

Analisi e diritto

1/2022

riviste.edizioniets.com/aed

Direzione esecutiva

Paolo Comanducci
Riccardo Guastini

Redazione

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)
Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rabanos,
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, 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 Iltzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniacci, 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 Puppò, 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

1/2022

visualizza la scheda del libro sul sito 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

Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano

Centre de Théorie et Analyse du Droit

(UMR 7074, Université Paris Nanterre, École Normale Supérieure, CNRS)

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 2022

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 978-884676400-3

ISSN 1126-5779

ISSN [online] 2785-7220

Indice

R. Guastini <i>Commiato da Bruno Celano</i> (Farewell to Bruno Celano)	7
--	---

Teoría analítica del derecho. Un debate **Primera parte**

A cura di Julieta A. Rabanos

J.A. Rabanos <i>Introducción</i> (Foreword)	15
G.B. Ratti <i>Notas sobre conectivas, satisfacción e isomorfismo deóntico</i> (Remarks on Connectives, Satisfaction, and Deontic Isomorphism)	19
J.J. Moreso <i>Lo normativo en la teoría del derecho de Jorge Luis Rodríguez: a blind spot?</i> (The Normative in Jorge Luis Rodríguez's Legal Theory: a Blind Spot?)	29
P.E. Navarro <i>Presupuestos y consecuencias de la aplicabilidad</i> (Presuppositions and Consequences of Applicability)	53
N. Scavuzzo <i>Reflexiones sobre la existencia y los límites de las reglas sociales a partir de la Teoría analítica del derecho de Jorge Rodríguez</i> (Some Reflections on the Existence and the Limits of Social Rules Inspired by Teoría analítica del derecho by Jorge Rodríguez)	67

S. Figueroa Rubio <i>Cinco tesis sobre la regla de reconocimiento</i> (Five Theses about the Rule of Recognition)	83
P. Comanducci <i>La indeterminación del derecho: una cuestión de grado</i> (The Indeterminacy of Law: A Matter of Degree)	97
R. Guastini <i>Discutiendo con Jorge Rodríguez</i> (Discussing with Jorge Rodríguez)	109
M. Barberis <i>El canto del cisne. Jorge Rodríguez y la tradición analítica</i> (The Swan Song. Jorge Rodríguez and the Analytic Tradition)	119
J.L. Rodríguez <i>Primeras respuestas a los comentarios críticos sobre Teoría analítica del derecho</i> (First Replies to Criticisms on <i>Teoría analítica del derecho</i>)	133

Commiato da Bruno Celano

*Riccardo Guastini**

Sommario

L'autore ripercorre alcuni episodi salienti della sua relazione intellettuale con Bruno Celano e affronta diversi aspetti del suo lascito scientifico e umano.

Parole chiave: Bruno Celano. Positivismo giuridico. Pluralismo etico.

Abstract

The author retraces some salient episodes of his intellectual relationship with Bruno Celano and addresses various aspects of his scientific and human legacy.

Keywords: Bruno Celano. Legal Positivism. Ethical Pluralism.

We always did feel the same
We just saw it from a different point of view
Tangled up in blue
(Bob Dylan, *Tangled up in blue*)

Bruno non c'è più.
Per meglio dire, la sua mente non c'è più. E questa è la tragedia.
Il corpo, in verità, lo aveva lasciato un po' alla volta ormai da molti anni. In un senso. In un altro senso non lo aveva lasciato affatto: anzi, lo teneva prigioniero.
Ho perduto un amico dolcissimo, e non ho le parole giuste per piangerlo.

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, guastini@unige.it.

Conobbi Bruno oltre trenta anni fa (credo nel 1989), dottorando del corso di Filosofia analitica e teoria generale del diritto, a Milano.

Ed ebbi il privilegio di “dirigere” – cioè orientare, leggere, discutere, rileggere, ridiscutere fino all’esaurimento – la sua monumentale tesi dottorale (due tomi, un migliaio di pagine dattiloscritte), conclusa nel 1992. Per questa ragione, Bruno si considerava un po’ mio allievo (diceva che il suo primo maestro, Giuseppe Nicolaci, gli aveva insegnato come costruire un saggio, io come distruggerlo).

Sono orgoglioso di essergli stato in qualche modo maestro. Ma di certo ho imparato io da lui più di quanto lui abbia appreso da me. Anche perché già allora aveva una invidiabile cultura filosofica enciclopedica. Non si sa dove avesse trovato il tempo di leggere tanto.

Bruno non aveva una formazione analitica. Tuttavia, la sua tesi affrontava i problemi della *is-ought question* con una sottigliezza analitica sorprendente, vedeva questioni concettuali sulle quali spesso mi trovava impreparato. Il libro *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, 1994 – un agile volumetto di quasi 800 pagine – riproduce gran parte della tesi (non tutta: diversi altri saggi coevi sviluppano alcuni temi laterali). Ed è una pietra miliare: dopo di esso, su grande divisione (essere v. dover essere), fatti e norme, descrizione e prescrizione, inferibilità di norme da asseriti dichiarativi, non ci sarà più nulla da dire.

(A dire il vero, anche la sua capacità di lavoro era stupefacente. Mentre scriveva la tesi, trovò il tempo di pubblicare un libro sulla concezione kelseniana delle norme: *Dover essere e intenzionalità. Una critica all’ultimo Kelsen*, 1990).

Bruno non aveva neppure una formazione filosofico-giuridica. Nondimeno, i suoi lavori di teoria del diritto – sulla dottrina pura, sulla consuetudine, sullo stato costituzionale di diritto – sono illuminanti. Tra i loro pregi inestimabili vorrei ricordare lo svelamento del mistero del concetto kelseniano di “validità”, intesa al tempo stesso come esistenza e forza vincolante delle norme: la validità come de-citazione (così intesa la validità, asserire “La norma ‘Op’ è valida” equivale a reiterare la norma stessa, *Op*, senza più virgolette).

Sono in debito con Bruno. Nella sua ultima telefonata (era il pomeriggio del 4 maggio, mi trovavo a Girona) mi domandava se avessi letto il nuovo, ultimo, capitolo delle sue dispense (*Lezioni di filosofia del diritto*, II ed., 2021): un commento all’*Oresteia*. Colpevolmente, non lo avevo ancora letto, e non potei dirgli nulla, con sua grande delusione. L’ho letto adesso.

Si tratta di un bel saggio, che può essere letto indipendentemente dalle rimanenti lezioni. È scritto nel suo stile caratteristico: qualche prolissità, qualche ridondanza, qualche ripetizione. Ma il risultato è avvolgente. Riesce difficilissimo dissentire e controargomentare.

Nel corso degli anni, le idee di Bruno – lamentabilmente – hanno conosciuto una torsione, o una deriva, oggettivista (realista, cognitivista) in metaetica e giusnaturalistica in filosofia del diritto¹. Nel saggio sull’*Oresteia*, Bruno usa la trilogia

¹ Il manifesto della svolta è un saggio del 2004, pubblicato l’anno successivo sui *Materiali* (con un prezioso commento di Mauro Barberis), “Giusnaturalismo, positivismo giuridico, e pluralismo etico”, nel quale Bruno difendeva una concezione “trascendentale” (?) del diritto naturale. Trascrivo qui di seguito, per curiosità, il mio commentario informale al suo *paper*, che pronunciai durante il seminario che si tenne a Genova nel maggio 2004 (oggi lo scriverei in modo un po’ diverso).

«1. La tesi di Bruno, se ben comprendo, è questa: anche se accettiamo una forma di giusnaturalismo e, insieme, il realismo morale, tuttavia non possiamo non dirci positivisti. Considero questa tesi nulla più che un divertissement: ho difficoltà a prenderla sul serio. Perché ovviamente si può ribattere: ma se comunque non possiamo non essere positivisti, perché mai dovremmo accettare una forma di giusnaturalismo e il realismo morale?

2. L’alternativa tra positivismo e giusnaturalismo “definitorio” (una norma ingiusta non è diritto) non è meramente verbale (malgrado le apparenze). (i) In primo luogo, la discussione sottende (e maschera) un problema metaetico: l’alternativa tra cognitivism e non-cognitivism. (ii) In secondo luogo, sullo sfondo sta una discussione (normativa) intorno all’obbligo politico, ossia all’obbligo di obbedire ai comandi del sovrano: insomma, all’obbligo (metagiuridico) di obbedire al diritto. Peraltro, il giusnaturalismo non è posizione univoca da questo punto di vista, perché – una volta scontata la mossa definitoria – si tratta appunto di vedere se il diritto positivo sia giusto o ingiusto. Se il diritto positivo è ingiusto, il giusnaturalismo prende una colorazione rivoluzionaria. Se, al contrario, il diritto è giusto, lo stesso giusnaturalismo prende una piega conservatrice.

3. Bruno caratterizza il giusnaturalismo “definitorio” in modo non plausibile. Le idee centrali del giusnaturalismo a me paiono piuttosto le seguenti. (i) In primo luogo, le norme giuridiche sono non già semplici fatti, ma valori (valori positivi, non disvalori). Talché prendere conoscenza di una norma giuridica è, al tempo stesso, approvarla, accettarla come guida del comportamento. In altre parole, alle norme giuridiche si deve obbedienza (diversamente, che rilevanza avrebbe mai il negare ad una legge il carattere di giuridicità?): paradossale convergenza tra giusnaturalismo e positivismo ideologico. (ii) In secondo luogo, le norme giuridiche non dipendono da concreti atti di volontà (o di linguaggio) compiuti da uomini. Le norme giuridiche sono già date nella “natura” (nella natura dell’uomo, nella natura delle cose), come valori antecedenti ad ogni atto normativo umano, e indipendenti da esso. (iii) In terzo luogo, conoscere la “natura” è conoscere non solo fatti, ma anche norme, ossia valori. Vi sono dunque norme che possono essere ricavate dalla semplice conoscenza, e alle quali si deve obbedienza.

Ebbene, per opposizione, il nocciolo del positivismo giuridico è costituito dalle idee seguenti (potremmo dire: è questo il “contenuto minimo” del giuspositivismo).

(a) In primo luogo, le norme giuridiche sono semplici fatti, e non valori. I fatti, evidentemente, non richiedono obbedienza (non farebbe senso dire che ad un certo fatto si debba obbedire). Si può prendere conoscenza di una norma giuridica senza, per ciò stesso, approvarla, accettarla come guida del comportamento. Alle norme giuridiche si deve obbedienza se, e solo se, le si accetta.

(b) In secondo luogo, non vi sono norme già date, in natura. Le norme giuridiche sono entità *language-dependent*, cioè dipendenti dall’uso del linguaggio. Le norme giuridiche sono entità che possono essere prodotte solo da atti linguistici normativi o, se così si preferisce dire, da atti di volontà. “Kein Imperativ ohne Imperator”: non vi sono comandi senza qualcuno che comandi.

(c) In terzo luogo, conoscere la natura è conoscere fatti, non valori. Non si possono ricavare norme dalla conoscenza. Le norme non hanno valori di verità.

4. Il positivismo inclusivo è indifendibile. In primo luogo, il positivismo inclusivo confonde sistematicamente due problemi: il problema di identificare ciò che è diritto (i.e., distinguere il diritto dal non-diritto, insomma identificare le fonti) e il problema di identificare il contenuto del diritto (le norme

di Eschilo per condensare le sue idee in materia di metaetica (sul confine dell'etica normativa, in verità).

Secondo Bruno, giuspositivisti e giusnaturalisti chiamano con nomi diversi – “morale” e “diritto naturale” rispettivamente – uno stesso oggetto: un insieme di norme e principi che (sorprensamente) a Bruno paiono oggettivamente vincolanti e conoscibili, quasi che avessero valori di verità. Senonché le norme e i principi in questione sono largamente indeterminati, lacunosi, e antinomici (come ben mostra appunto la storia di Oreste: un caso paradigmatico di antinomia “in concreto”). La morale, scrive Bruno, «non parla sempre, e quando parla non parla sempre con una sola voce».

La morale è dunque una fonte di conflitti e di genuini dilemmi. I conflitti si risolvono mediante bilanciamento, soppesando le ragioni morali *pro* e *contra*. I dilemmi – come nel caso di Oreste – sono semplicemente irresolubili: qualunque cosa faccia, nell'adempimento di un suo dovere morale, Oreste fatalmente viola un altro suo dovere morale.

(Bruno, si noti, sta parlando de *la* morale, non di diverse morali. In altre parole, dal suo punto di vista, il “pluralismo” o “politeismo” metaetico, che lui difende, non consiste nel conflitto tra morali diverse e alternative, ma è cosa interna all'unica morale: al diritto naturale, insomma. Secondo una assai nota tesi di Bobbio, il diritto naturale è non già una etica normativa determinata, ma piuttosto una “metaetica”, intesa (non come l'analisi logica del discorso etico, ma) come un apparato concettuale oggettivista, atto a giustificare una pluralità di etiche normative diverse e conflittuali. Secondo Bruno, per contro, il diritto naturale è un'etica specifica, ancorché affetta da irrimediabile indeterminatezza.)

che le fonti esprimono). In secondo luogo, la tesi che il diritto incorpori valori e principi morali (il che è una ovvietà) non implica per nulla che per identificare il diritto sia necessario ricorrere a considerazioni morali. Altro è una “considerazione morale” – ossia un giudizio di valore o una prescrizione – altro la rilevazione dei valori e principi morali che il diritto incorpora. In altre parole, il diritto può sempre essere identificato dal punto di vista esterno (moderato). Per applicare una norma che fa rinvio ad un ordinamento straniero non occorre fare un “ragionamento straniero”. Analogamente, per applicare una norma che fa rinvio ad un valore morale non è necessario fare un ragionamento morale.

5. Che vi sia un nesso necessario, olistico, fra diritto e valori e principi etici è tesi che può essere intesa in tre sensi. (a) Nel senso che, necessariamente il diritto incorpora valori e principi morali (che possono essere approvati come pure disapprovati da chi parla). Così intesa, la tesi si riduce ad una ovvietà. (b) Nel senso che il diritto non può essere identificato se non sulla base di valutazioni morali. Così intesa, la tesi è falsa (cfr. sopra, sul positivismo inclusivo). (c) Nel senso che il diritto è (olisticamente) cosa buona: incorpora valori e non disvalori.

6. La tesi che il diritto sia olisticamente cosa buona è pragmaticamente equivalente alla tesi che al diritto si debba obbedienza. In questo senso il giusnaturalismo “trascendentale” è banalmente una forma di legalismo etico. Non implica l'obbligo di obbedienza ad ogni singola norma giuridica, ma implica olisticamente l'obbligo di obbedienza al diritto come un tutto. La tesi in questione non implica affatto, peraltro, una connessione necessaria (i. e., concettuale) tra diritto e morale. La connessione è normativa o valutativa, non concettuale.»

Ebbene, il diritto positivo, secondo Bruno, è nulla più che un rimedio a questo stato di cose dilemmatico: risolve autoritativamente – senza garanzia di giustizia sostanziale – dilemmi moralmente insolubili. Un’idea, questa, di evidenti ascendenze tomistiche.

Le idee metaetiche di Bruno hanno importanti risvolti giusfilosofici: si risolvono in una concezione della costituzione e in una dottrina dell’interpretazione costituzionale.

La costituzione – precisamente, la parte “sostanziale” delle costituzioni contemporanee, come ad esempio la parte prima della costituzione italiana – fa rinvio, o incorpora, valori e principi morali. Consiste cioè, proprio come il diritto naturale, in un insieme di principi e norme indeterminati, lacunosi, antinomici. Per interpretarli, non serve, e comunque non sarebbe appropriato, indagare le intenzioni (in senso vuoi semantico, vuoi teleologico) dei padri costituenti. È mai possibile interpretare una clausola costituzionale «che, ad esempio, faccia riferimento a concetti etico-politici come “eguaglianza”, “libertà”, “democrazia”, “dignità” senza far ricorso a qualche tipo di argomentazione morale»? Bruno, come Dworkin, ritiene di no. Sicché la stessa validità (materiale) delle leggi infra-costituzionali – l’identificazione del diritto valido – dipende da considerazioni morali, da considerazioni di giustizia.

L’interpretazione costituzionale, insomma, non può essere altra cosa che una “lettura morale” del testo. Per decidere che cosa sia costituzionalmente bene o giusto non serve interrogare il testo: è inevitabile impegnarsi nell’argomentazione morale.

Inutile dire che i conflitti tra diritti e principi si risolvono per via di bilanciamento, frutto di ragionevolezza o di “razionalità sostanziale”.

Scriva Bruno, quasi a conclusione delle sue *Lezioni*, «la possibilità di tracciare una netta linea di demarcazione [...] fra il diritto quale esso, di fatto, è, e il diritto quale esso (alla luce di principi e valori morali, etico-politici) *deve essere* (il diritto giusto) sembra dunque venire meno». Addio dunque al positivismo giuridico.

Bruno non c’è più, *out there*. Ma è ancora qui nelle nostre menti, e ci resterà a lungo. La discussione non ha fine.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di giugno 2022