

DISCUTENDO CON
GIORGIO PINO.
TEORIA DELLA NORMA
E ARGOMENTAZIONE
GIURIDICA

VINCENZO **OMAGGIO**



Discutendo con Giorgio Pino.
Teoria della norma e argomentazione giuridica

Discussing with Giorgio Pino
Norm Theory and Legal Argumentation

VINCENZO OMAGGIO

Professore ordinario di Filosofia del Diritto, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli
E-mail: vincenzomaggio@libero.it

ABSTRACT

Tra i molti temi del libro di Giorgio Pino *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, questo contributo si sofferma sul rilievo dato dall'autore alla nozione di applicabilità delle norme che va a integrare la tradizionale teoria normativistica basata sul concetto di validità e stabilisce un forte legame con l'argomentazione giuridica, cioè con le ragioni che rendono giustificato l'uso di una norma. Nel contempo si evidenzia il peso delle diverse ideologie delle fonti presenti nei ragionamenti degli interpreti e le loro connessioni con le principali tecniche argomentative. L'articolo si conclude con una riflessione sul significato di ideologia giuridica.

Among the many themes of Giorgio Pino's book *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, the present contribution focuses on the emphasis given by the author to the notion of applicability of norms that integrates the traditional normativistic theory of law based on the concept of validity and sets a strong bond with the legal argumentation, that is, with the reasons justifying the use of a norm. At the same time it highlights the weight of different ideologies of the sources present in the reasoning of interpreters and their connections with the main argumentative techniques. The contribution ends with a reflection on the meaning of legal ideology.

KEYWORDS

Ideologie delle fonti del diritto; applicazione della legge; ragionamento giuridico; ragionamento morale

Ideologies of legal sources; application of law; legal reasoning; moral reasoning

Discutendo con Giorgio Pino

Teoria della norma e argomentazione giuridica*

VINCENZO OMAGGIO

1. *Premessa* – 2. *Una teoria integrata del normativismo* – 3. *Validità e applicabilità (e giuspositivismo)*.

1. *Premessa*

È stato autorevolmente sostenuto che

«fare dell'interpretazione il problema fondamentale della teoria del diritto, preliminare e pregiudiziale a tutti gli altri, è possibile solo se si usa l'interpretazione alla maniera degli ermeneutici: ossia in un senso generico che dall'attribuzione di significato a testi si estende all'intero ragionamento giuridico e da questo – come avviene in Dworkin – allo stesso ragionamento morale».

Se invece si usa

«l'interpretazione nel senso specifico di attribuzione di significato a testi – alla maniera della filosofia del diritto analitica – allora è più difficile considerare l'interpretazione come problema fondamentale della filosofia del diritto: essa appare al massimo come problema centrale, al quale tutti gli altri sono connessi, ma dal quale si può anche astrarre»¹.

Non è semplice stabilire esattamente la differenza tra “fondamentale” e “centrale”, in particolare tra un problema fondamentale come sarebbe l'interpretazione per gli ermeneutici (penso all'espressione di Gadamer secondo cui «l'applicazione non è una parte accidentale e secondaria del fenomeno del comprendere, ma lo costituisce nella sua essenza fin dall'inizio»², che forse può renderci l'idea) ed un problema centrale, al quale tutti gli altri sono connessi, come potrebbe essere (al massimo), secondo Barberis, l'interpretazione alla maniera della filosofia analitica del diritto, ma dal quale (pur restando un problema centrale) si può peraltro anche astrarre. Ma accanto a quest'interrogativo suscitato dalla rilevante osservazione di Barberis, ne sorgono altri, di grande interesse per la teoria giuridica: una teoria analitica del diritto deve necessariamente limitarsi a considerare l'interpretazione

* Una prima versione qui rielaborata del presente contributo è stata pubblicata in forma di recensione nel numero 2/2017 della «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico».

¹ BARBERIS 2005, 207 s.

² GADAMER 1960, 669.

in senso stretto, ossia in quanto attribuzione di significato a testi, o può accedere con i suoi strumenti critici anche all'interpretazione in senso lato o generica e da questa al ragionamento giuridico, e, perché no?, a quello morale? E, in secondo luogo, si dà sempre una netta separazione tra interpretazione in senso stretto e ragionamenti giuridici oppure c'è una continuità?

Il volume di Giorgio Pino *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica* (PINO 2016) è uno di quei libri che ci consentono di ridiscutere questi temi con un approccio nuovo e molto promettente.

2. *Una teoria integrata del normativismo*

Il libro di Pino ha un indirizzo analitico e ne presenta tutti i tratti distintivi. In primo luogo, rispetta una fondamentale distinzione tra il piano dell'essere e quello del dover essere del diritto, cioè tra il piano della ricostruzione teorica e quello della proposta politica, per quanto anch'esso interno alla dinamica del fenomeno giuridico e non totalmente avulso da esso; in secondo luogo, mostra una spiccata attenzione alla dimensione linguistica del diritto, sottolineando che nell'applicazione del diritto si comincia con l'assegnare un significato alle parole e il discorso si sviluppa mediante gli usi linguistici dei suoi diversi protagonisti; in generale, il volume mostra una grande attenzione alle distinzioni.

Le distinzioni sono necessarie per fare chiarezza e anche quando diventano opposizioni dicotomiche sono ancora utili, se si tiene sempre a mente che le opposizioni tendono fatalmente a nascondere le somiglianze e le continuità tra i fenomeni, soprattutto quando si esaminano delle pratiche diffuse come quelle giuridiche: gran parte dei fenomeni analizzati occupano in realtà una posizione mediana tra quelle estremità che le opposizioni vanno a rappresentare. Il libro di Giorgio Pino non corre questo rischio, perché l'autore non si stanca di ripetere ad ogni pagina che le definizioni che propone si avvicinano solo approssimativamente ai fenomeni che caratterizzano il diritto.

Attingendo alla ricca tradizione della filosofia analitica del diritto e del normativismo giuspositivistico, Pino rinviene il metodo e gli strumenti per proporre la centralità di un concetto, quello di applicabilità del diritto, in cui si fondono teoria della norma e teoria del ragionamento e che ha un ruolo rilevante anche nell'ambito di un approccio come quello giuspositivistico, in cui l'esistenza del diritto viene di solito considerata separatamente dalla questione del suo valore morale o della sua obbligatorietà e la cui preoccupazione principale tradizionalmente si è rivolta a identificare nel concetto di validità (non di applicabilità) l'esistenza specifica della norma giuridica.

È appena il caso di ricordare alcune importanti premesse di questo discorso saldamente collocate nella tradizione giuspositivistica: l'istanza antimperativista,

sollevata per la prima volta da Herbert Hart, che vedeva nel diritto non un mero fatto, ma il risultato di un'attività di riconoscimento e di accettazione da parte di chi opera al suo interno; l'idea giusrealistica, secondo cui l'attività interpretativa svolta da giudici e giuristi non è solo conoscitiva, ma è anche attività creativa e non è sempre facile distinguere i due momenti; la constatazione a ciò conseguente del fatto che un'attività di riconoscimento e di accettazione da parte di chi pratica il diritto comporta scelte di tipo etico-politico; per finire, l'idea di una giurisprudenza critica, sviluppata ad esempio nell'opera di Luigi Ferrajoli, che lega l'accettazione del diritto positivo all'adesione ai suoi principi fondamentali e richiede perciò un atteggiamento di critica del medesimo diritto posto da organi autorizzati, quando non sia conforme a tali principi e valori.

Se è così allora, il diritto non è un dato preconstituito alle attività che tendono a individuarlo; queste attività comportano scelte, sia nel momento in cui si attribuisce a determinati materiali il carattere di fonti, sia quando si attribuisce un determinato significato ai loro contenuti. Quindi, non siamo di fronte a un semplice sistema di norme, ma a un insieme dinamico di elementi: un insieme di parole (testi, enunciati, disposizioni), di significati (prodotti dai normatori, giudici e giuristi teorici e pratici), di argomentazioni (ragionamenti che strutturano i percorsi di riconoscimento e di interpretazione da parte dei normatori) e un contesto dato dalle prassi sociali che consolidano queste attività. Una prassi diffusa, complessa e soprattutto non istituzionalizzata – con le parole di Letizia Gianformaggio – da cui discende una giuridicità “più o meno intensa” secondo il suo grado di accettazione e di riconoscimento: la positività non è più un concetto “tutto o niente”³.

Emerge un normativismo di specie nuova, non più fermo a rendere conto del diritto che c'è, semplicemente in quanto valido, e che in quanto tale potrebbe avere anche una positività minima (non applicato, né osservato, né commentato ecc.), ma attento a comprendere come esso si produce e si riproduce continuamente nel suo farsi. Un siffatto presupposto in effetti sposta l'attenzione dal profilo della produzione a quello dell'interpretazione, dell'applicazione e soprattutto della giustificazione della pratica complessa in cui il diritto consiste; e se potere giuridico è quello di chi produce i testi, potere giuridico è anche quello di chi li applica.

Di questa teoria integrata del normativismo Pino è un esponente lucido e sensibile. In feconda continuità con una consolidata tradizione di pensiero ci mostra la forza della dimensione del ragionamento giuridico, tanto pervasiva da riassorbire quasi tutti gli altri concetti della teoria generale del diritto. Il suo concetto di applicabilità risponde al bisogno di attenzione non solo al “diritto com'è”, alla questione della sua validità, ma a come il diritto diventa positivo, cioè a quelle ragioni che rendono giustificato l'uso di una norma da parte degli organi

³ GIANFORMAGGIO 2008, 30.

dell'applicazione⁴. Pino vuole sostenere che non sempre l'interprete-applicatore usa norme valide, né sempre si dedica a uno scrutinio scrupoloso della loro validità, e soprattutto intende spiegarci perché applica alcune norme a preferenza di altre. Sono dunque questioni di applicabilità: la soluzione delle antinomie, l'individuazione dell'ambito di applicazione temporale delle norme, l'individuazione o l'esclusione di lacune, la scelta di un canone interpretativo in luogo di un altro e così via. Qui, in un lungo e complesso capitolo molto importante del libro, Pino mostra che i criteri di applicabilità sono diversi dai criteri di validità delle norme. Difatti un criterio di applicabilità è una 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»⁵.

Chi volesse guardare a questi problemi in un'ottica giuspositivistica, come non è necessario fare naturalmente, né per chi scrive, né per l'autore del libro, le cui tesi si sorreggono autonomamente con disinvoltura, potrebbe notare che emergono qui alcuni tratti distintivi rispetto all'approccio tradizionale, salvo ricordare immediatamente che in realtà non esiste qualcosa come una dottrina ufficiale del giuspositivismo e che esso si articola in una pluralità di tratti distintivi, proposti dai diversi giuristi e giusfilosofi che a esso aderiscono sempre in maniera critica.

È in contrasto con il giuspositivismo la teoria integrata del normativismo? La risposta è negativa.

Essendo il giuspositivismo innanzitutto una teoria dell'identificazione fattuale del diritto in quanto diritto valido mediante fatti di produzione normativa, esso è compatibile con la prospettiva dell'applicabilità, perché l'identificazione fattuale si limita al discorso sulle fonti e sugli atti, ma non può estendersi alle norme intese come significato dei testi normativi, dal momento che i significati, a differenza degli atti, non sono descrivibili in termini fattuali. Le norme in effetti non sono prodotte tramite un procedimento formale, ma tramite un'attività intellettuale, un ragionamento, cosicché solo in un senso metonimico può parlarsi di validità formale delle norme, «come un modo ellittico di riferirsi a una norma che è tratta tramite interpretazione da una disposizione contenuta in un atto normativo formalmente valido»⁶, del quale cioè si possa dire che è stato prodotto attraverso un procedimento corretto. Senza contare che vi sono diverse norme per le quali non mette conto indagare la validità, come i principi costituzionali supremi (non essendoci altre norme in base alle quali valutare la loro conformità), le norme inespresse, quelle individuate per via analogica o le norme invalide la cui invalidità non è stata mai dichiarata e forse non lo sarà. Se dunque a proposito

⁴ PINO 2016, 124.

⁵ PINO 2016, 147.

⁶ PINO 2016, 103.

delle norme bisogna riferirsi alla loro validità materiale, intesa come compatibilità con le norme gerarchicamente superiori, occorre ammettere che tale scrutinio dipende largamente dall'interpretazione. E può presentarsi in forme opinabili ogni qualvolta le norme di riferimento siano indeterminate, come nel caso dei principi costituzionali formulati con riferimento a valori etico-giuridici. Ciò sebbene Pino mantenga un atteggiamento cauto in ordine al tema della "scoperta" dei principi, divenuto snodo centrale nel dibattito giuridico, e consideri quella tra principi e regole una differenza debole e non categoriale, come ha spiegato Vito Velluzzi nel suo commento al libro.

Merito di Velluzzi è aver sottolineato come Pino accolga la distinzione debole, basata sulla misura di certe caratteristiche che determina lo *status* dei principi o delle regole, e rigetti quella forte, basata invece su caratteristiche presuntamente esclusive degli uni o delle altre, con l'occhio costantemente rivolto alla pratica argomentativa, cioè a «ciò che normalmente giuristi, giudici e funzionari dicono delle regole e dei principi, nonché a ciò che normalmente giuristi, giudici e funzionari fanno con ciò che considerano regole o principi»⁷.

L'applicabilità, come si diceva, concerne i criteri che rendono giustificato l'uso delle norme. Usare le norme vuol dire a sua volta impiegarle in un ragionamento finalizzato ad adottare e/o a giustificare una decisione; pertanto una norma applicabile è una norma che un organo di applicazione del diritto è giustificato a usare con buone ragioni e a preferenza di altre norme.

La nozione di applicabilità esalta così il momento argomentativo del diritto, tenuto conto anche della circostanza che i criteri applicativi possono dipendere da norme positive (anch'esse da interpretare) oppure semplicemente da convenzioni interpretative e argomentative praticate nella cultura giuridica di riferimento⁸, ed è un dato puramente contingente stabilire quali criteri siano positivi, quali giurisprudenziali e quali "sapienziali". Ciò che accomuna i criteri è la loro funzione di determinare quale norma dovrà o potrà essere applicata per la decisione di un caso. Anche la differenza tra criteri applicativi vincolanti e permissivi tende a sfumare in virtù della presenza di molti casi intermedi e della possibilità concreta che un criterio ritenuto vincolante possa considerarsi superabile a certe condizioni o un criterio ritenuto permissivo possa considerarsi superabile solo per gravi ragioni e con argomenti particolarmente persuasivi. In definitiva a motivare il ricorso a determinati criteri applicativi in luogo di altri (e a giustificarlo) e a stabilire ordini di preferenze tra quelli disponibili (vincolanti e permissivi) è una certa "ideologia delle fonti", come la definisce l'autore. Essa fornirà le indicazioni decisive sul modo di intendere e di utilizzare i canoni interpretativi e gli argomenti specifici utili all'applicazione delle norme.

⁷ VELLUZZI 2017.

⁸ PINO 2016, 143.

Su questo terreno è intervenuto opportunamente Gaetano Carlizzi⁹ nel suo contributo. A partire dalla constatazione che i metacriteri di applicabilità sono frutto di scelte dipendenti anche dalla cultura giuridica degli interpreti, a suo avviso, prende forma quel “paradosso apparente” secondo cui l’uso delle norme da parte dei soggetti che le applicano è determinato in parte con il loro concorso. Paradosso che in fondo non è che uno degli aspetti della questione capitale dell’ultimo quarantennio, quella riguardante il ruolo crescente del giudice e i limiti del suo potere discrezionale. Come osserva Carlizzi, la storia ha mostrato che fenomeni rilevanti come la costituzionalizzazione e la sovranazionalizzazione del diritto, pur radicati in atti normativi degli anni quaranta e cinquanta (Costituzioni, Carte e Trattati), hanno trovato pieno riconoscimento nel nostro Paese come in altri solo successivamente per via giurisdizionale (CGCE e Corti costituzionali) e dottrinale.

3. Validità e applicabilità (e giuspositivismo)

Ciò detto, dal punto di vista di Pino la distinzione della validità dall’applicabilità ha effetti benefici in ordine alla tenuta del giuspositivismo medesimo, in quanto la validità si limiterà alla descrizione delle fonti produttive e l’obbligatorietà, spesso ambigualmente legata alla validità nella prospettiva giuspositivistica, sarà assorbita nell’ambito dell’applicabilità, la quale comporta l’assunzione di criteri di scelta di tipo morale. L’obbligatorietà in effetti si attiva solo nel momento in cui concretamente la norma trova applicazione come regola di decisione del caso, in relazione a tale concretezza, e i criteri che regolano il giudizio presentano indubbiamente una componente ideologica. Cosicché il concetto di applicabilità giova al giuspositivismo, impedendogli di divenire ideologico. Si può essere giuspositivisti senza prendere posizione sull’obbligatorietà delle norme, sull’obbligo di prestare obbedienza.

Ne è conferma la rilettura proposta da Pino della teoria di Herbert Hart (uno dei maggiori giusfilosofi di scuola giuspositivista). Hart associava la norma di riconoscimento alla nozione di validità, ma essa in realtà non assume un ruolo significativo nella prospettiva dell’individuazione del diritto valido (per la quale servono piuttosto regole di produzione giuridica, che sono regole secondarie di mutamento nel lessico hartiano), quanto come insieme di criteri che guidano nell’applicazione del diritto, cioè come ideologia delle fonti. La *rule of recognition* va a svolgere così la sua funzione nell’ambito della teoria del ragionamento piuttosto che nell’ambito della teoria dell’ordinamento giuridico.

D’altra parte Giorgio Pino ha già dato prova di essere libero da sterili preoccupazioni di ortodossia. Parlando della relazione interpretativa tra diritto e morale

⁹ CARLIZZI 2017.

nell'ambito del giudizio di validità materiale delle norme negli odierni ordinamenti costituzionali, osservava con grande lealtà e con pari rigore analitico che dove non basta accertare la validità formale del diritto, ossia la correttezza procedimentale degli atti di produzione giuridica, ma occorre anche riferirsi alla sua validità materiale – intesa questa come conformità di una norma a quelle di grado superiore delle quali va quindi parimenti accertato il significato – può capitare di imbattersi in norme superiori che hanno la forma di principi costituzionali, formulati in modo da includere concetti morali. In tal caso è necessaria una forma di ragionamento morale. Cosicché nello Stato costituzionale l'accertamento della validità materiale delle norme richiede anche una forma di ragionamento morale¹⁰. Anche qui può darsi che venga in qualche modo messa in discussione l'esigenza di avallatività del giuspositivismo, che però ne guadagna senz'altro in termini di vitalità, non sottraendosi alla prova di riconoscere e analizzare con i propri strumenti una cospicua fetta di ciò che chiamiamo diritto.

Dal mio punto di vista la segnalata distinzione tra validità e applicabilità può suscitare anche valutazioni più generali, a partire dal suo significato concreto e a prescindere dal contesto giuspositivistico. Cosa vuol dire essa concretamente? Vuol dire che, poiché nella realtà l'identificazione del diritto non è mai separata dalla sua applicazione e dall'obbligo di rispettare norme e decisioni autoritative, nessun giurista può essere soltanto un giuspositivista. Come scriveva Leslie Green, «no legal philosopher can be only a legal positivist»¹¹. Ciascun giurista dev'essere giuspositivista e non potrebbe fare altrimenti; ma questo non può bastare, in quanto nel suo lavoro di interprete e applicatore egli ha bisogno di una teoria dell'applicabilità e deve trarla dalla propria cultura giuridica. Ciò che conta quindi per individuare l'atteggiamento di un giurista o di un operatore del diritto non è il suo “giuspositivismo”, semmai conta la sua cultura giuridica, che Pino ha chiamato “ideologia delle fonti”.

A tale proposito non bisogna pensare, io credo, a una nozione irrazionalistica di ideologia con un contenuto emotivistico, espressione di monadi autarchiche e incomunicanti. Non si tratta di ideali irrazionali irriducibili a un piano di comune ragione pratica giuridica. Le ragioni morali e politiche a essa sottese, secondo l'autore, segnalano per ciascun giurista «il modo di concepire il proprio lavoro di giurista e il proprio ruolo all'interno dell'organizzazione giuridica complessiva»¹², in particolare «il suo modo di considerare legittimo l'ordinamento giuridico e di contribuire alla sua attuazione»¹³. Siffatte ideologie giuridiche non determinano «in modo assiomatico e meccanico» la scelta delle tecniche applicative con esse con-

¹⁰ PINO 2011; PINO 2010, 115 ss.

¹¹ GREEN 2009.

¹² PINO 2016, 154.

¹³ PINO 2016, 154.

gruenti, né si dà «un legame biunivoco e necessario»¹⁴ tra una data ideologia delle fonti e certi argomenti interpretativi, pur essendo probabile che in determinate circostanze taluni argomenti esprimano meglio determinate ideologie e ne realizzino meglio gli scopi. Le relazioni di preferenza ispirate dalla cultura giuridica (ad esempio, “formalista” o “sostanzialista”) di un interprete sono permeabili a valutazioni pragmatiche, cioè funzionali alla decisione più giusta nel caso concreto, e a valutazioni tecnico-giuridiche, come la forza dei precedenti o dei criteri interpretativi comunemente considerati stringenti. L’ideologia passa attraverso il filtro depurante rappresentato dal lessico, dai concetti e dalle convenzioni appartenenti al patrimonio comune della cultura giuridica.

Insomma, le ideologie animano l’argomentazione giuridica restando aperte al confronto che è connaturato al contesto e al funzionamento degli ordinamenti costituzionali contemporanei, in cui convivono giustificazioni e argomenti morali accanto alle ragioni strettamente giuridiche e in cui i singoli valori giuridici non sono contrapposti e isolati e non si affermano l’uno a scapito dell’altro, ma all’interno di una trama assiologica complessa, esposta ad una fisiologica conflittualità, e tuttavia dotata di una propria coerenza. La coesistenza di ordine e conflitto è alla base di ogni impresa argomentativa.

¹⁴ PINO 2016, 155.

Riferimenti bibliografici

- BARBERIS M. 2005. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2005.
- CARLIZZI G. 2017. *Osservazioni a margine di un recente libro di Giorgio Pino*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 17, 2, 2017, 547 ss.
- GADAMER H.G. 1960. *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 2012 (ed. or. *Wahrheit und Methode*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1960, trad. it. di G. Vattimo).
- GIANFORMAGGIO L. 2008. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti, V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2008.
- GREEN L. 2009. *Legal Positivism*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponibile in: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> (consultato il 15 settembre 2017).
- PINO G. 2010. *Diritto e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010.
- PINO G. 2011. *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 56, 2011, 965 ss.
- PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2016.
- VELLUZZI V. 2017. *Principi del diritto e gerarchie normative. Un invito alla lettura del libro di Giorgio Pino*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 17, 2, 2017, 567 ss.