

Giorgio Pino

Teoria analitica del diritto I

La norma giuridica

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2016

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884674451-7

Il diritto ha un suo fascino, vero?

Franz Kafka, *Il processo*
(traduzione di PRIMO LEVI)

INDICE

Introduzione	13
--------------	----

PARTE PRIMA

TEORIA DELLA NORMA GIURIDICA: NOZIONI FONDAMENTALI

Capitolo I

Il diritto e le norme

1. Premessa	19
2. Disposizioni, norme, atti normativi	22
2.1. Distinzioni	24
2.2. Interazioni	29
3. Dalle disposizioni alle norme	31
3.1. La duplice dipendenza linguistica delle norme	36
3.2. Una postilla su diritto e scrittura	38
4. Una prima conclusione	41

Capitolo II

La struttura delle norme giuridiche

1. Il problema	43
1.1. Le norme giuridiche come norme eteronome	44
1.2. I destinatari delle norme giuridiche	45
2. Norma giuridica come proposizione condizionale	49
2.1. Struttura della norma <i>vs.</i> formulazione della disposizione	51
2.2. Fattispecie e conseguenza	52
2.3. Eccezioni al modello standard: reali e apparenti	55
3. Applicazioni del modello condizionale	57

PARTE SECONDA

TIPOLOGIA DELLA NORMA GIURIDICA

Capitolo III

Tipi di norme

1. Norma giuridica (I). Il caso paradigmatico	65
2. Norma giuridica (II). Le variazioni sul tema	66
2.1. Norme statuite <i>vs.</i> norme consuetudinarie	67
2.2. Norme imperative <i>vs.</i> norme permissive	67

2.3. Norme di condotta <i>vs.</i> norme costitutive, norme di competenza e meta-norme	68
2.4. Norme esplicite <i>vs.</i> norme inesprese	69
2.5. Norme generali <i>vs.</i> norme individuali	71
2.6. Regole <i>vs.</i> principi	72

Capitolo IV

Regole e principi: tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione

1. L'onnipresenza dei principi	73
2. Regole e principi (I): la distinzione forte	76
3. Regole e principi (II): la distinzione debole	81
4. Caratteristiche strutturali, funzionali, e operative dei principi	85
4.1. Caratteristiche strutturali dei principi	86
4.2. Caratteristiche funzionali dei principi	90
4.3. Caratteristiche operative dei principi	92

PARTE TERZA

ESISTENZA, USO, VALUTAZIONE DELLE NORME

Capitolo V

Norme giuridiche: appartenenza all'ordinamento e altri criteri di valutazione

1. Dall'ordinamento al ragionamento	99
2. Validità	102
2.1. Validità e appartenenza	104
2.2. Presupposti e conseguenze del giudizio di validità	105
3. Efficacia	108
3.1. Efficacia come conformità del comportamento alla norma	108
3.1.1. Efficacia ed "esistenza" delle norme giuridiche	113
3.2. Efficacia come attitudine a produrre effetti	115
3.3. Efficacia come realizzazione dello scopo	115
3.4. Efficacia come efficienza	117
4. Certezza	117
5. Giustizia	120

Capitolo VI

L'applicabilità delle norme giuridiche

1. Definizione	124
1.1. Applicazione come uso	124
1.2. I soggetti dell'applicazione	125
1.3. Applicazione, efficacia, applicabilità	131
2. Applicabilità di atti normativi e di norme	133
2.1. Applicabilità di atti normativi e di disposizioni	133
2.2. Applicabilità di norme	135

2.3. Applicabilità <i>prima facie</i> e applicabilità conclusiva	137
2.3.1. Applicabilità <i>prima facie</i> di atti normativi e di norme	137
2.3.2. Dall'applicabilità <i>prima facie</i> all'applicabilità conclusiva	138
2.3.3. Dalla applicabilità <i>prima facie</i> di un atto normativo alla sua disapplicazione	141
2.3.4. Dalla inapplicabilità <i>prima facie</i> alla applicabilità di atti normativi (e di norme)	143
3. Criteri di applicabilità	143
3.1. Criteri vincolanti e criteri permissivi	148
4. Applicabilità e ideologia delle fonti del diritto	152
4.1. Fenomenologia delle ideologie delle fonti e delle culture giuridiche	156
5. Applicabilità, validità e positivismo giuridico	162

PARTE QUARTA
LIVELLI DI NORME

Capitolo VII

Gerarchie normative

1. L'ordinamento giuridico come gerarchia di norme	167
2. Sul concetto di gerarchia normativa	169
2.1. Gerarchie materiali	170
2.2. Gerarchie assiologiche	173
2.3. Gerarchie e competenza	175
3. Gerarchie normative e interpretazione	176
3.1. Introduzione di una gerarchia assiologica tra norme pari-ordinate in senso materiale	178
3.2. Neutralizzazione di una gerarchia materiale	180
3.3. Introduzione di gerarchie materiali in via interpretativa	182

Capitolo VIII

Una norma al fondamento dell'ordinamento?

1. Il problema	187
2. H.L.A. Hart sulla norma di riconoscimento	188
3. Che tipo di norma è la norma di riconoscimento?	189
4. La norma di riconoscimento come ideologia delle fonti	192
4.1. Criteri di identificazione e criteri di applicabilità	193
4.2. Ideologia delle fonti, impegno politico del giurista e unità dell'ordinamento	194
4.3. I limiti del modello	198

Bibliografia	201
--------------	-----

Indice dei nomi	225
-----------------	-----

INTRODUZIONE

Questo libro si ripropone di esaminare vari problemi relativi al concetto di norma giuridica, quali: la struttura della norma giuridica, i criteri di esistenza e di valutazione delle norme giuridiche, la distinzione tra vari tipi di norme giuridiche (inclusa la distinzione, divenuta cruciale nel dibattito filosofico-giuridico e nella pratica giuridica degli ultimi quarant'anni, tra regole e principi), i rapporti tra norme che si collocano su livelli diversi della struttura gerarchica dell'ordinamento.

Tra queste, una questione che ho deciso di trattare in maniera relativamente più approfondita, e che comunque attraversa trasversalmente molte delle altre, è quella del rapporto tra le norme giuridiche e le ragioni per applicarle: vale a dire, le ragioni per le quali un interprete-applicatore sceglie in sede interpretativa una norma (un significato ascrivibile ad un testo normativo) anziché un'altra, le ragioni per le quali sceglie una metodologia interpretativa anziché un'altra, le ragioni per le quali dà priorità, a fini applicativi e argomentativi, ad una norma rispetto ad altre. Questioni, queste ultime, in cui si fondono teoria della norma giuridica e teoria del ragionamento giuridico, e che ho condensato sotto il concetto di "applicabilità". Trovo che il tema dell'applicabilità delle norme giuridiche (qui esteso, come si vedrà, anche agli atti normativi) sia ingiustamente trascurato nella letteratura teorico-generale, mentre si tratta di una nozione assolutamente centrale nel lavoro degli operatori giuridici – basta sfogliare un qualsiasi testo di letteratura giuridica o una sentenza giudiziale per rendersene conto. Uno degli obiettivi di questo lavoro è di mostrare la centralità del concetto di applicabilità, sia ai fini di una perspicua comprensione teorica del fenomeno giuridico, sia nell'ambito di un approccio filosofico genericamente – ma conseguentemente – giuspositivistico, nell'ambito del quale la dimensione dell'esistenza del diritto venga considerata separatamente dalla questione del valore morale e dell'obbligatorietà del diritto stesso.

L'approccio con cui questo libro si accosta alla trattazione dei problemi attinenti alla norma giuridica è genericamente riconducibile alla teoria generale del diritto di indirizzo analitico, come ho ritenuto opportuno esplicitare già nel titolo. In realtà, non è facilissimo individuare i contorni precisi di un approccio analitico in teoria generale del diritto. Di sicuro, comunque, tale approccio include quantomeno le seguenti cose: in primo luogo, una particolare attenzione verso la dimensione linguistica del fenomeno giuridico (come emerge ad esempio dall'enfasi sulla distinzione tra disposizione e norma, e dalla definizione di

interpretazione come attività di attribuzione di significato ad enunciati linguistici), e verso gli usi linguistici dei vari attori giuridici, inclusi i giuristi dogmatici e i giuristi teorici, nella convinzione che il diritto, in un senso assai ampio ma non banale, sia in definitiva costituito anche da questi discorsi. In secondo luogo, la ricerca della chiarezza nell'analisi dei problemi trattati, attraverso il ricorso a definizioni e distinzioni. In terzo luogo, infine, un approccio "divisionista", in cui si presta particolare cura a distinguere il piano dell'essere da quello del dover essere, il piano della ricostruzione teorica da quello della proposta di politica del diritto (e della valutazione morale).

In conseguenza di tutto ciò, un approccio analitico in teoria del diritto è, tendenzialmente, una filosofia del *diritto positivo*: una indagine sul linguaggio delle fonti e sul linguaggio dei giuristi che opera a stretto contatto con i giuristi positivi, e elabora concetti (proposti come) idonei a rendere conto delle loro attività nella maniera più perspicua¹.

Questo libro non discute specificamente delle tesi di questo o quell'autore (tranne, in parte, l'ultimo capitolo). Tuttavia il libro contiene, nel complesso, un buon numero di note a pie' di pagina e di riferimenti bibliografici. Il senso di questo apparato bibliografico non è quello di impressionare o di intimidire il lettore subissandolo di erudizione filosofico-giuridica, ma al contrario di fornirgli strumenti per ulteriori approfondimenti, di rendere fisicamente visibile il percorso di una certa idea nel dibattito teorico-giuridico (i rimandi bibliografici in nota sono disposti in ordine cronologico²), di fornire il supporto empirico di certe affermazioni meta-giurisprudenziali contenute nel testo, nonché – ovviamente – di esplicitare i debiti dell'autore. Credo infatti che il lavoro intellettuale sia un'impresa inevitabilmente collettiva, e che mentre scriviamo siamo (non possiamo non essere) impegnati in un dialogo, o in molteplici dialoghi, con svariati interlocutori: note a pie' di pagina e bibliografia servono a svelare i nostri compagni di viaggio.

Io inoltre ho avuto la fortuna di poter beneficiare di numerose occasioni di dialogo reale, e non solo "mentale" o cartaceo, con molti amici e colleghi nella stesura di questo libro. Parti di questo libro, o comunque alcune idee confluite in questo lavoro, sono state infatti presentate e discusse in alcuni convegni e seminari nel corso degli ultimi anni: in ordine cronologico, un seminario presso il Dipartimento di Studi su Politica, Diritto e Società (ora Dipartimento di Giurisprudenza) dell'Università di Palermo (gennaio 2010), il "XVI Semina-

¹ Per alcune introduzioni allo, ed esemplificazioni dello, stile analitico in teoria del diritto, v. L. FERRAJOLI, *La filosofia giuridica analitica italiana*; V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*; M. JORI - A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cap. I; R. GUASTINI, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*.

² Con l'eccezione dei casi in cui nella stessa nota vengano citati più lavori di uno stesso autore: in tal caso, infatti, ho ritenuto preferibile disporre i lavori dello stesso autore in ordine cronologico, anche se ciò può "interrompere" l'ordine cronologico delle altre citazioni. In ogni caso, la bibliografia finale fornisce informazioni più complete sulle opere citate in nota al testo.

rio hispano-italiano-francés de teoría del derecho” (Universitat Pompeu Fabra, Barcellona, ottobre 2010), un seminario dottorale su “Interpretazione giuridica, principi e valori”, Université Paris Ouest Nanterre La Défense (Parigi, giugno 2011), il “KJuris: King’s Legal Philosophy Workshop” presso il King’s College (Londra, ottobre 2013), il “Legal Theory Workshop” presso lo European University Institute (Fiesole, novembre 2013), un seminario dottorale su “La filosofia del diritto tra didattica e ricerca” presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Pisa (dicembre 2013).

Sono estremamente grato a tutti coloro che hanno partecipato a questi incontri, e anche agli altri amici con cui ho avuto modo di discutere in occasioni individuali, per le loro critiche, osservazioni e suggerimenti; per questo ringrazio in particolare Mauro Barberis, Clelia Bartoli, Stefano Berteà, Franco Bonsignori, Marco Brigaglia, Damiano Canale, Bruno Celano, Enrico Diciotti, Giuseppe Falcone, Jordi Ferrer Beltrán, Tommaso Greco, Riccardo Guastini, Rafael Hernández Marín, Dario Ippolito, Matthew Kramer, Pau Luque, Giorgio Maniaci, Fabrizio Mastromartino, Lorenzo Milazzo, Eric Millard, José Juan Moreso, Nicola Muffato, Dennis Patterson, Anna Pintore, Ralph Poscher, Adrian Rentería Díaz, Giovanni Battista Ratti, Cristina Redondo, Eugenio Rippepe, Serena Romano, Juan Ruiz Manero, Aldo Schiavello, Alessandro Spena, Vittorio Villa, e Lorenzo Zucca.

Un ringraziamento particolare, infine, non posso non dedicarlo a Vito Veluzzi, per avermi incoraggiato nell’ideazione e nella composizione di questo lavoro, e per essersi implacabilmente impegnato a vincere la mia naturale pigrizia.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di febbraio 2016