

LEONARDO DI CARLO (San Giovanni Rotondo (FG), 1972), dopo aver compiuto studi di filosofia e diritto, ha perfezionato la sua attività di ricerca presso l'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici di Napoli, la Scuola Internazionale di Alti Studi di Modena e le Università di Colonia e Kiel. Attualmente è Professore Associato in Filosofia del diritto presso l'Università di Foggia. Tra le sue opere, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico* (Giapichelli, Torino 2017), *Per un'ontologia spiritualistica. Metafisica, diritto e intersoggettività*, (ETS, Pisa 2019) e *L'Assoluto in Hegel tra autorappresentazione e logiche del diritto* (Istituto Italiano per gli Studi Filosofici Press, Napoli 2020). Ha, inoltre, curato e tradotto in italiano due opere fondamentali di Alexy quali la *Teoria dei diritti fondamentali* (il Mulino, Bologna 2012) e *Concetto e validità del diritto* (Carocci, Roma 2022).

ISBN 979-12-5965-405-2



9 791259 654052

€ 28,00



L. Di Carlo LA VALIDITÀ TRA IDENTIFICAZIONE, APPLICATIVITÀ E CONCETTO DI DIRITTO

20

Unità del sapere giuridico

Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Collana diretta da

Antonio Incampo, Vito Mormando, Adolfo Scalfati



Leonardo Di Carlo

La validità tra identificazione, applicatività e concetto di diritto

CACUCCI  EDITORE
BARI

L'opera propone un'analisi del concetto di validità normativa all'interno di una prospettiva esclusivamente di teoria generale del diritto. Più nello specifico, si tratterebbe di un'analisi articolata lungo le tre direttrici dell'identificazione delle norme giuridiche, del concetto di diritto e dell'applicatività. In merito alla prima dimensione, quella dell'identificazione delle norme giuridiche, partendo dall'adozione di una prospettiva fenomenologica con l'obiettivo di cogliere il momento in cui il processo di costituzione della norma giuridica emerge nella coscienza dell'operatore giuridico, si giunge, con l'inserimento della singola norma nel complesso più ampio dell'ordinamento giuridico, alla seconda dimensione del diritto, quella del concetto di diritto. Intendendo quest'ultimo, da un lato, quale scopo cui orientare tutta la produzione giuridica, dall'altro come la cornice in cui contestualizzare tematiche classiche come i diritti fondamentali, la morale, la giustizia e i principi del diritto, si arriva infine alla terza dimensione, quella dell'applicatività, che offrirà lo spunto per richiamare momenti classici quali la defettibilità, la formalizzazione della decisione e i modelli argomentativi fondamentali.

Anonimo, *La città ideale*

1480-1490, olio su tela, 67,7 x 239,4 cm
Galleria Nazionale delle Marche, Urbino

Unità del sapere giuridico
Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Collana diretta da
Antonio Incampo, Vito Mormando, Adolfo Scalfati

Comitato scientifico

Paolo Ferrua, Angiola Filipponio, Cristina Hermida del Llano, Heribert Franz Köck, Oliviero Mazza, Mariano Menna, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Luigi Pannarale, Otto Pfersmann, Aldo Regina, Herbert Schambeck, Giorgio Spangher, Gunther Teubner, Nicola Triggiani, Daniela Vigoni, Wojciech Żelaniec.

Comitato di redazione

Filippo Bottalico, Marilena Colamussi, Enzo Dell'Andro, Lucia Iandolo Pisanelli, Piero Marra, Maria Antonella Pasculli, Porzia Teresa Persio, Guglielmo Siniscalchi, Maurizio Sozio.

I volumi inseriti nella collana, ritenuti preliminarmente ammissibili dai Direttori con l'ausilio del Comitato Scientifico, sono sottoposti alla revisione tra pari [*peer review*] secondo i regolamenti attualmente vigenti per le pubblicazioni scientifiche.

Pubblicazione realizzata con un contributo sui fondi del 5 x 1000 dell'IRPEF a favore dell'Università di Foggia, in memoria di Gianluca Montel.

Leonardo Di Carlo

La validità tra identificazione,
applicatività e concetto di diritto

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2024 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Indice

<i>Introduzione</i>	9
1. L'identificazione costitutiva della norma giuridica	
1. Filosofia del diritto e teoria generale del diritto	11
2. I tre significati di validità giuridica e la teoria generale del diritto	16
3. Le due condizioni per l'identificazione della norma giuridica	18
4. Validità formale, competenza e regola di riconoscimento	21
5. Antecedente condizionale e correttezza fattuale e normativa	26
6. Correttezza e forza precettiva. Dal differenziale deontico alla concezione semantica della norma	29
7. Identificazione delle norme e approccio istituzionalistico	32
8. Validità come identificazione costitutiva	33
9. L'identificazione costitutiva tra giudizi descrittivi e giudizi prescrittivi	38
10. Dall'identificazione costitutiva della norma all'ordinamento giuridico	41
11. Identificazione costitutiva e definizione del diritto: il concetto di diritto in senso lato	42
12. Identificazione costitutiva e positivismo giuridico	44
13. Dall'identificazione costitutiva al concetto di diritto in senso stretto	49

2. Il concetto di diritto

1.	Dalla forza precettiva alla forza direttiva: tra validità e verità	55
2.	Il concetto di diritto tra norma fondamentale e principi giuridici	61
2.1.	Norma fondamentale e concetto di diritto	61
2.2.	Principi giuridici e concetto di diritto	65
3.	Concetto di diritto, giustizia e morale	68
4.	Metateoria dei diritti fondamentali	71
5.	Teorie costituzionali e diritti fondamentali come procedura	77
6.	Dal concetto di diritto ai diritti fondamentali	81
7.	Concezioni morali e diritti fondamentali	88
8.	Sul giusnaturalismo della ragion pratica	95

3. Applicatività e argomentazione

1.	L'applicatività tra identificazione costitutiva delle norme, concetto di diritto e ideologia delle fonti	99
2.	Applicatività e concetto di diritto tra invenzione e perfezionamento del diritto	104
3.	L'argomentazione nel diritto	106
4.	Forme argomentative e applicatività	108
4.1.	Defettibilità e principi	108
4.2.	Argomentazione e collisioni giuridiche	115
4.3.	Le lacune normative tra ottimizzazione e dissociazione	126
5.	Per una riformulazione della Formula del peso	130
6.	I modelli fondamentali dell'argomentazione giuridica	136
7.	Argomentazione giuridica e interpretazione	146
8.	Argomentazione come cognitivismo residuale	151

4. Ideologie giuridiche e dimensioni del diritto

1.	Morale e diritto: il senso del giusnaturalismo	155
2.	Ideologie giuridiche e dimensioni del diritto	157

- 3. Lo spazio logico delle ideologie giuridiche tra dimensioni del diritto, modelli sostanziali e modelli argomentativi 164
- 4. Per una riformulazione del dibattito: tra positivismo e giusnaturalismo metadescrittivo 176

5. Per una teoria istituzionale cognitivisticamente orientata

- 1. La struttura dell'istituto 184
 - 1.1. L'istituto come concetto 184
 - 1.2. L'istituto tra concetti e prassi sociale: il caso giuridico 189
 - 1.3. L'istituto come complesso di sottoprincipi 192
 - 1.3.1. La struttura dei sottoprincipi 192
 - 1.3.2. Istituto e applicazione 195
 - 2. Istituti e norme 197
 - 2.1. Dalla definizione dei sottoprincipi alla ritrascrizione normativa 197
 - 2.2. Congruenza e ottimizzazione 200
 - 3. Tipologia di istituti 201
 - 4. Peso degli istituti e diritti fondamentali 205
 - 5. Istituti e costitutività 207
 - 6. Struttura e contenuto delle norme 211
 - 7. Nomodinamica e istituti 216
 - 8. La validità normativa dalla forza precettiva alla forza direttiva 219
 - 9. Validità, applicabilità ed effettività 226
 - 10. La teoria istituzionale tra argomentazione e interpretazione 230
- Bibliografia 235
- Indice dei nomi 255

Introduzione

Quest'opera, dedicata alla validità normativa, può essere considerata nel complesso uno studio di metagiurisprudenza descrittiva. Essa, infatti, ha ad oggetto l'analisi delle tre dimensioni fondamentali dell'esperienza e della scienza giuridica, le quali fungono da cornice concettuale al cui interno andrebbero ad inserirsi i tanti modelli teorico-generalisti che affollano il corso della storia del pensiero giuridico.

In sostanza, si tratterebbe dell'analisi del concetto di validità articolato lungo queste tre direttrici, quali l'identificazione delle norme giuridiche, il concetto di diritto e l'applicatività, che risultano essere non più tre prospettive di analisi estrinsecamente giustapposte, bensì concettualmente interconnesse. In merito alla prima dimensione, quella dell'identificazione costitutiva delle norme giuridiche, qui si adotta una prospettiva fenomenologica con l'obiettivo di descrivere il momento in cui il processo di costituzione della norma giuridica emerge nella coscienza del soggetto. Ed è proprio la struttura della norma così come si mostra dal processo di identificazione che prepara, da un lato, l'inserimento della singola norma nel complesso più ampio dell'ordinamento giuridico e, dall'altro, il passaggio alla seconda dimensione, quale quella del concetto di diritto.

Se l'essenza di una norma in quanto norma è identica alla sua *forza precettiva* e se la presenza delle antinomie parrebbe affievolire tale forza, allora è da considerare che è l'ideale della coerenza normativa, per quanto destinato a rimanere puramente regolativo, a portare al postulato di uno scopo ultimo del diritto o concetto di diritto, quale orizzonte di senso di un ordinamento giuridico nel suo complesso. Ed è alla luce di questa figura categoriale che si analizzeranno tematiche classiche come la

nozione di norma fondamentale, i principi del diritto, l'idea di giustizia e i diritti fondamentali.

Per quanto attiene, infine, alla dimensione dell'applicatività, essa risulterà funzionalmente connessa a quella del concetto di diritto, nella misura in cui non solo il legislatore, bensì anche gli organi dell'applicazione, emanano ed applicano norme individuali sulla base del concetto di diritto. Su questo presupposto, verranno passati in rassegna momenti classici dell'applicatività quali l'argomentazione, la defettibilità, la formalizzazione della decisione e i modelli argomentativi fondamentali. Il risultato sarà l'affermazione di un *cognitivismo residuale* quale grado di correttezza inversamente proporzionale al livello di complessità del modello argomentativo adottato.

L'analisi di queste tre dimensioni della giuridicità non sarebbe completa, però, se non si leggessero i risultati ottenuti alla luce delle grandi ideologie del diritto. Ne risulterà un modello combinato e integrato che vede l'affermazione di un positivismo moderato nella dimensione dell'identificazione costitutiva della norma affiancato da un giusnaturalismo metadescriptivo relativo al concetto di diritto e all'applicatività. Più in particolare, si vedrà come l'adozione di una posizione ideologica sul diritto rischia di apparire unilaterale se prescinde dalla distinzione delle tre dimensioni del diritto perché è solo all'interno di ognuna di esse che diventa possibile fare professione di positivismo o di non-positivismo giuridico. Pertanto, si proverà a proporre un modello di spazio logico complessivo che rappresenterebbe la cornice di sfondo entro cui prendere parte al dibattito plurisecolare tra queste due ideologie contrapposte delle fonti normative.

Infine, l'ultima parte del testo ripropone una versione della teoria istituzionale, più ampiamente sviluppata in altri luoghi, ma qui riprodotta più succintamente. Lo scopo è quello di provare la compatibilità di tale interpretazione del modello istituzionale quale teoria di primo livello con le tesi metateorico-descrittive poste nei capitoli precedenti. L'auspicio è di aggiungere un nuovo strumento al panorama già ricco degli studi di teoria generale del diritto. Al lettore la sentenza su questo tentativo.

Unità del sapere giuridico

Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Serie I. Editore A. Giuffrè, Milano

1. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*. Atti del Convegno (Bari, 21-22 maggio 2004, Facoltà di Giurisprudenza), 2005.
2. Angiola Filipponio (a cura di), *Verità e normatività*, 2005.
3. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico ed eterogeneità dei saperi del giudice*, 2005.
4. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, 2006.
5. Giuseppe Spagnolo (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*. Atti del Convegno (Bari, 26-27 maggio 2006-2007, Facoltà di Giurisprudenza), 2007.
6. Vincenzo Garofoli (a cura di), *La sentenza della Corte Costituzionale 6 febbraio 2007 n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*. Atti del Convegno (Trani, 2-3 febbraio 2007, Hotel S. Paolo al Convento), 2007.
7. Miranda Zerlotin, *Diritto originario in Erik Wolf*, (con la traduzione italiana dell'opera di Erik Wolf, *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf*), 2008.
8. Vincenzo Garofoli (a cura di), *Unità del sapere giuridico e poliformismo normativo*, 2008.
9. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'udienza preliminare e il contenimento dei tempi processuali*, 2008.
10. Vincenzo Garofoli (a cura di), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*. Atti del Convegno (Bari, 29 novembre 2008, Villa Romanazzi Carducci), 2009.
11. Angiola Filipponio/Aldo Regina (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro*. Atti del Convegno (Bari, 20 giugno 2008, Facoltà di Giurisprudenza), 2010.
12. Angiola Filipponio/Vincenzo Garofoli (a cura di), *In ricordo di Franco Cipriani*, 2010.
13. Vincenzo Garofoli/Antonio Incampo (a cura di), *Verità e processo penale*, 2012.

Serie II. Editore Cacucci, Bari

14. Antonio Incampo/Wojciech Żelaniec (eds.), *Universality of Punishment*, 2015.

Serie III. Editore Cacucci, Bari

15. Antonio Incampo/Adolfo Scalfati (a cura di), *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, 2017.
16. Lucio Franzese/Antonio Incampo (a cura di), *Potere e libertà al tempo delle emergenze/Power and Freedom in the Time of Emergencies*, 2021.
17. Piero Marra, *Per una moralità procedurale del diritto. Considerazioni attuali a partire da Lon L. Fuller*, 2022.
18. Domenico Siciliano, *Della violenza nel diritto penale fascista. Il caso della legittima difesa a tutela del patrimonio*, 2023.
19. Antonio Incampo/Maria Antonella Pasculli (a cura di), *Partecipazione, rappresentanza e crimini di genere. L'obiettivo 5 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite*, 2024.
20. Leonardo Di Carlo, *La validità tra identificazione, applicatività e concetto di diritto*, 2024.