

Giovanni Battista Ratti

L'interpretazione come soluzione del problema delle lacune*

I thought of walking round and round a space
Utterly empty, utterly a source
S. Heaney, *Clearences*, 8, vv. 1-2

1. Il dilemma di Atria

Il dibattito sulla completezza del diritto è stato di recente rinfocolato dalle penetranti critiche mosse da Fernando Atria, nel suo libro *On Law and Legal Reasoning*¹, alla concezione delle lacune (e della discrezionalità giudiziale) elaborata da Alchourrón e Bulygin in *Normative Systems*², concezione che può dirsi prevalente nella teoria giuridica dei paesi a diritto codificato.

Un volume collettaneo di recente pubblicazione, *Lagunas en el derecho*³, raccoglie il dibattito seguito alle critiche di Atria e offre una panoramica assai ricca delle diverse posizioni, sostenute da alcuni dei più eminenti giusfilosofi dell'area di lingua castigliana, a proposito del fenomeno della incompletezza del diritto e dei doveri degli organi della funzione giurisdizionale dinanzi a tale fenomeno: posizioni teoriche che, sotto la rubrica delle "lacune nel diritto", celano,

* Una prima versione, in castigliano, di questo lavoro è stata presentata in occasione del XII Seminario Italo-Spagnolo di Teoria Analitica del Diritto (Salamanca, 29-30 ottobre 2006): agli organizzatori e ai partecipanti vanno i miei più sinceri ringraziamenti per la cordiale accoglienza e per le penetranti osservazioni rivoltemi nel corso del dibattito. Desidero inoltre esprimere uno speciale ringraziamento a Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni, e Giorgio Pino per aver letto e commentato alcune versioni preliminari del presente articolo.

² C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien – New York, Springer, 1971, le citazioni sono desunte dalla versione castigliana, a cura degli autori, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

³ F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J. Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005 (citato d'ora in avanti come *Lagunas en el derecho*). Il saggio che da cui prende l'abbrivo il volume, F. Atria, *Sobre las lagunas*, è la versione castigliana delle pagine 76-86 di Id., *On Law and Legal Reasoning*, cit.

in verità, l'adesione dei loro sostenitori ai campi avversi del giuspositivismo e dell'antipositivismo giuridico⁴.

I temi trattati in questo volume sono davvero troppo estesi e complessi per poter essere discussi compiutamente nel corso di un breve articolo. Più modestamente, mi propongo di isolare ed esaminare un argomento, più volte avanzato da Atria, secondo cui l'esplicazione giuspositivista dei fenomeni delle lacune e della discrezionalità giudiziale condurrebbe, fatalmente, il positivismo giuridico verso la propria confutazione, ovvero verso gli opposti vizi capitali, che il giuspositivismo normativista rifugge, del formalismo e dello scetticismo.

Atria formula il suo argomento sotto la forma di un dilemma⁵:

Las lagunas producen un dilema para la tesis de las fuentes: o ellas no existen, y entonces todos los casos son regulados por reglas basadas en fuentes, o ellas existen en sorprendente cantidad: no sólo el robo de electricidad, sino también cortar el pasto, vestir ropas oscuras, dormir de noche, dormir de día, y un enorme número de otras acciones que no están explícitamente prohibidas ni explícitamente permitidas constituirían, si fueran llevadas ante una corte, "casos no regulados", con la implicación de que la corte tendría discreción para solucionarlo del modo más apropiado. Así, cuando se mira el problema desde el punto de vista del razonamiento jurídico, la tesis de las fuentes implica formalismo o escepticismo.

Il dilemma si porrebbe, secondo Atria, poiché per la tesi cosiddetta delle fonti sociali, secondo cui l'esistenza e il contenuto del diritto dipendono esclusivamente da certi fatti sociali (atti normativi, precedenti, consuetudini, ecc.)⁶, non v'è differenza tra casi di lacuna normativa (casi, cioè, caratterizzati da proprietà rilevanti ma non disciplinati, per un errore di tecnica legislativa, dall'autorità normativa) e casi non regolati dal diritto (ossia casi caratterizzati da proprietà non rilevanti e, pertanto, non disciplinati). Entrambi i tipi di casi non sarebbero infatti connessi né con un divieto né con un'autorizzazione espressa: costituirebbero, pertanto, dei casi di permesso negativo (*i.e.* di assenza di regolazione).

Tale parificazione tra casi di lacuna e casi non regolati avrebbe degli effetti particolarmente perniciosi in tema di applicazione giudiziale del diritto. Alchourrón e Bulygin, com'è noto, sostengono che, nell'ambito dei sistemi giuridici moderni (fatti salvi, ovviamente, i sotto-sistemi penali per i quali vige la regola di chiusura "Tutto ciò che non è vietato è permesso"), il giudice, rispetto ai casi di lacuna normativa, ha un dovere generico di dirimere la controversia (dovere che scaturisce dal divieto di *non liquet*), ma nessun dovere specifico circa il modo di dirimerla (*i.e.* il giudice può decidere, indifferentemente, in favore dell'attore o

⁴ E. Bulygin, *Introducción*, in *Lagunas en el derecho*, p. 14; J.J. Moreso, *A Brilliant Disguise. Entre fuentes y lagunas*, in *Lagunas en el derecho*.

⁵ F. Atria, *Sobre las lagunas*, cit., p. 27.

⁶ Cfr. E. Bulygin, *El positivismo jurídico*, Mexico, Fontamara, 2006, pp. 73-74.

del convenuto)⁷. Una delle implicazioni più notevoli della tesi delle fonti sociali (e assunto fondamentale del positivismo) è la seguente: quando i fatti (sociali) non sussistono, neppure il diritto sussiste⁸, ossia quando manca una fonte che disciplini una data fattispecie, tale fattispecie non può essere risolta in conformità con il diritto. Il che sembra omologare, quantomeno a livello giudiziale, le due situazioni, cui s'è fatto riferimento, della lacuna normativa *stricto sensu* e del caso giuridicamente irrilevante. Secondo i fautori della tesi delle fonti sociali, infatti, un giudice che si trovi di fronte a un caso non regolato (non importa se nel primo o nel secondo senso) non potrà che usare la propria discrezionalità per dirimere la controversia a lui sottoposta.

Una conclusione siffatta può essere evitata solo sostenendo che tutto ciò che non è regolato dal diritto sia, per ciò stesso, giuridicamente irrilevante⁹: *i.e.*, che il diritto sia necessariamente completo, e che quindi ogni pretesa non fondata su norme espresse cada, potremmo dire, in uno spazio giuridico vuoto¹⁰. Il positivismo giuridico si troverebbe in equilibrio instabile, quindi, tra i due poli dello scetticismo (il diritto è pieno di lacune e pertanto impone al giudice di esercitare, nella maggior parte dei casi, la sua discrezionalità) e del formalismo (il diritto è privo di lacune e pertanto il giudice non ha mai discrezionalità).

La più recente versione della concezione delle lacune, ideata in *Normative Systems*, si trova in alcuni contributi di Eugenio Bulygin¹¹, elaborati in diretta risposta alle critiche di Atria. In tali contributi, la nozione di rilevanza normativa (necessaria per distinguere ciò che è giuridicamente rilevante da ciò che non lo è) viene riconfigurata da Bulygin – seguendo un suggerimento di Jorge Rodríguez¹² – al fine di dare conto della circostanza che una proprietà possa essere considerata rilevante benché non sia espressamente menzionata nelle norme che forniscono, a prima vista, la soluzione di una data questione normativa. Si è distinto, all'uopo, tra una rilevanza *stricto sensu* (“rilevanza-A” nella terminologia di Bulygin), derivabile dalla esplicita menzione di una data proprietà nelle norme di un dato sistema normativo, e una rilevanza *lato sensu* (“rilevanza-B”), desumi-

⁷ C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., pp. 125-126.

⁸ Cfr. Raz, *Legal Positivism and the Sources of Law*, in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 39-40; J.L. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, in “Journal of Legal Studies”, 11, 1982; Id., *Legal Positivism since H.L.A. Hart*, inedito, 2005.

⁹ Cfr. già E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria Generale e Dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 201-202.

¹⁰ È forse questa la maniera di interpretare, in modo congruente, le tesi di Raz sulla necessaria chiusura “analitica” dei sistemi giuridici. Cfr. J. Raz, *Legal Reasons, Sources, and Gaps*, in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit.

¹¹ Cfr. E. Bulygin, *Creación y aplicación del derecho*; Id., *En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria*, entrambi in *Lagunas en el derecho*.

¹² J.L. Rodríguez, *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, in «Doxa», 1999.

bile, con varietà di mezzi interpretativi, dal sistema assiologico soggiacente al diritto¹³. Benché tale accorgimento sia stato studiato al fine di attenuare alcune conseguenze insoddisfacenti nella spiegazione dell'applicazione di norme generali a casi concreti¹⁴, esso ha notevoli ricadute anche in tema di lacune giuridiche. Contro le stesse intenzioni dei suoi teorizzatori, la possibilità di fare riferimento a una rilevanza *lato sensu* (spesso desumibile soltanto implicitamente dal diritto, per mezzo di operazioni eminentemente valutative)¹⁵ non farebbe altro che aggravare il dilemma.

Secondo Atria, un giudice che seguisse la concezione positivista si troverebbe, infatti, dinanzi all'alternativa di applicare una regola ad una fattispecie individuata a partire (soltanto) da proprietà rilevanti *stricto sensu* o di ricorrere alla rilevanza *lato sensu* e perciò di poter rendere giuridicamente rilevante qualsiasi proprietà, con la conseguente possibilità di considerare le norme come standards intrinsecamente defettibili e creare i propri spazi di discrezionalità rispetto a ogni caso concreto¹⁶. I celebri esempi del caso giudiziario *Riggs v. Palmer* (mutuato da Dworkin) o del caso del "commesso viaggiatore" (ripreso da Fuller) renderebbero bene, secondo Atria, la natura del dilemma che deve affrontare qualsiasi giudice positivista: dirimere la controversia in modo "meccanico", facendo riferimento alle sole proprietà rilevanti desunte dalle norme giuridiche mediante un approccio meramente "letteralistico" (formalismo)? O invece interrogarsi circa la possibile rilevanza di altre proprietà, non esaustivamente elencabili, aprendo la norma a un'infinità di possibili eccezioni, con la conseguente insorgenza di un infinito numero di casi non regolati dal diritto, rispetto ai quali esercitare una piena discrezionalità (scetticismo)?

Le possibili risposte al dilemma sembrano dipendere, a tutta prima, dalla concezione delle lacune e, più in generale, (delle fonti) dei sistemi normativi adottate da ciascun autore. Ricostruire tali concezioni e la loro conseguente risposta al problema in esame sarà il nostro prossimo compito.

¹³ J.L. Rodríguez, *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, cit., pp. 355 ss.; Id., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, pp. 75 ss.; E. Bulygin, *En defensa de El Dorado*, cit., pp.80-82.

¹⁴ Cfr. M.C. Redondo, *Tesis de relevancia y regla de clausura de la relevancia. Positivismo excluyente, positivismo incluyente y positivismo indiferente*, in corso di pubblicazione negli atti del convegno "Homenaje a Eugenio Bulygin" (Barcellona, Universidad Pompeu Fabra, 16-17 giugno), p. 4 (le citazioni si riferiscono ai numeri di pagina dei papers presentati in occasione di tale congresso).

¹⁵ F. Atria, *Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces*, in *Lagunas en el derecho*, p. 179.

¹⁶ Cfr. J.L. Rodríguez, *La imagen actual de las lagunas en el derecho*, in *Lagunas en el derecho*, pp. 152-153.

2. Il dilemma preso sul serio

La risposta (come vedremo, non del tutto soddisfacente) di Bulygin al dilemma di Atria si articola nei seguenti due punti¹⁷.

1) La nozione di lacuna normativa configurata in *Normative Systems* è diversa dalla nozione di “caso non regolato” adoperata da Atria. In *Normative Systems* si definisce chiaramente la lacuna normativa come la mancanza di una soluzione per un caso individuato a partire da certe proprietà giuridicamente rilevanti. Nel contesto di *Normative Systems*, si può parlare di lacune normative soltanto in relazione a un sistema normativo, un universo di casi, e un universo di soluzioni determinati, di talché l’affermazione di Atria secondo cui la tesi delle fonti sociali comporta l’insorgenza di un’infinità di lacune sarebbe del tutto destituita di fondamento¹⁸. I casi cui fa riferimento Atria (scegliere il luogo di vacanza, tagliare il prato, vestirsi di nero, muovere il dito mignolo, salutare i vicini di casa, ecc.) sono situazioni che, da un lato, somigliano alle lacune normative, giacché non sono qualificate deonticamente dal diritto, ma, dall’altro, si distinguono da esse, in quanto le proprietà che le caratterizzano sono (tutte) giuridicamente irrilevanti. La circostanza che esse non siano qualificate deonticamente serve inoltre a distinguerle dalle lacune assiologiche, giacché queste ultime insorgono soltanto in presenza di un caso connesso con una soluzione, ritenuta insoddisfacente per il fatto di essere stata dettata senza tenere in conto una certa proprietà, che, secondo un qualche criterio valutativo, avrebbe dovuto invece essere considerata¹⁹.

Sulla base di queste osservazioni, occorre distinguere fra due diverse situazioni di “mancanza di regolamentazione giuridica”²⁰: i) le lacune normative, ossia quei casi che il diritto non regola, pur avendone la pretesa; e ii) i “casi giuridicamente irrilevanti”, ossia quei casi che il diritto non regola e non ha la pretesa di regolare.

All’interno della seconda categoria, sarebbe poi possibile realizzare un’ulteriore sotto-distinzione (relativa alla possibilità che tali casi siano presi in seria considerazione da un organo giudiziale) tra: iia) casi giuridicamente irrilevanti, ma che pongono questioni giudizialmente “serie”; iib) casi giuridicamente irrilevanti, che pongono questioni giudizialmente “poco serie” o “stravaganti”.

¹⁷ Un terzo punto riguarda la funzione propria degli organi giudiziari. Questo punto, per ragioni di economia espositiva, non verrà trattato, se non incidentalmente, in questa sede. Per un’analisi critica dettagliata e per una parziale confutazione degli argomenti (deboli) offerti da Atria e Bulygin cfr. P. Chiassoni, *Deber de juzgar y lagunas en el derecho*, in corso di pubblicazione negli atti del convegno “Homenaje a Eugenio Bulygin”.

¹⁸ P.E. Navarro, *Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial*, in *Lagunas en el derecho*, pp. 97 ss.

¹⁹ J.L. Rodríguez, *La imagen actual de las lagunas en el derecho*, cit., p. 148.

²⁰ J.L. Rodríguez, *La imagen actual de las lagunas en el derecho*, cit., pp. 149-150.

Benché la linea di confine tra casi seri e non seri sia alquanto labile, sarebbe possibile, secondo Bulygin, tracciare una distinzione netta tra i casi che il diritto ha la pretesa di regolare e quelli che sono invece totalmente irrilevanti. Ciò nonostante, i casi *sub* (i) e (iia) – come lo stesso Bulygin ammette – producono effetti del tutto simili in sede di applicazione giudiziale. Quando un caso all'apparenza giuridicamente irrilevante viene sottoposto all'attenzione del giudice, egli si trova di fronte ad almeno due possibilità²¹: considerare il caso poco serio e respingere senz'altro la domanda; considerare il caso giuridicamente serio e deciderlo, esattamente come nel caso delle lacune normative, in modo discrezionale, in favore dell'attore o del convenuto.

Il modello di *Normative Systems*, come emendato e integrato da Bulygin, sembra prevedere, quindi, accanto a uno spazio giuridico pieno (nel quale possono apparire, qua e là, degli spazi vuoti, *i.e.* delle lacune normative), uno spazio giuridico vuoto (*i.e.*: composto da condotte giuridicamente irrilevanti). Il confine, assai labile, tra questi due spazi è, in teoria, chiaro, giacché l'individuazione delle proprietà giuridicamente rilevanti consiste, per Bulygin, in una mera rilevazione empirica²². Tuttavia, nel caso delle decisioni giudiziali, la determinazione di tale confine viene lasciata – sembra di capire – alla discrezione dei giudici, i quali devono decidere quali domande, pur non fondate su norme del sistema giu-

²¹ E. Bulygin, *En defensa de El Dorado*, cit., p. 83: «Las conductas no reguladas, es decir, no prohibidas ni permitidas positivamente por una norma, pueden dar lugar a problemas similares a los que plantean las lagunas normativas. Esto ocurre cuando surge un conflicto respecto de la obligatoriedad de una conducta no regulada, que una parte afirma y la otra niega [...] Si el conflicto es llevado antes un juez, se abren dos posibilidades: si el problema le parece poco serio, el juez rechazará la demanda *in limine*, es decir, sin sustanciar el pleito y sin resolver el conflicto. Pero si el juez considera que el conflicto es suficientemente serio y merece una solución, entonces dará traslado de la demanda a la otra parte, seguirá todos los pasos procesales pertinentes y finalmente dictará una sentencia que resuelve el conflicto. Lo podrá hacer de dos maneras: haciendo lugar a la demanda o rechazándola. Y como por hipótesis no hay ninguna norma que se refiera a la conducta del demandado, el juez no está obligado a acoger la demanda, ni tampoco a rechazarla. Puede resolver el caso discrecionalmente, siguiendo sus propias valoraciones o las valoraciones que él atribuye a la sociedad o que cree correctas. Como en el caso de una laguna normativa, el juez tiene discreción».

²² Cfr. P.E. Navarro, *Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial*, cit., p. 99: «¿Por qué la buena fe del adquirente y del enajenante o el título oneroso son relevantes para la restitución de los bienes inmuebles en Argentina y, por el contrario, mover el dedo meñique no es relevante? [...] la respuesta no requiere ningún juicio de valor. Las normas del Código Civil correlacionan la presencia o ausencia de buena fe o título oneroso con un diferente *status* normativo de la acción de restituir el bien inmueble. Por el contrario, ninguna norma (del Código Civil, o de la jurisprudencia u otras fuentes del sistema argentino) correlaciona la presencia o ausencia de la propiedad mover el dedo meñique con una diferente solución al problema de la restitución de ese tipo de bienes».

ridico nel quale essi operano, debbano essere ritenute, nonostante ciò, degne di considerazione.

Tale ultima circostanza, tuttavia, non conduce, secondo Bulygin, allo scetticismo. Il fatto che, a volte, possa sorgere l'esigenza (del tutto contingente) di applicare, per analogia, la disciplina di casi regolati dal diritto a casi che il diritto non regola né ha la pretesa di regolare non conduce a sostenere che sempre vi sia una tale esigenza. I casi in cui il giudice sarebbe chiamato a creare diritto, nella duplice, e alternativa, funzione di colmare una lacuna normativa, o di risolvere un caso, che il diritto non regola né ha la pretesa di regolare, il quale gli appaia tuttavia giuridicamente serio, costituirebbero, dopo tutto, dei casi marginali²³: il che corroborerebbe la rappresentazione, che il giuspositivismo normativista ha di se stesso, di una concezione del diritto che costituisca una via di mezzo tra formalismo e scetticismo.

2) L'argomento di Atria secondo cui basterebbe aggiungere una proprietà irrilevante a un caso caratterizzato da proprietà rilevanti per produrre un caso non regolato (e per creare quindi spazi di discrezionalità giudiziale *ad libitum*) è fondato su un errore²⁴. L'errore sarebbe quello di interpretare i casi più fini di un particolare caso generico, regolato dal diritto, come casi non regolati, anziché come casi regolati dal diritto e risolvibili, in virtù del rinforzo dell'antecedente, semplicemente mediante l'applicazione delle norme che disciplinano il caso meno fine. Se, come accade in *Normative Systems*, si accetta la legge logica del rinforzo dell'antecedente, non si può che convenire che i casi più fini di un determinato caso generico, che siano caratterizzati dalla presenza di proprietà irrilevanti, devono essere risolti nello stesso modo del caso più generale (*i.e.* meno fine). L'aggiunta di una proprietà irrilevante a un caso risolto dal diritto non produce alcuna conseguenza per ciò che concerne la soluzione di quel caso e non apre in alcun modo la strada alla discrezionalità giudiziale.

Da una prospettiva appena diversa, si potrebbe dire che l'errore sarebbe costituito dall'identificare l'assenza di regolazione del caso più fine con le lacune assiologiche *à la* Alchourrón e Bulygin. Tale identificazione è del tutto ingiustificata, poiché, come si è accennato, le lacune assiologiche presuppongono la presenza di una soluzione normativa (pur considerata inadeguata), mentre i casi non regolati dal diritto sono, per definizione, privi di soluzione²⁵.

²³ Cfr. Bulygin, *El positivismo jurídico*, cit., p. 115: «no hay que perder de vista que estas situaciones [di indeterminatezza giuridica] son excepcionales. De modo que no me parece demasiado escandaloso sostener que en algunos casos excepcionales los jueces se apartan de lo dispuesto por las normas jurídicas».

²⁴ E. Bulygin, *En defensa de El Dorado*, cit., p. 84.

²⁵ Benché l'identificazione dei casi non regolati con le lacune assiologiche, come intese da *Normative Systems*, sia, per le ragioni appena menzionate, del tutto erronea, essa consente di avanzare un'importante osservazione, che Bulygin omette di considerare. Un caso che il diritto non regola né pretende di regolare è un caso caratterizzato *soltanto* da proprietà

Orbene, la soluzione che Bulygin dà al dilemma si basa sull'apparato concettuale ora tratteggiato. Ciò che consente di distinguere chiaramente tra giuridicamente rilevante e giuridicamente irrilevante è, banalmente, la tesi di rilevanza di un sistema giuridico, derivabile dalle sue norme, e nulla più. La tesi di rilevanza ci permette di dire quali sono i casi che il diritto ha la pretesa di regolare, e di individuare i casi rispetto ai quali tale pretesa è stata realizzata e quelli rispetto ai quali ciò non è avvenuto (lacune normative).

Questa ricostruzione è stata tacciata di "formalismo" da Atria, in quanto celebrerebbe un'ingiustificata opzione "intenzionalistica" in tema di accertamento della rilevanza delle proprietà che costituiscono un caso (sarebbero rilevanti soltanto le proprietà concepite come tali dal legislatore). Per rispondere alle accuse di Atria, Bulygin – come s'è detto – introduce il concetto di rilevanza-B o rilevanza *lato sensu*. Con l'introduzione di tale secondo tipo di rilevanza, Bulygin sembra però aver minato, in un certo senso, la compattezza della costruzione teorica di *Normative Systems*. Il concetto di rilevanza-B è, infatti, tutt'altro che preciso e può essere ricostituito in modi affatto differenti, con un conseguente offuscamento del limite tra casi rilevanti e irrilevanti.

Bulygin sembra intendere la rilevanza-B come la rilevanza che si può desumere dalla presunta *ratio* di una norma, con tutti i ben noti problemi relativi al concetto di *ratio*²⁶. La rilevanza-B può essere altresì concepita come una rile-

descrittivamente irrilevanti. Mentre un caso di lacuna assiologica è un caso caratterizzato da alcune proprietà *descrittivamente* rilevanti e altre proprietà *prescrittivamente* rilevanti (ma *descrittivamente* irrilevanti). Orbene, nulla impedisce di vedere un caso verso cui il diritto non ha alcuna pretesa di regolamentazione, ma che viene considerato da un qualche interprete come caratterizzato da proprietà prescrittivamente rilevanti, come un difetto assiologico del sistema. Se le lacune assiologiche insorgono in presenza di una soluzione normativa (ritenuta) inadeguata, le situazioni in esame insorgono in mancanza di qualsiasi soluzione normativa. Nondimeno, tali situazioni, come le lacune assiologiche, sono caratterizzate da alcune proprietà (prescrittivamente) rilevanti di cui il legislatore avrebbe dovuto tenere conto, ma che ha ommesso di considerare. Quando si dice che un caso, pur non essendo stato regolato, è giuridicamente "serio" si dice, in buona sostanza, che esso manca di una soluzione di cui dovrebbe essere fornito. A ben vedere, il *nomen* di "lacuna assiologica" calzerebbe più per questa situazione che per quella cui si riferiscono Alchourrón e Bulygin. Seguendo P. Chiassoni, *Lacune nel diritto: appunti per una tipologia realistica*, in L. Triolo (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, Giappichelli, 2001; pp. 51 ss., possiamo convenire di chiamare "lacuna assiologica sostitutiva" la situazione cui fanno riferimento Alchourrón e Bulygin, e "lacuna assiologica additiva" la situazione in cui manca una norma che invece dovrebbe disciplinare la situazione non regolata, in quanto irrilevante.

²⁶ "Ratio legis" è, secondo G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 344-345: «espressione palesemente e macroscopicamente ideologica; nella sua formulazione tipica si riferisce non ad una nozione empirica ma a una nozione metafisica; come dottrina è storicamente servita ad una operazione ideologico-politica ben determinata, cioè l'operazione di distinguere tra l'enunciato pre-

vanza “all-things-considered”, derivante da un supplemento di identificazione e di interpretazione degli enunciati che compongono la base di un ordinamento giuridico, supplemento reso necessario dall’inadeguatezza della disciplina giuridica accertata *prima facie*. Essa può però essere anche intesa come una rilevanza che si riferisce al livello dei principi (relegando la rilevanza-A al livello delle regole), con la possibilità di individuare almeno due tesi di rilevanza del sistema giuridico rispetto a ogni questione di diritto²⁷. È evidente che l’intrecciarsi delle due rilevanze, A e B (come le si voglia intendere), può dare adito a tesi di rilevanza discordanti e a difformità di soluzioni a seconda del livello di rilevanza cui si fa riferimento. Inoltre, casi giuridicamente irrilevanti in senso A possono essere considerati rilevanti in senso B (si pensi ad es. al danno biologico in Italia prima degli anni ’70), di talché non è per nulla agevole distinguere ciò che è giuridicamente rilevante da ciò che non lo è (lo spazio giuridico pieno da quello vuoto).

E qui gli argomenti di Atria riprendono tutto il loro vigore. La soluzione del dilemma proposta da Bulygin condurrebbe alla proposizione di altri (forse più delicati) problemi teorici.

Secondo Atria, la questione non è ben posta in questi termini (*i.e.*: nei termini di Bulygin), giacché si può dire che il diritto avanzi delle “pretese” di regolamentazione solo in senso figurato. Fuor di metafora, il diritto dovrebbe regolare ciò che la sua “migliore interpretazione” richiede che esso regoli. Soltanto un criterio normativo (non descrittivo) permette di distinguere nettamente tra ciò che è rilevante e ciò che non lo è. Atria è assai chiaro al riguardo: «[...] sólo argumentos normativos (morales), que deben su valor no a estar basados en fuentes, sino a que son correctos, permiten hacer esta distinción. Los casos que el de-

cettivo ed i soggetti politici che ne ispirano la formulazione, rendendo il primo autonomo dai secondi in modo che: a) l’obbedienza comunque intesa al primo potesse coesistere con la violazione ed il sabotaggio delle intenzioni reali dei secondi; ma per converso b) l’obbedienza al primo potesse venire scissa, dal punto di vista dell’assunzione di responsabilità politica, dall’obbedienza ai secondi. Si tratta di una dottrina tendente a rendere l’attività del ceto giuridico tecnicamente autonoma dal sistema politico in cui tale attività si svolge; e, se originariamente connessa alla dottrina della separazione dei poteri e a certi elementi dell’ideologia liberale, tale dottrina può essere usata, come storicamente è stata usata, per altre operazioni a livello ideologico contrastanti con quella accennata e contrastanti tra loro. Comunque è dottrina largamente accolta dal ceto giuridico (*et pour cause*); ed ha avuto fra l’altro l’effetto di squalificare l’esigenza di supplementi di informazioni, persino sotto la forma di ricorso ai Lavori preparatori e alle Relazioni». Cfr. anche R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 151, n. 49.

²⁷ Inoltre, come ha acutamente osservato Cristina Redondo, con il concetto di rilevanza-B si può fare riferimento, indifferentemente, a casi che il diritto non regola, ma ha la pretesa di regolare, e casi regolati soltanto implicitamente dal diritto. Cfr. M.C. Redondo, *Tesis de relevancia y regla de clausura de la relevancia*, cit., p. 4, n. 12.

recho pretende solucionar son los casos que, en la mejor interpretación, el derecho *debe* pretender solucionar»²⁸.

È questa la soluzione che Atria propone per il dilemma: una resa incondizionata del positivismo metodologico. Tuttavia, prima di chiedere all'*approach* positivista di dichiarare il proprio fallimento, conviene analizzare più a fondo la posizione di Atria: il che permetterà di rendersi conto di come essa, sottoposta a uno scrutinio appena meno superficiale, appaia pervasa da una contraddizione insanabile.

Atria sostiene che il diritto può presentare delle lacune normative, ma che v'è la possibilità di rinvenire una risposta corretta (quantomeno a livello processuale) per ogni caso. Nei casi di mancata regolazione giuridica infatti il giudice può decidere un caso, rigettando la domanda proposta dall'attore. Tale tesi poggia sull'assunto – assai discutibile – che vi sia (meglio: vi debba essere) un'asimmetria tra la decisione che accoglie la domanda e quella che la rigetta²⁹: se la pretesa di chi agisce in giudizio non è fondata su di una qualche norma del sistema giuridico il giudice deve senz'altro rigettare la domanda, non nel merito ma “per ragioni istituzionali”. Negare tale asimmetria condurrebbe allo scetticismo, posto che il giudice potrebbe, come s'è visto, creare i propri spazi di discrezionalità, qualificando il caso come “non regolato”, in forza di una qualche proprietà non *stricto sensu* rilevante. Difendere la tesi dell'asimmetria metterebbe, quindi, Atria al coperto da possibili accuse di scetticismo.

Atria, da parte sua, ritiene di poter rifuggire pure l'ignominiosa accusa di “formalista” arguendo in favore della natura “valutativa” dell'applicazione giuridica³⁰. È vero, esistono delle norme, che “reagiscono” all'avverarsi di fatti operativi descritti in modo (più o meno) preciso nel loro antecedente, ma la loro applicazione deve essere “modulata” a seconda delle ragioni di correttezza morale che ne costituiscono la migliore giustificazione possibile, e giudicata in ragione degli effetti che essa produce. Il caso del “commesso viaggiatore” di Fuller è, in questo senso, paradigmatico. Il giudice considera valida la norma che impone di punire chi dorme in stazione, ma ne adegua l'applicazione (disapplicandola) riguardo al caso “anomalo” del commesso viaggiatore addormentatosi, alle 3 di notte, dopo un giorno di duro lavoro, in attesa di un treno in ritardo. Benché non sia semplice dire che cosa intenda sostenere Atria quando afferma che si può adeguare l'applicazione di una norma disapplicandola, egli è assai chiaro nell'affermare che chiunque definisca questa operazione come «“creación del derecho” oscurece una diferencia que creo que es importante mantener: la diferencia [...] entre el juez que adecua la aplicación al caso particular de una norma

²⁸ F. Atria, *Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo*, cit., p. 67.

²⁹ F. Atria, *Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo*, cit., pp. 64-65.

³⁰ Cfr. Atria, *On Law and Legal Reasoning*, cit., p. 166 ss.

cuya validez no discute (el caso insignia de Dworkin, “Riggs v. Palmer”, es un buen ejemplo de esto) y el juez que cree que su deber moral es violar el derecho porque éste es demasiado injusto»³¹.

Anche questa tesi di Atria non persuade³². Anzitutto, non è chiaro che cosa significhi che un giudice ritenga di avere il dovere morale di violare il diritto. Tutto il diritto? In ogni caso? O solo alcune sue norme, in alcuni casi dagli esiti (ritenuti) insopportabilmente ingiusti? Possiamo senz'altro immaginare un giudice che si oppone a un regime di segregazione razziale, sabotando la legislazione razzista, ma che applica senza problemi una norma che disciplina il contratto di locazione fra due soggetti, a prescindere dalla loro etnia o appartenenza culturale, dando, per esempio, ragione all'attore che richiede il pagamento dei canoni arretrati non corrisposti.

Se così è, sembra evidente che vi sia soltanto una differenza di grado, ma non qualitativa, fra un giudice che disapplica una norma perché ritiene che i suoi effetti siano moralmente inadeguati, applicando al medesimo caso una norma diversa (di sua creazione), e il giudice che disapplica molte norme di un ordinamento, perché lo ritiene essenzialmente ingiusto.

Secondo Atria, tuttavia, questa distinzione sarebbe irrinunciabile ai fini di chiarire il concetto di “fedeltà alla legge” (*rectius*, al diritto): identificando l'adeguamento con il “sabotaggio” si correrebbe il rischio di ridurre tale fedeltà a un «formalismo assurdo»³³.

Sta di fatto che i giuspositivisti esplicherebbero entrambe le situazioni come casi di modificazione del diritto, e gli antipositivisti *à la* Dworkin come casi di applicazione dell'ideale di *law as integrity*, e quindi come casi di applicazione del diritto *in its best moral light*³⁴.

³¹ F. Atria, *Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo*, cit., p. 48. Cfr. Anche Id., *On Law and Legal Reasoning*, cit., pp. 114-115.

³² Una esplicazione più felice potrebbe essere approntata usando la distinzione tra disposizione e norma. Alla luce di questa distinzione, si potrebbero distinguere due diverse situazioni. 1) Un giudice ritiene invalida una certa disposizione DN₁ perché tutte le sue possibili interpretazioni producono risultati troppo ingiusti: egli quindi la espelle dall'ordinamento. 2) Una particolare interpretazione di DN₁ produce risultati (ritenuti) moralmente iniqui. Il giudice reinterpreta DN₁ affinché essa esprima una norma moralmente più adeguata. Cfr. R. Guastini, *L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*.

³³ F. Atria, *Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo*, cit., p. 48.

³⁴ Paradigmatico in questo senso è il volume di D. Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems*, Oxford, Clarendon, 1991, spec. cap. 8. Cfr., per esempio, quanto scrive Dyzenhaus a p. 177: «the lesson learnt from the adjudication of hard cases in a wicked legal system is not one which those who regard their legal systems as benign by comparison can ignore as the aberration of a distant place».

Bulygin spiega la situazione dell'adeguamento di una norma nell'atto della sua applicazione come un caso di "interferenza" tra rilevanza A e B (con tutti i problemi che sono stati innanzi richiamati). Atria, dal canto suo, ritiene che l'adeguamento morale di una norma non concretizzi un caso di modificazione, ma, al contrario, un caso di applicazione corretta (corretta, ovviamente, alla luce di certi criteri morali "oggettivi")³⁵. Come spesso ripete Atria, lasciando arrugginire la vecchia ghigliottina di Hume, il diritto è differente perché deve essere differente.

Ma, se così è, allora è Atria – e non (solo) Bulygin – a fare da pendolo tra formalismo e scetticismo. Da un lato, egli sostiene infatti che il giudice non ha mai discrezionalità (mediante la tesi dell'asimmetria), dall'altro egli sostiene – o, meglio, è costretto a sostenere, per i motivi di cui sopra – che il giudice ha sempre discrezionalità (mediante la tesi dell'adeguazione morale dell'applicazione delle norme), tesi appena mitigata dalla circostanza che tali valutazioni sarebbero dettate da non meglio specificati criteri di correttezza "oggettivi".

Nella posizione di Atria sembra quindi esservi un'aporia di fondo, che inficia il suo intero argomento. Da una parte, egli afferma che il diritto può presentare dei casi di lacuna normativa e che in tali evenienze il giudice non gode di alcuna discrezionalità, giacché deve rigettare la domanda dell'attore. D'altra parte, egli afferma pure che il diritto risolve tutti i casi che esso, interpretato *in its best moral light*, deve risolvere³⁶: ne segue che il diritto deve necessariamente essere completo (*i.e.* non può contenere lacune), giacché risolve tutti i casi che, per ragioni di correttezza morale, deve risolvere, e il giudice non gode di alcuna discrezionalità, perché può sempre rinvenire una risposta a qualsiasi caso concreto che gli si presenti, utilizzando degli argomenti morali corretti³⁷. È come se Atria difendesse, allo stesso tempo, le tesi, rigorosamente positiviste, che Dworkin attribuisce ad Hart, e le tesi che Dworkin contrappone ad esse³⁸.

³⁵ F. Atria, *Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces*, cit., p. 165.

³⁶ Cfr. F. Atria, *Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo*, cit., p. 64: «El derecho *debería ser* diferente, por lo tanto, *es* diferente. Si argumentos de este tipo son rechazados como "políticos pero no jurídicos", entonces lo que queda es formalismo. Esos argumentos morales no valen porque estén basados en fuentes, sino porque son correctos»; p. 67: «Los casos que el derecho pretende solucionar son los casos que, en la mejor interpretación, el derecho debe pretender solucionar»; e p. 70: «el derecho *pretende regular* todos los casos que *debe* regular. Aquí lo que importaría no es si, de acuerdo con las reglas basadas en fuentes, el derecho *regula* un caso, sino si, de acuerdo a la mejor interpretación del derecho como un concepto interpretativo, el derecho *debería* regular un caso». Cfr. altresì Id., *Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces*, cit., p. 178: «el derecho pretende regular los casos que *debe* pretender regular».

³⁷ Sulla pretesa di completezza delle teorie "interpretative" del sistema, cfr. M.C. Redondo, *Lógica y concepciones del derecho*, in "Isonomia", 13, 2000.

³⁸ Cfr. F. Atria, *Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo*, cit., p. 64.

Per chiarire questa affermazione, può essere utile ricordare brevemente un caso che Dworkin discute in uno dei suoi ultimi lavori: il «caso Sorenson»³⁹. In breve, i fatti erano i seguenti: Mrs. Sorenson soffriva di artrite reumatoide; per tale ragione assunse per molti anni un farmaco generico – l'*inventum* – al fine di alleviare i dolori che tale malattia le provocava. Nell'assumere regolarmente tale farmaco, Mrs. Sorenson subì un danno cardiaco permanente, a causa di alcuni effetti collaterali che le società produttrici del farmaco non portarono a conoscenza dei consumatori. Nel periodo in cui Mrs. Sorenson si sottopose al trattamento, undici diverse società producevano il farmaco in questione. Non potendo provare quale marca specifica di farmaco le avesse procurato il danno fisico, Mrs. Sorenson citò tutte le undici compagnie, sostenendo che ciascuna di esse fosse responsabile nei suoi confronti in proporzione alla sua quota di mercato. I giudici le diedero ragione, pur in mancanza di appigli normativi diretti concernenti la *market share liability*, facendo riferimento ad alcuni principi inespressi, (ritenuti) soggiacenti al diritto della responsabilità civile.

Orbene, secondo Dworkin, un giudice che avesse abbracciato una fede positivista, accettando la tesi delle fonti sociali, avrebbe invece dato ragione all'impianto difensivo predisposto dagli avvocati delle compagnie farmaceutiche⁴⁰:

La tesi delle fonti sostenuta da Hart è ben lungi dall'essere neutrale rispetto alle parti del «caso Sorenson». Nessuna delle «fonti» che Hart aveva in mente disponeva che le persone nella posizione di Mrs. Sorenson avessero titolo al risarcimento dei danni in ragione della responsabilità relativa alle quote di mercato, o stipulava uno standard morale che producesse una simile conclusione. Di conseguenza, se Hart ha ragione, Mrs. Sorenson non avrebbe potuto sostenere che il diritto fosse dalla sua parte. E infatti gli avvocati delle società coinvolte nel caso sostennero davanti alla corte la medesima tesi che Hart difende nel suo libro. Essi affermarono che la domanda di Mrs. Sorenson non poteva essere accolta perché non v'era nulla, nel diritto espresso di quello stato, così come identificato secondo le convenzioni giuridiche vigenti, che ne contemplasse una soluzione.

³⁹ Cfr. R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press, 2006, pp. 143 ss.

⁴⁰ R. Dworkin, *Justice in Robes*, cit., p. 164: «Hart's sources thesis is very far from neutral between the parties in Mrs. Sorenson case, for example. No "source" of the kind Hart had in mind had provided that people in Mrs. Sorenson's position are entitled to recover damages on a market-share basis, or stipulated a moral standard that might have that upshot or consequence. So if Hart is right Mrs. Sorenson cannot claim that law is on her side. Indeed, the drug companies' lawyers made exactly the same argument in court as Hart made in his book. They said that her claim fails because nothing in the explicit law of the state, as identified by settled legal conventions, provides for such a claim».

Un giudice che seguisse la teoria di Atria (giudice che potremmo convenire di chiamare, per i motivi sopra esposti, “Hamlet”) dovrebbe far fronte a una tensione pratica pressoché irresistibile: o respingere la domanda di Mrs. Sorenson, e dare quindi ragione alle compagnie farmaceutiche, per mancanza di una regola primaria da applicare (prima tesi di Atria, che Dworkin attribuisce a Hart, e più in generale al giuspositivismo), o dare ragione a Mrs. Sorenson, perché esigenze di giustizia morale impongono che il diritto debba prevedere una soluzione favorevole a Mrs. Sorenson: il diritto prevede tale conseguenza perché *deve* prevederla (seconda tesi di Atria, che lo stesso Dworkin sostiene). *Ergo*, il giudice Hamlet si troverebbe a decidere *ad libitum*, contro le stesse intenzioni del suo ideologo, se dare ragione a Mrs. Sorenson o alle compagnie farmaceutiche, in base a due ricostruzioni del diritto inconciliabili, ma entrambe presenti nella teoria cui s’ispira.

Certo, Atria potrebbe controbattere che il diritto potrebbe egualmente presentare delle “lacune”, in quei casi che *sono* giuridicamente irrilevanti *perché devono* essere irrilevanti. Rispetto a tali casi, il giudice non godrebbe di alcuna discrezionalità, visto che dovrebbe limitarsi a rigettare la domanda dell’attore. Nondimeno, anche tale replica si basa su di un assunto ingiustificato, *i.e.* sull’esistenza in ogni sistema giuridico di una norma che impone al giudice di respingere qualsiasi caso all’apparenza giuridicamente irrilevante – circostanza smentita da una semplice rilevazione empirica delle norme che compongono i sistemi giuridici occidentali moderni (i quali il più delle volte, lungi da contemplare una “regola dell’asimmetria”, contemplano per alcuni loro sotto-settori quella che Bobbio ha chiamato “norma generale inclusiva”)⁴¹.

L’esito della ricerca che abbiamo svolto fin qui pare non del tutto privo di interesse: da un lato, si è argomentato che le risposte di Bulygin al dilemma, per quanto apparentemente soddisfacenti, aprono altri dilemmi, di ancor più difficile soluzione; dall’altro, abbiamo visto come la concezione di Atria si avvii in un’insanabile contraddizione di fondo, molto più drammatica del dilemma che essa stessa pone al giuspositivismo.

Qui giunti, pare opportuno volgere alla ricerca di una posizione soddisfacente, passando a considerare la plausibilità di un’altra concezione del diritto, difesa nel corso del dibattito sulle lacune che stiamo esaminando: l’antipositivismo “principlista”.

3. *L’apparente aggiramento del dilemma*

Le concezioni antipositiviste sembrano, a prima vista, poter evitare facilmente il dilemma. Ciò che occorre è una tesi delle fonti un po’ meno parca di

⁴¹ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 254 ss.; P. Chiassoni, *Lagunas en el derecho y deber de juzgar*, cit., p. 8.

quella positivista e una conseguente concezione della struttura dei sistemi giuridici più articolata⁴². Il diritto – sostengono i fautori dell'antipositivismo principialista – non è composto da sole norme, basate su fonti formali, che connettono precise circostanze fattuali a non meno precise conseguenze giuridiche (norme che si suole chiamare “regole”), ma anche da altri standards normativi (i principi) i quali hanno una struttura diversa da quella delle regole, funzionano in maniera differente nell'interpretazione e nel ragionamento giuridico, sono validi (non tanto per ragioni formali, quanto) per ragioni di correttezza etica⁴³ e, pertanto, costituiscono un “ponte” tra diritto e morale, schiudendo l'ordinamento giuridico alla etero-integrazione. Il diritto, incompleto al livello delle regole, sarebbe invece completo al livello dei principi.

In questo senso si muove l'intervento *ad adiuvandum*, in favore di Atria, di Juan Ruiz Manero. Secondo Ruiz Manero, le conclusioni cui giunge il “modello classico” di Alchourrón e Bulygin sarebbero «fuertemente contrastante[s] con las creencias compartidas entre los juristas»⁴⁴.

I giuristi infatti riterrebbero, secondo Ruiz Manero: i) in primo luogo, che le soluzioni consacrate dalle regole vadano soggette ad eccezioni implicite non del tutto prevedibili, che scaturiscono dall'influenza dei principi sulle regole medesime, di talché «cuando ellos mismos [i giuristi] se apartan de la solución prede-terminada por una regla, entienden que hacen tal cosa por razones jurídicas y que también en tales casos aplican el derecho y no lo modifican con arreglo a sus preferencias personales»⁴⁵; e ii) in secondo luogo, che un'assenza di regolazione al livello delle regole non implica che il diritto non contenga degli elementi (segnatamente, i principi) che determinino una qualche conseguenza giuridica. Sostiene Ruiz Manero che «[...] en todo caso, la discusión acerca de si la conducta en cuestión debe [...] considerarse finalmente como no vinculada jurídicamente o prohibida es una discusión acerca de lo que el derecho, considerados todos los

⁴² Secondo J. Ruiz Manero, *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, in *Lagunas en el derecho*, p. 116, il positivismo giuridico offre una «desfiguración por empobrecimiento de lo que debe entrar en línea de cuenta a la hora de establecer el contenido del derecho».

⁴³ Sulla natura (giuridica, anziché morale) dei principi cfr. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 23-24. Revoca in dubbio la natura strettamente giuridica dei principi, così come concepiti da Atienza e Ruiz Manero, B. Celano, *Principi, regole, autorità*, in “Europa e diritto privato”, 2006, 3, pp. 1080-1081, specie nn. 38-39.

⁴⁴ J. Ruiz Manero, *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, cit., p. 111. Come vedremo, un argomento simile è utilizzato anche da J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 241: «si podemos defender confiadamente la tesis de la respuesta correcta es porque ésta se ajusta dentro de nuestro esquema total de creencias acerca de la práctica jurídicas más coherentemente que sus rivales».

⁴⁵ J. Ruiz Manero, *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, cit., p. 110.

factores, determina para el caso», e non una discussione sull'uso di un potere discrezionale impiegato al fine di risolvere un caso non regolato dal diritto.

Pare opportuno indagare più a fondo i presupposti e l'articolazione di questa concezione.

Un primo presupposto della teoria di Ruiz Manero consiste nel configurare il diritto come un insieme di norme appartenenti a due livelli distinti, tra i quali esiste una netta cesura, di natura "ontologica"⁴⁶.

Ruiz Manero, sulla base di alcuni lavori precedenti pubblicati insieme a Manuel Atienza, distingue i principi dalle regole sulla base di due caratteristiche: i) i principi sono norme categoriche (*i.e.*: ad antecedente tautologico)⁴⁷; ii) pongono dei doveri (non conclusivi, ma solo) *prima facie*, che diventano conclusivi solo ove non siano superati da doveri posti da altri principi più "pesanti"⁴⁸.

⁴⁶ La distinzione tra regole e principi è stata declinata in modi molti diversi che, per ragioni di spazio e di tempo, non possono in questa sede essere richiamati, se non per rapidissimi cenni. I principi si distinguerebbero dalle regole per non meno di quattro caratteristiche: i) sono norme particolarmente generali e/o indeterminate; ii) hanno spesso una posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto alle altre norme del sistema; iii) "spiegano" e/o giustificano una grande quantità di norme di dettaglio; iv) sono norme a fattispecie aperta e/o defettibili. È evidente che non tutte queste caratteristiche devono essere presenti in una norma affinché si possa parlare di "principio" e che nessuna di esse permette di tracciare una distinzione forte tra principi e regole. La bibliografia in tema di principi è sterminata. Cfr. almeno R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, cit.; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978; A. Garcia Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1998; L. Gianformaggio, *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata sui principi*, in Id., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit.; M. Jori, *I principi nel diritto italiano*, in Id., *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985; J.J. Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*; Id., *Conflitti tra principi costituzionali*, in "Ragion pratica", 18, 2002; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2002; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1992; J.L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

⁴⁷ Cfr. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, cit., pp. 31-32; sul punto, cfr. altresì J.J. Moreso, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, cit., p. 95.

⁴⁸ J. Ruiz Manero, *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, cit., p. 121.

Un secondo presupposto consiste nell'omologare, quantomeno per ciò che concerne gli effetti processuali, le situazioni di permesso positivo (autorizzazione espressa) e di permesso negativo (assenza di divieto)⁴⁹.

Un terzo presupposto, infine, consiste nel distinguere tra permesso *prima facie* e permesso "tutto considerato", distinzione che scaturisce dal fatto che i principi possono influenzare lo status normativo di una condotta nel modo seguente: nel diritto penale, possono far sì che una condotta prima facie vietata (da regole, si intende) risulti "all-things-considered" permessa; in campi diversi da quello penale, possono fare in modo che una condotta *prima facie* proibita risulti, tutto considerato, permessa, e che una condotta *prima facie* permessa risulti, tutto considerato, proibita.

Tutti e tre i presupposti appaiono alquanto discutibili.

Ruiz Manero sostiene che i principi (o quantomeno alcuni di essi) presentano una struttura intrinsecamente diversa da (e irriducibile a) quella delle regole: da ciò la "grande divisione" tra questi due tipi di standard normativo. Secondo Ruiz Manero, la forma logica di un principio sarebbe quella di una norma categorica defettibile: "In ogni situazione, ogni individuo può (o non può) compiere X, a meno che vi siano più forti ragioni in contrario". Quale sarebbe la differenza con le regole? Anche le regole (o almeno alcune di esse) possono essere ricondotte alla forma logica delle norme categoriche defettibili (si pensi a "Vietato rubare, a meno che non si versi in stato di necessità o in stato d'indigenza o in stato di incapacità non procurata, ecc.>"). Nelle regole, tuttavia, la condotta oggetto di qualificazione deontica sarebbe – come dice von Wright⁵⁰ – condizione essa stessa della possibilità di adempiere la regola. Non possiamo rubare se non si dà una situazione in cui ciò sia (empiricamente) possibile, nello stesso modo in cui non possiamo adempiere al comando "Chiudi la porta!" se non c'è una porta aperta nella situazione spazio-temporale in cui questa norma ci viene rivolta. I principi, tuttavia, per la loro estrema generalità e indeterminatezza (caratteristica, peraltro, che li differenzerebbe dalle regole per una questione di mero grado, e non di "natura") possono intervenire in qualsiasi situazione⁵¹. È difficile, per esempio,

⁴⁹ J. Ruiz Manero, *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, cit., p. 118: «la disponibilidad de la acción para el sujeto, en relación con ese sistema de normas, es la misma tanto si la acción no está regulada por el sistema como si la acción está permitida por el sistema». Si può osservare che, in J. Ruiz Manero, *Algunos límites de la teoría del derecho de Alchourrón y Bulygin*, in "Isonomía", 12, 1999, e M. Atienza, J. Ruiz Manero, *La piezas del derecho*, cit., si critica l'opportunità di individuare una specifica categoria dei permessi, e si argomenta a favore della loro riconduzione ad altre categorie: in particolare, al divieto e all'abrogazione.

⁵⁰ G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 74: «We shall call a norm [...] categorical if its condition of application is the condition which must be satisfied if there is going to be an opportunity for doing the thing which is its content, and no further condition».

⁵¹ Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 309 ss.

concepire una situazione rispetto alla quale sia completamente irrilevante il principio della tutela della salute, o il principio dell'eguaglianza materiale.

È un passo breve quello che conduce da queste considerazioni all'assunto secondo cui il diritto è completo proprio perché (e fintantoché) contempla (e contiene) principi di questo tipo⁵². E pare essere proprio questa l'idea di Ruiz Manero quando sostiene che «las lagunas [...] aparecen como déficits de dos tipos del sistema de reglas preestablecidas en relación con exigencias derivadas de los principios que las justifican»⁵³.

Più precisamente, la lacuna normativa si configurerebbe come l'assenza di una regola, che correli un caso con una soluzione, che sia richiesta dal bilanciamento dei principi rilevanti di un dato sistema giuridico. La lacuna assiologica, da parte sua, sarebbe la situazione in cui una regola risolve un determinato caso, senza considerare rilevante una proprietà che dovrebbe essere ritenuta tale in ragione del bilanciamento dei principi rilevanti di quel dato sistema giuridico⁵⁴. Le lacune (sia normative sia assiologiche) esistono, perciò, soltanto al livello delle regole. Ma i principi svolgono un doppio ruolo che permette di integrare questi due tipi di «incompletezza»: da un lato, essi permettono di risolvere tutti i casi rilevanti⁵⁵; dall'altro, essi permettono altresì di adeguare l'applicazione delle regole (sempre potenzialmente sovra- o infra-inclusive rispetto alla loro giustificazione) al caso concreto. Questa concezione consentirebbe, secondo Ruiz Manero, di «dar cuenta de cómo, cuando los tribunales dejan de lado – como fundamento de su decisión – una regla jurídica aplicable en virtud de sus términos al caso de que se trate, pueden estar haciéndolo por razones jurídicas, y dictando así la resolución exigida por el derecho. Sin dejar de reconocer la pretensión de autoridad del derecho sobre sus órganos de aplicación, fidelidad al derecho y coherencia valorativa de las decisiones que reconcilian»⁵⁶. Ricapitolando: il diritto è completo e coeso (in quanto fornisce i mezzi per un continuo bilanciamento dei valori che lo contraddistinguono e un continuo adeguamento delle regole alle loro ragioni

⁵² Ovviamente, è possibile concepire molti tipi di principi, con riferimento alla loro (diversa) generalità. La tesi difesa nel testo è che dei principi molto generali, la cui forma logica sia quella delle norme categoriche, possono chiudere l'ordinamento giuridico, nel senso che possono essere utilizzati per conferire rilevanza a (e, al contempo, per dettare una soluzione per) ogni tipo di fattispecie.

⁵³ J. Ruiz Manero, *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, cit., p. 123.

⁵⁴ J. Ruiz Manero, *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, cit., p. 123.

⁵⁵ Tutti i casi, tuttavia, sembrerebbero essere rilevanti nella concezione di Ruiz Manero. Egli sostiene infatti che, a prima vista, tutte le condotte non regolate dal diritto (non solo penale) sono da considerarsi «libere»: il che implica la vigenza di un principio di libertà molto simile a «Tutto ciò che non è vietato è permesso» (principio che dovrà essere ponderato, però, con altri principi). Cfr. J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., pp. 122 ss.

⁵⁶ J. Ruiz Manero, *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, cit., p. 125.

sottostanti), esso fornisce perciò una risposta (corretta) per ogni caso, e i giudici non godono di alcuna discrezionalità⁵⁷.

L'omologazione degli effetti giudiziali del permesso positivo e del permesso negativo pare dubbia in quanto omette di considerare alcune conseguenze, non trascurabili, che possono prodursi, nell'ambito di una decisione giurisdizionale, in caso di mancanza di una norma permissiva che regoli un caso di specie.

Per chiarire questa affermazione, si può utilizzare un esempio simile al caso della "coppia scozzese", reso celebre da Atria in *On Law and Legal Reasoning*. Una coppia di coniugi appena sposati non è d'accordo su dove passare le vacanze: il marito vuole andare in Francia, la moglie in Sud Africa. Il marito cita la moglie in giudizio affinché il giudice le imponga di seguirlo in Francia.

Orbene, Ruiz Manero sostiene che ove manchi una regola che disciplini la fattispecie, la condotta non regolata è, almeno *prima facie*, libera: il giudice non può imporre alla moglie di seguire il marito in vacanza, poiché non v'è alcuna norma che stabilisca tale conseguenza giuridica. La stessa cosa – sostiene Ruiz Manero – accadrebbe se il sistema includesse una norma permissiva che stabilisse l'autorizzazione, in capo a ciascun coniuge, di non seguire l'altro per le vacanze. Da qui l'omologazione "processuale" tra permessi deboli e permessi forti.

Prendiamo un sistema normativo SN_1 in cui vigano il principio d'eguaglianza formale⁵⁸ (P_1) e quello che possiamo convenire di chiamare "principio di eguaglianza temperata dei coniugi"⁵⁹ (P_2), secondo cui il diritto può prevedere dei limiti all'eguaglianza dei coniugi a garanzia dell'unità familiare. È possibile domandarsi quali siano le conseguenze dell'introduzione in un sistema siffatto di una regola (R_p) che autorizzi espressamente ciascun coniuge a non seguire l'altro per le vacanze.

Orbene, una possibile ponderazione di P_1 e P_2 , in favore di P_2 (la cui ponderazione-prodotto possiamo indicare con " $P_2 > P_1$ "), permetterebbe di discriminare la situazione della moglie da quella del marito (a favore di uno dei due) nel caso della scelta del luogo di vacanze (per esempio, stabilendo, che a scegliere debba essere la parte economicamente più debole). Ebbene, se vige, nel sistema giuridico in questione, una regola permissiva sul tipo di R_p , la ponderazione-prodotto $P_2 > P_1$ è suscettibile di porre in essere tutt'al più una tensione assiologica, ma è dubbio che riesca ad avere una forza tale da superare il disposto della regola R_p . Lo stesso non accade se SN_1 non contiene alcuna norma permissiva concernente la fattispecie in esame: la possibilità di ponderare i due principi in parola dà al

⁵⁷ S'intende che il bilanciamento, secondo Ruiz Manero, non è cosa discrezionale: il che pare sensato solo se si presuppone una qualche forma di oggettivismo morale.

⁵⁸ Cfr., per es., l'Art. 3, c. 1 Cost.: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

⁵⁹ Cfr., per es., l'Art. 29, c. 2 Cost.: «Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

giudice la facoltà di risolvere la questione a sua discrezione, a seconda di quale sia l'esito della ponderazione (in favore di P_1 o di P_2). In ogni caso, non sembra possibile affermare che egli abbia l'obbligo di rigettare la domanda per la sola mancanza di una regola che disciplini la fattispecie.

Ruiz Manero potrebbe a questo punto controbattere che esistono dei casi che, a differenza di quello appena esemplificato, sono giuridicamente irrilevanti: soltanto con riguardo ad essi il giudice avrebbe il dovere di respingere la domanda poiché la pretesa dell'attore risulterebbe priva di qualsiasi fondamento giuridico. Tale possibile obiezione è però assai difficilmente conciliabile con il modo in cui Ruiz Manero concepisce i principi e con la rilevanza pratica generalissima che egli conferisce a tali standards normativi. Se i principi (o almeno alcuni di essi) sono, come egli afferma e come s'è visto, delle norme categoriche (*i.e.* norme ad antecedente tautologico) ciò significa che essi sono tendenzialmente applicabili (o, per lo meno, sono rilevanti rispetto) ad ogni situazione⁶⁰.

Un'ulteriore distinzione che appare nei lavori di Ruiz Manero, e che deriva dalla distinzione tra regole e principi, è la distinzione tra permesso *prima facie* e permesso "tutto considerato". La distinzione in parola attiene alla situazione seguente: *prima facie*, esiste una regola che permette una determinata condotta, tuttavia «en razón de su oposición a algún principio o principios, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita»⁶¹. Una condotta è permessa soltanto *prima facie* quando il bilanciamento dei principi rilevanti produce una modificazione nella sua qualificazione deontica, che conduce alla sua proibizione. Una condotta, per converso, è permessa "tutto considerato" quando i principi, per così dire, confermano la qualificazione deontica stabilita dalle regole, o modificano la qualificazione (di divieto al livello delle regole) in senso permissivo. È possibile, quindi, distinguere tre diverse situazioni di permesso: il permesso negativo (assenza di una norma – regola o principio – di divieto); il permesso positivo *prima facie* (presenza di una regola permissiva); e il permesso positivo "tutto considerato" (presenza di un principio permissivo).

Com'è stato dimostrato⁶², questa impostazione priva le regole di qualsiasi rilevanza in relazione allo status normativo delle azioni disciplinate dal diritto, ed elimina, di conseguenza, la stessa categoria degli illeciti tipici (ossia le azioni il cui divieto è stabilito da regole). In ogni caso, infatti, sarà necessario prendere in esame e ponderare i principi rilevanti al fine di decidere lo status deontico di un'azione (le regole non saranno mai sufficienti a determinarlo). Detto altrimenti, la determinazione di una certa qualificazione deontica da parte delle re-

⁶⁰ Tendenzialmente, poiché possono, in quanto norme defettibili, essere superati da altri principi. Più un principio è pesante, meno eccezioni soffrirà, e viceversa.

⁶¹ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 91 ss.

⁶² B. Celano, *Principi, regole, autorità*, cit.

gole di un sistema giuridico è un dato sempre controvertibile in ragione del riferimento ai principi⁶³.

In secondo luogo, non pare completamente soddisfacente l'esplicazione degli illeciti atipici in termini di conflitto tra permessi al livello delle regole e di divieti al livello dei principi. Una esplicazione alternativa potrebbe fondarsi sulla seguente osservazione: le qualificazioni deontiche delle condotte create o costituite da norme di competenza (ossia: da norme costitutive)⁶⁴ dipendono da norme distinte di carattere regolativo, la cui presunta natura di regola o di principio non influisce in alcun modo sulla qualificazione deontica stessa. Un esempio: una norma (di competenza) istituisce la facoltà di realizzare contratti; un'altra norma (prescrittiva) vieta di utilizzare tale istituto al fine di frodare la legge. Sembra evidente che non vi sia alcun conflitto fra la norma che crea la possibilità giuridica di (e conferisce la competenza per) realizzare contratti e la norma che vieta di utilizzare tale strumento giuridico per perseguire fini illeciti. Se così è, la distinzione tra "permesso *prima facie*" e "permesso tutto considerato" risulta priva di fondamento, giacché non pare opportuno qualificare le norme di competenza come regole permissive in conflitto con dei principi che stabiliscono dei divieti: insomma, la qualificazione deontica di una condotta dipende solamente dalla qualificazione normativa stabilita da norme prescrittive (poco importa se concepibili come regole o principi).

Ruiz Manero potrebbe obiettare che, in realtà, il conflitto è (non già tra la norma di competenza e il principio che stabilisce il divieto, bensì) tra un principio che concede un permesso (per esempio, il principio di autonomia) con un altro principio, che stabilisce un divieto (e.g. il principio che vieta di utilizzare mezzi giuridici leciti per raggiungere risultati giuridici illeciti)⁶⁵. Se così è (il che appare alquanto controverso, giacché è possibile immaginare dei casi in cui la condotta, creata da norme costitutive, sia permessa soltanto in senso negativo), è possibile osservare che il conflitto concerne non già una regola e un principio,

⁶³ Come correttamente evidenzia B. Celano, *Principi, regole, autorità*, cit., p. 1078, la qualificazione deontica di una condotta, nel modello di Atienza e Ruiz Manero, dipende sempre dai principi (e mai dalle regole): «la qualificazione di un comportamento come lecito illecito segue sempre la sua conformità o contrarietà ai principi rilevanti». Le regole rilevano per decidere della "tipicità" o "atipicità" dell'illecito. Ciò si desume chiaramente dal seguente schema (che mutuo da B. Celano, *Principi, regole, autorità*, cit., p.1078):

	Regole	Principi	
1)	permesso	proibito	illecito atipico (proibito)
2)	proibito	permesso	lecito atipico (permesso)
3)	permesso	permesso	lecito tipico (permesso)
4)	proibito	proibito	illecito tipico (proibito)

⁶⁴ J. Ferrer Beltrán, *Normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000.

⁶⁵ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Illicitos atípicos*, cit., p. 72.

ma due diversi principi⁶⁶. La distinzione permesso *prima facie* e permesso “tutto considerato”, dipendendo dal risultato di un bilanciamento tra principi (e non dal “superamento” di una regola da parte di un principio), appare piuttosto instabile: quando è possibile sostenere che una condotta sia permessa o proibita *all-things-considered*, se sempre v’è la possibilità di revocare in dubbio il suo status deontico, mediante il riferimento ad altri (nuovi?) principi? La unica risposta soddisfacente per la teoria di Ruiz Manero sembra essere quella di un’ordinazione stabile fra principi. Nondimeno, resta da chiarire come si possa conciliare un’ordinazione tra principi che, nel caso degli illeciti di diritto privato, favorisce sempre il principio che stabilisce un divieto (rispetto a quello che concede un permesso)⁶⁷, con una concezione filo-dworkiniana e antifondazionalista, come quella che Ruiz Manero (insieme ad Atienza)⁶⁸ sembra fare sua, la quale predica una continua ponderazione tra i diversi principi che “impregnano” l’ordinamento giuridico, e una continua revisione degli elementi del sistema.

Alcuni spunti per provare a rispondere a questi interrogativi si possono trovare nella recente ed eccellente monografia di Juan Manuel Pérez Bermejo, *Sistema jurídico y coherencia*⁶⁹, nella quale si utilizzano argomenti simili a quelli avanzati da Ruiz Manero. Quantunque non siano state ispirate in modo diretto dal dibattito che si commenta in questa sede, conviene senz’altro soffermarsi ad esaminare brevemente alcune osservazioni di Pérez Bermejo, per l’importanza che ricoprono per il tema qui trattato⁷⁰.

Nel suo lavoro, Pérez Bermejo avanza una critica dettagliata e sferzante del modello fondazionalista di sistema “vigente” *ab immemorabile* nella teoria giuridica⁷¹ (in uso tanto fra i giusnaturalisti del ’600, quanto fra i giuspositivisti del ’900) e propone la sostituzione dell’antico modello con una concezione con-

⁶⁶ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Illicitos atípicos*, cit., p. 76.

⁶⁷ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Illicitos atípicos*, cit., p. 79.

⁶⁸ M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Illicitos atípicos*, cit., p. 86.

⁶⁹ J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit.

⁷⁰ Cfr., però, J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., pp. 224, n.27 e 246, n. 72.

⁷¹ In breve, le due concezioni del sistema si configurano come segue. Le teorie fondazionaliste si caratterizzano per il fatto di considerare alcuni elementi di un sistema (gli assiomi) come fondamentali, ossia non bisognevoli di alcuna giustificazione, e tutti gli altri elementi (i teoremi) come non fondamentali, ossia bisognevoli di giustificazione per mezzo di derivazione dagli assiomi. Le teorie congruentiste, al contrario, concepiscono un sistema come un insieme di elementi interrelati, ordinati non già secondo una struttura gerarchica, ma secondo una fitta rete (*an interlacing network*) di connessioni inferenziali (non necessariamente deduttive). Sulla dicotomia fondazionalismo/congruentismo cfr. N. Rescher, *Foundationalism, Coherentism, and the Idea of Cognitive Systematization*, in “The Journal of Philosophy”, LXXI/19, 1974. Per un esame di questa dicotomia in campo giuridico, si veda F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, Jaca Book, 1990, spec. pp. 59-60.

gruentista di sistema giuridico, mutuata da Dworkin, che «posee la doble virtud de adecuarse con más precisión a las exigencias de la práctica jurídica y de abordar con mayor provecho los problemas tradicionalmente envueltos en el concepto de sistema»⁷², problemi fra i quali spicca – per importanza e per vetustà – quello della completezza del diritto (*i.e.* lacune).

Pérez Bermejo si accosta al problema della completezza da una prospettiva che potremmo chiamare “olistica”, in quanto volta ad analizzare tale fenomeno come un problema macro-sistemico od “ordinamentale”, al contrario di Alchourrón e Bulygin, per i quali la completezza è da studiare a livello micro-sistemico e ha poco senso domandarsi se un intero ordinamento giuridico sia lacunoso o no (domanda, peraltro, quasi del tutto priva d’ogni interesse per i giuristi, le cui operazioni Alchourrón e Bulygin intendono ricostruire razionalmente)⁷³. Il concetto di sistema normativo che egli utilizza, però, non è quello “piramidale” proprio della teoria giuridica classica. Il diritto non è più concepito come un insieme di norme gerarchicamente ordinate, la cui unità è garantita dal fondamento ultimo posto all’apice di tale struttura, bensì secondo un nuovo modello di sistema, in cui l’unità dell’ordinamento si deve alla intima coesione (*coherence*) dei suoi diversi elementi, nessuno dei quali si pone, rispetto agli altri, come un assioma non soggetto a revisione. In questo contesto, come vedremo fra

⁷² J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., p. 22.

⁷³ Quest’ultima osservazione rende, a mio avviso, inconcludente l’obiezione mossa da J.M. Pérez Bermejo a riguardo della possibile “ipertrofia” della base normativa di un sistema giuridico. Alchourrón e Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., pp. 86-88, ammettono infatti che la base di un sistema giuridico potrebbe essere composta anche da tutte le norme appartenenti al diritto di un paese. Al riguardo, scrive J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, p. 89: «Una base tan hipertrofiada contradice sin duda la exigencia clásica impuesta sobre los axiomas de claridad y brevedad, lo que ha abonado múltiples denuncias de macrocefalia. Se ha señalado en ese sentido la imposibilidad de defender sólidamente las pretensiones de sistematicidad y estructura en el seno del ordenamiento sobre una base tan heterogénea en cuanto a forma y contenido». Quanto scrive Pérez Bermejo è sostanzialmente corretto, ma non tocca, se non assai marginalmente, la teoria di Alchourrón e Bulygin, secondo la quale i giuristi lavorano, per “materie”, con sistemi molto ristretti di norme, e mai non con basi normative tanto estese quanto l’intero ordinamento giuridico. Sembra chiaro che l’ipotesi di Alchourrón e Bulygin è meramente potenziale: non è impossibile (concettualmente) immaginare una base enunciativa formata da tutti gli enunciati di un ordinamento giuridico. Un calcolatore potrebbe forse lavorare con una simile mole di dati; da un punto di vista umano, tale operazione è (empiricamente) poco plausibile e non rilevante per i giuristi. A riprova di ciò, si può riportare quanto scrivono C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 122: «Lo que interesa al jurista es determinar las consecuencias normativas para una materia (un UC y un US), y ello constituye un criterio selectivo que restringe considerablemente la extensión de la base, pues aquellos enunciados que carecen manifiestamente de consecuencias para la materia elegida son descartados de entrada».

un attimo, la continua ricerca per un'ordinazione tra i principi e valori fondamentali dell'ordinamento consentirebbe di concepire il diritto come un (macro)sistema sempre completo, coerente, e assiologicamente coeso.

Una prima distinzione, fondamentale per il tema che ci occupa, è quella tra ciò che è giuridicamente rilevante e ciò che è giuridicamente irrilevante: per distinguere tra questi due domini, afferma Pérez Bermejo, «la práctica jurídica recurre necesariamente a un balance de principios o de razones jurídicas subyacentes»⁷⁴. Nell'ambito del giuridicamente rilevante, «lo que es previsible es que cada caso jurídicamente relevante sea capaz de convocar varios principios que contribuyan a la solución del mismo», giacché «es poco verosímil que el sistema de principios y valores que vertebran el derecho de una comunidad no manifieste inclinación valorativa alguna a propósito de un caso para el cual se le requiere una solución»⁷⁵. Il diritto è, quindi, necessariamente completo, giacché, sebbene possano insorgere delle lacune – come nel modello di Ruiz Manero – al livello delle regole, il vuoto non si estenderebbe ai livelli superiori del sistema⁷⁶. Ciò provoca, paradossalmente, una sovrabbondanza di soluzioni possibili, giacché l'assenza di un bilanciamento tra principi al livello delle regole comporta la concorrenza di più principi rispetto al caso che manca di una soluzione. Detto altrimenti, una questione di diritto irrisolta al livello delle regole può essere risolta da diverse ponderazioni-prodotto di diversi principi (come abbiamo visto pocanzi col caso della coppia scozzese).

Il doppio livello regole/principi permetterebbe inoltre un trattamento unitario di antinomie e lacune (situazioni entrambe caratterizzate dalla necessità di ordinare diversi principi in conflitto) e un'esplicazione, più felice rispetto a quella fornita dalle teorie fondazionaliste, della nozione di lacuna assiologica. Una lacuna assiologica altro non sarebbe che un conflitto fra un regola e uno dei principi fondanti del sistema (conflitto che, in ultima analisi, è riconducibile alla collisione fra il principio della certezza del diritto, che impone di applicare le regole, e i principi di giustizia di cui l'ordinamento giuridico risulterebbe “impregnato”).

L'interprete fedele al modello congruentista deve presumere che il diritto sia costituito da un ordine coeso di principi e valori in grado di offrire una risposta per ogni caso: seguendo l'ideale regolativo di un sistema coerente, completo e assiologicamente coeso, l'interprete può giungere a (ri)costruire un tale tipo di

⁷⁴ J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., p. 225, n. 27.

⁷⁵ J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., p. 225.

⁷⁶ Afferma J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., p. 225: «el orden jurídico puede definirse como completo en lo que se refiere al nivel de los principios; el sistema se concibe como un todo coherente de principios y valores, y podemos confiar en que dentro de esta totalidad valorativa existirá una solución correcta para cada caso».

sistema unitario⁷⁷. Il diritto è completo e coerente – direbbe Atria – perché deve essere completo e coerente.

Pérez Bermejo analizza espressamente le critiche di coloro che vedono in questi continui passaggi tra *Is* e *Ought* pericolose circonvoluzioni attorno alla ghigliottina di Hume. E la risposta, come sempre, non può che essere quella della “oggettività” dei valori morali soggiacenti alla teoria o concezione politica che esplica, nel modo migliore possibile, un certo ordinamento giuridico⁷⁸. Tale oggettività, peraltro, non avrebbe un fondamento “fattuale”, rilevabile mediante proposizioni concernenti alcuni fatti morali, ma un fondamento argomentativo, che si dovrebbe alla misteriosa proprietà della congruenza “giustificativa” tra il diritto e la sua migliore “esplicazione” teorica, cui va ricondotta la tesi dell’unica risposta corretta.

L’aggiramento del dilemma da parte dell’antipositivismo è – si diceva – soltanto apparente. In effetti, tutti gli argomenti proposti dal principialismo sembrano sufficienti per sostenere una qualche forma di scetticismo; e l’unico argomento volto a eliminare gli esiti scettici della teoria (l’argomento della correttezza morale oggettiva di una risposta a detrimento delle altre possibili soluzioni) accede a esiti chiaramente formalisti.

La necessità ineludibile di ordinare in continuazione i differenti principi e valori sui quali si fonda l’ordinamento giuridico, al fine di raggiungere un bilanciamento congruente di tutti gli elementi del sistema, è una circostanza che rende plausibili le teorie giusrealiste (che difendono una teoria scettica dell’interpretazione giuridica), in quanto esse sostengono che ogni sistemazione del materiale normativo produce risultati differenti (e spesso incompatibili), e che l’eventuale carattere sistematico del diritto dipende, in gran misura, dal lavoro di ordinazione realizzato da giuristi. Le teorie principialiste non negano che vi siano molte possibilità di ordinazione dei materiali giuridici; tuttavia, sostengono, a differenza delle teorie scettiche, che esista qualcosa come una unica “vera”, “migliore”, o “corretta” ordinazione tra i materiali giuridici, che permette dar vita a un sistema coerente, completo e assiologicamente coeso di norme.

Tuttavia, l’argomento della correttezza (morale) oggettiva involge l’accettazione di almeno quattro tesi chiaramente formaliste: 1) la tesi (*rectius*, il dogma) della coerenza; ii) la tesi (*rectius*, il dogma) della completezza; 3) la tesi relativa all’esistenza di una risposta (oggettivamente) corretta per qualsivoglia caso giudiziale; 4) la tesi della mancanza di qualsiasi discrezionalità in capo ai giudici. Non pare, quindi, casuale che Pérez Bermejo riconosca che il congruen-

⁷⁷ Cfr. J. Bengoetxea, *Legal System as a Regulative Ideal*, in “ARSP”, Beiheft 53, 1994; J.L. Martí, *La nozione di ideale regolativo: note preliminari per una teoria degli ideali regolativi nel diritto*, in “Ragion pratica”, 25, 2005.

⁷⁸ J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., pp. 240-241.

tismo principialista costituisca la riproposizione, *mutatis mutandis*, dell'ideale del legislatore razionale⁷⁹.

A ben vedere, tutto il principialismo sembra, per così dire, ben più fondazionalista del fondazionalismo (*i.e.* del positivismo giuridico)⁸⁰. In primo luogo, esso parte dall'assunto ontologico, fortissimo, che esistano due tipi di standards normativi dalla natura essenzialmente diversa e irriducibile; in secondo luogo, esso presume che i principi stiano, quantomeno in potenza, in rapporto di "organica coesione" tra loro; infine, presuppone che i principi (o, meglio, le loro "migliori" ordinazioni-prodotto) rispondano a (o incorporino) criteri "oggettivi" di correttezza morale, capaci di dettare la soluzione corretta per ogni caso.

Senza questi presupposti (che somigliano molto a degli assiomi non sottoponibili a revisione, di fondazionalista memoria), la teoria principialista diventa grosso modo una declinazione *sui generis* dello scetticismo interpretativo. Senza una distinzione ontologica forte tra principi e regole, infatti, occorre ammettere che la natura (di principio o di regola) di una norma dipende da una determinazione, per lo più discrezionale, degli interpreti. Senza l'assunto della necessaria coesione del sistema, si deve accettare il fatto che, se mai un insieme di norme giunge a presentare tale proprietà, lo deve all'intervento sistematizzante degli operatori giuridici. Senza la possibilità, infine, di determinare un'ordinazione "privilegiata" tra principi – possibilità che viene meno appena si rinunci a qualsiasi forma di cognitivismo etico – occorre accettare la conclusione che non v'è modo di scegliere una risposta che sia più corretta delle altre. Come afferma Guastini: «Ogni questione di diritto ammette una pluralità di risposte, tutte egualmente "corrette" e nessuna "vera"»⁸¹.

Da questa prospettiva, le contro-obiezioni di Pérez Bermejo, secondo cui gli elementi del sistema giuridico, così come inteso dai congruentisti, non avrebbero

⁷⁹ J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., pp. 242-243. Come osserva correttamente Pérez Bermejo, l'aspetto che distingue il principialismo dalla teoria del legislatore razionale, di derivazione illuminista, risiede nel soggetto (o ente) del quale postuliamo la razionalità. Nelle teorie principialiste, infatti, «la coherencia no se postula del legislador como autoridad política, sino que se imputa a una comunidad personificada: el sistema es ahora, en lo fundamental, un sistema de principios y valores, y es a la comunidad política a quien imputamos los principios y de la cual presumimos que ha sido capaz de construir un sistema coherente». Riguardo agli aspetti formalisti del principialismo, e, in particolare, del dworkinismo, cfr. R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 234-236. Quanto all'intenzione di Atienza e Ruiz Manero di non separarsi completamente dal positivismo giuridico, cfr. B. Celano, *Principi, regole, autorità*, cit., pp. 1080-1081.

⁸⁰ Secondo B. Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, in "Ethics", 2001, p. 284-285, la teoria della decisione giurisdizionale (*adjudication*) proposta dal realismo giuridico potrebbe essere considerata una dottrina anti-fondazionalista.

⁸¹ R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 50.

alcunché di simile agli assiomi fondazionalisti⁸², sono facilmente controvertibili. L'elemento fondazionalista della teoria congruentista non risiede tanto nella caratterizzazione degli elementi che compongono i sistemi giuridici, quanto nei presupposti apicali della teoria stessa (separazione forte tra principi e regole; coesione necessaria tra principi; possibilità di ordinazioni "privilegiate"), rivedendo i quali si produce il crollo dell'intera teoria (proprio come accade con i postulati di significato del fondazionalismo). E questa è una conseguenza ineludibile della indebita commistione (post-dworkiniana) tra linguaggio e metalinguaggio, nonché tra giurisprudenza e metagiurisprudenza: il diritto deve essere completo perché può essere (ed è di fatto) reso completo dagli operatori giuridici che s'ispirerebbero (incosapevolmente?) alla teoria giuridica del congruentismo. Ma ciò, lungi dal provare la necessaria completezza del diritto in sede concettuale, prova soltanto la circostanza, peraltro ben nota ai cultori più avvertiti della metagiurisprudenza descrittiva, che i giuristi "ordinano" il diritto, utilizzando l'idea di sistema come ideale regolativo⁸³.

Il principialismo, non diversamente dalle teorie innanzi esaminate, si muove dunque anch'esso tra formalismo (c'è sempre una risposta oggettivamente corretta a ogni quesito giuridico) e scetticismo (ogni questione giuridica comporta, ineludibilmente, una tensione fra principi che deve essere risolta, discrezionalmente, dai giuristi)⁸⁴.

⁸² J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., pp. 260 ss.

⁸³ Sul punto mi permetto di rinviare a G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto nella teoria di Ronald Dworkin*, in "Ragion pratica", 26, 2006.

⁸⁴ Secondo Dworkin, molti casi possono essere risolti sulla base della c.d. "priorità locale", applicando la regola di dettaglio, che si trova in una legge o in un precedente, intesa come un punto di bilanciamento tra due (o più) principi. Nondimeno, il giurista o il giudice può, rispetto a ogni caso, persino al più semplice e apparentemente scontato, revocare in dubbio la soluzione originale in ragione del riferimento a un livello giustificativo superiore. Cfr. R. Dworkin, *Justice in Robes*, cit., pp. 53-54: «Of course I do not mean, by calling attention to the constant threat of justificatory ascent, that that threat will always or even often materialize. Most of the time it will not, at least in a serious and time-consuming way, and we can cheerfully proceed on the footing of what we might call very local priority – in effect, looking no further in our interpretive arguments than the statutes or cases directly dealing with the matter at hand. But justificatory ascent is *always*, as it were, on the cards: we cannot rule it out a priori because we never know when a *legal claim* that seemed pedestrian and even *indisputable* may suddenly be challenged by a new and potentially revolutionary *attack from a higher level*» (corsivi miei). Cfr. anche *ibid.*, p. 68.

4. *La dissoluzione del dilemma: l'interpretazione come soluzione del problema delle lacune*

Uno degli esiti principali della ricerca svolta finora sembra essere il seguente: il porsi del dilemma non dipende dalla tesi delle fonti che viene difesa da ciascuna concezione. Sia che il diritto venga concepito come un insieme di norme "poste", sia che venga inteso come un insieme frammisto di regole giuridiche e di principi (e/o valori) morali, la scelta tra formalismo e scetticismo resta ineludibile. Il positivismo giuridico normativista, per prevenire possibili esiti scettici, abbraccia il più delle volte una teoria neo-cognitivistica in tema di interpretazione giuridica⁸⁵. L'antipositivismo principialista, per circoscrivere gli effetti della tensione assiologica permanente che deriva dall'essere il diritto un insieme di principi fatalmente in conflitto tra loro, si lega di solito al cognitivismo etico, predicando la "verità" di un insieme privilegiato di principi morali a detrimento di tutti gli altri insiemi⁸⁶.

Il dilemma si pone quindi quali che siano le fonti ammesse a comporre la base del diritto. Tale esito è nient'affatto sorprendente se solo si pensa che, già in *Normative Systems*, Alchourrón e Bulygin sostenevano che il problema delle lacune (e degli altri difetti sistematici) non cambiasse al cambiare dell'origine degli enunciati che costituivano la base di un determinato sistema normativo⁸⁷.

⁸⁵ R. Guastini, *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, in "Ragion pratica", 17, 2001.

⁸⁶ Cfr. P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 89. Secondo Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., p. 179, il giuspositivismo post-hartiano e il realismo giuridico (chiamati, seguendo Dworkin, "convenzionalismo" e "pragmatismo") omettono di esplicitare alcuni elementi essenziali della realtà giuridica: «el convencionalismo cierra los ojos a los argumentos de justicia subyacentes, y el pragmatismo a los elementos estables y convencionales. Paradójicamente, la renuncia a estos valores deja a cada una de estas teorías en una posición más precaria a la hora de defender sus objetivos. El convencionalismo promete seguridad, pero limita ésta dentro de un perímetro de convenciones más allá del cual reinan la discreción, el arbitrio y, con ello, la inseguridad. El pragmatismo permite que el juez corrija en cada caso las prácticas heredadas y haga justicia por sí solo, pero, en ese caso, las partes entenderán que no son el derecho ni la justicia quienes han hablado, sino la personalidad de cada juez. No hay forma, por tanto, de escindir ambas dimensiones, ni resulta posible satisfacer una sin la otra: ni la tradición ni los imperativos de justicia son puntos arquimédicos o inamovibles. Con todo, la teoría del derecho como integridad es reconocida como la integración de sendas modalidades de convencionalismo y de pragmatismo que, debidamente corregidas, son consideradas por Dworkin como admisibles [...] El sistema conjuga así la seguridad que aporta el primero y la mayor flexibilidad que concede el segundo».

⁸⁷ C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 98.

Se quindi, come sembra, la scaturigine del dilemma non dipende dalla tesi delle fonti accettata da una particolare concezione del diritto, viene naturale domandarsi da che cosa dipenda.

Nel dilemma di Atria, il problema della discrezionalità giudiziale è riguardato in relazione al solo momento applicativo. Date le norme da cui promana la soluzione di una certa questione giuridica (o data l'assenza di tali norme) resta da vedere che cosa può e deve fare il giudice in relazione a tale situazione. Le lacune, così come gli altri difetti di un sistema normativo, sono per le concezioni finora esaminate, dei dati dell'esperienza⁸⁸. Per il positivismo normativista l'accertamento delle lacune è, nella gran parte dei casi, un mero problema fattuale, empirico. Per l'antipositivismo principialista, l'accertamento delle lacune è sì un problema valutativo, privo però di ogni dimensione discrezionale: una disposizione normativa può essere oggetto di interpretazioni confliggenti, ma l'adeguatezza morale di una soluzione costituisce un criterio generale che permette di risolvere qualsiasi conflitto interpretativo⁸⁹: la lacuna, quindi, è la mancanza (non di una regola qualsiasi, ma) della regola richiesta dalla migliore ordinazione-prodotto di principi in tensione⁹⁰.

In questo senso, (quasi) tutto il dibattito sulle lacune e sulla discrezionalità giudiziale che si è discusso fin qui pare impostato in modo fuorviante, poiché omette di trattare del modo in cui insorgono le lacune. Ha poco senso negare (o affermare) la discrezionalità giudiziale di fronte alle lacune, non fosse altro che per la banale osservazione che il giudice (come ogni altro interprete) può, mediante diverse operazioni intellettive, porre in essere le situazioni rispetto alle quali esercitare una tale discrezionalità.

La discrezionalità giudiziale, pare plausibile sostenere, precede sempre l'applicazione. Essa si concretizza non già nel momento applicativo (dalle premesse alle conclusioni), ma in «quel momento logico in cui il giudice ragiona su un piano astratto e teorico, come un puro giurista»⁹¹.

⁸⁸ P. Chiassoni, *Lacune nel diritto: appunti per una tipologia realistica*, cit., p. 45 : «Le teorie normativistiche trattano della “mancanza di norme”, come se queste fossero degli oggetti reperibili, o non reperibili, sugli scaffali di un magazzino».

⁸⁹ C.E. Alchourrón, *On Law and Logic*, in “Ratio Juris”, 9, 1996, pp. 347-348.

⁹⁰ J.M. Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico*, cit., p. 238: «Desde el punto de vista la aplicación judicial del derecho, la tesis de la respuesta correcta no se limita a instruir un ideal sobre la conducta de los jueces, sino que también encierra una presuposición de existencia: los jueces presuponen que un sistema, de hecho, contiene respuestas para todos los casos. La tesis se traduce, sin duda, en un ideal acerca de la conducta de los jueces; sin embargo, también introduce un juicio existencial sobre la realidad jurídica, sobre sus límites y sus posibilidades: si pensamos que existe una respuesta correcta para cada caso, sostenemos que el sistema es, de hecho, correcto»

⁹¹ C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile. Vol. I., Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XII ed., Torino, Giappichelli, 1998, p. 82.

Nelle pagine che seguono, cercherò di porre le basi per (quella che a me pare) una corretta impostazione del problema delle lacune e della discrezionalità giudiziale, senza peraltro avere la pretesa di fornire una compiuta analisi di tali fenomeni.

Occorre, anzitutto, distinguere chiaramente tra disposizione e norma⁹². Benché questa distinzione sia un dato oramai consolidato della teoria giuridica contemporanea, le confusioni presenti nel dibattito in esame suggeriscono di rammentarla brevemente e di utilizzarla come strumento analitico fondamentale nella spiegazione del fenomeno delle lacune (normative e non) e della discrezionalità giudiziale.

Con “disposizione” intenderò un qualsiasi enunciato delle fonti formali del diritto. Con “norma esplicita” un qualsiasi precetto configurabile come il contenuto di significato di una disposizione⁹³. Con “norma implicita” designerò quelle norme che non sono il significato di una disposizione ma il prodotto di operazioni inferenziali (deduttive, induttive, abduttive, analogiche, ecc.) su norme esplicite⁹⁴. I principi, spesso, sono desunti da disposizioni giuridiche: una delle

⁹² Una disposizione può esprimere, disgiuntamente o congiuntamente, più di una norma allo stesso tempo, così come meno di una norma (come si usa dire, un frammento di norma), o nessuna norma. Analogamente, una norma non è necessariamente l'espressione di una sola disposizione: spesso è necessario riunire diverse disposizioni per configurare una norma. Inoltre, una norma non è necessariamente l'espressione di una disposizione, una volta che si accetti il concetto di norma implicita o inespressa. In dettaglio, almeno otto differenti casi di relazioni tra disposizioni e norme possono essere individuati: 1) Una disposizione esprime una sola norma. Questo è l'unico caso, estremamente raro nella pratica, in cui v'è corrispondenza biunivoca tra norma e disposizione. 2) Una disposizione tollera l'attribuzione disgiuntiva di una pluralità di significati. La stessa disposizione, cioè, esprime diverse norme a seconda di diverse interpretazioni. 3) Una disposizione tollera l'attribuzione congiunta di una pluralità di significati. Una disposizione esprime, cioè, non già una sola norma, ma diverse norme allo stesso tempo. 4) Due diverse disposizioni esprimono la stessa norma. 5) Due diverse disposizioni sono parzialmente sinonime. Detto altrimenti, esse esprimono due insiemi di norme che si sovrappongono parzialmente. 6) Una disposizione non esprime alcuna norma, nel senso che, benché appaia in un testo normativo, esprime qualcosa di diverso da una norma (e.g.: un programma politico, un'invocazione alle divinità, una dichiarazione di volontà, ecc.). 7) Diverse disposizioni esprimono, cumulativamente, una norma. Il che equivale a dire che, presa singolarmente, ogni disposizione esprime soltanto un frammento di norma. 8) Una norma non è il prodotto di interpretazione di disposizioni, ma il prodotto di un'implicazione da altre norme, espresse da disposizioni espressamente formulate. Cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, II ed., 1992, pp. 15 ss.; Id., *Disposizione vs. norma*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Vol. II, Saggi teorico-giuridici*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁹³ Cfr. P. Chiassoni, *Lacune nel diritto: appunti per una tipologia realistica*, cit., p. 45.

⁹⁴ È forse possibile osservare, *en passant*, che l'esplicitazione di norme implicite da parte dei giuristi può essere concepita come il processo inverso all'interpretazione in astratto:

operazioni che caratterizzano l'interpretazione giuridica è proprio quella con la quale si determina se una determinata norma sia una regola o un principio (operazione che, per ovvie ragioni, viene del tutto trascurata dalle teorie principialiste). Più spesso, però, i principi sono desunti da altre norme esplicite, con successive operazioni di astrazione e generalizzazione⁹⁵.

Le lacune (di qualsiasi tipo)⁹⁶ sono quindi la variabile dipendente di non meno di tre operazioni (essenzialmente discrezionali) compiute dai giuristi: i) *in primis*, della scelta degli enunciati giuridici (*i.e.* delle disposizioni normative) rilevanti per la soluzione di una data questione giuridica⁹⁷; ii) in secondo luogo, dell'interpretazione, intesa come il passaggio che conduce dalle disposizioni alle norme esplicite⁹⁸; iii) infine, di quella serie di operazioni di "sviluppo" del diritto che consiste nel desumere norme implicite da norme esplicite.

I giuristi (intesi in senso ampio, a ricomprendere avvocati, giudici, funzionari, giuristi dogmatici, ecc.), sia che operino alla luce di una previa sistematizzazione legislativa sia che debbano invece farne a meno, si avvicinano al dettato

essa consiste, infatti, nell'attribuire un enunciato a un significato, o meglio nell'associare un enunciato a un significato, che si considera derivabile da una o più norme espresse. In altre parole, se con l'interpretazione si dota di un significato un enunciato, con l'esplicitazione si dota di un enunciato un significato. Nel contesto del discorso dei giuristi, norme esplicite ed implicite si distinguono, quindi, non già per la loro natura linguistica, quanto piuttosto per la direzione del processo del quale sono il prodotto: testo→norma; norma→testo, o, in termini leggermente diversi, disposizione interpretanda→disposizione interpretata; disposizione interpretata→enunciato esplicitante. Precisamente a causa di questo fatto, non è sempre agevole discernere, nell'ambito del discorso dei giuristi, tra gli enunciati che riformulano norme espresse e quelli che formulano norme inespresse.

⁹⁵ Cfr. M. Jori, *I principi nel diritto italiano*, cit., pp. 315 ss.

⁹⁶ R. Guastini, *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación*, inedito, 2006: «La lagunas axiológicas, entonces, parecen depender de la interpretación dos veces, o en doble sentido. Por un lado, dependen de la interpretación en el sentido que quien afirma la existencia de una laguna axiológica presupone una determinada interpretación – normalmente restrictiva – del texto. Por otro lado, dependen de la interpretación en el sentido que quien afirma, al nivel de metalenguaje, que dicha laguna es precisamente axiológica, y no normativa, presupone a su vez una interpretación distinta – normalmente literal – del mismo texto».

⁹⁷ La questione non è capziosa: si pensi, ad esempio, quali sono le conseguenze dell'includere o dell'escludere la norma di cui all'art. 32 Cost. dal (micro)sistema normativo da cui si desume la risarcibilità, nell'ordinamento italiano, dei danni da "lite temeraria" (art. 96 c.p.c.). Se l'art. 32 viene inserito nella base enunciativa, ne seguirà la risarcibilità del c.d. "danno esistenziale" (consistente nella sofferenza indotta dal processo, generato da una pretesa attorea infondata, e fatta valere «con dolo o colpa grave»). Se l'art. 32 viene considerato irrilevante, il risultato sarà costituito dalla non risarcibilità del danno esistenziale provocato dalla "lite temeraria".

⁹⁸ C.E. Alchourrón, *On Law and Logic*, cit., p. 338.

legislativo avendo in mente, preconcepite, delle tesi dogmatiche o giurisprudenziali⁹⁹, d'accordo con le (o in disaccordo dalle) quali si assume che alcuni enunciati esprimano determinati contenuti di senso, talvolta assai lontani da quelli che si potrebbero desumere mediante un'interpretazione "letterale" degli stessi¹⁰⁰: detto altrimenti, i giuristi, sulla scorta delle correnti ricostruzioni dogmatiche e giurisprudenziali ritagliano alcuni enunciati, anziché altri, in quanto assumono che essi siano suscettibili di esprimere (più o meno chiaramente) determinate norme. Il giurista, insomma, individua nell'enunciato *x* un segmento di comunicazione rilevante per la sua materia, in quanto una serie di *input* culturali, ulteriori rispetto a mere considerazioni semantiche, lo hanno condotto a ciò: primi fra i quali i prodotti della dogmatica giuridica corrente¹⁰¹.

È ancillare alla identificazione degli enunciati rilevanti una prima interpretazione, operata spesso sulla scorta di precedenti analisi dottrinali. In questa fase, i giuristi identificano un segmento di linguaggio come un enunciato e ascrivono a esso un primo, provvisorio, significato¹⁰². Tale significato, «frutto di comprensione irriflessa», sembra non potersi identificare meccanicamente col prodotto dell'interpretazione cosiddetta "letterale" dello stesso enunciato (*i.e.*: con il suo significato "letterale").

È opportuno infatti distinguere tra: 1) il significato letterale di un enunciato; e 2) il suo significato giuridico corrente, diffuso nell'ambito della comunità giuridica, sulla scorta di tesi dogmatiche e giurisprudenziali consolidate.

In questo senso, il significato letterale di un enunciato può essere concepito come un significato a-contestuale, l'attività di produzione del quale «si limita ad applicare le regole semantiche e sintattiche della lingua di cui si tratta e che riflette dunque il contenuto concettuale del testo normativo, per sé preso, senza

⁹⁹ Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., pp. 352-353.

¹⁰⁰ R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 22 ss.; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 346 ss.

¹⁰¹ G. Tarello, *La semantica del neustico. Osservazioni sulla «parte descrittiva» degli enunciati precettivi*, cit., p. 355: «la individuazione dei precetti giuridici avviene attraverso l'intermediazione dei servizi costituiti dalle ridette operazioni concettuali [*i.e.* dogmatica e sistematica], la cui arbitrarietà incontra solo il limite costituito dalla accettabilità nell'ambiente costituito dagli appartenenti al ceto giuridico».

¹⁰² P. Chiassoni, *Interpreting Games: Statutory Construction through Gricean Eyes*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1999, pp. 91: «At the first-interpretation stage, interpreters perform the following activities: (a) they identify an object as a sentence, or a string of sentences, in a (to them) familiar language; (b) they ascribe to the sentence(s) a first, tentative, meaning – or an array of tentative, possible, meanings». Cfr. anche Id., *L'inehuttibile scetticismo della "scuola genovese"*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, pp. 68 ss.; e R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 23 ss.

riguardo ad altri elementi»¹⁰³; il significato giuridico corrente, al contrario, è concepibile come un significato fortemente contestuale, che viene attribuito a un enunciato in ragione del suo specifico “contesto” extralinguistico¹⁰⁴, ovvero sia in ragione di un ampio insieme di elementi extra-testuali, e, segnatamente, di elementi provenienti dal contesto giuridico-culturale in cui opera il giurista¹⁰⁵. Il prodotto della fase di prima interpretazione, più che identificarsi con il significato letterale, s’identifica con il significato giuridico corrente. In questo senso, l’intervento della dottrina è suscettibile di rendere equivoco un significato letterale che di per sé non lo sarebbe, ed è quindi in grado di fornire degli spazi di discrezionalità laddove, a prima vista, essi non appaiono.

Al di là di queste considerazioni, v’è da notare che, data l’estrema eterogeneità degli ordinamenti giuridici moderni, non pare del tutto azzardato sostenere che in qualsiasi situazione – anche nella più apparentemente irrilevante – si possa rinvenire un qualche appiglio normativo e, anzi, normalmente se ne possano rinvenire molti, molto spesso in conflitto fra loro, al fine di fornire a tale situazione una qualche rilevanza giuridica. L’evoluzione del diritto, spesso propiziata da un massiccio ricorso ai principi (e alla loro forza espansiva), si basa proprio sulla estensione del numero delle fattispecie ritenute, specie dalla giurisprudenza, meritevoli di disciplina giuridica e di tutela giurisdizionale.

Un secondo elemento di discrezionalità risiede nel passaggio che dalle diverse fonti del diritto conduce alle norme giuridiche, che potremmo chiamare, in opposizione al processo di prima interpretazione che accompagna la cernita e la scelta degli enunciati normativi, “seconda interpretazione”, o “reinterpretazione”.

L’attività di reinterpretazione consiste nell’attribuire a un testo un particolare significato, che costituisce «la reazione interpretativa conclusiva» del giurista, quale esito di un complesso processo esegetico che si snoda in non meno di quattro fasi: i) la valutazione dei risultati della prima interpretazione; ii) la cernita di alcune (al limite, di tutte le) ulteriori possibilità interpretative ragionevolmente perseguibili dall’interprete; iii) la scelta di una di queste possibilità o la creazione di una nuova possibilità interpretativa; iv) la precisazione del contenuto dell’interpretazione prescelta¹⁰⁶.

¹⁰³ R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 145. Sull’interpretazione letterale, cfr. *ibidem*, pp. 142-149.

¹⁰⁴ Cfr. P. Chiassoni, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-03. Ricerche di giurisprudenza analitica*, p. 60.

¹⁰⁵ La distinzione tra significato letterale e significato giuridico corrente sembra essere naturale trasposizione semantico-pragmatica della distinzione tra cultura giuridica esterna e interna. Cfr., da ultimo, su questa distinzione, M. Van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford, Hart, 2002, pp. 57-58.

¹⁰⁶ Cfr. P. Chiassoni, *Interpretazione dei documenti normativi*, in M. Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999.

Su tale esito interpretativo (che costituisce il prodotto della reinterpretazione)¹⁰⁷, il giurista fonda le sue principali reazioni non strettamente interpretative¹⁰⁸, quali lo sviluppo della base normativa mediante l'esplicitazione delle norme esplicite, la coerentizzazione e il completamento di un insieme di norme, e la conseguente elaborazione di un (micro)sistema.

Finita la reinterpretazione, il giurista sviluppa la base normativa frutto della reinterpretazione svolgendone le conseguenze e desumendo da essa una serie di norme implicite. Il risultato di questa fase varia al variare delle regole di inferenza utilizzate. L'opera dei giuristi sarebbe neutrale, non manipolativa, se essi si limitassero a dedurre le conseguenze logiche delle norme frutto di interpretazione, giacché tali conseguenze sono ricomprese nel contenuto di significato delle norme. Com'è noto, però, il diritto spesso consente, e talora richiede espressamente, che i giuristi svolgano inferenze che deduttive non sono (analogia, ricorso ai principi generali, ecc.)¹⁰⁹. Inoltre, i giuristi, di fatto, svolgono delle inferenze che, nella gran parte dei casi, non hanno carattere stringente, di talché mediante tali inferenze hanno modo di creare, evitare, o integrare i difetti di un sistema normativo.

Richiamando la distinzione tra interpretazione *prima facie* e reinterpretazione, è dato distinguere, in maggiore dettaglio, non meno di sei operazioni che i giuristi possono compiere per prevenire o creare lacune, e che permettono al giurista, rispettivamente, di evitare o effettuare l'integrazione di un insieme di norme¹¹⁰: (1) accertamento negativo *prima facie*, (2) accertamento positivo *prima facie*, (3) creazione, (4) prevenzione, (5) accertamento ponderato in senso debole, e (6) accertamento ponderato in senso forte.

Vediamo, brevemente, di che si tratta.

(1) L'accertamento negativo *prima facie* consiste nel negare, in sede di prima interpretazione, e in ossequio alla dottrina e/o alla giurisprudenza più autorevole e/o più diffusa, che una data condotta non sia deonticamente qualificata. L'accertamento in parola dipenderà dai materiali giuridici prescelti, dall'interpretazione di tali materiali, dalla tesi di rilevanza estratta dai materiali una volta interpretati, nonché dalle regole di inferenza adoperate dal giurista per sviluppare il contenuto dell'insieme normativo. Il più delle volte, tale accertamento negativo è sottaciuto. Accade, però, a volte che esso sia reso esplicito (specie nell'evenienza di controversie dottrinali sulla lacunosità di un insieme

¹⁰⁷ S'intende che il prodotto dell'attività reinterpretativa è il significato attribuito al testo interpretato a seguito del processo esegetico appena sbizzato nel testo. Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 39-42.

¹⁰⁸ P. Chiassoni, *L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*, cit., p. 148.

¹⁰⁹ R. Guastini, *Cinco observaciones sobre validez y derogación*, in "Discusiones", 2, 2001, pp. 62-63.

¹¹⁰ P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 294 ss.

normativo rispetto a un caso, di esposizione della evoluzione della disciplina normativa, o di proposte *de jure condendo* volte, per l'appunto, a colmare una precedente lacuna).

(2) L'accertamento positivo *prima facie* di una lacuna consiste nel negare, in sede di prima interpretazione, e in ossequio alla dottrina e/o alla giurisprudenza più autorevole e/o più diffusa, che una data condotta sia deonticamente qualificata. Il giurista, cioè, si accosta a un dato sistema normativo, secondo le tesi interpretative e dogmatiche più diffuse, concependolo come un sistema lacunoso, che manca di connettere una soluzione normativa a una certa fattispecie astratta.

Nel caso in cui il giurista proceda a un accertamento negativo, e quindi neghi l'esistenza di lacune nella parte di ordinamento da lui considerata, egli potrà confermare o rigettare, in sede di seconda interpretazione, il risultato del suo accertamento. Nel primo caso, il sistema risponderà, da subito, all'ideale della completezza che spesso guida l'attività dogmatica e giurisdizionale. Nel secondo caso, egli creerà una lacuna al presumibile fine di colmarla, e quindi di modificare il sistema normativo (aggregando nuovi materiali, mutando l'interpretazione dei materiali individuati in precedenza, o ammettendo nuove regole di inferenza o nuove premesse costituite non già da norme espresse, ma, per esempio, da tesi interpretative e/o dogmatiche).

(3) Si ha creazione di una lacuna quando l'interprete, in sede di seconda interpretazione, produce una lacuna che non sembrava sussistere a livello d'interpretazione *prima facie*. Il giurista, cioè, s'accosta al materiale interpretativo secondo una interpretazione che concepisce la disciplina desumibile da tale materiale come una disciplina tendenzialmente completa, che risolve tutte le fattispecie astratte rilevanti in relazione a quel dato (micro)sistema giuridico. Egli, tuttavia, ritiene che, nell'interpretazione da privilegiarsi, quell'insieme di materiali giuridici costituisca un sistema incompleto, al presumibile fine di colmare la lacuna. È questo il caso, per esempio, di coloro che considerano ammissibile, nell'ordinamento giuridico italiano, l'attribuzione agli stranieri del diritto di voto nelle consultazioni amministrative, in ragione del fatto che la Costituzione¹¹¹ nulla dice circa tale attribuzione (in altre parole, creare una lacuna a livello costituzionale permette di regolare la questione a livello infra-costituzionale, cosa che risulterebbe preclusa ove si ritenesse esclusa, in ragione di una diversa interpretazione delle disposizioni costituzionali rilevanti, qualsiasi concessione di diritto di voto agli stranieri).

(4) Si ha prevenzione di una lacuna quando l'interprete fa scomparire, in sede di seconda interpretazione, una lacuna la cui esistenza sembrava sussistere in sede di prima interpretazione.

Un esempio: secondo una dottrina civilistica italiana risalente, manca, almeno *prima facie*, una norma che disponga la responsabilità oggettiva per assun-

¹¹¹ Art. 48, c. 1, Cost.: «Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età».

zione del rischio in capo a chi intraprenda un'attività pericolosa¹¹². Nondimeno, una diversa lettura dell'art. 2050 permette di colmare tale lacuna, eliminando la rilevanza dell'elemento della colpa. Ciò si desume chiaramente dal seguente passo¹¹³:

È possibile dire che vi sono regole del codice civile nelle quali si identificano ipotesi di responsabilità oggettiva? [...] Ad una prima lettura delle norme, soltanto due di esse sembrano intese a disciplinare forme di responsabilità senza colpa [i.e.: gli artt. 2049 e 2054 c.c.]. Se si approfondisce però l'analisi delle altre norme nelle quali in vario modo si introduce una presunzione *relativa* di colpa e si concede pertanto al responsabile l'opportunità di offrire la prova liberatoria, è agevole identificare altre norme di responsabilità oggettiva. Le formule di volta in volta adoperate per indicare il contenuto della prova liberatoria (per l'art. 2050 il responsabile deve provare di «avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno» [...]) sono infatti altrettante espressioni di direttive di responsabilità oggettiva.

(5) Si ha accertamento ponderato in senso debole quando l'interprete *non* fa scomparire, in sede di seconda interpretazione, una lacuna che sembrava sussistere in sede di prima interpretazione, pur potendolo fare agevolmente.

Tornando all'esempio di prima: opererebbe accertamento ponderato in senso debole di una lacuna colui che, accostandosi al dettato del primo comma dell'art. 48 della Costituzione italiana, vi leggesse *prima facie* una disciplina lacunosa in relazione al diritto di voto degli stranieri, e in un secondo momento non provvedesse a colmare tale lacuna, pur potendolo agevolmente fare, per mezzo di un'argomentazione *a contrario* in senso produttivo (non ammettendo, quindi, il voto degli stranieri).

(6) Si ha infine accertamento ponderato in senso forte quando il giurista conferma l'esistenza di una lacuna, già individuata in sede di prima interpretazione, dal momento che risulta «difficile, se non impossibile, giustificare un diverso esito interpretativo»¹¹⁴.

Orbene, le lacune normative, se insorgono, insorgono soltanto al termine di questo complesso processo intellettuale.

¹¹² Come si ricorderà, la qualificazione di casi più fini non si estende a casi meno fini (cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 150). Non è possibile, infatti, inferire dalla norma D & C → OR (“Se danno & colpa, allora obbligatorio risarcimento”) la norma D → OR (“Se danno, allora obbligatorio risarcimento”). Il caso configurato dalla concretizzazione del danno, e non anche dalla colpa del soggetto chiamato a risarcire, corrispondente, grosso modo, al caso della responsabilità oggettiva, è dunque privo di qualificazione normativa.

¹¹³ M. Bessone, *Casi e questioni di diritto privato, III, Obbligazioni e contratti – Responsabilità civile*, cit., pp. 351-352.

¹¹⁴ Cfr. P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., p. 295.

Tutti gli esempi analizzati nel corso del dibattito e usati da Atria nel tentativo di sostenere il carattere moralmente *committed* dell'applicazione giuridica possono essere ricostruiti, banalmente, come esempi di (re)interpretazione giuridica, rispetto alla quale, più che ineffabili esigenze morali, rilevano esigenze formali, come quelle di coerenza e di completezza, che la cultura giuridica in generale e la dogmatica giuridica in particolare concepiscono come ideali regolativi del proprio operare.

Basterà qui ricordare il famoso esempio della rivendicazione di beni immobili nel diritto argentino proposto da Alchourrón e Bulygin in *Normative Systems* e ripreso da Atria nei suoi scritti sulle lacune. D'accordo con l'armamentario concettuale appena tratteggiato, si può affermare che la soluzione del problema normativo in questione cambi al cambiare: 1) degli enunciati (*i.e.* delle disposizioni giuridiche) che si ritengono rilevanti; 2) dell'attribuzione di significato a tali enunciati; 3) delle regole d'inferenza utilizzate per sviluppare la base normativa (nonché delle premesse costituite non da norme espresse, ma da tesi interpretative e/o dogmatiche).

Com'è agevole intuire, una base enunciativa più ricca ha meno probabilità di essere lacunosa di una base enunciativa più ristretta. Se la base enunciativa dalla quale (asseritamente) promana la disciplina della rivendicazione di beni immobili nel diritto argentino consiste negli artt. 2777 e 2778 del codice civile argentino¹¹⁵, è possibile sostenere che esiste una lacuna a proposito di alcuni casi individuati dalle proprietà menzionate in tali disposizioni. Ma se a queste si aggiunge l'art. 2758, che stabilisce che «La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella», si può sostenere che gli art. 2777 e 2778 siano disposizioni esprimenti norme ridondanti rispetto all'art. 2758 e che la disciplina che si desume dal sistema normativo scaturente da queste tre disposizioni sia nient'affatto lacunosa¹¹⁶.

L'art. 2777 è suscettibile di diverse interpretazioni. Si può interpretare, come fanno Alchourrón e Bulygin, come esprimenti una norma che prevede la compresenza della buona fede dell'acquirente (BFA), della buona fede dell'alienante (BFE), e dell'acquisto del bene a titolo oneroso (TO), affinché si possa procedere a rivendicazione. Argomentando *a contrario*, si potrebbe pure sostenere che ove non siano presenti tutte e tre queste proprietà, la rivendicazione non è esperibile

¹¹⁵ L'art. 2777 del codice civile argentino recita: «Compete también [la reivindicación] contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe». L'art. 2778 prevede che: «Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete [...] contra el actual poseedor, aunque de buena fe, si la hubo por título gratuito [...]».

¹¹⁶ Cfr. F. Atria, *Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo*, cit., p. 62, in cui n. 43.

(il che preverrebbe la lacuna dell'esempio di Alchourrón e Bulygin). Si potrebbe anche sostenere, tuttavia, che il legislatore con l'avverbio "también" volesse soltanto esemplificare un caso in cui era esperibile la rivendicazione, e che l'elenco delle proprietà stilato nell'articolo in questione non debba leggersi come tassativo.

La soluzione, poi, cambia al cambiare della *ratio* cui si riconduce la norma. Se la *ratio* è quella di tutelare la certezza dei traffici giuridici, è ragionevole pensare che non sia indifferente che l'alienante sia in buona fede o in mala fede. Ma se la *ratio* è quella di ristabilire la soluzione giuridica reale, tutelando il proprietario nei confronti del possessore, allora la buona fede dell'acquirente, così come la mala fede dell'alienante, pur *prima facie* rilevanti, vanno considerate irrilevanti (in senso B, direbbe forse Bulygin): in questo caso, la unica proprietà rilevante sarebbe TO e la lacuna, magicamente, svanirebbe. Orbene, tutte queste possibili soluzioni alternative sono a disposizione del giurista in sede di reinterpretazione: egli può quindi creare, prevenire, o accertare (in senso debole, in questo caso) una lacuna normativa.

La soluzione cambia altresì al cambiare delle regole d'inferenza utilizzate dal giurista. La norma che si ricava da una lettura letterale dell'art. 2777, per esempio, può essere applicata per analogia al caso del possessore di buona fede che ha acquistato un immobile da terzo anch'esso in buona fede. L'esito di tale operazione inferenziale, ancora una volta, è la "scomparsa" della lacuna (nei nostri termini, la sua prevenzione).

La lista degli esempi potrebbe moltiplicarsi¹¹⁷, senza, peraltro, che si pervenga a una sostanziale modificazione del risultato: il problema della discrezio-

¹¹⁷ Qualche parola su altri esempi discussi in *Lagunas en el derecho*. "Riggs v. Palmer" costituisce, a mio modo di vedere, un chiaro esempio di "interpretazione sistematica" in senso stretto. Un dato sistema normativo SN_1 contiene la disposizione normativa DN_1 "Se testamento valido, allora facoltativo ereditare" che, *prima facie*, connette la facoltà di ereditare con la sola circostanza di essere eredi intestati. SN_1 , però, contiene anche il principio P_x "Nessuno può trarre profitto dal proprio illecito", ricavabile con varietà di metodi da altre disposizioni normative del sistema. Se si intende prevenire l'antinomia tra queste due norme occorre (re)interpretare DN_1 come se esprimesse la norma N_y "Se testamento valido e assenza dell'omicidio del testatore, allora facoltativo ereditare". A questo punto, l'antinomia scompare e non v'è motivo di utilizzare un vocabolario fatto di disapplicazione, "sabotaggio", e simili. L'esempio del "commesso viaggiatore" costituisce un esempio di interpretazione restrittiva (propiziata dall'uso della tecnica della dissociazione) della disposizione "Vietato dormire in stazione", nel senso che per "dormire", in conformità con l'asserita *ratio legis* volta a scoraggiare l'uso delle stazioni da parte delle persone "senza fissa dimora", si deve intendere un sonno prolungato, magari con l'approntamento di un apposito giaciglio, e non un pisolino non intenzionale "schiacciato" in attesa di un treno in ritardo da un commesso viaggiatore alla fine di una lunga giornata di lavoro, come poteva sembrare a seguito di una prima interpretazione (Cfr. J.L. Rodríguez, *La imagen actual de las lagunas en el derecho*, cit., pp. 156-157). È evidente che il

nalità precede il momento dell'applicazione delle norme, di talché pare del tutto vano domandarsi se il giudice goda (o non goda) di discrezionalità nel caso di assenza di regolazione, considerato che tale assenza dipende dalle sue scelte (*lato sensu*) interpretative.

5. Osservazioni conclusive

Nelle pagine che precedono, ho cercato di arguire che sia il giuspositivismo sia l'antipositivismo giuridico si dibattono, per diverse ragioni, tra formalismo e scetticismo. Una possibile via uscita da questo dilemma consiste nel privilegiarne il secondo corno, e quindi nell'assumere lo scetticismo come (unica e ineluttabile) esplicazione soddisfacente delle pratiche dei giuristi negli ordinamenti giuridici contemporanei, giacché – come ho cercato di dimostrare – l'elemento discrezionale è ineliminabile da tali pratiche.

Questa tesi, peraltro, non è che la naturale e ineludibile conclusione che segue all'accettazione di non meno di quattro tesi che sono state introdotte nella discussione giusteorica, alternativamente, dal giuspositivismo metodologico (TP) e dall'antipositivismo principialista (TA): i) per individuare il diritto è necessario e sufficiente fare riferimento a criteri fattuali, e non morali¹¹⁸; l'esistenza del diritto, cioè, dipende (soltanto) da certi fatti sociali¹¹⁹ (TP); ii) nella pratica giuri-

prodotto di questa (re)interpretazione è una lacuna normativa rispetto all'atto di dormire di tutti quei soggetti che non utilizzano la stazione come dormitorio (lacuna in ipotesi colmabile con il riferimento a un qualche principio). La questione (mutuata da Pufendorf) se la legge bolognese che proibiva di spargere sangue nelle strade fosse applicabile al medico che operasse un paziente in pericolo di vita per la strada riguarda l'estensione della locuzione "spargere sangue" e non, come viene spesso sostenuto, la defettibilità o meno della norma espressa da tale enunciato legislativo. Peraltro, come ha recentemente dimostrato R. Guastini, la defettibilità può essere concepita come una questione di intervento della dogmatica nel dettato legislativo. Cfr. R. Guastini, *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación*, cit., p. 12: «La derrotabilidad y las lagunas axiológicas dependen muy simplemente de las valoraciones de los intérpretes, y a menudo esas valoraciones toman la forma de "teorías", o mejor dicho de tesis dogmáticas: algo construido antes e independientemente de la interpretación de uno u otro enunciado normativo específico».

¹¹⁸ A questo riguardo, corre l'obbligo di rimandare alle efficaci considerazioni di P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cit., p. 91: «dal punto di vista del positivismo metodologico, anche se nella prassi delle corti costituzionali si realizza talvolta quella che potremmo chiamare prassi giustificativa tra diritto e morale, tale connessione non si realizza sempre: è non necessaria ma contingente. Nelle organizzazioni giuridiche contemporanee, invece, ancor oggi è necessario, anche quando si usano nell'argomentazione alcuni principi morali, fare riferimento esplicito ad una fonte di diritto valido».

¹¹⁹ Come osserva B. Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, cit. p. 293, questa tesi (concettuale) è uno dei presupposti fondamentali del realismo giuridico. Scrive

dica moderna, i giuristi realizzano complesse operazioni di sistemazione normativa, nel corso delle quali usano delle norme (i principi), frutto di interpretazione di disposizioni o di sviluppo di norme espresse, che permettono loro di integrare e ordinare i materiali giuridici rilevanti per la soluzione di determinate questioni di diritto (TA); iii) il diritto è pervaso da valori e principi spesso in conflitto fra loro: la soluzione di una questione di diritto cambia al cambiare del principio (del valore, dello scopo) al quale tale questione è ricondotta (TA)¹²⁰; iv) non v'è alcun sistema di criteri morali "oggettivi" o "veri", e anche se esistesse un sistema siffatto (il che è alquanto dubbio), non si avrebbe modo di conoscerlo, di talché ogni ordinazione tra principi è accettabile, e nessuna di esse è "vera"¹²¹ (TP).

Leiter: «What concept of law is being presupposed here in these arguments for legal indeterminacy, a concept in which statutes and precedent are part of the law but uncoded norms and policy arguments are not? It is certainly not Ronald Dworkin's theory, let alone any more robust natural law alternative. Rather, the Realists are presupposing something like the Positivist idea of a rule of recognition, whose criteria of legality are exclusively ones of a pedigree: a rule (or canon of construction) is part of the law by virtue of having a source in a legislative enactment or a prior court decision. The Realists, in short, cannot be conceptual rule skeptics, because their arguments for the indeterminacy of law presuppose a nonskeptical account of the criteria of legality, one that has the most obvious affinities with that developed by hard or exclusive Positivists».

¹²⁰ Più di preciso, la corrispondente tesi realista è la seguente: la medesima disposizione, interpretata alla luce di diversi principi (anch'essi peraltro frutto di (sovrain)interpretazione), è suscettibile di esprimere norme diverse. Come nota ancora B. Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, cit. p. 295, la possibilità di interpretare una medesima disposizione normativa in modi diversi e confliggenti è la tesi cruciale del realismo giuridico: «The Realists located the indeterminacy of law not in general features of language itself but in the existence of equally legitimate, but conflicting, canons of interpretation that courts could employ to extract differing rules from the same statutory text or the same precedent. Indeterminacy, in short, resides for the Realists not in the rules themselves but in the ways we have of characterizing what rules statutes and precedents contain».

¹²¹ E. Bulygin, *Sobre el status ontológico de los derecho humanos*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 622-625.