

Analisi e diritto

2/2020

riviste.edizioniets.com/aed

Direzione esecutiva

Paolo Comanducci
Riccardo Guastini

Redazione

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)
Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rábanos,
Natalia Scavuzzo, Adriano Zambon.

Comitato scientifico

Claudio Agüero, Sebastián Agüero, Robert Alexy, Federico Arena,
María Beatriz Arriagada, Manuel Atienza, Humberto Ávila, Mauro Barberis,
Juan Carlos Bayón, Hernán Bouvier, Michelangelo Bovero, Pierre Brunet,
Eugenio Bulygin, Luka Burazin, Alejandro Calzetta, Damiano Canale,
Ricardo Caracciolo, Flavia Carbonell, Bruno Celano, Jorge Cerdio,
Véronique Champeil-Desplats, Rodrigo Coloma, Giovanni Damele,
David Duarte, Pierluigi Chiassoni, Enrico Diciotti, Andrea Dolcetti,
Timothy Endicott, Rafael Escudero, Luigi Ferrajoli, Jordi Ferrer, Paula Gaido,
Marina Gascón, Gianmarco Gometz, Daniel González Lagier, Andrea Greppi,
Giulio Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,
Tecla Mazzaresse, Daniel Mendonca, Eric Millard, Diego Moreno,
José Juan Moreso, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Álvaro Núñez,
Claudina Orunesu, Diego Papayannis, Stanley Paulson, Valentina Pazé,
Giorgio Pino, Anna Pintore, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo, Luis Prieto,
Alberto Puppo, M. Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Jorge Rodríguez,
Michel Rosenfeld, Corrado Roversi, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel,
Alessio Sardo, José María Sauca, Frederick Schauer, Aldo Schiavello,
Adrian Sgarbi, Germán Sucar, Michel Troper, Giovanni Tuzet,
Rodolfo Vázquez, Vito Velluzzi, José María Vilajosana, Vittorio Villa.

Contatti

analisiediritto@istitutotarello.org

Realizzazione editoriale

Edizioni ETS - Pisa
www.edizioniets.com

Analisi e diritto

2/2020

anteprima

visualizza la scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 5/2019

Direttore responsabile

Riccardo Guastini

Periodico semestrale. I contributi pubblicati sono sottoposti, in forma anonima, alla revisione di almeno due lettori anonimi.

Six-monthly journal. Published articles undergo double-blind peer-review.

Analisi e diritto è pubblicata con il contributo dei fondi per la ricerca delle seguenti istituzioni:

Università degli Studi di Genova

Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona

Università degli Studi di Milano

Université Paris Nanterre

Abbonamenti, comprese spese di spedizione / *Subscription (incl. shipping charges)*

print, individual: Italy € 60,00 / Abroad € 70,00

print, institutional: Italy € 80,00 / Abroad € 90,00

PDF:* individual € 50,00 / institutional € 60,00

* Sconti / *Discounts*: Latin America -35%; Africa -50%.

© Copyright 2020

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

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

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884676029-6

ISSN 1126-5779

Indice

Democrazia, diritti, sistemi normativi (Democracy, Rights, Normative Systems)

L. Malagoli <i>Introduzione</i> (Foreword)	9
M. Barberis <i>Il format populista. Cos'è, perché c'è, come rimediare</i> (The Populist Format. What is it, Why is it there, How to Fix it)	13
S. Agüero-SanJuan <i>Tiempo y dinámica de los sistemas jurídicos.</i> <i>Una breve revisión a tres hitos de la reconstrucción teórica</i> (Time and Dynamics of Legal Systems. A Brief Review of Three Milestones of the Theoretical Reconstruction)	31
M. Chahuán Zedan <i>Commenti critici sul concetto di applicabilità come spiegazione del fenomeno dell'applicazione di norme giuridiche irregolari</i> (Critical Remarks on the Concept of Applicability as an Explanation of the Phenomenon of the Application of Irregular Legal Norms)	59
M. Žgur <i>Legality on the Frontlines of Administrative Decision-Making</i>	83
A. Zambon <i>La nozione legislativa di consumatore: un contributo di filosofia del diritto</i> (The Legislative Notion of Consumer: A Legal Philosophical Contribution)	111
G. Damele <i>Hans Kelsen come realista politico: appunti per una classificazione</i> (Hans Kelsen as a Political Realist: Notes for a Classification)	125

Saggi (Essays)

R. Guastini	
<i>On the Relations between Non-Cognitivism and Liberalism</i>	145
G.B. Ratti, J.L. Rodríguez, T. Schleider	
<i>On a Further Difficulty for the Bridge Conception of Conditional Norms</i>	153
A. Barca	
Mind the (Legal) Gap. <i>Completezza e chiusura dei sistemi normativi</i> (<i>Mind the (Legal) Gap. Completeness and Closure of Normative Systems</i>)	157

Democrazia, diritti, sistemi normativi

Democracy, Rights, Normative Systems

a cura di Luca Malagoli

Introduzione

Luca Malagoli*

Nelle pagine che seguono sono raccolti gli atti della prima sezione del XXV Seminario italo-franco-luso-spagnolo di Teoria del diritto, celebratosi presso l'Università degli Studi di Genova tra l'8 e il 9 novembre 2019. In rigorosa conformità ad una consuetudine che dura ormai da un quarto di secolo, anche la venticinquesima edizione dell'"Imperia" (come il seminario è familiarmente noto fra i suoi sempre più numerosi *aficionados y aficionadas*, in virtù della città che ne ha ospitato la prima edizione) ha visto affiancarsi contributi di studiose e studiosi di riconosciuto prestigio internazionale a quelli di giovani ma già affermati ricercatori e ricercatrici. Tali contributi sono stati riuniti in due sezioni: la prima – *Democrazia, diritti e sistemi normativi* – ha carattere miscelaneo ed è appunto disponibile nel presente fascicolo della rivista, mentre la seconda è circoscritta ad un tema specifico, *l'Allgemeine Theorie Der Normen (1979) di Hans Kelsen a quarant'anni dalla sua pubblicazione*, e verrà pubblicata nel prossimo fascicolo.

La sezione *Democrazia, diritti e sistemi normativi*, come si diceva, ospita saggi dedicati ad una variegata pluralità di temi.

Nell'articolo di apertura, *Il format populista. Cos'è, perché c'è, come rimediare*, Mauro Barberis (Università di Trieste), sviluppando una linea di ricerca già avviata in suoi recenti lavori, indaga il (tanto rilevante quanto elusivo) fenomeno dei populismi contemporanei. Come il titolo del lavoro suggerisce, nella prospettiva dell'autore tali populismi, a differenza di quelli più risalenti (russo, statunitense, latino-americani), si contraddistinguono per il carattere globale e, ancor più, per la dimensione essenzialmente mediatica da cui sono accomunati. Barberis articola la sua trattazione attorno a tre direttrici, una analitica (tesa alla "messa a punto" di una soddisfacente definizione di "populismo"), una empirica (volta a fornire una complessa spiegazione pluri-causale dei populismi odierni, articolata attorno a quattro "radici" del fenomeno: politica, economica, psicologica e, appunto, mediatica) e, infine, una normativa (orientata a proporre e valutare possibili argini al fenomeno, fra cui la difesa delle istituzioni contro-maggioritarie e la regolamentazione di Internet).

* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, lcmalagoli@gmail.com.

Temi e problemi classici del dibattito in filosofia del diritto costituiscono l'oggetto del contributo di Sebastián Alonso Agüero SanJuan (Universidad Austral de Chile), *Tiempo y dinámica de los sistemas jurídicos. Una breve revisión a tres hitos de la reconstrucción teórica*. L'articolo prende infatti in esame tre momenti di particolare rilevanza nell'ambito della produzione giusfilosofica dedicata alla dinamica giuridica, e alla correlata possibilità di elaborare ricostruzioni teoriche del diritto stesso in grado di dar conto tanto del suo mutamento, appunto, come della sua identità. In particolare, l'autore si concentra su importanti tesi di Adolf Merkl, di Joseph Raz e della teoria AGM (elaborata congiuntamente, a metà degli anni '80, dagli studiosi Carlos Alchourrón, Peter Gärdenfors e David Makinson), proponendone una dettagliata sinossi critica.

Nel terzo contributo della sezione, *Commenti critici sul concetto di applicabilità come spiegazione del fenomeno dell'applicazione di norme giuridiche irregolari*, Marcela Chauhán Zedan (Universidad Adolfo Ibañez - Universidad de Chile) prende le mosse dal fenomeno della applicazione di norme giuridiche prodotte in modo irregolare, per sviluppare una serie di rilievi critici circa la portata della nozione di applicabilità quale strumento analitico atto a dar conto di alcune caratteristiche salienti dei sistemi normativi. In particolare, il fatto che le norme prodotte in modo irregolare siano applicate è strettamente connesso con un elemento strutturale di ogni sistema giuridico, ovvero il modo in cui ne sono configurati i meccanismi di controllo di legittimità.

Un tema troppo spesso ignorato dalla teoria del diritto, ovvero l'analisi del ragionamento e dei processi decisionali dei funzionari amministrativi di primo livello, è invece oggetto dell'articolo di Matija Žgur (Università di Roma Tre), *Legality on the frontlines of administrative decision-making*. Al riguardo, l'autore rileva come le circolari amministrative, anche qualora siano in contrasto con fonti gerarchicamente superiori, rappresentino la fonte primaria su cui si basano le decisioni dei menzionati funzionari. L'articolo elabora una spiegazione psicologista del fenomeno, proponendo una (sia pur parziale) ricostruzione dei tratti fondamentali della *bureaucratic mind*.

Se l'articolo di Žgur affronta un argomento ad oggi scarsamente considerato dalla teoria del diritto, il contributo di Adriano Zambon (Università degli Studi di Milano Statale), *La nozione legislativa di consumatore: un contributo di filosofia del diritto*, offre invece una originale declinazione di una questione sovente dibattuta in ambito giusfilosofico, ovvero la relazione fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario. Al centro dell'articolo, infatti, sta la disamina delle diverse interpretazioni che sono state fornite della definizione legislativa di "consumatore" di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del codice del consumo (il decreto legislativo n. 206 del 2005), nonché delle significative ricadute che la scelta fra l'una o l'altra di esse comporta sulla relazione, appunto, fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario. L'autore avanza poi un argomento a favore dell'interpretazione che maggiormente preserva

la connessione tra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario, connessione necessaria ai fini del buon funzionamento di un ordinamento giuridico.

Ad un autore “canonico” della teoria del diritto è infine dedicato l’articolo conclusivo della sezione, *Hans Kelsen come realista politico: appunti per una classificazione*. In esso l’autore, Giovanni Damele (Universidade Nova, Lisboa) approfondisce il legame, scarsamente indagato in letteratura, fra la filosofia politica kelseniana e la tradizione del realismo politico. In senso contrario ad una radicata vulgata che contrappone un Kelsen “idealista” ad uno Schmitt “realista”, infatti, l’articolo elabora e propone una lettura che riconduce la riflessione giuridico-politica del grande giurista all’alveo della tradizione del realismo politico moderno. In particolare, ai fini della classificazione così proposta, l’autore evidenzia cinque tesi caratteristiche di tale tradizione: un’antropologia politica “pessimistica”, un approccio programmaticamente demistificatorio allo studio dei fenomeni giuridico-politici, una teoria metaetica di stampo schiettamente “relativista”, una concezione “polemologica” del politico, e, infine, la riduzione dell’ambito politico a quello delle relazioni di potere (una concezione “trasimachea” del politico). In relazione a quest’ultimo punto, l’autore ha cura di precisare che Kelsen supera il realismo “ingenuo” di Trasimaco, optando per una “forma politica” in grado di gestire, anziché ignorare o reprimere, l’inevitabile conflitto sociale. In tale opzione, suggerisce l’autore, è possibile rintracciare l’anello di congiunzione genuinamente “realistico” tra la filosofia politica e la teoria del diritto di Kelsen.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di dicembre 2020