

Riccardo Guastini

Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje

Ključne besede: uklonljivost, poizjemljivost ali delna razveljavljivost norm, normativne in vrednostne (ali aksiološke) pravne praznine, razlaganje (interpretacija), pravni pozitivizem

Riccardo Guastini (1946, Genova) je profesor filozofije in teorije prava na Univerzi v Genovi in predstojnik tamkajšnjega Oddelka za pravno kulturo Giovanni Tarello. Dolgo je poučeval tudi ustavno pravo. Kot gostujoči profesor je med drugim nekaj let predaval na univerzah Pompeu Fabra (Barcelona), Panthéon-Assas Paris II (Inštitut za visoke mednarodne študije, Pariz), Nanterre Paris X (Center za teorijo in analizo prava, Pariz) ter na Cadrozo School of Law (New York).

Soustanovil je dve, souredniku je pa pri treh mednarodno priznanih pravoslovnih revijah. To so *Analisi e diritto*. *Ricerche di giurisprudenza analitica* (s Paolom Comanduccijem; www.digita.unige.it/?page_id=354), *Ragion pratica* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Obenem je član uredniških svetov pri revijah kot so *Ars interpretandi*, *Diritto & questioni pubbliche*, *Doxa*, *Isonomía*; od leta 2008 zdaj tudi pri *Revusu*.

Napisal je nekaj stotin znanstvenih člankov v več jezikih in prek trideset knjig. Med njimi: *L'interpretazione dei documenti normativi* (Milano, 2004), *Lezioni di teoria costituzionale* (Torino, 2001; Mexico, 2001; Pariz, 2010), *Distinguendo – studi di teoria e metateoria del diritto* (Torino, 1996; Barcelona, 1999), *Dalle fonti alle norme* (Torino, 1990; Sao Paulo, 2005). V italijanščino je prevedel še kopico razprav Alfa Rossa, Hansa Kelsna, Jerzyja Wroblewskija, Ronalda Dworkina in drugih pravnih teoretikov.

Kot eden najvidnejših predstavnikov italijanskega pravoslovja nadaljuje znanstveno izročilo Norberta Bobbia, Uberta Scarpellija in Giovannija Tarella. Naslanja se na analitično filozofijo. Danes je vodilni člen t. i. genovskega pravnega realizma in eden ključnih ustavnopravnih teoretikov. Najširše pa je prepoznan po stališčih zmernega skepticizma, ki jih je razvil v okviru nauka o razlaganju.

Njegov osebni slog pisanja odlikuje jedrnatost. Znan je po odkriti in strogi kritiki. Manj znano pa je to, da je skupaj z ženo pred leti izdal dva kriminalna romana *Analisi e delitto*; tretji »se piše«. V delu ima novo pravoslovno knjigo o razlaganju in argumentiranju: *Interpretazione e argomentazione*. Pred izzidom je učbenik *La sintassi del diritto*.

Razprava, ki jo tukaj v Revusovem kanonu objavljamo v slovenščini (prev. Andrej Kristan) in v izvorniku (*Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*), je izšla v njegovem zadnjem zborniku: Riccardo Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Rim, Aracne (*Studi di filosofia analitica del diritto*; 3), 2008, 6. pogl., 97–118. Pred kratkim je bil ta izdan v španščini: *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2010. Čeprav je naslov razprave v tujem pravoslovnem spisju zadnjih petih desetletij vsakdanji, je pri nas presenetljiv: Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje.

V slovenščini poznamo izraz, da je kdo neuklonljiv. Včasih rečemo, da ima kak otrok, na primer, neuklonljivo voljo. Takšno (tj. neuklonljivo) naj bi bilo tudi pravo – sploh če sklepamo po vzkliku: »Zakon je zakon!« Samo dejstvo, da se v življenju nekaterim zdi ta vzklik potreben, pa nam vendar dokazuje, da kak pravnik skuša kakšno normo kdaj tudi ukloniti. Kako in kdaj se pravno normo (lahko) ukloni, avtor tu pojasni po korakih na treh praktičnih primerih.

Riccardo Guastini

Uklonljivost, vrednostne praznine in razlaganje

1 UVOD

Tu bi rad dva pojma, ki ju najdemo v pravoslovnem nauku Carlosa Alchourróna in Eugenia Bulygina, načrtno povezal z »realističnim« naukom o razlaganju:¹ to sta pojem vrednostnih praznin in pojem uklonljivosti norm.

1.1 Vrednostna praznina

Vrednostna praznina je položaj, v katerem je določeni dejanski stan s kako normo sicer urejen, vendar je – po mnenju razlagalca – urejen na način, ki je »vrednostno neprimeren [...], ker zakonodajalec nekega razločka, ki bi ga bil moral upoštevati, ni vzel v poštev«. Predpostavlja se, da je zakonodajalec odločil, kot je, ker predmetnega razločka ni premislil: a »če bi ga bil premislil, bi narekoval drugačno ureditev« obravnavanega dejanskega stanu.²

Z drugimi besedami: vrednostna praznina »ni primer brez rešitve [dejanski stan, ki ne bi bil urejen], ampak je primer s slabo rešitvijo«. ³ Jasno je, da tu pra-

1 Temeljne misli takšnega nauka najdemo v naslednjih delih: Giovanni Tarrello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974; isti, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; Riccardo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007. Prim. tudi Enrico Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.

2 Carlos E. Alchourrón in Eugenio Bulgin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, 158; v ital. prevodu Pierluigija Chiassonija in Giovanija Battiste Rattija, *Sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 2006; najprej izdano v angl.: *Normative Systems*, New York, Springer (Library of Exact Philosophy; 5), 1971. Da bi bil tukajšnji zapis razumljiv tudi tistim pravnikom, ki njune knjige niso prebrali, se bom izognil tehničnemu izrazju, ki sta ga uvedla Alchourrón in Bulgin (teza relevantnosti, hipoteza relevantnosti itn.).

3 Pablo Navarro in Jorge Rodríguez, *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas, Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho* (2000) 13, 16 (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>).

znina ne pomeni kratko malo odsotnosti vsakršne norme. Tisto, kar manjka, ni norma, ki ureja obravnavani dejanski stan, saj ta v resnici je urejen. Kar manjka, je zadovoljiva oz. »pravična« norma in, posebej še, »razlikovalna« norma ali norma, ki različno ureja dejanske stanove, ki se razlagalcu zdijo različni in zato zaslužijo različne ureditve.⁴

1.2 Uklonljivost (ali poizjemljivost) norm

Katero koli pravno normo je mogoče poustvariti kot pogojni izrek s takšno obliko: »Če *D*, potem *P*,« kjer prorek ali antecedens *D* označuje določen razred dejanskih stanov, porek ali konsekvens *P* pa določen razred pravnih posledic (kakršne so: obveznosti, dovolitve, prepovedi, kazni, veljavnost ali neveljavnost aktov itd.).⁵

Kljub temu pa so »[m]noge (če ne vse) ubeseditve norm [...] uklonljive, tj. običajno implicirajo izjeme oz. okoliščine, ki – čeprav niso izražene izrecno – normo uklonijo«,⁶ »okoliščine, ki – čeprav niso izrecno izražene – obveznost umaknejo.«⁷ Uklonljivost »ima dve zelo pomembni posledici. Kot prvič, za uklonljivi pogojnik ne velja pravilo okrepitve antecedensa ali proreka [...]. Prav tako pa, drugič, ne velja niti pravilo *modus ponens*«. V uklonljivem pogojniku, skratka, izpolnjenost proreka ali antecedensa ni zadosten pogoj za nastop poreka ali konsekvensa.⁸

4 Tu se ne ukvarjam z drugim pojmom vrednostne praznine, kakršnega je izoblikoval Jorge Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de los estudios políticos y constitucionales, 2002, 76 in nasl. Prim. tudi Eugenio Bulygin, En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria, v Fernando Atria in drugi, *Lagunas en el derecho*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005. O Bulyginu tudi Giovanni Battista Ratti, Dos modelos de relevancia normativa, v José Juan Moreso in María Cristina Redondo (ur.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.

5 Ta pojem norme je nekoliko širši od tistega, ki ga privzemata Alchourrón in Bulygin 1974 (op. 2), saj vključuje izreke, ki izražajo »norme« v pomenu, da pripadajo nekemu normativnemu sistemu, četudi v poreku ali konsekvensu nimajo najstvenih (tj. deontičnih) prvin.

6 Carlos E. Alchourrón, On Law and Logic, *Ratio Juris* 9 (1996) 4, 341; v kastilj. prevodu Jorgeja Rodrígueza: Sobre derecho y lógica, *Isonomía* (2000) 13, 24 (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>).

7 Carlos E. Alchourrón in Eugenio Bulygin, Norma jurídica, v Ernesto Garzón Valdéz in Francisco Javier Laporta (ur.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía; 11), 1996, 146. Ostali pomeni »uklonljivosti« so preučeni v María Cristina Redondo, Teorías del derecho e indeterminación normativa, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* (1997) 20 (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>), in v Rodríguez 2002 (op. 4), 4. pogl. Posebej se mi zdi pomembno opozoriti na to, da uklonljivost, razumljena v tistem pomenu, v katerem je neka norma podvržena ne prej neizraženim izjemam, ampak izjemam, ki so izrecno postavljene v drugih normah istega pravnega reda, nima nobene veze s pojmom uklonljivosti, ki ga v okviru te razprave postavljam v središče zanimanja. Prim. Rodríguez 2002 (op. 4), 358, 364 in nasl.

8 Nekaj besed v pojasnitev. Predpostavljajmo, da moramo uporabiti normo: »Pogodbe je treba izpolniti.«

Uklonljiva je, z drugimi besedami, tista norma, ki se »podreja impliciranim izjemam, ki ne morejo biti izčrpno našteje v naprej«, zaradi česar ni »mogoče v naprej določiti okoliščin«, ki delujejo »kot pristni zadostni pogoj njihove uporabe«.⁹

Da bi pokazal, kako so med seboj povezani pojmi vrednostne praznine, uklonljivosti in razlaganja, bom predstavil nekaj umišljenih (četudi ne povsem umišljenih) primerov.

2 VZORČNI PRIMERI

2.1 Prvi primer

V neki republiki s togo ustavo, parlamentarno obliko vladavine in nadzorom nad ustavnostjo zakonov (ta se izvaja *a posteriori*), se ena od ustavnih določb glasi takole:

Predsednik Republike lahko poda veto na razglasitve zakonov.

Na katere zakone se nanaša ta določba? Po črkobralni ali dobesečni razlagi se določba nanaša na kateri koli zakon, saj besedilo nikakor ne razlikuje med različnimi vrstami zakonov.

Zdaj pa si zamislimo pravnika, ki razloguje bolj ali manj tako, kot sledi:

a) Razlikovati je mogoče dve vrsti zakonov: navadne zakone in zakone za spremembo ustave. (V nauku o razlaganju se ta poteza imenuje tehnika razdruževanja.)

b) V obravnavanem pravnem redu (tj. parlamentarna oblika vladavine) predsednik republike ni vodja izvršne veje oblasti, ampak je »nevtralna oblast«

- (i) Če je ta norma neuklonljivi pogojnik, potem lahko – v povezavi z izjavo »X je pogodba.« – iz nje jasno zaključimo (po vzorcu *modus ponens*): »X je treba izpolniti.« Če je norma uklonljivi pogojnik, pa – nasprotno – takšen zaključek *ni* obvezen, saj je norma podvržena (neimenovanim) izjemam, zaradi česar *niso vse* pogodbe take, da bi morale biti izpolnjene: sklenitev pogodbe ni zadosten pogoj za obstoj obveznosti njene izpolnitve.
- (ii) Poleg tega se lahko, če je norma neuklonljivi pogojnik, iz nje – v povezavi z izjavo: »X je svetoskrunska pogodba.« – veljavno zaključi (z okrepitvijo proreka ali antedecensa): »X je treba izpolniti.« (Z drugimi besedami: Svetoskrunske pogodbe so še vedno pogodbe in norma jih ne izločuje.) Nasprotno pa takšen zaključek *ni* obvezen, če je norma uklonljivi pogojnik, saj je v tem primeru, ponovimo, podvržena (neimenovanim) izjemam, tako da sklenitev pogodbe spet ni zadosten pogoj za obstoj obveznosti njene izpolnitve (lahko da naj bi obveznost ne veljala za svetoskrunske pogodbe). Glej Alchourrón in Bulygin 1996 (op. 7), 145 in nasl. Logiko uklonljivih pogojnikov je razvil Carlos E. Alchourrón v več »tehničnih« razpravah, ki pa jih v tem okviru ne navajam.

- 9 Jorge Rodríguez, Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón, v Juan Carlos Bayón in Jorge Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 210.

(nekaj takega kot fran. *pouvoir neutre* Benjamina Constanta) brez političnih nalog in z nalogo, da varuje ustavo. (Tu seveda ne gre za strogo razlagalno, ampak za dogmatično trditev ali, če hočete, trditev »ustavnopravnega nauka«.)

c) Veto omogoča predsedniku predhodno presojo ustavnosti zakonov (drugačen je naknadni nadzor, ki ga izvaja ustavno sodišče). Natančneje povedano, predsednik lahko uporabi veto pri tistih zakonih, katerih neustavnost naj bi bila očitna. (Tokrat gre za dogmatično-razlagalno trditev, ki se opira na *ratio legis* oz. na »razlog obstoja« ali domet predmetne določbe.)

č) Vprašanje ustavnosti pa se lahko postavi le glede navadnih zakonov: zakon o spremembi ustave nikdar ne more biti neustaven (razen iz razlogov obličnosti), saj so zakoni o spremembi ustave namenjeni ravno preoblikovanju ustavnega besedila. Pravzaprav bi lahko rekli, da so zakoni o spremembi ustave vedno in po sami opredelitvi »neustavni« – vendar je to pravno dopustno.¹⁰ (Trditev tokrat analitično izhaja iz ustaljenega pojma ustavnih sprememb.)

d) Predmetno ustavno določbo je treba zato razlagati tako, da se nanaša samo na navadne zakone, ne pa tudi na zakone o spremembi ustave. (To je prvi razlagalni sklep, ki izhaja iz razdružitve in dogmatičnih trditev.)

e) O pristojnosti predsednika za podajo veta na zakone o spremembi ustave slednja ne pove prav nič. (To je drugi razlagalni sklep, ki – tako kot prejšnji – izhaja iz razdružitve in ustavnopravne dogmatike.)

f) Iz tega sledi, da predsednik republike ni pristojen za podajo veta na zakone o spremembi ustave. (To je – v širšem pomenu besede – še en razlagalni sklep, ki je *a contrario* izpeljan iz »molka« ustavnega besedila: *inclusio unius est exclusio alterius*.)

Kot vidimo, ima takšen način razlogovanja izjemno zanimive posledice:

(i) Naš umišljeni pravnik s tehniko razdruževanja najprej uvede v razlagano ustavno določbo tiho izjemo. Določbo obravnava, če želite, kot uklonljivo: najprej jo, z drugimi besedami, »delno razveljavi«.¹¹

(ii) Drugič, s tem ponudi zožujočo razlago določbe: polje njene uporabe zameji na navadne zakone (po črkobralni razlagi pa bi se, drugače, določba uporabljala za vse zakone, in to brez izjem).

(iii) Tretjič, ustvari praznino: ustavna določba – s tem da ureja zgolj dejanski stan »navadni zakon« – ne ureja dejanskega stanu »zakon o spremembi ustave«. Dejanski stan »zakon o spremembi ustave« (v zvezi, seveda, s predsedniškim vetom) domnevno ni v ustavi na noben način urejen. Opazno je, da gre po mnenju tistih, ki predmetno določbo razlagajo črkobralno, tu za vrednostno

10 Zavoljo nezapletanja tu odmišljam doktrino – z njo soglaša veliko ustavnosodnih oblasti – o nespremenljivih vsebinah ustav (vrhovna načela materialne ustave in podobno).

11 Kot je (upam) jasno razvidno, tu in na drugih mestih rabim glagolsko besedno zvezo »delno razveljaviti« v pomenu uvesti v neko normo (tihe) izjeme ali normo poizjemiti.

praznino in ne za normativno praznino, saj besedilo ne razlikuje med zakoni, in se torej nanaša tudi na zakone o spremembi ustave.

(iv) Četrtrič, naš pravnik zapolni praznino, ki jo je ustvaril, s tiho ali »implicitno« normo (»implicitno« v širšem pomenu besede, ne v logičnem) – tj. z normo doktrinarne izvora (nem. *Juristenrecht*) –, po kateri predsednik ne more podati veta na zakone o spremembi ustave.

2.2 Drugi primer

V istem, že omenjenem ustavnem redu, v katerem ima vlada (v določenih okoliščinah) pravno moč izdajati akte zakonske ravni, ki so (tako kot zakoni *stricto sensu*) lahko podvrženi naknadnemu nadzoru ustavnega sodišča, se neka ustavna določba glasi:

Računsko sodišče izvaja nadzor nad legitimnostjo aktov vlade.

Na katere akte se nanaša ta določba? Po črkobralni ali dobesedni razlagi se določba, seveda, nanaša na kateri koli akt vlade, saj besedilo na noben način ne razlikuje med različnimi vrstami vladnih aktov. Kljub temu si je lahko zamisliti pravnika, ki razloguje bolj ali manj takole:

a) V našem redu obstajata dve vrsti aktov vlade: vladni akti zakonske ravni (ti imajo »moč zakona«) in nezakonski akti (podzakonski predpisi in upravni akti).

b) »Legitimnost« lahko pomeni – odvisno od primera – bodisi skladnost z zakoni *stricto sensu* (zakonitost) ali pa skladnost z ustavo (ustavna legitimnost ali ustavnost).

c) Seveda se za akte z zakonsko močjo ne zahteva, da bi bili skladni z zakonom (nasprotno, zakone lahko deloma razveljavljajo, pa tudi odpravijo: prav v tem je njihova zakonska moč). Akti zakonske ravni morajo biti skladni zgolj z ustavo.

č) V našem pravnem redu pa je presoja skladnosti aktov zakonske ravni z ustavo v pristojnosti ustavnega sodišča (predpostavimo, da je ta pristojnost izključna).

d) Zaradi tega je treba obravnavano ustavno določbo razlagati tako, da se nanaša samo na nezakonske akte vlade; akti zakonske ravni so torej izven polja njene uporabe.

e) Ustava ne pove ničesar o pristojnosti računskega sodišča za vladne akte z zakonsko močjo.

f) Računsko sodišče, posledično, ni pristojno za presojo vladnih aktov zakonske ravni.

Tako kot v prejšnjem primeru je naš umišljeni pravnik tudi tu naredil štiri pomembne stvari:

(i) S tehniko razdružitve je delno razveljavil ustavno določbo, ki jo je poizjemil: vanjo je uvedel tiho izjemo, ki po črkobralni razlagi sploh ne obstaja.

(ii) Na ta način je ponudil zožujočo razlago predmetne določbe.

(iii) Hkrati je ustvaril praznino: pristojnosti računskega sodišča za presojo vladnih aktov zakonske ravni ustava ne ureja. Očitno je, da po mnenju tistih, ki določbo razlagajo črkobralno, tako ustvarjena praznina ni normativna, ampak vrednostna praznina (besedilo se namreč dejansko nanaša na vse akte vlade).

(iv) Končno je naš pravnik praznino zapolnil z normo doktrinarnega izvora, po kateri računsko sodišče ni pristojno, da presoja legitimnost vladnih aktov zakonske ravni.

2.3 Tretji primer

V istem ustavnem redu se neka ustavna določba glasi takole:

Noben akt predsednika republike ni veljaven, če ga ne podpiše tudi predlagajoči minister.

Črkobralna razlaga je takšna: kateri koli akt predsednika mora biti sopodpisan s strani predlagajočega ministra. To predpostavlja, da za vsak akt predsednika obstaja predlagajoči minister, in torej ministrski predlog. Predsednik, z drugimi besedami, ne more izdati nobenega akta, če nima za to podlage v ministrskem predlogu.

A zamislimo si pravnika, ki sklepa približno na takle način:

a) V parlamentarni obliki vladavine predsednik republike ni vodja izvršne oblasti; predsednik je »nevtralna oblast« z nalogo, da varuje ustavo. (Tu gre za dogmatično trditev, kakršne smo že spoznali.)

b) Torej obstajajo akti, ki jih predsednik izda v položaju varuha: akti, ki nimajo »pri-stranske« politične vsebine, so politično nevtralni in zato ne predstavljajo – tj. ne zahtevajo – nobenega ministrskega predloga.

c) Iz tega sledi, da je treba razlikovati med dvema vrstama aktov predsednika: »vsebinsko« vladnimi akti (izdanimi na podlagi ministrskega predloga) in »strogo« predsedniškimi akti (brez ministrskega predloga).

č) Obravnavana ustavna določba se torej ne nanaša na vse akte predsednika, ampak zgolj na tiste, ki so »vsebinsko« vladni akti; preostali predsedniški akti so izven polja njene uporabe.

d) Strogo predsedniški akti torej z ustavo niso urejeni.

e) Iz tega sledi, da strogo predsedniški akti ne zahtevajo nobenega ministrskega sopodpisa (ali pa, če že, zahtevajo – ne sopodpis predlagajočega ministra, ki ga preprosto ni, ampak – sopodpis ministra, pristojnega za predmetno področje).

Še enkrat je naš umišljeni pravnik napravil štiri opazne stvari:

(i) Ustavni določbi je deloma »odvzel veljavnost«, s tem da jo je poizjemil. Vanjo je uvedel tiho izjemo, ki naj po črkobralni razlagi ne bi obstajala.

(ii) S tem je ponudil zožujočo razlago obravnavane določbe.

(iii) Zožujoča razlaga mu je omogočila pokazati na praznino: ustava v zvezi z ministrskim soprodpisom ne ureja strogo predsedniških aktov. Za tiste, ki določbo razlagajo črkobralno, je tako ustvarjena praznina seveda vrednostna praznina, saj se ustavno besedilo nanaša na vse akte predsednika, ne da bi med njimi delalo razločke.

(iv) Končno je naš pravnik praznino zapolnil z normo doktrinalnega izvora, po kateri strogo predsedniški akti ne terjajo ministrskega soprodpisa.

3 NEKAJ UGOTOVITEV

Primerov ne bi bilo težko pomnožiti. Pa je te preproste primere mogoče posplošiti? Mislim, da je to mogoče. Iz zgornjih primerov – čeprav so (bolj ali manj) umišljeni – izhaja več zanimivih nasledkov.

Prvič. Primeri nakazujejo, da pojem vrednostne praznine in pojem uklonljivosti oz. poizjemljivosti spadata prej k nauku o razlaganju kot k nauku o normativnih sistemih (tj. k nauku Alchourróna in Bulygina). Pojma označujeta pojave, ki se porajajo tekom razlagalnega postopka in ki so odvisni od pravnih (ali sodniških) razlagalnih strategij. Verjetno je primerno na tem mestu spomniti, da sistemiziranje prava časovno ne predhaja razlagalnih odločitev, ampak tem sledi: logičnih zaključkov se ne izpeljuje iz besedil (tj. še ne razlaganih besedil), ampak le iz njihovih pomenov, ti pa predpostavljajo razlaganje.¹²

Drugič. Vrednostne praznine in uklonljivost pogosto predstavljajo tako rekoč dve plati iste medalje.¹³ S tem, da se neko normo poizjemi, se iz polja njene uporabe izvzame določene dejanske stanove (po drugačni razlagi naj bi bili ti z normo urejeni). Včasih so takšni dejanski stanovi urejeni s kakšno drugo normo istega pravnega reda; spet drugič niso urejeni z nobeno normo, ki pripada predmetnemu pravnemu redu. V tem, zadnjem primeru ima pravni red praznino. Poizjemljenje kot delni odvzem veljavnosti torej ustvari praznino.¹⁴

12 O tem podrobneje Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008, drugi del.

13 Rodríguez 2002 (op. 4), 377; Rodríguez 2003 (op. 9), 229.

14 Poizjemljenje ustvari praznino, kar pa ne pomeni, da so vse praznine ustvarjene s poizjemljenjem. V praksi nekaterih ustavnih sodišč najdemo na primer naslednji način razlogovanja:

(a) Zakonodajalec je ob urejanju določenega razreda dejanskih stanov (na primer: »velika podjetja«) opustil temu primerno ureditev nekega drugega razreda dejanskih stanov (na primer: »majhna podjetja«), ki je po mnenju ustavnih sodnikov »v bistvenem« enak urejenemu razredu dejanskih stanov.

Tretjič. Pojem vrednostne praznine ni del pravniškega (ali sodniškega) jezika: pripada pravoslovnemu jeziku ali, natančneje, »metapravoslovnemu« jeziku¹⁵ oziroma logičnemu razčlenjevanju pravniškega (in sodniškega) razpravljanja.

Hočem reči, da tisti, ki zatrjuje obstoj neke praznine, nikoli ne prizna – razen če je kritizirajoč veljavni pravni red govora *de iure condendo* –,¹⁶ da gre za vrednostno praznino: nasprotno, vedno zatrjuje, da gre za resnično normativno praznino, tj. objektivno pomankljivost pravnega reda, ki je neodvisna od vsakršnega vrednotenja.¹⁷ A če na ravni metajezika – ali s pogledom »od zunaj« – zadržimo, da pravna praznina ni normativna, ampak vrednostna, potem moramo vendar predpostavljati *drugačno* razlago istega besedila kot tisti, ki zatrjuje obstoj predmetne praznine.

Za vrednostne praznine se zato zdi, da so od razlaganja odvisne dvakrat oziroma v dveh pogledih. Po eni strani so od razlaganja odvisne v tem, da tisti, ki zatrjuje obstoj vrednostne praznine, predpostavlja točno določeno razlago besedila (navadno je to zožujoča razlaga besedila). Po drugi strani so vrednostne praznine od razlaganja odvisne v tem, da tisti, ki na ravni metajezika zatrjuje, da

- (b) Zakonodajalec je ob urejanju določenega razreda dejanskih stanov (na primer: »podjetja«) opustil razlikovanje – znotraj tega razreda – med dvema podrazredoma (na primer: »velika« in »mala« podjetja), ki sta po mnenju ustavnih sodnikov »v bistvenem« različna in zaradi tega terjata različno ureditev.

V obeh primerih imamo opravka z vrednostno praznino (ta je posebne vrste: prim. Giampaolo Parodi, *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale*, v: Paolo Comanducci in Riccardo Guastini (ur.), *Struttura dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996a; Giampaolo Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996b, 131 in nasl. V prvem primeru pa naj vendarle ne bi šlo za vrednostno praznino po Alchourrónu in Bulyginu 1974 (op. 2), 160.) V obeh primerih je zakon zaradi vrednostne praznine v njem neustaven. Obstoj praznine je utemeljevan z ustavnim načelom enakosti, ki se ga razume v smislu, da je treba enake primere obravnavati na enak način in različne primere na različni način. Vendar je v prvem primeru (tj. v primeru vrednostne praznine brez poizjemljenja) tisto, kar po mnenju ustavnega sodnika manjka, »izenačevalna« norma; v drugem primeru (tj. v primeru vrednostne praznine kot posledice poizjemljenja) pa je, nasprotno, tisto, kar manjka, »razlikovalna« norma. V obeh primerih ustavno sodišče izda »dopolnilno« odločbo. Prim. José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997, 171 in nasl.

- 15 Norberto Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), v: Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970; tudi v hrvaškosrbskem prevodu Nikole Viskovića: Bitak i trebanje u pravnoj znanosti, v: Norberto Bobbio, *Eseji iz teorije prava*, Split, Logos, 1988, 31–49.
- 16 Rodríguez 2002 (op. 4), 82.
- 17 Menim, da ima prav Jorge Rodríguez, *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, *Doxa* (1999) 22 (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>), ki opozori, da so izreki, s katerimi se zatrjuje obstoj neke (vrednostne) praznine, pogosto (ali navadno) razlagalni izreki in ne etično-politično kritični izreki veljavnega pravnega reda.

je neka točno določena praznina ravno vrednostna in ne normativna, tudi sam predpostavlja drugačno razlago – navadno črkobralno razlago – istega besedila.

To pa ima verjetno najbolj zaskrbljujočo posledico. Včasih poslušamo, da naj bi bile vrednostne praznine odvisne od razlagalčevega vrednotenja, medtem ko naj bi bile normativne praznine nekakšna »objektivna« lastnost prava. To dejansko ne drži. Če je res, da se neodvisno od razlaganja ne da ločiti med normativnimi in vrednostnimi prazninami, potem je nek »normativni položaj« lahko iz različnih razlagalnih vidikov razumljen bodisi kot normativna praznina ali pa kot vrednostna praznina.¹⁸ To pa pomeni, da so tudi normativne praznine od razlaganja odvisne spremenljivke: po neki razlagi imamo torej opravka z normativno praznino, po drugi razlagi pa ta (normativna) praznina začuda izgine ali pa se spremeni v vrednostno praznino.¹⁹

Četrtilč. Pojma uklonljivosti in vrednostne praznine sta v jeziku teorije prava (razmeroma) nova, vendar sta oba pojava največkrat plod dobro znane oblike razlaganja: tj. zožujočega razlaganja oziroma razlaganja, ki polje uporabe neke norme zoži.

Po drugi strani je pojem zožujoče razlage seveda primerjalni pojem; imenovana razlaga je »ožja« od neke druge razlage. Trditev, da je določena razlaga zožujoča, predpostavlja možnost drugačne razlage: črkobralne razlage. Seveda pa je tudi črkobralna ali dobesedna razlaga prav tako razlaga; morda je manj sporna, a – ker gre za razlago – še vedno ni nič bolj »objektivna« ali »nepristranska« od drugih mogočih razlag.

Tako kot vse nejezikovne razlage tudi zožujoča razlaga izrecno ali molče predpostavlja (govorniški) argument *ratio legis* ali pa – pogosto protidejstveni – argument namena normodajne oblasti.²⁰ Natančneje povedano tisti, ki črkobralno razlago zavrača, sprejema: 1., da obstaja nasprotje med tem, kar je izrekla normodajna oblast, in tistim, kar je imela namen reči (ali storiti); 2., da je namen pomembnejši od besedila.²¹ Zadnja predpostavka seveda ni nič drugega kot neke vrste politična ideologija. Po drugi strani pa izrekov o namenu normodajne oblasti ne moremo resno imeti za izkustvene izreke: do zakonodajalčevih »misli« namreč nimamo dostopa, še posebno če gre za skupinsko telo.²²

18 Cristina Redondo, Reglas genuinas y positivismo jurídico, v: Paolo Comanducci in Riccardo Guastini (ur.), *Analisi e diritto* 1998. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1998, 256 (http://www.digita.unige.it/?page_id=354).

19 Alchourrón 1996 (op. 6), 338, ali Alchourrón 2000 (op. 6), 21: »Neko določilo, ki po eni razlagi rešuje nek vzorčni primer [tj. ureja abstraktni dejanski stan], lahko po drugačni razlagi predstavlja praznino.« Alchourrón in Bulygin 1974 (op. 2), 144: »Nepopolni sistem (s prazninami) je mogoče z razlago spremeniti [...] v popolen sistem (takšen praznin nima).«

20 Guastini 2004 (op. 1), 142 in nasl.

21 Friderick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 74 in nasl.

22 Alchourrón 1996 (op. 6), 340, 343 in nasl., ali Alchourrón 1996 (op. 6), 23, 27 in nasl.

Petič. Zožujoča razlaga je plod posebne razlagalne tehnike: gre za tehniko razdruževanja²³ (nekaj podobnega je angl. *distinguishing* sodnikov v sistemih *common law*).

S to tehniko se v normo uvede »nove« razločke oziroma razločke, ki jih normodajna oblast ni uvedla (razločuje se tam, kjer normodajna oblast ni razločevala). Z njo se razred dejanskih stanov, ki jo – po črkobralni razlagi – besedilo predvideva, razdruži na dva (ali več) podrazredov, in sicer z namenom pokazati, da morajo takšni podrazredi, ker so si v »bistvenem« različni, imeti tudi različne pravne posledice.²⁴ Razdružitev je pravzaprav argumentativni korak, ki omogoča, da se ustvari vrednostno praznino in normam deloma odvzame veljavnost.

Šestič. Uklonljivost – v nasprotju z miselnostjo nekaterih – ni posebna lastnost načel.²⁵ Povsem mogoče je, da je načelom uklonljivost »lastna« in da je v tem smislu sestavni del pojma načela ali ena od njegovih opredeljujočih značilnosti. Hkrati pa je gotovo tudi to, da lahko kot uklonljivo obravnavamo katero koli normo: prav to pravniki ves čas počnejo.

Sedmič. Nekateri avtorji mislijo, da so uklonljivost norm in vrednostne praznine odvisne od prisotnosti načel v pravnem redu, saj naj bi bila ravno načela tista, ki normam delno odvzemajo veljavnost in s tem vrednostne praznine ustvarjajo. Z drugimi besedami: razlagalci naj bi poizjemljali norme in ustvarjali vrednostne praznine, zato da bi uporabili eno ali drugo načelo.²⁶ To, seveda, pogosto drži. Vendar pa uklonljivost in vrednostne praznine niso nujno odvisne od načel: med temi rečmi ni nobene logične zveze.

Uklonljivost in vrednostne praznine so, povsem preprosto, odvisne od vrednostnih sodb razlagalcev.²⁷ Takšna vrednotenja pa pogosto privzamejo obliko

23 Chaïm Perelman in Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Pariz, PUF, 1958; v ital. prevodu: *Trattato dell'argomentazione*, Torino, 1966, 6. pogl.

24 Guastini 2004 (op. 1), 163 in nasl. Diciotti 1999 (op. 1), 451 in nasl.

25 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2. izdaja, London, 1978. Letizia Gianformaggio, L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi, *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1985. Manuel Atienza in Juan Ruíz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996; v angl. prevodu: *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998.

26 Misel, da se normam veljavnost delno odvzema z načeli, se najde npr. v Juan Carlos Bayóna, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1991, 321 in nasl. Pa Juan Carlos Bayón, ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?, v: Bayón in Rodríguez 2003 (op. 9), 295 in nasl. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993, 98 in nasl. Trditiv, da so vrednostne praznine odvisne od načel, je branil Juan Ruíz Manero, Algunas concepciones del derecho y sus lagunas, v: Atria in drugi 2005 (op. 4).

27 Neposrečena se mi zdi zamisel Rodrígueza v Bayón in Rodríguez 2003 (op. 9), 240, po kateri je poizjemljenje neke norme lahko utemeljeno le z drugo postavljenopravno normo. Dejanško so stvari drugačne.

pravnih »teorij« ali, bolje, dogmatičnih trditev, ki jih pravniki ustvarijo neodvisno od razlaganja in v trenutku, ki razlaganje posameznega normodajnega izreka logično predhaja.

Poudariti je treba, da dogmatična zatrjevanja – kakršna so: »v parlamentarnih republikah je vodja države nevtralna oblast, ki ima nalogo, da varuje ustavo« pa »mednarodni običaj se oblikuje s soglasjem držav« ter »pravni red Evropskih skupnosti in pravni redi članic so svojepravni in neodvisni« ipd. – niso razlagalni izreki (tj. nimajo običajne oblike razlagalnih izrekov: »Besedilo B pomeni P.«). Včasih so to, povsem preprosto, norme, ki pa seveda niso »postavljenopravne« narave. Drugič gre za določujoče opredelitve, ki vključujejo vrednostne sodbe in skrite politične ali moralne težnje ter implicirajo norme. Tovrstne opredelitve usmerjajo razlaganje in pogosto omogočajo oblikovanje nepristnih »tihih« norm.

Naj navedem le en primer, ki pa bo nadvse jasen. V zelo znani odločitvi *Marbury* (1803) Vrhovno sodišče Združenih držav Amerike zatrdi, da je po načelu, lastnem vsem pisanim ustavam, nič en vsak akt zakonodajne oblasti, ki ni skladen z ustavo (angl. *a legislative act contrary to the constitution is not law*).²⁸ Jasno je, da to ni razlagalni izrek: prvič, v ameriški ustavi ni nobene normodajne ubeseditve, ki bi jo bilo mogoče razumno razlagati na tak način; po drugi strani pa isto sodišče svoje trditve niti ne poskuša predstaviti kot razlagalnega sklepa. Gre za povsem dogmatično trditev, ki neposredno izraža neko normo in Sodišču omogoča, da iz nje izpelje drugo normo, ki ga pooblašča za to, da neustavnega zakona ne uporabi.

Osmič. Carlos Alchourrón piše takole: »Zaradi uklonljivosti je norme nekega pravnega reda še težje prepoznati kot zaradi večpomenskosti. Uklonljivost je tako en od tistih dejavnikov, ki pri razlaganju normodajnih besedil v mnogih primerih nujno zahtevajo vrednotenje in uporabo vrednostnih meril.«²⁹

Zdi se, da te besede predpostavljajo dvojje: po eni strani predpostavljajo, da je uklonljivost objektivna lastnost norm, ki obstaja pred razlaganjem; po drugi strani pa, da je – vsaj navadno – razlaga dejanje, ki ne zahteva vrednotenja. Vrednotenje naj bi bilo v razlagalnem postopku *posledica in ne vzrok* uklonljivosti.

To pojmovanje je dokaj neposrečeno tako glede uklonljivosti kot glede razlaganja. Uklonljivost pred razlaganjem ne obstaja: nasprotno, gre za eno od njegovih možnih posledic. Vrednotenja razlagalcev *niso posledica* uklonljivosti norm, *ampak so sama njen vzrok*: norme poizjemimo, kadar se nam zdi, da bi imela njihova »stroga« uporaba nepravilne posledice.

28 *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

29 Alchourrón 1996 (op. 6), 344, ali Alchourrón 1996 (op. 6), 28.

Tako kot vrednostne praznine niso objektivna značilnost pravnega reda, saj so odvisne od vrednostnih sodb razlagalcev, tako tudi uklonljivost ni objektivna značilnost norm (ali normodajnih izrekov). Uklonljivost ni povezana z veliko ohlapnostjo jezika normodajnih oblasti: neodvisna je od pomenske odprtosti jezika; prav tako pa tudi ni odvisna od dejstva, da normodajne oblasti ne morejo predvideti neskončne raznolikosti bodočih primerov.³⁰ Ravno pomenska odprtost je objektivna in neodpravljiva značilnost vseh predikatov naravnega jezika.³¹ Uklonljivost norm – ali, bolje rečeno, njihova poizjemljivost – pa je, nasprotno, posledica razlagalnega dejanja.

Devetič. Prav zato se nima pomena spraševati, ali so (nekateri ali vse) pravne norme uklonljive ali ne.³² Norme oziroma, pravilneje rečeno, normodajne ubeseditve so, ubožice, povsem nedejavne in ne delajo prav nič: pustijo se poizjemljati, same sebi pa veljavnosti ne jemljejo. Tako kot lepota ni v samih stvareh, ampak je v očeh gledalcev, tako uklonljivost ni v normah, ampak je v odnosu razlagalcev.³³

Desetič. Vprašanje, ali je uklonljivost lastnost norm ali normodajnih ubeseditvev, je dokaj lahko. Neka normodajna ubeseditvev je izrek (še ne razlagani izrek). Uklonljivost je logična lastnost. Izreki pa pred razlaganjem nimajo logičnih lastnosti; takšne lastnosti imajo lahko samo norme kot pomeni normodajnih ubeseditvev. Zato je uklonljivost lastnost norm, ne pa normodajnih ubeseditvev.

Verjetno napeljuje na misel, da je uklonljivost lastnost normodajnih ubeseditvev, dejstvo, da norme, ki jim je deloma odvzeta veljavnost, predstavljajo črkobralno razlago takšnih ubeseditvev: gre za »norme *prima facie*«. ³⁴ Nerazlikovanje med izreki in njihovimi črkobralnimi pomeni je precej pogosta stvar; to je tudi razumljivo, saj črkobralna razlaga pogosto ni sestavljena iz preubeseditve, am-

30 Prim. Jorge Rodríguez in German Sucar, Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho, v: Bayón in Rodríguez 2003 (op. 9), 132 in nasl. Rodríguez 2002 (op. 4), 364 in nasl. Obe (zmotni) misli najdemo v naslednjih delih: Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961); v slov. prevodu Jelke Kernev Štrajn, *Koncept prava*, Ljubljana, Krtina, 1994, 7. pogl. Herbert L. A. Hart, The Ascription of Responsibility and Rights, *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948) 49. Tudi Neil MacCormick, Defeasibility in Law and Logic, v: Zenon Bankowski in drugi (ur.), *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*, Dortrecht, Kluwer, 1995; pa Schauer 1991 (op. 21), 34 in nasl., ter Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4. izdaja, Buenos Aires, 1994, 226.

31 Friedrich Waismann, Verifiability, *Proceedings of the Aristotelian Society* (1945) 19 (dostopno tudi na: <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>).

32 Zdi se, da o tem – začuda – razpravljata v Bayón in Rodríguez 2003 (op. 9). Prim. tudi razpravljanje, vključeno v *Discusiones* (2005) 5 s članki Jorgeja Rodrígueza, Marie Cristine Redondo, Riccarda Caracciola, Joséja Juana Moresa in Bruna Celana (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>).

33 Juan Carlos Bayón, Derrotabilidad, indeterminación del derecho, y positivismo jurídico, v: Bayón in Rodríguez 2003 (op. 9), 178.

34 Ta izraz prevzemam po Diciottiju 1999 (op. 1).

pak iz preproste ponovitve razlaganega besedila. Kljub temu pa je črkobralni pomen – tudi takrat, ko je očiten in splošno sprejet, – še vedno pomen in ne izrek.

Enajstič. Treba je ustrezno razlikovati med (diahronimi) uklonljivostjo, poizjemljivostjo oz. delno razveljavljivostjo in udejanjenimi (sinhronimi) uklonitvijo, poizjemljenjem ali delno razveljavitvijo.

Uklonljivost je razpoložljiva lastnost katere koli norme (tj. črkobralne razlage nekega normodajnega izreka):³⁵ za katero koli normo je mogoče, da je s strani razlagalcev diahrono poizjemljiva.³⁶ To je isto, kot če rečemo, da je črkobralno razlago vedno mogoče zavreči v prid zožujoče razlage z delno razveljavitvenim učinkom.

Iz sinhronega zornega kota pa je norma lahko bodisi uklonjena (kot posledica nekega poizjemljenja ali delno razveljavitvenega razlagalnega dejanja) ali pa neuklonjena.

Dejansko neka uklonljiva norma, dokler taka ostaja (tj. odprta za tihe, nedoločene izjeme), ne služi ničemur:³⁷ kot smo videli, ne omogoča niti krepitve antecedensa ne sklepanja v obliki *modus ponens*. Zaradi tega torej pri nobenem normodajnem sklepanju ne more biti uporabljena kot premisa. Iz tega razloga pravniki sicer dojemajo norme kot uklonljive, vendar jih – če smemo tako reči – ne puščajo uklonljivih v nedogled.³⁸ Z delno razveljavitvijo norme pravniki preoblikujejo in vanjo uvedejo izjemo, vendar predmetna norma, ki je na tak način preoblikovana (z zoženim poljem uporabe), postane sinhrono neuklonljiva:³⁹ torej primerna za uporabo kot premisa sklepanja v obliki *modus ponens*; primerna za to, da se uporabi. Seveda pa je diahrono še naprej odprta poizjemljenjem oz. kasnejšim delnim razveljavljenjem.⁴⁰

Dvanajstič. Enako imajo tudi vrednostne praznine zgolj hipno obstojnost.⁴¹ Pravniki ustvarijo vrednostne praznine s tem, da norme poizjemijo oz. jih de-

35 V jeziku Carlosa E. Alchourróna, Detachment and Defeasibility in Deontic Logic, *Studia logica* (1996) 57, kakršna koli norma vsebuje »dejavnik spremembe«.

36 Seveda lahko, kot opozori Bayón 2003 (op. 33), delni odvzem veljavnosti neki določeni normi včasih krši obsoječo »razlagalno konvencijo« ali – kot bi rekel jaz – nasprotuje »vplivni razlagi« (Alf Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, 108) in zato lahko med drugimi pravnimi igralci ni sprejet.

37 Rodríguez 2002 (op. 4), 361. Schauer 1991 (op. 21), 116. Mimogrede naj rečem še tole: povsem absurdna se mi zdi pogosto navajana zamisel Harta, da je pravilo, ki se konča z izrazi »razen če ...«, še vedno pravilo (Hart 1961 (op. 30), 136). *Tantouque dormitat Homerus*.

38 Rodríguez in Sucar 2003 (op. 30), 132.

39 V jeziku Alchourróna 1996 (op. 35): potem ko je enkrat opravljena sprememba uklonljivega pogojnika, je tisto, kar ostane, togi pogojnik.

40 Prim. Bruno Celano, 'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili, *Ragion pratica* (2002) 18.

41 Diciotti 1999 (op. 1), 454 in nasl.

loma razveljavijo. Tega pa vendar ne počnejo z namenom, da bi resno zatrjevali nepopolnost prava (ali da bi sodnikom predlagali odločitve *non liquet*), saj tako ustvarjene praznine nemudoma zapolnijo z novimi »nepristnimi« normami.⁴²

4 SKLEPNE MISLI

Kaj ima uklonljivost norm skupnega s pravnim pozitivizmom? – Rekel bi, da nič. Vseeno pa se nekaterim zdi, da povezava obstaja: zdi se jim, da priznanje, da so norme uklonljive, lahko postavi pod vprašaj pravni pozitivizem (kot način preučevanja prava ali metodologijo) in posebej še pozitivistično trditev o ločenosti prava in morale.⁴³

Razmišljanje gre približno tako, kot sledi. Pozitivizem trdi, da je pravo mogoče prepoznati neodvisno od kakršnega koli moralnega vrednotenja. A če so pravne norme uklonljive, njihove vsebine ni mogoče prepoznati brez moralnih vrednotenj (brez vrednotenj ne bi bilo mogoče prepoznati tih izjem vsake norme). Zaradi tega je znanstveni načrt pozitivizma obsojen na propad: brez predhodnega moralnega vrednotenja ni mogoče prepoznati prava.

Takšno razlogovanje očitno predpostavlja, da je uklonljivost objektivna značilnost pravnih norm: da gre za »razlagalni problem«, tj. problem, ki se ga razreši z razlaganjem, in ne nekaj, kar bi bilo plod ali posledica razlaganja. Kot smo videli, je takšen sklep očitno napačen. To bi moralo samo po sebi zadoščati za izničenje celotnega razlogovanja, ki smo ga postavili pod vprašaj. Kljub temu pa lahko dodam še eno stvar.

Po mojem mnenju »protipozitivistični« argument temelji na dvojnem nesporazumu.

4.1 Prvi nesporazum

Pod »prepoznavo prava« lahko razumemo dve bistveno različni stvari. Eno je nekaj (konkretno: neko normodajno besedilo) prepoznati kot pravo (ali pravni vir). Nekaj povsem drugega pa je prepoznati njegovo normativno vsebino: kaj je komu zaukazano (dopuščeno, prepovedano) in v katerih okoliščinah.⁴⁴

Če načinovni ali metodološki pozitivizem res vključuje kakšno trditev glede prepoznavanja prava (o tem nisem povsem prepričan), to zgolj pomeni, da je *prvo* od teh dveh reči mogoče storiti brez moralnih vrednotenj. Seveda pa ne

42 Nekateri načini oblikovanja »nepristnih« norm so razčlenjeni v Guastini 2004 (op. 1), 104 in nasl.

43 Prim. še enkrat razpravo med Bayónom in Rodríguezom 2003 (op. 9). Prim. tudi María Cristina Redondo, Positivismo excluyente, positivismo incluyente, y positivismo indiferente, v: Moreso in Redondo 2007 (op. 4).

44 Redondo 2007 (op. 43).

predpostavlja – in ne more predpostavljati –, da je mogoče brez takšnih vrednotenj storiti tudi drugo. Prepoznavna normativne vsebine prava (ali, bolje, vsebine pravnih virov) je nekaj, kar je seveda odvisno od razlaganja. Načinovni pozitivizem pa vendarle *ni* nauk – zagotovo pa ne *normativni* nauk – o razlaganju in tega tudi ne vključuje.⁴⁵

Kateri koli resen pravnik (naj bo pozitivist ali ne, tu ni pomembno) ne more zanikati dejstva, da razlaganje vključuje vrednostne sodbe. In če sodniki in pravniki pri razlaganju opravljajo vrednotenja, potem prav: kdor hoče opisovati tisto pravo, ki ima vpliv – prav to je del znanstvenega načrta pravnega pozitivizma –, nima druge izbire, kot da to vzame v obzir in v poštev. Če rečemo s Hartom: »Opisovanje je še vedno opisovanje, čeprav je tisto, kar se opisuje, neko vrednotenje.«⁴⁶

A po vsem tem načinovni pozitivizem nič ne zatrjuje glede prepoznave prava (v smislu: »X je pravo, če in samo če ga je mogoče prepoznati brez moralnih vrednotenj.«). Pozitivistična trditev o ločenosti prava in morale je samo spoznavnostna ali metateoretična trditev, ki se tiče pravne znanosti.⁴⁷ Povsem banalno: eno je prepoznati pravo, drugo je pravo moralno vrednotiti. Pravo je katera koli zapoved suverena. Ni nujno, da je takšna zapoved pravična, da bi bila pravo: tudi nepravični zakoni so pravo. Pozitivizem ne trdi nič več kot to.

4.2 Drugi nesporazum

Ena stvar je znanstveno prepoznavanje prava, ki ima vpliv, druga in precej drugačna stvar pa je razlaganje normodajnih besedil in – še bolj – razreševanje konkretnih sporov.⁴⁸

Razlaganje normodajnih besedi⁴⁹ (in še bolj odločanje o sporih) ni enako prepoznavanju prava, ampak je prispevek k tvorjenju prava. Če pod »pravom« ne razumemo skupka izrekov, ampak skupek pomenov, potem prava ni brez razlaganja: pravo je torej sestavljeno iz uzakonjanja (v »materialnem« smislu: iz oblikovanja normodajnih ubesediti) in razlaganja. Tako da razlaganje sovпада s prepoznavanjem prava. Še več, to je pravzaprav del samega prava: vidik ali sestavni del predmeta, ki ga želimo prepoznati ali spoznati.

45 Zdi se, da nasprotno temu razmišlja Alessandro Pace, *Metodi interpretativi e costituzionali-smo, Quaderni costituzionali* 2001.

46 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. izdaja, Oxford, 1994, Postscript.

47 Pierluigi Chiassoni, On the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation, and Easy Cases, v: Paolo Comanducci in Riccardo Guastini (ur.), *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2007, 144 in nasl. (http://www.digita.unige.it/?page_id=354).

48 Precej razširjena (čeprav prav tako absurdna) je misel, da poznavanje prava pomeni (ali vsaj vključuje) poznavanje pravne opredelitve vsakega mogočega konkretnega dejanskega stanu.

49 Nanašam se seveda na tisto, ki sem ga na drugem mestu poimenoval »odločevalno razlaganje«.

Nasprotno od tistega, kar domnevno menijo pravniki, razlaga z drugimi besedami ni »pravna znanost«, ampak je del njenega predmeta.⁵⁰ Iz vidika razlagalnega razpravljanja se pravna znanost nahaja na drugi ravni (tj. na ravni metajezika). Opisovati pravo, skratka, ne pomeni razlagati normodajna besedila, ampak bolj osvetljevati tiste razlage normodajnih besedil, ki imajo v pravnem redu »vpliv«. ⁵¹

*Iz italijanščine prevedel Andrej Kristan.**

50 Stvar je še toliko bolj očitna, če se ozremo na sodno razlago.

51 Ross 1958 (op. 36), 108.

* S kleptom so mi pri iskanju ustreznega prevoda za osrednji pojem te razprave pomagali Bartosz Brożek, Luís Duarte d'Almeida, Riccardo Guastini, Jože Kristan, Aleš Novak in Vojko Strahovnik. Pojem, ki je bil pred dobrimi šestdesetimi leti v pravoslovju poimenovan z angl. *defeasibility* (Herbert L. A. Hart, The Ascription of Responsibility and Rights, *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948), 171–194; ponatisnjeno v A. Flew (ur.), *Logic and Language*, Oxford, Blackwell, 1951, VIII. Pogl., 145–166), je s tem imenom in pogosto znanstveno obravnavo danes prisoten tudi v spoznavoslovnih spisih, moralni filozofiji in logiki. V filozofiji prava mu ustrezajo ital. *defettibilità*, kastilj. *derrotabilidad*, polj. *podważalność* in *zaczepialność*. V slovenščini primerne izraza zanj še nisem zasledil. Po mojem vedenju smo doma v pravo glede tega sploh popolni zamudniki (to je namreč prva objava, ki ta – za razumevanje razlaganja in argumentiranja pomemben – pojem obravnava v našem jeziku). Slov. »ovrgljivost«, ki jo v moralni filozofiji nekateri pripisujejo načelom (včasih tudi »mehkim« načelom), pa po moji oceni ni primerna, ker se »ovrgljivost« in »ovrženje« navadno uporabljata s prizvokom dokončnosti: v tem smislu rečemo, na primer, da je bil dokaz ovržen; ali da je bila ovržena neka trditev. »Uklonljivost«, ki jo tu predlagam sam, ima dvojno prednost. Prvič to, da je izraz korensko zvezan z rabo v pomenotvornem okviru športnega udejstvovanja, ki ni zaznamovana z dokončnostjo: čeprav po izkušnjah vemo, da bo Olimpija *klonila* pod Mežakljo (tj. Jesenice bodo Olimpijo *uklonile*), ob tem nihče ne trdi, da je njena usoda zapečatenata za vedno. Druga (močna) prednost »uklonljivosti« je v tem, da gre za plod skoraj dobesečnega prevoda: angl. *defeat* navadno prevajamo s slov. »poraz«, slov. »poraziti« pa je sopomenka slov. »ukloniti«. Ne da bi to zdaj nadalje utemeljeval, menim, da že zaradi omenjenih odlik »uklonljivost« ustreza ne le rabi v pravoslovju, ampak tudi na področjih spoznavoslovja, filozofije morale in logike.

Preostale (izbrane) pojme sem slovenil takole: ital. *derogazione* kot »delno razveljavitev« ali »delni odvzem veljavnosti« (za določeni primer), ital. *lacuna assiologica* kot »vrednostno (ali aksiološko) praznino«. Ital. *proposizione* da v slovenščini »izjavo«, ital. *enunciato* pa »izrek«. Ital. *antecedente* in ital. *conseguente* prevajam kot »prorek« ali »antecedens« oz. kot »porek« ali »konsekvens« (glej Andrej Ule, *Mali leksikon logike*, Ljubljana, Tehniška založba Slovenije, 1997). Ital. *rinforzo dell'antecedente* da tako slov. »okrepitev antecedensa ali proreka«. Ital. *eccezioni implicite* sem prevajal kot »implicitne« ali »tihe izjeme«, izraz *introdurre eccezione in una norma* pa kot »normo poizjemiti«. Morebitne pomisli bodo vsekakor dobrodošle na: andrej.kristan@revus.eu.

Riccardo Guastini

Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione

1. INTRODUZIONE

In queste pagine vorrei cercare di connettere sistematicamente due idee che s'incontrano nella teoria del diritto di Carlos Alchourrón ed Eugenio Bulygin – l'idea di lacuna assiologica e l'idea di defettibilità delle norme – con una teoria “realista” dell'interpretazione¹.

1.1. Lacuna assiologica

Una lacuna assiologica è la situazione in cui una certa fattispecie è sì disciplinata da una norma, ma – secondo l'opinione dell'interprete – è disciplinata in modo «assiologicamente inadeguato [...] poiché il legislatore non ha tenuto conto di una distinzione di cui avrebbe dovuto tener conto». Si suppone che il legislatore così abbia deciso poiché non ha preso in considerazione la distinzione in questione: ma «se l'avesse presa in considerazione, avrebbe dettato una disciplina differente» per la fattispecie di cui si tratta².

In altre parole, una lacuna assiologica «non è un caso privo di soluzione [una fattispecie priva di disciplina], ma piuttosto un caso con una cattiva

1 Le idee fondamentali di tale teoria si trovano in Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974; Id., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; Riccardo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007. Cfr. anche Enrico Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.

2 Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, 158 (trad. it., a cura di Pierluigi Chiassoni e Giovanni Battiste Ratti, Torino, Giappichelli, 2006). Nella mia esposizione preferisco evitare la terminologia tecnica introdotta da Alchourrón e Bulygin (tesi di rilevanza, ipotesi di rilevanza, etc.) affinché ciò che dico risulti facilmente comprensibile per qualunque giurista che non abbia letto il loro libro.

soluzione»³. Evidentemente, la lacuna non consiste qui nella mancanza di una norma senza ulteriori specificazioni. Ciò che manca non è una norma che disciplini la fattispecie in questione, giacché tale fattispecie in realtà è disciplinata. Ciò che manca è una norma soddisfacente o “giusta” e, più precisamente, una norma “differenziatrice”, ossia una norma che disciplini diversamente una fattispecie che all’interprete appare diversa, cioè appunto meritevole di una disciplina distinta⁴.

1.2. Defettibilità (o derogabilità) delle norme

Qualunque norma giuridica può essere ricostruita come un enunciato condizionale del tipo: “Se F, allora G”, dove l’antecedente denota una classe di fattispecie e il conseguente denota una classe di conseguenze giuridiche (quali: obblighi, permessi, divieti, sanzioni, validità o invalidità di atti, etc.)⁵.

Orbene, «molte (se non tutte le) formulazioni normative [che si incontrano in un ordinamento giuridico] sono defettibili o derogabili [*defeasible*, *derrotables*], ossia posseggono comunemente delle eccezioni implicite: vi sono circostanze che derogano a (*derrotan*, *defeat*) la norma, sebbene non siano espressamente enunciate»⁶, «circostanze che neutralizzano (*desplazan*) l’obbligo [statuito dalla norma], benché non siano esplicitamente formulate»⁷. La defettibilità

3 Pablo Navarro, Jorge Rodríguez, “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, in *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, 13, 2000, 76. (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>).

4 Non mi occupo qui di un altro concetto di lacuna assiologica, che è stato elaborato da Jorge Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de los estudios políticos y constitucionales, 2002, 76 ss.; cfr. anche Eugenio Bulygin, “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”, in Fernando Atria et al., *Lagunas en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005; e, su Bulygin, Giovanni Battista Ratti, “Dos modelos de relevancia normativa”, in José Juan Moreso, María Cristina Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.

5 Questo concetto di norma è alquanto più ampio di quello adottato da Alchourrón ed Bulygin 1974 (n. 2), poiché include enunciati che esprimono “norme” nel senso che appartengono ad un sistema normativo, sebbene siano privi di formule deontiche nel conseguente.

6 Carlos E. Alchourrón, “On Law and Logic”, *Ratio Juris*, 9 (1996) 4, 341; e la trad. spagnola di Jorge Rodríguez: “Sobre derecho y lógica”, *Isonomía*, 13, 2000, 24. (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>).

7 Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, “Norma jurídica”, in Ernesto Garzón Valdés, Francisco Javier Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 11, Madrid, Trotta, 1996, 146. Altri sensi di “defettibilità” sono esaminati da María Cristina Redondo, “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, in *DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho* 20, 1997, (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>) e Rodríguez 2002 (n. 4), cap. IV. In particolare, mi pare importante segnalare che la defettibilità intesa nel senso che una norma sarebbe soggetta non ad eccezioni implicite, ma alle eccezioni espressamente disposte da altre norme del medesimo sistema normativo, nulla ha a che vedere con il concetto di defettibilità che ci interessa nel presente contesto. Cfr. Rodríguez 2002 (n. 4), 358, 364 s.

«implica due conseguenze molto importanti. In primo luogo, per il condizionale defettibile non vale la legge del rinforzo dell'antecedente [...]. In secondo luogo, neppure vale la legge del *modus ponens*». In un condizionale defettibile, insomma, l'antecedente non è condizione sufficiente del conseguente⁸.

Detto altrimenti, una norma defettibile è una norma «soggetta ad eccezioni implicite che non possono essere enumerate esaustivamente in anticipo», di modo che non è «possibile precisare in anticipo le circostanze» che operano «come genuina condizione sufficiente della sua applicazione»⁹.

Per mostrare la connessione tra lacune assiologiche, defettibilità, e interpretazione introdurrò alcuni esempi fittizi (sebbene non interamente fittizi).

2. ALCUNI ESEMPI

2.1. Primo esempio

In una repubblica con costituzione rigida, forma di governo parlamentare, e controllo di legittimità costituzionale sulle leggi accentrato *a posteriori*, una disposizione costituzionale stabilisce:

Il Presidente della Repubblica può opporre il veto alla promulgazione delle leggi.

A quali leggi si riferisce questa disposizione? Secondo l'interpretazione letterale, a qualunque legge, dal momento che il testo non distingue in alcun modo tra leggi di diverso tipo.

Ora, immaginiamo un giurista che argomenti pressappoco come segue.

8 Qualche parola di chiarimento. Supponiamo di dovere applicare la norma "I contratti devono essere adempiuti". (i) Se tale norma è un condizionale non defettibile, da essa, in congiunzione con la proposizione "X è un contratto", si può validamente concludere (per *modus ponens*) "X deve essere adempiuto". Per contro, se la norma è un condizionale defettibile, tale conclusione *non* è consentita, poiché la norma è soggetta ad eccezioni (innominate), sicché *non tutti* i contratti devono essere adempiuti: la conclusione di un contratto non è condizione sufficiente perché sussista l'obbligo di adempimento. (ii) Inoltre, se la norma è un condizionale non defettibile, da essa, in congiunzione con la proposizione "X è un contratto sacrilego", si può validamente concludere (per rinforzo dell'antecedente) "X deve essere adempiuto" (come dire: i contratti sacrileghi sono pur sempre contratti, e la norma non distingue). Per contro, se la norma è un condizionale defettibile, tale conclusione *non* è consentita, poiché la norma, di nuovo, è soggetta ad eccezioni (innominate), sicché, nuovamente, la conclusione di un contratto non è condizione sufficiente perché vi sia obbligo di adempimento (l'obbligo potrebbe non valere per i contratti sacrileghi). Alchourrón, Bulygin, 1996 (n. 7), 145 s. La logica dei condizionali defettibili è stata elaborata da Carlos E. Alchourrón in diversi saggi "tecnici" che non occorre menzionare in questo contesto.

9 Jorge Rodríguez, "Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón", in Juan Carlos Bayón, Jorge Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2003, 210.

a) Si possono distinguere due tipi di leggi: leggi ordinarie e leggi di revisione costituzionale. (Questa mossa è ciò che in teoria dell'interpretazione si chiama: tecnica della dissociazione.)

b) Nell'ordinamento vigente (governo parlamentare) il Presidente della Repubblica è non il capo del potere esecutivo, bensì un "potere neutro" – qualcosa come il *pouvoir neutre* di Benjamin Constant – che ha funzioni non politiche, ma solo di garanzia della costituzione. (Questa, si noti, è una tesi non strettamente interpretativa, ma dogmatica: una tesi di "teoria costituzionale", se così vogliamo dire.)

c) Il veto presidenziale ha la funzione di consentire al Presidente un controllo preventivo di legittimità costituzionale sulle leggi (distinto dunque dal controllo successivo esercitato dal Tribunale costituzionale); in particolare, il Presidente può opporre il veto a leggi la cui illegittimità costituzionale sia evidente. (È, questa, una tesi dogmatico-interpretativa intorno alla *ratio legis*, ossia intorno alla "ragion d'essere", lo scopo, della disposizione di cui si tratta.)

d) D'altro canto, un problema di legittimità costituzionale può presentarsi solo riguardo alle leggi ordinarie: una legge di revisione costituzionale non può mai essere incostituzionale (se non per ragioni formali) giacché le leggi di revisione consistono precisamente in un mutamento del testo costituzionale. Le leggi di revisione – si potrebbe dire – sempre, per definizione, sono "incostituzionali", ma sono autorizzate ad esserlo¹⁰. (Questa tesi segue analiticamente dal concetto condiviso di revisione costituzionale.)

e) Pertanto, la disposizione costituzionale in questione deve essere interpretata nel senso che si riferisca solo alle leggi ordinarie, non alle leggi di revisione. (Questa è una prima conclusione interpretativa, che discende dalla dissociazione combinata con talune tesi dogmatiche.)

f) La costituzione non dice assolutamente nulla intorno al potere presidenziale di veto in relazione alle leggi di revisione. (Si tratta di una seconda conclusione interpretativa che, come la precedente, discende dalla dissociazione e dalla dogmatica costituzionale.)

g) Ne segue che il Presidente della Repubblica non ha potere di veto sulle leggi di revisione. (Questa è una ulteriore conclusione interpretativa, in senso ampio, ricavata *a contrario* a partire dal "silenzio" del testo costituzionale: *inclusio unius est exclusio alterius*.)

Come si vede, questo modo di ragionare produce conseguenze di grande interesse.

¹⁰ Faccio astrazione, per comodità, dalla dottrina – condivisa da molte giurisdizioni costituzionali – del contenuto non rivedibile della costituzione (i principi supremi della costituzione materiale e simili).

(i) In primo luogo, mediante la tecnica della dissociazione, il nostro giurista immaginario crea una eccezione implicita nella disposizione costituzionale interpretata. La tratta, se così vogliamo dire, come una disposizione defettibile: concretamente, “deroga” ad essa¹¹.

(ii) In secondo luogo, così facendo, egli offre, di tale disposizione, una interpretazione restrittiva: l’ambito di applicazione della disposizione risulta ristretto alle leggi ordinarie (mentre, secondo l’interpretazione letterale, essa si applicherebbe a tutte le leggi senza eccezioni).

(iii) In terzo luogo, egli produce una lacuna: la disposizione costituzionale, disciplinando solo la fattispecie “legge ordinaria”, non disciplina la fattispecie “leggi di revisione”; la fattispecie “leggi di revisione” (in relazione, s’intende, al veto presidenziale), per ipotesi, non è in alcun modo disciplinata dalla costituzione. Si noti che per quanti interpretino alla lettera la disposizione in questione questa lacuna è non normativa, ma assiologica, giacché il testo si riferisce alle leggi senza distinzione, e dunque anche alle leggi di revisione.

(iv) In quarto luogo, il nostro giurista colma la lacuna da lui stesso creata mediante una norma “implicita” (in senso ampio, non in senso logico) – una norma di creazione dottrinale (*Juristenrecht*) – secondo la quale il Presidente non dispone del veto sulle leggi di revisione.

2.2. Secondo esempio

Nello stesso ordinamento costituzionale di cui si diceva prima, nel quale il Governo ha il potere di emanare (in certe circostanze) atti di rango legislativo, che (come le leggi *stricto sensu*) possono essere sottoposti al controllo successivo del Tribunale costituzionale, una disposizione costituzionale stabilisce:

La Corte dei conti esercita il controllo di legittimità sugli atti del Governo.

A quali atti si riferisce questa disposizione? Secondo l’interpretazione letterale, a qualunque atto del Governo, evidentemente, poiché il testo non distingue in alcun modo tra atti di tipo diverso.

Immaginiamo tuttavia un giurista che argomenti, più o meno, nel modo seguente.

a) Nel nostro ordinamento esistono due tipi di atti governativi: gli atti legislativi (dotati di “forza di legge”) e gli atti non legislativi (regolamentari e amministrativi).

b) “Legittimità” può significare, secondo i casi, conformità alle leggi *stricto sensu* (legalità) o conformità alla costituzione (legittimità costituzionale).

11 Come risulta chiaro (spero) dal contesto, qui e altrove uso il verbo “derogare” nel senso di introdurre eccezioni (implicite) in una norma.

c) Ora, agli atti di valore legislativo, evidentemente, non è richiesto di essere conformi alla legge (al contrario, essi possono derogare a leggi o abrogarle: in questo precisamente consiste il loro valore legislativo). Gli atti legislativi devono solo essere conformi alla costituzione.

d) Tuttavia, nel nostro ordinamento, il controllo di conformità alla costituzione degli atti legislativi è di competenza (si suppone: esclusiva) del Tribunale costituzionale.

e) Pertanto, la disposizione costituzionale di cui trattasi deve essere interpretata nel senso che si riferisca solo agli atti non legislativi; gli atti legislativi cadono fuori del suo ambito di applicazione.

f) La costituzione nulla dice intorno alla competenza della Corte dei conti sugli atti legislativi del Governo.

g) Per conseguenza, la Corte dei conti non è competente a controllare gli atti legislativi del Governo.

Come nel caso precedente, il nostro giurista immaginario ha fatto quattro cose importanti.

(i) Per mezzo della tecnica della dissociazione ha “derogato” alla disposizione costituzionale, introducendo in essa una eccezione implicita: cioè una eccezione che, secondo l’interpretazione letterale, non sussiste affatto.

(ii) In questo modo ha proposto una interpretazione restrittiva di tale disposizione.

(iii) Al tempo stesso ha creato una lacuna: la costituzione non disciplina i poteri della Corte dei conti sugli atti legislativi del Governo. Ovviamente, a quanti interpretino letteralmente, siffatta lacuna appare non già normativa – il testo, infatti, si riferisce a tutti gli atti governativi – bensì assiologica.

(iv) E infine il nostro giurista ha colmato la lacuna con la norma di creazione dottrinale secondo cui la Corte dei conti è positivamente incompetente a controllare le legittimità degli atti legislativi del Governo.

2.3. Terzo esempio

Nel medesimo ordinamento costituzionale, una disposizione della costituzione stabilisce:

Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dal ministro proponente.

Interpretazione letterale: qualunque atto presidenziale deve essere controfirmato dal ministro proponente. Ciò suppone che per ogni atto presidenziale vi sia un ministro proponente, e dunque una proposta ministeriale. In altre parole, il Presidente non può compiere alcun atto se non sulla base di una proposta ministeriale.

Immaginiamo però un giurista che argomenti, più o meno, nel modo seguente.

a) In una forma di governo parlamentare, il Presidente della Repubblica non è il capo del potere esecutivo: è un “potere neutro” con funzioni di garanzia della costituzione (si tratta di una premessa dogmatica che già conosciamo).

b) Pertanto esistono atti che il Presidente compie nell'esercizio delle sue funzioni di garanzia: atti che non hanno contenuto politico “di parte”, sono politicamente neutrali, sicché non presuppongono – non richiedono – alcuna proposta ministeriale.

c) Ne segue che bisogna distinguere due tipi di atti presidenziali: gli atti “sostanzialmente” governativi (compiuti sulla base di una proposta ministeriale) e gli atti “strettamente” presidenziali (senza proposta ministeriale).

d) Orbene, la disposizione costituzionale in commento si riferisce non già a tutti gli atti del Presidente, ma solo agli atti sostanzialmente governativi: i rimanenti atti presidenziali cadono fuori del suo ambito di applicazione.

e) Pertanto, gli atti strettamente presidenziali non sono disciplinati dalla costituzione.

f) Ne segue che gli atti strettamente presidenziali non richiedono alcuna controfirma ministeriale (o, al massimo, richiedono la controfirma non del ministro proponente, che semplicemente non sussiste, ma del ministro competente per materia).

Ancora una volta il nostro giurista immaginario ha fatto quattro cose.

(i) Ha “derogato” alla disposizione costituzionale, introducendo in essa una eccezione implicita che, secondo l'interpretazione letterale, non sussisterebbe.

(ii) Così facendo, ha proposto una interpretazione restrittiva di tale disposizione.

(iii) L'interpretazione restrittiva gli ha permesso di identificare una lacuna: la costituzione non disciplina gli atti strettamente presidenziali in relazione alla controfirma ministeriale. A quanti interpretino letteralmente siffatta lacuna appare evidentemente assiologica, dal momento che il testo costituzionale non distingue, riferendosi agli atti presidenziali tutti senza ulteriori specificazioni.

(iv) Infine, il nostro giurista ha colmato questa lacuna con la norma di creazione dottrinale secondo cui gli atti strettamente presidenziali non richiedono controfirma ministeriale.

3. QUALCHE CONCLUSIONE

Non sarebbe difficile moltiplicare gli esempi. Ma possono questi semplici esempi essere generalizzati? Io credo di sì. Da questi esempi, sebbene (più o meno) fittizi, si ricavano varie conseguenze interessanti.

Uno. Gli esempi suggeriscono che i concetti di lacuna assiologica e di defettibilità o derogabilità appartengano, per così dire, non alla teoria dei sistemi normativi, ma piuttosto alla teoria dell'interpretazione. Denotano fenomeni che si presentano nel corso del processo d'interpretazione e che dipendono dalle strategie interpretative dei giuristi (o dei giudici, naturalmente). Forse conviene ricordare che le attività di sistematizzazione del diritto non precedono, ma seguono le decisioni interpretative: non si fanno inferenze a partire da testi (non ancora interpretati), ma solo a partire da significati, i quali per l'appunto presuppongono l'interpretazione¹².

Due. Molte volte lacune assiologiche e defettibilità sono, per così dire, facce di una stessa medaglia¹³. Derogando ad una norma si escludono dal suo campo di applicazione alcune fattispecie (che, tuttavia, secondo una diversa interpretazione sarebbero sì disciplinate dalla norma). A volte, tali fattispecie risultano disciplinate da un'altra norma del sistema; ma altre volte risultano invece non disciplinate da alcuna norma appartenente al sistema. In quest'ultimo caso il sistema è lacunoso. Dunque la derogazione produce una lacuna¹⁴.

12 Su ciò ampiamente Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008, parte seconda.

13 Rodríguez 2002 (n. 4), 377; Rodríguez 2003 (n. 9), 229.

14 La derogazione produce lacune, ma non tutte le lacune si producono per derogazione. Ad esempio, nella pratica di alcuni tribunali costituzionali si incontrano ragionamenti del tipo seguente.

(a) Il legislatore, nel disciplinare una certa classe di fattispecie (ad esempio, "le grandi imprese") ha ommesso di disciplinare allo stesso modo un'altra classe di fattispecie (ad esempio, "le piccole imprese") che, secondo il giudice costituzionale, è "sostanzialmente" eguale alla classe di fattispecie disciplinata.

(b) Il legislatore, nel disciplinare una certa classe di fattispecie (ad esempio, "le imprese") ha ommesso di distinguere, entro questa classe, due sottoclassi (ad esempio, le "grandi" e le "piccole" imprese) che, secondo il giudice costituzionale, sono "sostanzialmente" diverse e, pertanto, esigono discipline distinte.

In entrambi i casi abbiamo a che fare con una lacuna assiologica (di un tipo particolare: cfr. Giampaolo Parodi, "Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale", in Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996a; Giampaolo Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, 96.ino, o una normana norma sì, Torino, Giappichelli, 1996b, 131 ss.; il primo caso tuttavia non sarebbe una lacuna assiologica secondo Alchourrón, Bulygin, 1974 (n. 2), 160). In entrambi i casi la legge è ritenuta incostituzionale in ragione della lacuna assiologica che contiene. Lesistenza di una lacuna è argomentata sulla base del principio costituzionale di eguaglianza, inteso nel senso che i casi eguali devono essere trattati nello stesso modo e i casi diversi devono essere trattati in modo diverso. Nel primo caso però (lacuna assiologica senza derogazione), ciò che manca, secondo il giudice costituzionale, è una norma "eguagliatrice"; nel secondo caso per contro

Tre. Il concetto di lacuna assiologica non appartiene al linguaggio dei giuristi (o dei giudici): appartiene al linguaggio della teoria del diritto, più precisamente della “metagiurisprudenza”¹⁵, ossia dell’analisi logica del discorso dei giuristi (e dei giudici).

Voglio dire che chi afferma l’esistenza di una lacuna – salvo che parli *de jure condendo*, criticando il sistema giuridico vigente¹⁶ – mai ammette che si tratti di una lacuna assiologica: al contrario, sempre suggerisce che si tratti di un’autentica lacuna normativa, cioè di un difetto oggettivo del sistema normativo, indipendente da qualsivoglia valutazione¹⁷. Tuttavia, per dire a livello di metalinguaggio – ossia dal punto di vista “esterno” – che la lacuna in questione è non normativa, ma assiologica, dobbiamo presupporre una interpretazione dello stesso testo *diversa* da quella proposta da chi afferma l’esistenza di quella data lacuna.

Le lacune assiologiche, pertanto, sembrano dipendere dall’interpretazione due volte, o in duplice senso. Da un lato, dipendono dall’interpretazione nel senso che chi afferma l’esistenza di una lacuna assiologica presuppone una determinata interpretazione – normalmente restrittiva – del testo. Dall’altro lato, dipendono dall’interpretazione nel senso che chi afferma, a livello di metalinguaggio, che quella data lacuna è precisamente assiologica, e non normativa, presuppone a sua volta una interpretazione distinta – normalmente letterale – del medesimo testo.

E ciò ha una conseguenza forse anche più inquietante. A volte si discorre come se le lacune assiologiche dipendessero dalle valutazioni degli interpreti, mentre le lacune normative sarebbero qualcosa come proprietà “oggettive” del diritto. Di fatto non è così. Se è vero che non si possono distinguere le lacune normative dalle lacune assiologiche indipendentemente dall’interpretazione, ne segue che una data “situazione normativa” può essere considerata una lacuna normativa o invece una lacuna assiologica da punti di vista interpretativi diversi¹⁸. Ma questo vuol dire che anche le lacune normative sono variabili dipen-

(lacuna assiologica come conseguenza di una derogazione) ciò che manca è una norma “differenziatrice”. In entrambi i casi, il tribunale costituzionale pronuncia una “sentenza additiva”. Cfr. José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997, 171 ss.

15 Norberto Bobbio, “Essere e dover essere nella scienza giuridica” (1967), in Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970.

16 Rodríguez 2002 (n. 4), 82.

17 Credo che abbia ragione Jorge Rodríguez, “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, in *Doxa*, 22, 1999 (<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>), quando suggerisce che spesso (o forse normalmente) gli enunciati che affermano l’esistenza di una lacuna (assiologica) sono enunciati interpretativi, e non enunciati di critica etico-politica del sistema giuridico vigente.

18 Cfr. Cristina Redondo, “Reglas genuinas y positivismo jurídico”, in Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1998, 256 (http://www.digita.unige.it/?page_id=354).

denti dell'interpretazione: secondo una certa interpretazione vi è una lacuna normativa, mentre secondo una diversa interpretazione questa lacuna miracolosamente scompare, non sussiste in quanto lacuna normativa, e quindi si converte in lacuna assiologica¹⁹.

Quattro. I concetti di defettibilità e di lacuna assiologica sono nuovi (relativamente nuovi) nel linguaggio della teoria del diritto, ma entrambe le cose sono, spesso, il risultato di una modalità interpretativa ben nota: l'interpretazione restrittiva, ossia quella interpretazione che riduce l'ambito di applicazione di una norma.

D'altra parte, il concetto d'interpretazione restrittiva è, evidentemente, un concetto di relazione: "restrittiva" rispetto a che? Per affermare che una certa interpretazione è restrittiva occorre presupporre una interpretazione distinta: normalmente una interpretazione letterale. Si osservi, tuttavia, che anche l'interpretazione letterale è una interpretazione: forse meno discutibile, ma – in quanto interpretazione – non più "oggettiva" o "neutrale" di altre interpretazioni possibili.

L'interpretazione restrittiva, come qualunque interpretazione non letterale, suppone, espressamente o tacitamente, l'argomento (retorico) della *ratio legis*, ossia dell'intenzione – spesso controfattuale – dell'autorità normativa²⁰. Più precisamente, chi respinge l'interpretazione letterale assume: primo, che esista una discrepanza tra ciò che l'autorità normativa ha detto e ciò che intendeva dire (o fare); secondo, che l'intenzione debba prevalere sul testo²¹. Quest'ultima assunzione, evidentemente, altro non è che un'ideologia politica. D'altro canto, gli enunciati sull'intenzione delle autorità normative non possono seriamente essere considerati come enunciati empirici: non vi è accesso alla "mente" di un legislatore, soprattutto se si tratta di un organo collegiale²².

Cinque. L'interpretazione restrittiva è il risultato di una tecnica interpretativa specifica: la tecnica della dissociazione²³ (qualcosa di simile al *distinguishing* dei giudici di *common law*).

Questa tecnica consiste nell'introdurre in una norma delle distinzioni "nuove", ossia non compiute dall'autorità normativa (nel distinguere là dove

19 Alchourrón 1996 (n. 6), 338, o Alchourrón 2000 (n. 6), 21: «Una disposizione che risolve un caso generico [che disciplina una fattispecie astratta] secondo una certa interpretazione può dar luogo ad una lacuna secondo una interpretazione differente». Alchourrón, Bulygin 1974 (n. 2), 144: «Un sistema incompleto (lacunoso) può essere trasformato mediante interpretazione [...] in un sistema completo (privo di lacune)».

20 Guastini 2004 (n. 1), 142 ss.

21 Friderick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 74 ss.

22 Alchourrón 1996 (n. 6), 340, 343 s, o Alchourrón 2000 (n. 6), 23, 27 s.

23 Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione* (1958), Torino, Einaudi, 1966, cap. IV.

l'autorità normativa non distingue); consiste nello scomporre la classe delle fattispecie previste dal testo – interpretato alla lettera – in due (o più) sottoclassi, con l'intento di suggerire che tali sottoclassi, essendo “sostanzialmente” distinte, non possano non avere conseguenze giuridiche anch'esse distinte²⁴. La dissociazione, precisamente, è lo strumento argomentativo che consente di creare lacune assiologiche e di derogare alle norme.

Sei. La defettibilità non è, come talora si pensa, una peculiarità dei principi²⁵. È possibile che i principi siano “intrinsecamente” defettibili – e che in questo senso la defettibilità formi parte del concetto di principio, sia un suo tratto definitorio – ma quel che è certo è che qualunque norma può essere trattata come defettibile: di fatto i giuristi lo fanno continuamente.

Sette. Alcuni autori pensano che la defettibilità delle norme e le lacune assiologiche dipendano dalla presenza, nel sistema giuridico, di principi, nel senso che sarebbero precisamente i principi a derogare alle norme e a produrre lacune assiologiche: o, per meglio dire, gli interpreti derogherebbero alle norme e produrrebbero lacune assiologiche per dare applicazione all'uno o all'altro principio²⁶. Beninteso, ciò è spesso vero. Ma la defettibilità e le lacune assiologiche non dipendono necessariamente dai principi: cioè non vi è alcuna relazione logica tra queste cose.

La defettibilità e le lacune assiologiche dipendono molto semplicemente dalle valutazioni degli interpreti²⁷, e spesso tali valutazioni assumono la forma di “teorie” giuridiche o, per meglio dire, di tesi dogmatiche, che i giuristi costruiscono in un momento logicamente antecedente l'interpretazione di uno specifico enunciato normativo e indipendentemente da essa.

Occorre sottolineare che le tesi dogmatiche – ad esempio: “In una repubblica parlamentare il capo dello stato è un potere neutro con funzioni di garanzia della costituzione”, “La consuetudine internazionale si forma con il consenso degli stati”, “L'ordinamento comunitario europeo e gli ordinamenti degli stati

24 Guastini 2004 (n. 1), 163 ss.; Diciotti 1999 (n. 1), 451 ss.

25 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., London, Duckworth, 1978; Letizia Gianformaggio, “L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985; Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

26 L'idea che le norme siano derivate dai principi si trova, ad esempio, in Juan Carlos Bayón, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1991, 321 ss.; Juan Carlos Bayón, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, in Bayón, Rodríguez 2003 (n. 9), 295 s.; e in Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993, 98 ss. La tesi che le lacune assiologiche dipendano da principi è stata difesa da Juan Ruiz Manero, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, in Atria et al. 2005 (n. 4).

27 Mi pare molto ingenua l'idea di Rodríguez in Bayón, Rodríguez 2003 (n. 9), 240, secondo cui l'introduzione di una eccezione in una norma può solo essere giustificata da un'altra norma positiva. Di fatto le cose vanno altrimenti.

membri sono ordinamenti autonomi e indipendenti”, etc. – non sono enunciati interpretativi (non presentano la forma standard degli enunciati interpretativi: “Il testo T ha il significato S”). A volte sono, molto semplicemente, norme: norme “non positive” evidentemente. Altre volte sono definizioni stipulative che incorporano giudizi di valore, preferenze politiche o morali occulte, e implicano norme. Siffatte definizioni orientano l’interpretazione e, spesso, consentono di formulare norme “implicite” apocrife.

Solo un esempio, peraltro molto chiaro. In una notissima sentenza – *Marbury* (1803) – la Corte suprema degli Stati Uniti afferma essere un principio intrinseco a qualunque costituzione scritta che ogni atto del potere legislativo non conforme alla costituzione è nullo («a legislative act contrary to the constitution is not law»)²⁸. Evidentemente, questa affermazione non è un enunciato interpretativo: non vi è formulazione normativa, nella costituzione americana, che possa ragionevolmente essere interpretata in questo senso; e, d’altro canto, la stessa Corte non tenta neppure di presentare la sua tesi come una conclusione interpretativa. Si tratta precisamente di una tesi dogmatica, che esprime direttamente una norma e che consente alla Corte di trarre la norma ulteriore che conferisce ad essa il potere di disapplicare le leggi incostituzionali.

Otto. Scrive Carlos Alchourrón: «La defettibilità rende difficoltosa l’identificazione delle norme di un sistema giuridico assai più che l’ambiguità. Essa costituisce uno dei fattori che rendono necessario, in molte situazioni, introdurre operazioni valutative e usare criteri assiologici nell’interpretazione dei testi normativi»²⁹.

Queste parole sembrano supporre: da un lato, che la defettibilità sia una proprietà oggettiva delle norme, antecedente l’interpretazione; dall’altro lato, che l’interpretazione sia – almeno normalmente – una operazione che non richiede valutazioni. Le valutazioni sarebbero, nel processo interpretativo, *non una causa, ma un effetto* della defettibilità.

Si tratta di una concezione alquanto ingenua sia della defettibilità, sia dell’interpretazione. La defettibilità non preesiste all’interpretazione: al contrario, è una delle sue possibili conseguenze. E le valutazioni degli interpreti sono precisamente *una causa, non un effetto* della defettibilità delle norme: si introducono eccezioni nelle norme allorché la loro applicazione “stretta” darebbe luogo a conseguenze che appaiono ingiuste.

Così come le lacune assiologiche non sono proprietà oggettive del sistema giuridico, poiché dipendono dalle valutazioni degli interpreti, allo stesso modo la defettibilità non è una proprietà oggettiva delle norme (o degli enunciati normativi). Non dipende dal carattere fatalmente vago del linguaggio delle autorità

28 *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

29 Alchourrón 1996 (n. 6), 344, o Alchourrón 2000 (n. 6), 28.

normative: non dipende dalla *open texture* del linguaggio; neppure dipende dal fatto che le autorità normative non possono prevedere la infinita varietà dei casi futuri³⁰. La trama aperta, in particolare, è una proprietà oggettiva e ineliminabile di tutti i predicati nel linguaggio naturale³¹. La defettibilità per contro – o, per meglio dire, la derogazione – delle norme è il risultato di una operazione interpretativa.

Nove. Pertanto, non ha senso domandarsi se le norme giuridiche (tutte o alcune) siano o non siano defettibili³². Le norme o, per meglio dire, le formulazioni normative, poverine, sono inerti, non fanno nulla: si lasciano derogare, ma non si derogano da sé. Come la bellezza non sta nelle cose, ma negli occhi di chi guarda, così la defettibilità non sta nelle norme, ma negli atteggiamenti degli interpreti³³.

Dieci. La questione se la defettibilità sia una proprietà delle norme o delle formulazioni normative è abbastanza semplice. Una formulazione normativa è un enunciato (non ancora interpretato); la defettibilità è una proprietà logica; ma prima dell'interpretazione gli enunciati non hanno proprietà logiche: solo le norme, in quanto significati, possono avere tali proprietà. Pertanto la defettibilità è una proprietà delle norme, non delle formulazioni normative.

Forse, ciò che fa pensare che la defettibilità sia una proprietà delle formulazioni normative è il fatto che le norme derogate dai giuristi costituiscano l'interpretazione letterale di tali formulazioni: sono “norme *prima facie*”³⁴. Che non si distingua tra un enunciato e il suo significato letterale è cosa abbastanza frequente, e la cosa si comprende, dal momento che spesso l'interpretazione letterale consiste non nel riformulare, ma semplicemente nel reiterare il testo interpretato. Tuttavia, il significato letterale – anche quando è ovvio, generalmente condiviso – è pur sempre un significato, non un enunciato.

30 Cfr. Jorge Rodríguez, German Sucar, “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, in Bayón, Rodríguez 2003 (n. 9), 132 s.; Rodríguez 2002 (n. 4), 364 s. Entrambe le idee (sbagliate) si trovano in Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, cap. VII; Herbert L. A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948; in Neil MacCormick, “Defeasibility in Law and Logic”, in Zenon Bankowski et al. (eds.), *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 1995; in Schauer 1991 (n. 21), 34 ss.; così come in Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, IV ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, 226.

31 Friedrich Waismann, “Verifiability”, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 19, 1945 (<http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>).

32 Su questo, sorprendentemente, sembrano discutere Bayón, Rodríguez 2003 (n. 9). Cfr. anche la discussione contenuta in *Discusiones*, 5, 2005 (con articoli di Jorge Rodríguez, María Cristina Redondo, Riccardo Caracciolo, José Juan Moreso, Bruno Celano).

33 Juan Carlos Bayón, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho, y positivismo jurídico”, in Bayón, Rodríguez 2003 (n. 9), 178.

34 Riprendo questa espressione da Diciotti 1999 (n. 1).

Undici. Occorre distinguere accuratamente tra la defettibilità (diacronica) e l'avvenuta derogazione (sincronica).

La defettibilità è una proprietà disposizionale di qualunque norma (in quanto interpretazione letterale di un enunciato normativo)³⁵: potenzialmente, cioè, qualunque norma è diacronicamente soggetta a derogazione da parte degli interpreti³⁶. Ciò è quanto dire che l'interpretazione letterale può sempre essere scartata a favore di una interpretazione restrittiva con effetti derogatori.

Dal punto di vista sincronico, però, una norma può solo essere o derogata (quale risultato di un atto interpretativo di derogazione) o non derogata.

Una norma defettibile, infatti, finché resta tale (cioè soggetta ad eccezioni implicite non specificate), non serve a nulla³⁷: come abbiamo visto, non consente il rinforzo dell'antecedente, e non consente di ragionare in *modus ponens*. Dunque non può essere utilizzata come premessa in alcun ragionamento normativo. Per questa ragione i giuristi considerano sì le norme come defettibili, ma, se così possiamo dire, non le lasciano defettibili indefinitamente³⁸. Derogando ad una norma, la riformulano e includono in essa una eccezione, ma la norma in questione, così riformulata (con ambito di applicazione ristretto), resta sincronicamente indefettibile³⁹: idonea a fungere da premessa per ragionamenti in *modus ponens*, idonea cioè ad essere applicata. E, beninteso, diacronicamente pronta ad ulteriori derogazioni⁴⁰.

Dodici. Allo stesso modo, anche le lacune assiologiche hanno solo una esistenza effimera⁴¹. Derogando a norme i giuristi creano lacune assiologiche. Tuttavia, non lo fanno per sostenere seriamente che il diritto sia incompleto (o per suggerire ai giudici decisioni di *non liquet*), poiché immediatamente colmano le lacune così create mediante norme nuove "apocrife"⁴².

35 Nei termini di Carlos E. Alchourrón ("Detachment and Defeasibility in Deontic Logic", in *Studia logica*, 57, 1996), qualsivoglia norma incorpora un "operatore di revisione".

36 Beninteso, come segnala Bayón 2003 (n. 33), a volte la derogazione di una certa norma può violare una "convenzione interpretativa" esistente, ossia – io direi – contraddire la "interpretazione vigente" (Alf Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, 108), e pertanto può non essere accettata dagli altri operatori giuridici.

37 Rodríguez 2002 (n. 4), 361; Schauer 1991 (n. 21), 116. Sia detto per inciso: l'idea di Hart, spesso citata, secondo cui una regola che si conclude con l'espressione "a meno che..." è pur sempre una regola (Hart 1961 (n. 30), 136), mi pare totalmente assurda. *Tantoque dormitat Homerus*.

38 Rodríguez, Sucar 2003 (n. 30), 132.

39 Nei termini di Alchourrón 1996 (n. 35): una volta realizzata la revisione del condizionale defettibile, ciò che resta è un condizionale stretto.

40 Cfr. Bruno Celano, "Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", in *Ragion pratica*, 18, 2002.

41 Diciotti 1999 (n. 1), 454 s.

42 Alcune tecniche di elaborazione di norme "apocrife" sono analizzate in Guastini 2004 (n. 1), 104 ss.

4. UNA OSSERVAZIONE FINALE

Che ha a che vedere la defettibilità delle norme con il positivismo giuridico? Nulla, io direi. Tuttavia, ad alcuni sembra che una relazione vi sia: pare che ammettere la defettibilità delle norme possa mettere in discussione il positivismo giuridico (metodologico)⁴³.

Il ragionamento è più o meno il seguente. Il positivismo pretende che il diritto possa essere identificato indipendentemente da qualsivoglia valutazione morale. Ma, se le norme giuridiche sono defettibili, il loro contenuto non può essere identificato senza valutazioni morali (senza valutazioni non sarebbe possibile identificare le eccezioni implicite di ciascuna norma). Pertanto il progetto scientifico del positivismo è destinato al fallimento: per identificare il diritto occorre presupporre valutazioni morali.

Orbene, questo modo di argomentare suppone evidentemente che la defettibilità sia una proprietà oggettiva delle norme giuridiche: un “problema d’interpretazione”, un problema da risolvere per via di interpretazione, e non un risultato dell’interpretazione stessa. Il che, come abbiamo visto, è palesemente falso. Ciò sarebbe per sé sufficiente a screditare l’intero ragionamento in questione. Ma vi è ancora qualcosa da aggiungere.

L’argomento “antipositivista” si fonda, credo, sopra un duplice fraintendimento.

4.1. Primo fraintendimento

Per “identificazione del diritto” possono intendersi due cose sensibilmente diverse. Un cosa, infatti, è identificare alcunché – concretamente: un testo normativo – come (fonte del) diritto. Una cosa molto diversa è identificare il suo contenuto normativo: che cosa sia comandato (permesso, proibito), a chi, in quali circostanze⁴⁴.

Se mai il positivismo metodologico include una tesi intorno alla identificazione del diritto (del che non sono affatto certo), esso sostiene solo che la *prima* di queste due cose può farsi senza valutazioni morali. Certo non pretende – non ha ragione di pretendere – che si possa fare senza valutazioni di sorta anche la seconda. La identificazione del contenuto normativo del diritto (o, per meglio dire, delle sue fonti) è cosa che dipende ovviamente dall’interpretazione. Ma il positivismo metodologico *non* è, e neppure include, una teoria – certo non una teoria *normativa* – dell’interpretazione⁴⁵.

43 Cfr. ancora una volta la discussione tra Bayón e Rodríguez 2003 (n. 9). Cfr. anche María Cristina Redondo, “Positivismos excluyente, positivismo incluyente, y positivismo indiferente”, in Moreso, Redondo 2007 (n. 4).

44 Redondo 2007 (n. 43).

45 Contrariamente quanto sembra pensare Alessandro, “Metodi interpretativi e costituzionalismo”, in *Quaderni costituzionali*, 2001.

Qualunque giurista accorto (positivista o no, poco importa) non può ignorare che l'interpretazione involge valutazioni. E, se giudici e giuristi, in sede interpretativa, compiono valutazioni, bene: per chi voglia descrivere il diritto vigente – in ciò semplicemente consiste il programma scientifico giuspositivista – non c'è che prenderne atto e renderne conto. Per dirla con Hart: «una descrizione può ben restare una descrizione anche se ciò che si descrive è una valutazione»⁴⁶.

Ma, dopo tutto, il positivismo metodologico non è una tesi intorno alla identificazione del diritto (del tipo: “x è diritto se, e solo se, può essere identificato senza valutazioni morali”). La tesi positivista della separazione tra diritto e morale è solo una tesi epistemologica o metateorica intorno alla scienza giuridica⁴⁷. Banalmente: altro è prendere conoscenza del diritto, altro valutarlo moralmente. Qualunque comando del sovrano è diritto, e i comandi del sovrano non devono necessariamente esser giusti per essere diritto: anche le leggi ingiuste sono diritto. Il positivismo non pretende nulla più di questo.

4.2. Secondo fraintendimento

Una cosa è la conoscenza scientifica del diritto vigente, altra cosa molto diversa è l'interpretazione dei testi normativi e – ancor più – la risoluzione di concrete controversie⁴⁸.

Interpretare i testi normativi⁴⁹ (e, ancor più, decidere casi) non è conoscere il diritto, ma contribuire a farlo. Se per “diritto” intendiamo non un insieme di enunciati, ma un insieme di significati, non vi è diritto senza interpretazione: il diritto risulta da una combinazione di legislazione (in senso “materiale”: produzione di formulazioni normative) e di interpretazione. Sicché l'interpretazione non coincide con l'identificazione del diritto. Piuttosto essa è *parte del diritto stesso*: un aspetto o una componente dell'oggetto che si vuole identificare o conoscere.

Detto altrimenti, contrariamente a quel che sembrano pensare i giuristi, l'interpretazione non è la “scienza del diritto”, ma parte del suo oggetto⁵⁰. La scienza giuridica è, rispetto al discorso interpretativo, un discorso di secondo livello (un metalinguaggio). Insomma, descrivere il diritto non è interpretare i testi normativi, ma piuttosto rendere conto dell'interpretazione “vigente”⁵¹.

46 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, II ed., Oxford, 1994, Postscript.

47 Pierluigi Chiassoni, “On the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation, and Easy Cases”, in Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2008, 144 ss. (http://www.digita.unige.it/?page_id=354).

48 È idea molto diffusa (sebbene alquanto assurda) che conoscere il diritto consista nel (o comunque implichi il) conoscere la qualificazione giuridica di ogni possibile fattispecie concreta.

49 Mi riferisco ovviamente a quella che altrove ho chiamato “interpretazione decisoria”.

50 La cosa è tanto più evidente se ci si riferisce all'interpretazione giudiziale.

51 Ross 1958 (n. 36), 108.

Synopsis

Riccardo Guastini

Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation

Key words: defeasibility, derogability, axiological gaps, normative gaps, interpretation, legal positivism

Summary: 1. Introduction. – 1.1. *Axiological Gap*. – 1.2. *Defeasibility (or Derogability) of Norms*. – 2. Three Examples. – 3. Twelve Conclusions. – 4. A Final Observation. – 4.1. *First Misunderstanding*. – 4.2. *Second Misunderstanding*.

In this paper, the author connects the concept of “axiological gap” and that of “defeasibility of norms” with the “realist” theory of legal interpretation. He gives three examples through which he demonstrates the process of defeating a norm and creating an axiological gap. In the process of interpretation, an interpreter first makes a value judgement that a normative disposition on its literal interpretation regulates cases it shouldn't. Then he proceeds by making a restrictive interpretation of the normative disposition in question. Distinguishing two classes of states of affairs, he introduces into the norm an implicit exception. This way he defeats the norm, i.e. he derogates it. With a non-literal interpretation he thus creates an (axiological) gap, which he must then fill with a new norm of a doctrinal origin. The author demonstrates that—just like the beauty is not in the world, but rather in the eyes of its interpreters—defeasibility and axiological gaps are not properties of legal orders or norms *per se* and do not exist prior to, but are rather the result of interpretation.

References

- Carlos E. ALCHOURRÓN, 1996a: Detachment and Defeasibility in Deontic Logic. *Studia logica* (1996) 57.
- 1996b: On Law and Logic. *Ratio Juris* 4 (1996) 9.
- 2000: Sobre derecho y lógica. Spanish transl. Jorge Rodríguez. *Isonomía* (2000) 13. 11–33. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>.
- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1971: *Normative Systems*. Vienna/New York: Springer (Library of Exact Philosophy; 5).
- 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires.
- 1996: Norma jurídica. *El derecho y la justicia*. Eds. Ernesto Garzón Valdéz and Francisco Javier Laporta. Madrid: Trotta (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía; 11).
- 2006: *Sistemi normativi*. Italian transl. Pierluigi Chiassoni and Giovanni Battista Ratti. Torino: Giappichelli.
- Robert ALEX, 1993: *Teoría de los derechos fundamentales* (1986). Spanish transl. Manuel Atienza. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Manuel ATIENZA & Juan RUIZ MANERO, 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- 1998: *A Theory of Legal Sentences*. English transl. Dordrecht: Kluwer.
- Juan Carlos BAYÓN, 1991: *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- 2003a: ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Eds. Juan Carlos Bayón and Jorge Rodríguez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 2003b: Derrotabilidad, indeterminación del derecho, y positivismo jurídico. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Eds. Juan Carlos Bayón and Jorge Rodríguez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Norberto BOBBIO, 1967: Essere e dover essere nella scienza giuridica. *Studi per una teoria generale del diritto*. Ed. Norberto Bobbio. Torino: Giappichelli. 1970.
- 1988: Bitak i trebanje u pravnoj znanosti. Croatian transl. Nikola Visković and Živko S. Anzulović. *Eseji iz teorije prava*. Split: Logos, 1988, 31–49.
- Eugenio BULYGIN, 2005: En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria. *Lagunas en el derecho*. Eds. Fernando Atria et al. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- Riccardo CARACCILO, 2005: Una discusión sobre normas derrotables. *Discusiones* (2005) 5. 87–100. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- Genaro R. CARRIÓ, 1994: *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4th Edition. Buenos Aires.
- Bruno CELANO, 2002: 'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili. *Ragion pratica* (2002) 18.
- 2005: ¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo? *Discusiones* (2005) 5. 101–128. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- Pierluigi CHIASSONI, 2007a: On the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation, and Easy Cases. *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Eds. Paolo Comanducci and Riccardo Guaastini. Torino. URL: http://www.digita.unige.it/?page_id=354.
- 2007b: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino.
- Enrico DICIOTTI, 1999: *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino: Giappichelli.
- Ronald DWORKIN, 1978: *Taking Rights Seriously*. 2nd Edition. London.
- Letizia GIANFORMAGGIO, 1985: L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1985.
- Riccardo GUASTINI, 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- Herbert L. A. HART, 1948: The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948) 49.
- 1961: *The Concept of Law*. Oxford.
- 1994: *Koncept prava*. Slovenian transl. Jelka Kernev Štrajn. Ljubljana: Krtina.
- Neil MACCORMICK, 1995: Defeasibility in Law and Logic. *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*. Eds. Zenon Bankowski et al. Dordrecht: Kluwer.
- José Juan MORESO, 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- 2005: Cristina Redondo sobre Razones y normas. *Discusiones* (2005) 5. 67–85. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- Pablo NAVARRO & Jorge RODRÍGUEZ, 2000: Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho* (2000) 13. 61–85. URL: <http://bib.cer>

- vantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml.
- Alessandro PACE, 2001: Metodi interpretativi e costituzionalismo. *Quaderni costituzionali* 2001.
- Giampaolo PARODI, 1996a: Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale. *Struttura dinamica dei sistemi giuridici*. Eds. Paolo Comanducci and Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli.
- 1996b: *La sentenza additiva a dispositivo generico*. Torino: Giappichelli.
- Chaim PERELMAN & Lucie OLBRECHTS-TYTECA, 1958: *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: PUF.
- 1966: *Trattato dell'argomentazione: la nuova retorica*. Italian transl. Torino: Einaudi.
- Giovanni Battista RATTI, 2007: Dos modelos de relevancia normativa. *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Eds. José Juan Moreso and Maria Cristina Redondo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- 2008: *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Maria Cristina REDONDO, 1997: Teorías del derecho e indeterminación normativa. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* (1997) 20. 177–196. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>.
- 1998: Reglas genuinas y positivismo jurídico. *Analisi e diritto* 1998. *Ricerche di giurisprudenza analitica*. Eds. Paolo Comanducci and Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli. URL: http://www.digita.unige.it/?page_id=354.
- 2005a: Razones y normas. *Discusiones* (2005) 5. 29–66. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- 2005b: Razones jurídicas. Respuesta a Caracciolo, Celano y Moreso. *Discusiones* (2005) 5. 129–192. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- 2007: Positivismo excluyente, positivismo incluyente, y positivismo indiferente. *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Eds. José Juan Moreso and Maria Cristina Redondo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- Jorge RODRÍGUEZ, 1999: Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* (1999) 22. 349–369. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>.
- 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- 2003: Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Eds. Juan Carlos Bayón and Jorge Rodríguez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 2005: Introducción: «Normas y Razones: Aspectos lógicos y sustantivos». *Discusiones* (2005) 5. 9–27. URL: <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml>.
- Jorge RODRÍGUEZ & German SUCAR, 2003: Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Eds. Juan Carlos Bayón and Jorge Rodríguez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alf ROSS, 1958: *On Law and Justice*. London.
- Juan RUÍZ MANERO, 2005: Algunas concepciones del derecho y sus lagunas. *Lagunas en el derecho*. Eds. Fernando Atria et al. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- Friderick SCHAUER, 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Oxford University Press.
- Giovanni TARRELO, 1974: *Diritto, enunciati, usi*. Bologna: Il Mulino.
- 1980: *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- Friedrich WAISMANN, 1945: Verifiability. *Proceedings of the Aristotelian Society* (1945) 19. URL: <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>.
- *
- United States of America. Supreme Court Decision: – *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 1 Cranch 137 (1803)

Author's short biography

Riccardo Guastini is Professor of philosophy of law and legal theory, and Director of the Giovanni Tarello Department of Legal Culture at the University of Genoa (Italy). He has authored many scientific articles and more than thirty books in various languages, including: L'interpretazione dei documenti normativi (Milano, 2004), Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto (Torino, 1996; Barcelona, 1999), Dalle fonti alle norme (Torino, 1990; Sao Paulo, 2005). A co-founder of two and a co-editor of three distinguished law journals – Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica, Ragion pratica and Materiali per una storia della cultura giuridica – he is also on the advisory boards of other eminent journals like Ars interpretandi, Diritto & questioni pubbliche, Doxa, Isonomía. He has been a member of the international advisory board of Revus since 2008.

Translator's short biography

Andrej Kristan is a co-editor of Revus. He holds degrees in law (Ljubljana), French legal studies (Poitiers), philosophy of law (Paris 2 Panthéon-Assas), history of legal institutions (Poitiers), legal argumentation (Alicante), and theory of law (European Academy of Legal Theory, Brussels). He is currently preparing his doctoral thesis at the Giovanni Tarello Department of Legal Culture at the Faculty of Law, University of Genoa.