

GIOVANNI BATTISTA RATTI

**DIRITTO, INDETERMINATEZZA,
INDECIDIBILITÀ**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

INDICE

	Pag.
PREMESSA	15

PARTE PRIMA

L'IDENTIFICAZIONE DEI SISTEMI GIURIDICI

CAPITOLO 1. TEORIA DEGLI INSIEMI E ANALISI DEL DIRITTO. UN SAGGIO ESPLORATIVO	23
PREMESSA.....	23
1. ALCUNE NOZIONI FONDAMENTALI DI TEORIA DEGLI INSIEMI.....	24
1.1. “Insieme”	24
1.2. L'identificazione degli insiemi.....	24
1.3. Inclusione.....	26
1.4. Operazioni logiche sugli insiemi	27
1.5. Insieme vuoto e insieme universo.....	28
2. L'IDENTIFICAZIONE DEL DIRITTO ALLA LUCE DELLA TEORIA DEGLI INSIEMI.....	29
2.1. Discussione del caso <i>sub (a)</i>	30
2.2. Discussione del caso <i>sub (b)</i>	32
2.3. Discussione del caso <i>sub (c)</i>	34
3. LA TESI DELLA SEPARAZIONE ALLA LUCE DELLA TEORIA DEGLI INSIEMI.....	37

	<u>Pag.</u>
3.1. La lettura estensionale delle tesi sulle relazioni tra diritto e morale	40
3.2. La lettura intensionale delle tesi sulle relazioni tra diritto e morale	43
CAPITOLO 2. IL PUZZLE DELLA DETERMINAZIONE DEL GIURIDICO	49
PREMESSA	49
1. IL PUZZLE DI CAFFERA E MARIÑO	49
2. LA PROPOSTA DI SOLUZIONE DI FERRER E RODRÍGUEZ..	52
3. UN TENTATIVO DI DISSOLUZIONE DEL PUZZLE	58
CAPITOLO 3. REGOLA DI RICONOSCIMENTO E DEFETTIBILITÀ	63
PREMESSA	63
1. LE MOLTEPLICI RICOSTRUZIONI DELLA REGOLA DI RICONOSCIMENTO	63
2. LE MOLTEPLICI CONCEZIONI DELLA DEFETTIBILITÀ.....	65
3. DEFETTIBILITÀ E REGOLA DI RICONOSCIMENTO	68
3.1. La defettibilità <i>della</i> regola di riconoscimento	69
3.2. La defettibilità <i>secondo</i> la regola di riconoscimento	71
CAPITOLO 4. REGOLA DI RICONOSCIMENTO, CANONI INTERPRETATIVI, E REALISMO GIURIDICO	75
TRE QUESTIONI CONTROVERSE.....	75
1. LO STATUTO LOGICO DELLA REGOLA DI RICONOSCIMENTO	75
2. REGOLA DI RICONOSCIMENTO E CANONI INTERPRETATIVI.....	81
3. LA REGOLA DI RICONOSCIMENTO DEL REALISMO GIURIDICO.....	86

PARTE SECONDA
**INDETERMINATEZZA E INDECIBILITÀ
 DEI SISTEMI GIURIDICI**

CAPITOLO 5. CINQUE ASPETTI DELLA INCOMPLETEZZA DEL DIRITTO	91
PREMESSA.....	91
1. L'IMPOSSIBILITÀ DELLA CHIUSURA ASSOLUTA.....	93
2. L'INDETERMINATEZZA LOGICA ESTESA	97
3. VAGHEZZA.....	104
3.1. Vaghezza e incompletezza	105
3.2. Vaghezza e defettibilità.....	108
4. IL DILEMMA DELLA REVISIONE COSTITUZIONALE	112
5. IL PARADOSSO DELLA DEFETTIBILITÀ GLOBALE.....	115
6. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	120
CAPITOLO 6. CONFLITTI NORMATIVI E TEORIE LOGICHE. PRIMI ARGOMENTI PER UNA CRITICA DEL DEFETTIBILISMO	123
PREMESSA.....	123
1. LA (PRESUNTA) IMPOSSIBILITÀ DI SPIEGARE I CONFLITTI NORMATIVI	124
1.1. I conflitti tra norme condizionali	126
2. LA (PRESUNTA) INCAPACITÀ DI RISOLVERE I CONFLITTI TRA NORME	128
3. I DIFETTI DELLE CONCEZIONI DEFETTIBILISTE DELLA LOGICA DEONTICA	132
3.1. La lettura descrittiva	132
3.2. Le letture prescrittive	134
4. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	136
CAPITOLO 7. SISTEMI NORMATIVI E PROPOSIZIONI NORMATIVE INDECIDIBILI	139
1. INTRODUZIONE.....	139
2. LE PROPOSIZIONI NORMATIVE SECONDO ALCHOURRÓN E BULYGIN.....	139

	Pag.
3. LA COERENZA DEI SISTEMI NORMATIVI	142
3.1. La α -coerenza	143
3.2. La β -coerenza	149
4. PROPOSIZIONI NORMATIVE INDECIDIBILI	156
5. CONCLUSIONI: LOGICI E GIURISTI	163
CAPITOLO 8. I CONTROFATTUALI NEL DIRITTO. UN IN- VENTARIO DI PROBLEMI	167
PREMESSA	167
1. I CONDIZIONALI CONTROFATTUALI (IN POCHE PAROLE)	167
2. IL RUOLO DEI CONDIZIONALI CONTROFATTUALI IN AM- BITO GIURIDICO	175
2.1. L'uso "deontico" dei condizionali controfattuali	176
2.2. L'uso "sociologico" dei condizionali controfattuali	176
2.3. L'uso "finzionale" dei condizionali controfattuali	177
2.4. I controfattuali nell'interpretazione giuridica	178
2.4.1. L'intenzione controfattuale nell'interpretazione <i>stric- to sensu</i>	179
2.4.2. L'intenzione controfattuale nella determinazione della rilevanza delle proprietà normative	181
2.5. Logica dei controfattuali e forma logica delle norme	183
2.6. Mondi deonticamente possibili e logica dei condizionali nor- mativi	185
2.7. I controfattuali nei giudizi causali	188
2.7.1. Il test "but-for"	188
2.7.2. Il test NESS	189
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	195

PREMESSA

Con il presente volume – *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità* – concludo quella che potrei chiamare la mia personale “trilogia del sistema”, iniziata nel 2008 con *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, e continuata nel 2009 con *Norme, principi e logica*. Tale trilogia presenta un andamento, per così dire, ascendente: dall’analisi metagiurisprudenziale della sistemazione dottrinale che occupava gran parte del primo volume, alla ricostruzione razionale del fenomeno della defettibilità delle norme, e delle sue ricadute teorico-giuridiche, che caratterizzava il secondo, sono giunto, nel presente contributo, a trattare questioni decisamente più astratte (o più generali) di quelle esaminate nei due libri precedenti, ma ad esse correlate, quali: l’identificazione dei sistemi giuridici e l’analisi dei criteri usati per identificarli; l’indeterminatezza del diritto – nella duplice veste dell’incompletezza e dell’incoerenza – e le risorse logiche generalmente elaborate per spiegare tale fenomeno; e, infine, l’applicabilità del concetto di indecidibilità ricorsiva alla teoria dei sistemi normativi. V’è da notare che, sebbene – come dicevo – si tratti della conclusione di un percorso di ricerca sulla nozione di “sistema giuridico”, alcuni dei saggi che compongono il volume trattano, talora in modo volutamente introduttivo, questioni non molto dibattute in letteratura finora, sicché costituiscono, a ben vedere, altresì l’inizio di un nuovo itinerario di ricerca.

Il libro si compone di due parti, ciascuna delle quali suddivisa in quattro capitoli.

La prima parte è dedicata al problema dell’identificazione dei sistemi giuridici. Più precisamente, il primo studio – “Teoria degli insiemi e analisi del diritto. Un saggio esplorativo” – esplora alcune possibili applicazioni delle principali nozioni elementari della teoria degli insiemi (quali “inclusione”, “intersezione”, “unione”, etc.) a due annosi problemi della filosofia giuridica, tra loro connessi: l’identificazione del diritto e le relazioni tra diritto e morale. Tale prima, approssimativa, esplorazione conduce, forse, a risultati non del tutto privi di interesse: *in primis*, “diritto”, a dispetto di un modo di vedere assai diffuso, denota non già un insieme unitario di norme, bensì una famiglia di insiemi, le cui relazioni meritano un’analisi dettagliata, le basi della quale vengono fornite nel testo; in secondo luogo, le tesi che vertono sulle relazioni tra diritto e morale possono essere esaminate da un punto di vista estensionale e da un punto di vista intensionale: entrambi i punti di vista, seppur in modo di-

verso, permettono di giungere alla conclusione che solo una definizione (positivistica) di “diritto” basata esclusivamente su dati empirici consente di discutere sensatamente di tali relazioni.

Il secondo studio – “Il *puzzle* della determinazione del giuridico” – verte sul paradosso identificato, alcuni anni or sono, dai giuristi uruguaiani CAFFERA e MARIÑO rispetto alle definizioni di “norma giuridica” e “sistema giuridico” fornite da ALCHOURRÓN e BULYGIN nella versione spagnola di *Normative Systems*. In particolare, vengono esaminate criticamente e respinte le proposte di soluzione del paradosso elaborate, rispettivamente, dagli stessi CAFFERA e MARIÑO e, più recentemente, da Jordi FERRER e Jorge RODRÍGUEZ: la prima viene respinta in quanto implausibile, la seconda in quanto inutilmente complicata. Infine, lo studio propone una nuova soluzione del *puzzle*, basata sulla tesi secondo cui ALCHOURRÓN e BULYGIN (2005) non definiscono i sistemi giuridici solo in base al loro carattere coercitivo, ma anche alla vigenza dei loro criteri di identificazione.

Il terzo saggio – come suggerisce il titolo – esamina, seguendo e sviluppando alcune proposte teoriche di Ricardo CARACCILO, i concetti di “regola di riconoscimento” e di “defettibilità delle norme giuridiche”. Combinando i risultati delle analisi di tali concetti, lo studio affronta altresì la questione della defettibilità della regola di riconoscimento e dei suoi possibili effetti sulle norme individuate mediante i criteri da essa forniti.

Il quarto studio – “Regola di riconoscimento, canoni interpretativi, e realismo giuridico” – presenta alcuni spunti di riflessione per la discussione di tre questioni relative alla regola di riconoscimento, e alla sua relazione coi disaccordi nel diritto. 1) In primo luogo, esso esamina lo statuto teorico della regola di riconoscimento, e le sue ripercussioni sulla questione dei disaccordi giuridici, giungendo alla conclusione che la critica di DWORKIN, che fa perno sulla nozione di “disaccordo teorico”, potrebbe, nel migliore dei casi, confutare la concezione della regola di riconoscimento intesa come regola sociale, ma non riesce affatto a sovvertire la ricostruzione di tale “regola” concepita come la descrizione dei criteri effettivamente in uso in una certa società. 2) In secondo luogo, il saggio analizza le relazioni tra la regola di riconoscimento e i canoni interpretativi: in particolare, esamina la questione se i canoni interpretativi facciano parte, necessariamente, dei criteri contenuti nella regola di riconoscimento, questione cui viene data una risposta negativa; 3) in terzo luogo, il saggio esamina la nozione di regola di riconoscimento (sempre che ne esista una) che soggiace alla concezione giusrealista del diritto, secondo

alcuni necessariamente diversa dalla concezione della regola di riconoscimento difesa dal positivismo convenzionalista.

La seconda parte del volume è dedicata all'esame di alcune forme di indeterminazione del diritto: alcune delle quali – completezza e coerenza – già molto studiate dalla letteratura teorico-giuridica, altre, invece, bisognevoli di un supplemento d'indagine (come la defettibilità) o addirittura di un primo *approach* (come la “indecidibilità” dei sistemi normativi, o l'indeterminatezza logica dei controfattuali usati nei giudizi causali in ambito giuridico).

Il primo saggio della seconda parte – “Cinque aspetti della incompletezza del diritto” – esamina alcune questioni concettuali legate all'incompletezza del diritto (intesa in senso ampio come l'assenza di “autosufficienza” degli ordinamenti giuridici) che le autorità si trovano inevitabilmente ad affrontare, nel tentativo di costruire un sistema giuridico. Il proposito del saggio è quello di riunire, sotto una nuova luce, temi già presenti in letteratura – quali quelli della chiusura dei sistemi normativi, della loro indeterminatezza logica, della vaghezza, della revisione della norma sulla revisione costituzionale, e della defettibilità delle norme – al fine di elaborare un panorama quanto più esauriente dei molti aspetti del fenomeno dell'incompletezza giuridica. La conclusione cui giunge il saggio è duplice: (a) non v'è concezione del diritto – sia “estensionale” sia “non-estensionale” – che riesca a dimostrare che il diritto è correttamente concepibile come un insieme autosufficiente di standards normativi; (b) non sembrano esservi tecniche di *drafting* normativo che consentano alle autorità normative di costruire, *ab origine*, un sistema giuridico concettualmente autonomo e autosufficiente.

Il secondo saggio – “Conflitti normativi e teorie logiche. Primi argomenti per una critica del defettibilismo” – esamina la tesi, difesa dai fautori delle logiche deontiche defettibili (molto *à la page* nella letteratura contemporanea), secondo cui i sistemi da loro approntati fornirebbero una spiegazione dei metodi mediante i quali le incoerenze normative sono comunemente trattate dai giuristi, spiegazione che la logica deontica standard non potrebbe offrire a causa di alcune sue caratteristiche peculiari. Ciò avverrebbe poiché la logica deontica standard, da un lato, (a) eliminerebbe la possibilità stessa dei conflitti normativi, sostenendo la fondatezza dell'enunciato “ $\sim(Oa \ \& \ O\sim a)$ ”, e, dall'altro, (b) non offrirebbe strumenti adatti a fornire una soluzione ai conflitti normativi. Contro questa duplice critica, il saggio argomenta che: da una parte, i sistemi di logica deontica standard sono perfettamente in grado di dare conto dei conflitti normativi, per mezzo della fondamentale distinzione tra norme e

proposizioni normative (molto spesso trascurata dal defettibilismo); e, dall'altra, le trattazioni, di segno defettibilista, delle antinomie sono alquanto oscure, giacché (i) nella loro lettura descrittiva, mancano di chiarire in quale fase del ragionamento giuridico occorre collocare le attività di risoluzione dei conflitti normativi, e (ii) nella loro lettura prescrittiva, sono riducibili *in toto* all'approccio deduttivo o si mostrano incapaci di risolvere i conflitti normativi.

Il terzo saggio – “Sistemi normativi e proposizioni normative indecidibili” – esamina le condizioni di verità delle proposizioni normative, e le loro relazioni con la coerenza dei sistemi normativi, specialmente di quelli – come i sistemi giuridici – che sono composti, eminentemente, da norme condizionali. Il saggio introduce ed esamina due diversi concetti di coerenza, e analizza in dettaglio il loro impatto sui valori di verità delle proposizioni normative. Lo studio dimostra altresì che, allorché i criteri per determinare la coerenza dei sistemi normativi non sono determinati in modo univoco, le proposizioni normative sono indecidibili in quanto ai loro valori di verità, ossia non è possibile stabilire univocamente se siano vere o no. Il saggio si chiude con una possibile spiegazione teorica delle difficoltà in cui ci si imbatte nel tentativo di conciliare il trattamento logico e quello pratico dei sistemi giuridici incoerenti.

L'ultimo saggio – “I controfattuali nel diritto” – propone una panoramica sui principali problemi logici vincolati alla nozione di condizionale controfattuale, e una rassegna dei principali usi di tali condizionali nell'ambito giuridico. Di particolare rilevanza è l'impiego dei controfattuali nei giudizi causali formulati dagli operatori giuridici: in questo contesto, vengono analizzati i due principali criteri di verifica del nesso causale usati in ambito giuridico – il test “but-for” e il test NESS –, e il nesso d'implicazione tra condizionale causale e condizionale materiale sotteso da tali criteri. Il saggio mette in luce alcune problematiche legate a tali test, e dimostra l'indeterminatezza logica del nesso d'implicazione tra condizionali.

Tutti gli studi qui riuniti sono inediti, ad eccezione dei capitoli 2 e 3 (che sono stati pubblicati su “Analisi e diritto”, rispettivamente nelle annate 2011 e 2010¹), il capitolo 4, uscito in versione spagnola nella rac-

¹ Il primo saggio, tuttavia, appariva, in quella sede, in versione castigliana.

colta LUQUE-RATTI (eds.) 2012, e il capitolo 7, che è apparso su “Ragion pratica” (37, 2011). Inoltre, alcuni degli studi qui raccolti sono stati presentati in occasione di seminari e convegni: “Il *puzzle* della determinazione del giuridico” è stato presentato, in versione castigliana, a un “Seminario de profundización”, svoltosi presso la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina), il 21 giugno 2011; “Regola di riconoscimento e defettibilità” è stato presentato, sempre in lingua castigliana, al congresso “Homenaje a Ricardo Caracciolo”, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, il 25 maggio 2010; “Cinque aspetti della incompletezza del diritto” è stato discusso, in inglese, nell’ambito del *workshop* “How to Build-Up a Legal System”, Università Bocconi, Milano, 4 giugno 2010; “Sistemi normativi e proposizioni normative indecidibili”, infine, è stato presentato, in versione spagnola, al “XIII Seminario Internacional de Teoría del Derecho”, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina), 23 giugno 2011. Ringrazio gli organizzatori di tali eventi per avermi invitato a discutere le mie idee in contesti così intellettualmente stimolanti.

Nel preparare il presente volume, ho potuto contare sul fondamentale aiuto di alcuni amici: in particolare di Eugenio BULYGIN, Damiano CANALE, Pierluigi CHIASSONI, Paolo COMANDUCCI, Diego DEI VECCHI, Andrea DOLCETTI, Jordi FERRER BELTRÁN, Andrej KRISTAN, Pau LUQUE SÁNCHEZ, Diego MORENO CRUZ, Nicola MUFFATO, Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, Diego PAPAYANNIS, Lorena RAMÍREZ, Cristina REDONDO, Giovanni TUZET, e Vito VELLUZZI, i quali hanno letto e commentato alcuni degli scritti qui raccolti. Un ringraziamento speciale meritano Riccardo GUASTINI, che ha letto l’intero manoscritto, formulando – come sempre – osservazioni e suggerimenti preziosi, che mi hanno permesso di migliorarlo sensibilmente, e Jorge L. RODRÍGUEZ, che ha letto e commentato in dettaglio gran parte degli studi qui raccolti, formulando correzioni e critiche (specie in materia di formalizzazione logica) che hanno molto giovato al testo definitivo.

Va da sé che sono l’unico responsabile per i difetti e le lacune che ancora, fatalmente, permangono.

CAPITOLO 1

TEORIA DEGLI INSIEMI E ANALISI DEL DIRITTO. UN SAGGIO ESPLORATIVO

PREMESSA

La teoria degli insiemi è una delle parti fondamentali della logica matematica e costituisce il prodotto di alcune ricerche volte a trovare delle definizioni soddisfacenti, rispettivamente, di “numero” e “infinito”¹. I risultati ottenuti dalla teoria degli insiemi non sono però rilevanti solo per i fondamenti della matematica, ma trovano applicazione in svariati campi della ricerca scientifica.

È sorprendente notare, tuttavia, come, nell’ambito della teoria generale del diritto, l’analisi insiemistica – diversamente da quella strettamente logica, basata sull’applicazione del calcolo bivalente e del calcolo dei predicati – abbia conosciuto solo poche applicazioni, quasi tutte dovute ad ALCHOURRÓN e BULYGIN, e ai loro allievi², ed eminentemente dirette ad esaminare alcuni problemi concernenti la struttura e la dinamica dei sistemi giuridici.

Benché le questioni teorico-giuridiche che possono essere illuminate dall’uso della teoria degli insiemi siano molte, in questo lavoro, mi limiterò ad abbozzare l’esame di due soli (ancorché importanti) problemi giusfilosofici, come dimostrazione della proficuità filosofico-giuridica di tale *approach*. In particolare, intendo qui porre le basi insiemistiche (§1) per l’analisi delle seguenti questioni: l’identificazione degli ordinamenti giuridici (§ 2) e l’esame delle relazioni tra diritto e morale (§ 3)³.

¹ Per l’elaborazione di questo capitolo, sono debitore delle seguenti fonti: BERTO 2007: 145 ss.; IACONA-CAVAGNETTO 2010: 16-20, 116 ss.; LEMMON 2009: 223 ss.; QUINE 1961, 1963, 1974: 235 ss.; RUSSELL 2004; SUPPES 1960. Avendo avuto queste opere continuamente sott’occhio, le cito qui una volta per tutte.

² Cfr. ALCHOURRÓN-BULYGIN 1979, 2005; MORESO-NAVARRO 1993; RODRÍGUEZ 2006; e FERRER-RODRÍGUEZ 2011. Al di fuori dell’ambito della teoria dei sistemi normativi, cfr. quantomeno FIEDLER 1997.

³ Nel fare ciò, cercherò di limitare al massimo l’uso della simbologia della teoria degli insiemi, per non appesantire troppo la trattazione e per renderla accessibile anche a coloro che non abbiano dimestichezza con la logica formale.