidata. In breve: i metacriteri di applicabilità invalsi in un certo ordinamento riflettono non tanto le previsioni di quest'ultimo, quanto le *ideologie delle fonti* effettivamente seguite dagli interpreti (formalismo concettualista, formalismo legalista, sostanzialismo), ognuna delle quali spingerà a preferire certi criteri di applicabilità a discapito di altri.

A mio avviso, il discorso appena svolto dà luogo, almeno in apparenza, a un paradosso, formulabile nei seguenti termini: com'è possibile che i metacriteri in

⁸ PINO 2016, 147 (corsivi nell'originale).

⁹ PINO 2016, 143-152.

¹⁰ È interessante notare che Pino classifica il divieto di analogia, che costituisce per certi versi l'altra faccia della medaglia di cui fa parte il principio di tassatività, come criterio (anziché come metacriterio) di applicabilità: PINO 2016, 149.

esame, che disciplinano l'uso delle norme da parte dei soggetti competenti, in particolare dei giudici, siano per certi versi individuati anche da questi ultimi? L'interrogativo, a sua volta, non è altro che la particolarizzazione di uno dei problemi capitali del pensiero giuridico dell'*ultimo quarantennio*: com'è possibile riconoscere il ruolo centrale che il giudice indubbiamente svolge nel diritto contemporaneo, senza legittimarne l'autosottrazione al vincolo alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), e con ciò l'autopromozione ad artefice del diritto? Al riguardo, può essere utile partire dal riferimento all'"ultimo quarantennio", che si giustifica così: tra le cause principali della centralità del giudice contemporaneo, vi sono la *costituzionalizzazione* e la *sovranazionalizzazione* del diritto¹¹, cioè fenomeni di influsso, che, pur radicandosi in origine in atti normativi degli anni '40 (la Costituzione repubblicana del 1948) e 50 (la CEDU del 1950 e i Trattati comunitari del 1951 e del 1957), hanno avuto pieno riconoscimento solo via via, negli anni '60 (influsso comunitario, grazie alla CGCE, prima, alla Consulta, poi), '70 (influsso costituzionale, grazie innanzitutto alla dottrina) e 2000 (influsso euroconvenzionale, grazie alle celeberrime "sentenze-gemelle" del 2007). Sono partito da questa osservazione, perché mi pare che offra una solida evidenza a favore della tesi realista di Pino, della matrice non esclusivamente positiva, ma anche e soprattutto culturale delle ideologie delle fonti. In effetti, la sommaria ricostruzione appena proposta mostra che i modi di funzionamento dell'ordinamento italiano sono mutati nel corso della seconda metà del XX secolo, sulla base di metacriteri che *astrattamente* erano presenti già all'inizio di tale fase, ma che *di fatto* sono stati attivati soltanto dalla cultura giuridica, dando luogo a quegli stessi mutamenti. Con ciò non pretendo certo di aver risposto all'interrogativo posto. Il fatto è che non credo che ci sia una risposta tranquillizzante. Finché l'analisi resterà ancorata al piano dell'*effettività*, sarà difficile negare che il giudice abbia la possibilità *materiale* di svincolarsi in qualche misura dalla legge e di divenire artefice del diritto in concorso con il legislatore, senza bisogno di ricevere legittimazione da questa o quella costruzione teorica¹².

D'altro canto, sul versante riformistico, queste tendenze non sembrano facilmente frenabili, specie quando soddisfano richieste di tutela dei diritti fondamentali che la politica non è in grado di fronteggiare in tempo reale (si pensi alle recenti vicende giudiziarie relative: all'impianto di embrioni crioconservati, alle scelte di fine vita di soggetti gravemente malati, all'adozione di minori da parte di coppie omosessuali ecc.). Credere che il legislatore possa ostacolare la giurisprudenza mediante continue riforme correttive dei suoi orientamenti innovativi (ciò che pure in astratto sarebbe possibile) sarebbe semplicemente velleitario. Per quanto possa sembrare un mero palliativo, la principale contropinta all'espansione

¹¹ Cfr. OMAGGIO 2015, cap. 3.

¹² Per una riflessione di più ampio respiro sul ruolo dell'*effettività*, con particolare riguardo ai rapporti tra ordinamenti nazionali e sovranazionali, mi permetto di rinviare a CARLIZZI 2013, 315-319.

sionismo giudiziario, di cui si avverte l'esigenza soprattutto in diritto penale, sembra avere la stessa matrice, culturale, della spinta che mira a contrastare. È l'*etica giudiziaria dei limiti e delle conseguenze*, che solo una formazione critica, non puramente nozionistica, impartita durante e dopo gli studi universitari, può ingenerare. Un'etica senza la quale ogni tentativo di contenimento puramente artificiale sarebbe destinato al naufragio.

Riferimenti bibliografici

BOBBIO N. 1993. *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.

CARLIZZI G. 2013. *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla "sentenza Melloni"*, in «Criminalia», 2013, 301 ss.

CARLIZZI G., OMAGGIO V. (eds.) 2016. *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, ETS, 2016.

OMAGGIO V. 2015. *Saggi sullo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015.

PAONESSA C., ZILLETTI L. (a cura di) 2016. *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, Pacini, 2016.

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