

PAOLO COMANDUCCI

**A PROPOSITO DI...**  
**NOTE SPARSE SULLA**  
**TEORIA DEL DIRITTO**  
**DEL SECONDO NOVECENTO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

# INDICE

	Pag.
PREFAZIONE .....	11
AARNIO: CERTEZZA DEL DIRITTO .....	13
1. INTRODUZIONE .....	13
2. 'CERTEZZA DEL DIRITTO' .....	14
3. LA GIUSTIFICAZIONE DELLA TESI INTERPRETATIVA .....	20
4. L'ACCETTABILITÀ RAZIONALE DELLA TESI INTERPRETATIVA.....	26
5. CONCLUSIONE.....	31
AARNIO E PECZENIK: <i>SUUM CUIQUE TRIBUERE</i> .....	33
1. INTRODUZIONE .....	33
2. LA POSIZIONE DI AARNIO E PECZENIK.....	34
3. QUALCHE OSSERVAZIONE CRITICA.....	38
ALCHOURRÓN, BULYGIN: SISTEMA GIURIDICO E RAZIONALITÀ .....	45
1. IL RAZIONALISMO DI ALCHOURRÓN E BULYGIN .....	46
2. UNA CRITICA A ALCHOURRÓN E BULYGIN .....	49
3. L'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO .....	51
ATIENZA: IL DIRITTO COME ARGOMENTAZIONE .....	53

	Pag.
ATIENZA E RUIZ MANERO: ILLECITI ATIPICI.....	61
1. LA TESI TEORICA .....	61
2. RILIEVI CRITICI... ..	66
CARACCILO: L' ARGOMENTO DELLA CREDENZA MORALE .....	75
CARUSI: L' ORDINE NATURALE DELLE COSE.....	83
CATANIA: TRA KELSEN E HART .....	95
ELSTER: ARGOMENTARE E NEGOZIARE .....	103
FERRAJOLI: COMPATIBILITÀ TRA DIRITTI FONDAMENTALI .....	109
1. INTRODUZIONE .....	109
2. LIVELLO TEORICO .....	110
FERRAJOLI: 'COSTITUZIONALISMO' .....	125
GARZÓN: LA DIVERSITÀ CULTURALE.....	133
GAVAZZI: L' ONERE .....	139
1. IL METODO .....	140
2. LA STRUTTURA E IL CONTENUTO DEL VOLUME .....	141
3. LO STILE.....	147
GENTILI: IL DIRITTO COME DISCORSO.....	149
GIANFORMAGGIO: LE RAGIONI DELL' EGUALITARISMO .....	155
JORI: DIRITTO E SENSO COMUNE.....	169
1. PREMESSA .....	169
2. I CONTENUTI.....	170
3. QUALCHE OSSERVAZIONE.....	173
4. CONCLUSIONE.....	177
KELSEN E BULYGIN: LA CLAUSOLA ALTERNATIVA TACITA .....	179
1. LA POSIZIONE DI BULYGIN .....	180
2. UNA DIFESA DI KELSEN .....	187
3. UNA CRITICA A BULYGIN .....	198

	Pag.
KELSEN E SEARLE: DUE COSTRUTTIVISMI .....	201
1. INTRODUZIONE .....	201
2. ALCUNE DIFFERENZE TRA KELSEN E SEARLE .....	203
3. ALCUNE QUESTIONI APERTE .....	212
4. UNA ALTERNATIVA? L'APPROCCIO DI ALF ROSS .....	215
TARELLO: DISCORSO ETICO E DISCORSO GIURIDICO .....	217
1. INTRODUZIONE .....	217
2. DIRITTO E MORALE: UNA TIPOLOGIA DI DISCORSI.....	218
3. LA POSIZIONE DI TARELLO .....	223
4. CONCLUSIONE.....	229
TWINING E MIERS: UN APPROCCIO MULTIPROSPETTICO.....	231
1. LA TRADUZIONE .....	231
2. L'OGGETTO.....	232
3. IL METODO .....	236
4. NOTA CONCLUSIVA .....	241
VIOLA: UNA MORALE BASATA SUI DIRITTI.....	243
1. INTRODUZIONE .....	243
2. TRE FATTI .....	245
3. IL PROBLEMA.....	246
4. LA TESI .....	247
5. DUE CRITICHE .....	250
6. LA MORALE BASATA SUI DIRITTI.....	251
7. IL FONDAMENTO DEI DIRITTI .....	253
8. L'UNIVERSALITÀ DELLA MORALE BASATA SUI DIRITTI .....	254
9. CONCLUSIONE.....	254

## PREFAZIONE

Questo libretto, modesto nelle ambizioni e temo anche nei risultati, raccoglie una ventina di saggi originariamente elaborati in modo indipendente l'uno dall'altro, in buona parte relazioni a congresso, talvolta note a volumi. Ci sono però due elementi che mi pare tengano assieme i saggi: uno di carattere metodologico, l'altro di tipo contenutistico.

Da un lato, infatti, l'approccio praticato è sempre sostanzialmente lo stesso, e consiste nel ricostruire, analizzare ed eventualmente criticare posizioni teoriche, meta-teoriche o normative altrui. Nel volume non presento quindi, in maniera diretta, una teoria, una meta-teoria o delle proposte normative personali, anche se il lettore interessato non farà fatica a inferirle da come vengono presi in esame e valutati gli autori oggetto di discussione. Le opzioni metodologiche di sfondo sono quelle, teoriche, di un giusrealismo analitico, quelle, meta-teoriche, del non cognitivismo etico e dell'avalutatività della scienza, e quelle, normative, di un liberalismo egualitario e neo-illuminista<sup>1</sup>.

D'altro lato, il contenuto del volume risulta abbastanza omogeneo giacché gli autori oggetto di indagine sono, nella quasi totalità<sup>2</sup>, influenti

---

<sup>1</sup> Cfr. R. Escudero Alday, *Guía para realistas analíticos: la teoría del derecho de Paolo Comanducci*, in P. Comanducci, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, a cura di R. Escudero Alday, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. XIII-LI.

<sup>2</sup> Fanno parzialmente eccezione: due giuristi positivi, Donato Carusi e Aurelio Gentili, dei quali peraltro si analizzano soltanto scritti a valenza teorico-generale; e due filosofi sociali, Jon Elster e John Searle, le cui opere presentano aspetti di grande rilevanza per gli studi filosofico-giuridici.

filosofi del diritto attivi nella seconda metà del xx secolo in Europa e, taluni, anche in America Latina. Ciò che emerge dall'insieme dei saggi raccolti è una sorta di raffigurazione –pur se “impressionistica” e rapsodica quanto si vuole– di alcuni dei filoni più vivaci e interessanti della filosofia del diritto novecentesca, con una particolare attenzione dedicata al positivismo giuridico normativista, storico fratello-nemico del giusrealismo: si va infatti dal fondatore indiscusso, Hans Kelsen, agli sviluppi italiani, con Gavazzi, Ferrajoli, Catania e Jori, dalle diramazioni latino-americane di Alchourrón e Bulygin, a quelle ispaniche di Atienza e Ruiz Manero (normativisti, ma non positivisti). Le scelte dei temi e degli autori, che potrebbero forse apparire casuali, sono state strettamente dettate dai miei interessi di ricerca, stimolati, questi sì, da fattori disparati, che intrecciano mode e ascendenze culturali, amicizie e frequentazioni accademiche, curiosità intellettuali, simpatie e antipatie ideologiche.

Tutti i saggi, oltre ad essere stati resi uniformi dal punto di vista editoriale, sono stati ritoccati per la presente pubblicazione, e aggiornati, almeno parzialmente, nei riferimenti bibliografici. Il sesto capitolo è ancora inedito, ma uscirà presto in Messico. I capitoli undici e dodici sono stati tradotti dallo spagnolo, e il diciotto dall'inglese, dato che non erano mai apparsi in italiano. L'arco temporale di pubblicazione degli originali è assai ampio, perché va dal 1989, quando uscì il saggio su Tarello, a qualche mese fa.

Come piccolo dono per i suoi settant'anni, dedico il volume a Riccardo Guastini, dapprima mentore e subito dopo amico fraterno, con cui ho condiviso quasi una vita intera, fatta di mille vicende accademiche e personali. È un modo, questo, per onorare almeno in parte il debito intellettuale che ho contratto con lui negli oltre quaranta anni passati assieme. Così in fretta, purtroppo.

Genova, gennaio 2016

# AARNIO: CERTEZZA DEL DIRITTO

## 1. INTRODUZIONE

Mi occuperò qui soltanto di alcuni aspetti della teoria di Aarnio, una delle più interessanti tra le teorie del ragionamento giuridico presentate in Europa nell'ultima parte del xx secolo<sup>1</sup>. Mi limiterò ad avanzare alcuni rilievi critici relativi alla sua nozione di certezza del diritto (§ 2), ed a quelle collegate di giustificazione (§ 3) e di accettabilità razionale (§ 4) delle tesi interpretative.

---

<sup>1</sup> Una sorta di autopresentazione della sua teoria può leggersi in A. Aarnio, *The Systematisation and Interpretation of Status. Some Thoughts on Theoretical and Practical Legal Science*, in L.J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Dordrecht - Boston - London, Kluwer, 1999, pp. 1-21. Sui differenti aspetti della teoria di Aarnio si vedano almeno: E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, Giappichelli, 1999, specie pp. 219-46; W. Krawietz, *Aulis Aarnio – Analytische Jurisprudenz und Neue Hermeneutik im Dienste des Rechts*, in W. Krawietz, R.S. Summers, O. Weinberger, G.H. von Wright (eds.), *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp. 621-27 (il volume contiene anche una bibliografia di Aarnio, alle pp. 629-63); J.M. Cabra Apalategui, *Argumentación Jurídica y Racionalidad en A. Aarnio*, Madrid, Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III - Dykinson, 2000; V. Giordano, *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, Napoli, ESI, 2008, specie pp. 134-46; G. Damele, *Retorica e persuasione nelle teorie dell'argomentazione giuridica*, Genova, ECIG, 2008, specie pp. 70-78; M. Atinza, *Sobre la única respuesta correcta*, in A. Aarnio, M. Atienza, F.J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 47-80; F.J. Laporta, *Algunos comentarios sobre ¿Cambio o evolución?*, ivi, pp. 121-37.

L'interesse per Aarnio deriva, oltre che ovviamente dalle capacità esplicative della sua teoria, dal peculiare approccio "sincretistico" da lui adottato. Come ha efficacemente osservato Ruiz Manero: «Quizá el rasgo más inmediatamente sobresaliente en el conjunto de los trabajos filosófico-jurídicos del finlandés A. Aarnio sea su capacidad para anudar elementos y problemas provenientes de la dogmática jurídica con perspectivas y orientaciones pertenecientes a la filosofía general»<sup>2</sup>. Lo stesso Aarnio ha a più riprese programmaticamente dichiarato il proprio intento di fondere assieme le teorizzazioni più specificamente giuridiche con apporti che egli ricava da una selettiva rilettura di alcuni filoni della filosofia del Novecento. Nella Prefazione a *The Rational as Reasonable*, egli individua questi ultimi nella nuova retorica di Perelman, nella filosofia linguistica dell'ultimo Wittgenstein e nel razionalismo di Habermas<sup>3</sup>.

## 2. 'CERTEZZA DEL DIRITTO'

Uno degli scopi principali dell'attività di ricerca di Aarnio è stato quello di dare una risposta al problema della certezza del diritto (*Rechtssicherheit*, *legal certainty*, *rule of law*), che è problema sia teorico sia pratico<sup>4</sup>.

È problema teorico: è possibile conoscere in modo certo il diritto (e come lo si conosce)? è possibile prevedere le decisioni giudiziali (e come si fa a prevederle)? Si tratta quindi sia di un problema epistemologico sia di un problema metodologico. E ad entrambi è connesso un problema ontologico: cos'è il diritto? ossia cos'è che conosciamo quando conosciamo il diritto?

È problema pratico: nelle moderne società occidentali, secondo Aarnio, vi è l'esigenza di soddisfare una diffusa aspettativa di certezza del diritto tra i cittadini.

<sup>2</sup> Cfr. J. Ruiz Manero, *Consensus y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica. (En torno a algunos trabajos de A. Aarnio)*, in "Doxa", 2, 1985, pp. 209-22, a p. 209.

<sup>3</sup> Cfr. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht - Boston - Lancaster - Tokyo, Reidel, 1987, pp. XVII-XVIII.

<sup>4</sup> Sulla nozione di "certezza del diritto" (e per prime indicazioni bibliografiche in argomento) si vedano: L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Digesto quarta edizione - Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, vol. 2, Torino, UTET, 1988, pp. 274-78; A.-E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999; S. Bertera, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002; J. Raitio, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht - Boston - London, Kluwer, 2003; G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005.



Aarnio esamina il problema della certezza del diritto dal solo versante dell'interpretazione e dell'applicazione. Ma vi è anche, ovviamente, un problema di certezza del diritto dal versante della produzione. Si pensi, a titolo di esempio, alla formulazione del discorso legislativo, alla sua maggiore o minore precisione, alla presenza o all'assenza di definizioni legislative, alle varie tecniche di *drafting* per ridurne l'ambiguità e la vaghezza, ecc. Di tutto ciò, peraltro, seguendo la scelta di Aarnio, non mi occuperò in questo lavoro.

Aarnio impiega 'certezza' in un senso assai lato: non solo per indicare la prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle azioni, ma anche per indicare la conformità del diritto a standard valutativi quali la giustizia, la correttezza, ecc.<sup>5</sup>.

Si ha certezza del diritto *sensu stricto* quando è possibile conoscere quali sono le regole giuridiche che si applicano alle singole fattispecie, e qual è il loro esatto contenuto di significato; in tale situazione la dogmatica giuridica, i giudici e, magari indirettamente, i cittadini, sono quindi in grado di determinare quali siano le conseguenze giuridiche di ogni azione.

Secondo Aarnio, si ha certezza del diritto *sensu largo* quando le regole giuridiche sono non solo conoscibili ma anche giuste, ossia conformi a criteri assiologici che definiscano quando una norma sia da considerarsi legittima da un punto di vista sostanziale<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Si veda A. Aarnio, *La teoria dell'argomentazione e oltre. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica* (1983), trad. di P. Comanducci in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 211-31, a p. 222: «La certezza del diritto [...] comprende due elementi: (a) la richiesta che la decisione non sia *arbitraria*, e (b) la richiesta che la decisione sia *corretta*». Cfr. anche A. Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turku, Turun Yliopisto, 1977, pp. 9-10, 37-39; A. Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, "Acta Philosophica Fennica" vol. 36, Helsinki, Societas Philosophica Fennica, 1983, pp. 61-62; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, cit., pp. 3-5. Una posizione assai simile a quella di Aarnio, e forse ancor più recisa, è stata presentata da Peczenik. Cfr. A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht - Boston - London, Kluwer, 1989, p. 32: «In modern society, people expect in general that legal decisions be highly predictable and, at the same time, highly acceptable from the moral point of view. *Ceteris paribus*, the higher the degree of such predictability, the higher the chance of an individual to efficiently plan his life. And, *ceteris paribus*, the higher the degree of moral acceptability of legal decisions, the higher the chance of one to make the life thus planned satisfactory». Cfr. anche A. Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund, University Press, 1983, p. 78.

<sup>6</sup> Vi è un lato formale ed uno sostanziale della certezza, e quest'ultimo si divide a sua volta in due. Cfr. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, cit., p. 4: «The substantial side of legal certainty consists of two elements. First of all, every genuine legal decision must be in accordance with the valid law. This is a minimum precondition for a *legal* decision. Even so, legal norms are not completely autonomous in respect of the other norms of society. They receive, at least in part, their proper content from moral and other social norms. In a way, law and other norms, e. g. moral norms work in an interlinking way».