

previsioni comuni per il futuro. Come solo una classe dirigente tra le migliori dell'intera storia d'Italia ebbe la capacità e la forza di fare.

GUIDO MELIS

Giorgio PINO, *Teoria analitica del diritto*, I, *La norma giuridica*, *Jura. Temi e problemi del diritto*, n. 43, Pisa, ETS, 2016, 228 p., ISBN: 9788846744517.

Nella prima pagina del capitolo sull'interpretazione del suo manuale teorico di filosofia del diritto, Mauro Barberis scriveva 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» (M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2005, 207-208). 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», 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 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 una netta separazione tra interpretazione in senso stretto e ragionamenti giuridici oppure c'è una continuità?

Ci sono dei libri, come il volume di Giorgio Pino, che ci consentono di ridiscutere questi temi con un approccio nuovo e molto promettente. Si tratta senza dubbio di un libro di indirizzo analitico, come dice il suo stesso titolo, prima ancora del sottotitolo che fa riferimento alla norma giuridica, e presenta i caratteri distintivi di un lavoro analitico.

Quali sono questi caratteri? In primo luogo, il libro 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 riguardanti il diritto: 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 grande valore 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 rilevanti 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 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» (L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2008, 30).

Emerge un normativismo di specie nuova, non più fermo a rendere conto del diritto che c'è, semplicemente in quanto valido, 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. Tutto questo 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 nel suo libro la forza di questa 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 dell'applicazione (p. 124). Pino intende spiegarci 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» (p. 147).

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 in maniera sempre più o meno critica.

È in contrasto con il giuspositivismo la teoria integrata del normativismo? La risposta è no.

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, 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» (p. 103), 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 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 sono indeterminate, come nel caso dei principi costituzionali formulati con riferimento a valori etico-giuridici. 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 ovviamente) oppure semplicemente da convenzioni interpretative e argomentative praticate nella cultura giuridica di riferimento (p. 143), 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.

Ciò detto, dal punto di vista di Pino la distinzione della validità dall'applicabilità ha effetti benefici in ordine alla tenuta del positivismo giuridico, in quanto la validità si limiterà alla descrizione delle fonti produttive e l'obbligatorietà, spesso ambiguamente 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 e i criteri che regolano il giudizio hanno 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 positivista). Hart associava la norma di riconoscimento alla nozione di validità, ma essa in realtà assume un ruolo significativo non 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), bensì 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 dato spesso prova di essere libero da sterili preoccupazioni di ortodossia. Parlando della relazione interpretativa tra diritto e morale 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 morale (G. Pino, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, LVI, I, 2011, 965-997; Id., *Diritto e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, cap. V). Anche qui può darsi che venga in qualche modo messa in discussione l'esigenza di avalutatività 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». Ciascun giurista dev'essere giuspositivista e non potrebbe fare altrimenti; ma questo non può bastare, in quanto nel suo lavoro di interprete e applicatore 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 esse 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» (p. 154), in particolare «il suo modo di considerare legittimo l'ordinamento giuridico e di contribuire alla sua attuazione» (*ibidem*). Siffatte ideologie giuridiche non determinano «in modo assiomatico e meccanico» la scelta delle tecniche applicative con esse congruenti, né si dà «un legame biunivoco e necessario» (p. 155) 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 tecnico-giuridiche, come la forza dei precedenti o di 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 invero alla conflittualità su concetti essenzialmente discutibili e tuttavia dotata di una sua coerenza. La coesistenza di ordine e conflitto è alla base di ogni impresa argomentativa.

VINCENZO OMAGGIO

Giovanni TARLI BARBIERI e Francesca BIONDI, *Il finanziamento della politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 472 p., ISBN: 9788863428322.

Come sono finanziati i partiti e i movimenti, le fondazioni e le associazioni politiche, la stampa di partito, i gruppi parlamentari e le campagne elettorali? Chi e come controlla l'uso delle risorse pubbliche? Quali implicazioni giuridiche ha la registrazione dei partiti, prevista dalla nuova legge del 2014? Come si differenzia il nostro dagli ordinamenti dei principali paesi europei?

Dopo gli anni Novanta del secolo scorso, il dibattito sui costi della politica è tornato attuale, in anni recenti, nel quadro di crisi debitoria e alla luce degli obiettivi di *spending review* proclamati dagli ultimi governi. Accurate risposte a queste domande si trovano adesso in un nuovo volume della collana