

MARÍA CRISTINA REDONDO

**LA NORMATIVITÀ  
ISTITUZIONALE  
DEL DIRITTO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

# INDICE

|   | Pag. |
|---|------|
| PREFAZIONE .....  | 11   |
| I. IL DIRITTO COME NORMA. DIVERSE CONCEZIONI .....                    | 13   |
| 1. INTRODUZIONE .....   | 13   |
| 2. IDEALI DELLA RICOSTRUZIONE CONCETTUALE<br>E IDEALI REGOLATIVI..... | 15   |
| 3. SISTEMI COMPLETI E SISTEMI CHIUSI .....                            | 16   |
| 4. L'ILLUSIONE RAZIONALISTA COME MODELLO<br>DI RICOSTRUZIONE .....    | 18   |
| 5. L'AMBIGUITÀ DI "SISTEMA GIURIDICO" .....                           | 22   |
| 6. IL SIGNIFICATO DI "COERENZA" .....                                 | 24   |
| 7. CONCLUSIONI.....   | 29   |
| II. LE NORME COME RAGIONI. DIVERSE CONCEZIONI.....                    | 35   |
| 1. INTRODUZIONE .....   | 35   |
| 2. DUE CONCEZIONI DELLE RAGIONI.....                                  | 37   |
| 2.1. La prima concezione.....   | 38   |
| 2.2. La seconda concezione .....                                      | 42   |
| 2.3. Il dibattito fra universalismo e particolarismo.....             | 44   |
| 2.4. Corollari.....   | 48   |
| 3. LA DISCUSSIONE IN AMBITO GIURIDICO .....                           | 51   |
| 3.1. La prima concezione.....   | 52   |

|   | Pag. |
|---|------|
| 3.2. La seconda concezione .....  | 55   |
| 3.3. Il contrasto fra regole e principi .....                                       | 57   |
| 4. CONCLUSIONI .....  | 64   |
| III. IL PROBLEMA DELLA NORMATIVITÀ DEL DIRITTO .....                                | 67   |
| 1. INTRODUZIONE .....   | 67   |
| 2. SUL CONCETTO DI NORMATIVITÀ GIURIDICA .....                                      | 69   |
| 3. SULLA GIUSTIFICAZIONE DELLA NORMATIVITÀ<br>GIURIDICA .....                       | 72   |
| 4. I PRESUPPOSTI DI UNA NORMATIVITÀ GIURIDICA<br>DIFFERENZIATA .....                | 76   |
| IV. TRE CONCEZIONI DELL'AUTORITÀ DEL DIRITTO .....                                  | 81   |
| 1. INTRODUZIONE .....   | 81   |
| 1.1. Presupposti .....  | 82   |
| 2. LE DIVERSE POSIZIONI POSITIVISTE .....   | 85   |
| 2.1. Il positivismo inclusivo .....   | 85   |
| 2.2. Il positivismo scettico .....  | 87   |
| 2.3. Il positivismo esclusivo .....   | 88   |
| 3. SULL'AUTORITÀ DEL DIRITTO .....  | 89   |
| 3.1. Il positivismo scettico .....  | 91   |
| 3.2. Il positivismo inclusivo .....   | 93   |
| 3.3. Il positivismo esclusivo .....   | 95   |
| 4. L'AUTORITÀ DEL DIRITTO E LA CONNESSIONE<br>NECESSARIA FRA DIRITTO E MORALE ..... | 96   |
| 4.1. Il positivismo scettico .....  | 96   |
| 4.2. Il positivismo inclusivo .....   | 97   |
| 4.3. Il positivismo esclusivo .....   | 100  |
| V. LA NORMATIVITÀ IN CONTESTI GIURIDICI. UN'ANALISI<br>ISTITUZIONALE .....          | 103  |
| 1. INTRODUZIONE .....   | 103  |
| 2. ALCUNE PREMESSE NECESSARIE .....   | 106  |
| 3. L'ESISTENZA ISTITUZIONALE DI DIRITTI E DOVERI .....                              | 108  |
| 4. SULLA POSSIBILITÀ DI UNA RIDUZIONE .....   | 111  |
| 5. ALCUNE CONSIDERAZIONI ONTOLOGICHE ED<br>EPISTEMOLOGICHE .....                    | 115  |

|   | <u>Pag.</u> |
|---|-------------|
| VI. IL DIRITTO: UN'ISTITUZIONE NON CONVENZIONALE .....            | 123         |
| 1. INTRODUZIONE .....   | 123         |
| 2. TRE CRITICHE ALLA TEORIA ISTITUZIONALE<br>DI SEARLE .....      | 124         |
| 2.1. L'analisi di Ross .....                                      | 126         |
| 2.2. L'eliminazione delle regole costitutive.....                 | 129         |
| 3. L'ANALISI CONVENZIONALISTA DI CELANO.....                      | 136         |
| 3.1. Fatti istituzionali e intenzionalità collettiva.....         | 137         |
| 3.2. L'autoreferenzialità dei concetti istituzionali .....        | 138         |
| 3.3. Realtà istituzionale e credenze false.....                   | 141         |
| 3.4. Una <i>reductio ad absurdum</i> della teoria di Searle?..... | 145         |
| 4. CONSIDERAZIONI FINALI .....                                    | 151         |

## PREFAZIONE

Il presente volume consiste in una riflessione generale sul diritto, il suo carattere normativo e istituzionale; e lo fa fondamentalmente con l'approccio metodologico tipico del positivismo giuridico.

Nella filosofia del diritto non è pacifica l'attribuzione di carattere normativo al diritto e, soprattutto, quando la si accetta, tale attribuzione ha una rilevanza diversa a seconda di cosa si intenda per "normatività". A sua volta, per quanto riguarda il suo carattere istituzionale, benché il pensiero teorico sia unanime nel riconoscere che ogni sistema giuridico è un esempio paradigmatico di istituzione sociale, esiste una profonda discussione rispetto a quale sia la migliore spiegazione delle istituzioni sociali. Concretamente, una proposta che gode di ampio consenso ritiene che le apparenti entità istituzionali possano e debbano essere ridotte in modo da rendere esplicite quali sono le condizioni empiriche dalle quali esse dipendono.

Di fronte a queste discussioni teoriche, il lavoro svolto nel presente volume segue un percorso che inizia, nel primo capitolo, mettendo a confronto alcune delle concezioni più note del diritto inteso come un fenomeno normativo di carattere sistematico. Questo punto di partenza serve a mettere le basi per introdurre, nel secondo capitolo, un dibattito che ha avuto un ruolo decisivo nel tentativo di spiegare la normatività del diritto da parte delle teorie giuridiche contemporanee. Si tratta di un dibattito sulla nozione di ragione giustificativa dell'azione, senza la quale, secondo tali teorie, sarebbe impossibile comprendere la nozione di normatività, sia morale che giuridica. Da questo punto di vista, un passaggio obbligato nell'analisi della normatività giuridica è dato dalla comprensione del modo in cui si svolge il nostro ragionamento pratico. Certamente, questa discussione collega

l'analisi della normatività giuridica con molteplici problemi di carattere logico, metafisico, ed epistemologico. Il secondo capitolo è dedicato alla presentazione di due concezioni contrastanti delle ragioni giustificative e del ragionamento pratico nel quale esse svolgono il loro ruolo. Tale presentazione si compie prendendo in considerazione indagini svolte nell'ambito della filosofia morale e della filosofia giuridica.

Il terzo e il quarto capitolo si concentrano sulla normatività in contesti giuridici mettendo a confronto diverse spiegazioni teoriche. In particolare, nel terzo capitolo si analizza una delle proposte più note ed influenti nel dibattito odierno e si discute uno dei temi centrali intorno a questo tema: la possibilità di riconoscere una normatività giuridica differenziata rispetto alla normatività morale. Il quarto capitolo, invece, analizza lo specifico modo in cui le norme giuridiche si propongono come guida dell'azione. Vale a dire, come ragioni dotate di autorità. Da tale punto di vista, la proposta in questo caso consiste nel distinguere il modo in cui l'autorità delle norme giuridiche viene intesa all'interno delle differenti concezioni del positivismo giuridico e i problemi che ogni approccio presenta.

I due ultimi capitoli son destinati ad analizzare la normatività giuridica dall'ottica della teoria delle istituzioni sociali. Nel capitolo quinto lo si fa entrando nel cuore di una delle teorie più rinomate in questo ambito: la proposta di John Searle. Come in tutti i casi, l'obiettivo è sempre quello di rendere espliciti i presupposti delle tesi analizzate, le conseguenze che ne seguono e i problemi che si pongono a partire dalla loro accettazione. Sulla base degli argomenti che proporrò in queste pagine, può dirsi che, con alcune premesse aggiuntive, la teoria della realtà sociale di J. Searle offre un fecondo schema di spiegazione che riesce a superare le lucide e articolate critiche che le sono state rivolte. Insomma, le tesi che si avanzano nel presente studio offrono sostegno ad un approccio metodologico che rende possibile identificare e spiegare l'esistenza e il contenuto di un'istituzione senza per ciò presupporre o credere che essa sia giustificata. Vale a dire, senza assumere ciò che nella letteratura giuridica si etichetta come "punto di vista interno". D'altro canto, questo tipo di approccio resiste alle spiegazioni di parte scettica che tentano una riduzione delle istituzioni normative a relazioni di comando diretto o a pratiche puramente convenzionali. In ogni caso, l'obbiettivo non è certamente quello di difendere l'esistenza di una unica teoria corretta. Al contrario, l'obbiettivo è piuttosto mostrare che impariamo a comprendere meglio le istituzioni giuridiche mettendole a fuoco da diversi punti di vista.

I.

## IL DIRITTO COME NORMA. DIVERSE CONCEZIONI<sup>1</sup>

### 1. INTRODUZIONE

Gli studi sulla struttura formale degli ordinamenti giuridici non sono attualmente al centro dell'interesse dei filosofi del diritto. In linea di principio, può dirsi che, tanto da un punto di vista assiologico quanto da un punto di vista logico, alla teoria giuridica contemporanea interessa lo studio del diritto come un caso speciale fra i problemi della filosofia pratica. Le domande che in questa prospettiva si pongono sono, per esempio: il diritto può giustificare le nostre decisioni e le nostre azioni? a quali condizioni il diritto genera ragioni per agire? possono esserci conflitti tra doveri? se ci sono, come si risolvono?

Le risposte a questo tipo di domande dipendono da una concezione teorica sostanziale del diritto, e non da un'analisi della sua struttura. Può tuttavia affermarsi che gli studi sostanziali non solo non sono incompatibili, ma piuttosto presuppongono, o hanno uno stretto vincolo con, specifiche concezioni della struttura del diritto. Un eccellente esempio a favore

---

<sup>1</sup> Ringrazio il prof. Eugenio Bulygin per le sue osservazioni ad una precedente versione di questo scritto (si veda E. Bulygin, *Sistema deductivo y sistema interpretativo*, in "Isonomia", 13, 2000, pp. 55-60). Terrò qui conto delle sue notazioni critiche, presentando, in specifiche note a piè di pagina, delle considerazioni volte a chiarire, o a rispondere a, alcune delle questioni più importanti sollevate da Bulygin.

di questa tesi si trova in uno degli ultimi lavori di Carlos Alchourrón: “Law and Logic”<sup>2</sup>. Questo articolo ha come fondamento un insieme di concetti e idee presentati precedentemente in un altro lavoro, nel quale Alchourrón, assieme ad Eugenio Bulygin, ha trattato il tema della struttura sistematica del diritto. Faccio riferimento alla ben nota opera di questi autori: *Normative System*<sup>3</sup>. Con gli stessi strumenti offerti in *NS*, in LL Alchourrón mostra come dietro le diverse teorie giuridiche si trovi una determinata concezione strutturale del diritto. Più precisamente, secondo l’analisi di Alchourrón, ad ogni teoria soggiace uno specifico ideale di razionalità, comune agli studi positivisti sui sistemi giuridici e, in ultima istanza, comune anche a tutta la ricerca scientifica, includendo pure quella empirica. Questo ideale, in linea di principio, consiste nell’organizzazione sistematica, in forma completa e coerente, del materiale di studio: in questo caso, del diritto. Tra le teorie cui fa riferimento Alchourrón, si trova una delle costruzioni giusfilosofiche attualmente più influenti: la teoria interpretativa di Ronald Dworkin<sup>4</sup>. La peculiarità rilevante della concezione dworkiniana, secondo Alchourrón, consiste nel fatto che la sua ricostruzione sistematica del diritto assume un ideale più vasto<sup>5</sup>, poiché alla completezza ed alla coerenza aggiunge l’ideale della giustizia.

In queste pagine non cercherò di analizzare la proposta di ricostruzione sistematica del materiale giuridico avanzata da Dworkin. Ciò che mi interessa è la tesi di Alchourrón secondo cui, anche nella concezione di Dworkin, il diritto può essere visto come un sistema deduttivo. Ammesso che ciò sia possibile, vorrei presentare certi punti di divergenza tra la ricostruzione sistematica del diritto, correlata ad una concezione interpretativa come quella di Dworkin, e la ricostruzione sistematica del diritto correlata ad una concezione positivista come quella di *NS*. Le divergenze che metterò in rilievo nel prosieguo mi permetteranno di suggerire un’idea differente da quella sostenuta da Carlos Alchourrón. In particolare, cercherò di mostrare come sia fuorviante affermare, come fa Alchourrón, che in entrambi i casi ci troviamo di fronte allo stesso ideale di razionalizzazione, oltretutto che il modello di sistema deduttivo funziona come

<sup>2</sup> Cfr. C. Alchourrón, *Law and Logic*, in “Ratio Juris”, 1996, pp. 331-348 (d’ora in poi LL).

<sup>3</sup> Cfr. C. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer Verlag, Wien - New York, 1971 (d’ora in poi *NS*).

<sup>4</sup> R. Dworkin, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986. Si avverta che, come sottolinea Bulygin, Alchourrón non ascrive l’ideale di organizzazione sistematica solo alla teoria di Dworkin. In generale, egli ritiene che tale ideale sia presente in tutta la dogmatica giuridica. Cfr. E. Bulygin, *Sistema deduttivo y sistema interpretativo*, cit., p. 55.

<sup>5</sup> Dobbiamo ricordare che Dworkin ha criticato esplicitamente la concezione del diritto come sistema di norme in R. Dworkin, *The Model of Rules* in “University of Chicago Law Review”, 35, 1967.

standard di ricostruzione comune ad entrambe le concezioni del diritto. In particolare, come si metterà in evidenza in seguito, almeno tre delle nozioni centrali su cui poggia la tesi di Alchourrón –le nozioni di sistema, completezza e coerenza– vengono utilizzate con un significato differente in ognuna delle concezioni oggetto d’analisi. Infine, nell’ultima parte del mio lavoro, esporrò alcuni dubbi sulla possibilità stessa di leggere la teoria interpretativa di Dworkin nel senso che essa includa l’idea di diritto come sistema deduttivo.

## 2. IDEALI DELLA RICOSTRUZIONE CONCETTUALE E IDEALI REGOLATIVI

Nella concezione positivista di *NS*, si nota una chiara differenza tra ciò che funziona come un ideale per la ricostruzione di un concetto ed un ideale regolativo. In particolare, nella proposta di Alchourrón e Bulygin qualsiasi insieme di norme costituisce un sistema normativo<sup>6</sup>. Dal loro punto di vista, la nozione di sistema normativo, intesa come “insieme di enunciati che comporta (alcune) conseguenze normative”<sup>7</sup>, funziona come modello per la ricostruzione del concetto di diritto. Questo modello si considera appropriato poiché, senza allontanarci troppo dell’uso ordinario della parola “diritto”, consente di offrire una definizione più precisa e feconda del termine.

Orbene, come ho già detto, la nozione di ideale o modello di ricostruzione non deve confondersi con quella di ideale regolativo. Al riguardo, Alchourrón e Bulygin analizzano l’ideale razionale di completezza, che i sistemi giuridici contingentemente possono o no soddisfare<sup>8</sup>. Lo status di questa esigenza non è quello di una norma di condotta (perché non vieta, obbliga o permette), ma quello invece di regola ideale, nel senso che propone von Wright<sup>9</sup>. “Stabilisce ciò che un sistema normativo deve essere, stabilisce cioè che proprietà o caratteristiche esso deve avere per essere un buon sistema normativo”<sup>10</sup>. Come Alchourrón e Bulygin correttamente osservano: “Pensare che tutti i sistemi giuridici siano completi per il fatto che

<sup>6</sup> Cfr. *NS*, pp. 15 e 54.

<sup>7</sup> Cfr. *NS*, p. 4 (sulla base delle definizioni di Tarski di sistemi deduttivi ed assiomatici).

<sup>8</sup> Cfr. *NS.*, pp. 235-236. Utilizzo qui la parola “completezza” senza ulteriori specificazioni, per conservare l’espressione usata da Alchourrón e Bulygin (“completitud”). Tuttavia, come si vedrà in seguito, è necessario distinguere tra un ideale di completezza relativo ai casi rilevanti all’interno di un sistema e l’ideale di pienezza (“plenitud”) o chiusura (“clausura”), come aspirazione del sistema a regolare qualunque caso possibile.

<sup>9</sup> Cfr. G.H. von Wright, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, New York, 1963, cap. 1.

<sup>10</sup> *NS*, p. 167.

essi devono esserlo è un'illusione; dedurre l'esistenza della completezza sulla base dell'esigenza di completezza è una fallacia"<sup>11</sup>. Di conseguenza, secondo la concezione di *NS*, l'idea di integrità del diritto –che include la proprietà della completezza–, centrale nella teoria di Dworkin, può essere accettata soltanto come un ideale, e mai come un postulato, ossia come una verità necessaria sui sistemi giuridici. Ritornerò in seguito su questo tema.

### 3. SISTEMI COMPLETI E SISTEMI CHIUSI

Su questo tema mi sembra utile rimarcare esplicitamente una differenza che le parole utilizzate tendono ad occultare. Come correttamente affermano Alchourrón e Bulygin, completezza non significa lo stesso che chiusura. La completezza, in quanto proprietà dei sistemi normativi, è l'assenza di lacune normative, e queste sono sempre relative ad uno specifico sistema. Sono relative, più particolarmente, ad un universo di casi UC (l'insieme di circostanze rilevanti all'interno del sistema) e ad un universo di azioni deonticamente qualificato US (l'insieme di soluzioni massimali che offre il sistema)<sup>12</sup>. La pienezza ermetica, invece, è un tipo di completezza che non è relativo ad uno specifico UC e ad uno specifico US; è la completezza rispetto ad ogni possibile UC e US. Si può dire che l'ideale di un sistema di questo tipo corrisponde a ciò che altri autori hanno denominato sistema comprensivo di regole. Secondo Frederick Schauer un sistema comprensivo di regole “aspira a determinare tutte le controversie [...]. Significa che il sistema cerca di offrire una risposta per tutti i casi in cui due cittadini hanno dei disaccordi”<sup>13</sup>. I sistemi che di fatto soddisfano questo ideale si denominano sistemi chiusi. Seguendo von Wright, Alchourrón e Bulygin considerano che un sistema giuridico chiuso “è quello in cui ogni azione è deonticamente determinata per qualsiasi caso possibile. I sistemi che non sono chiusi si chiamano aperti”<sup>14</sup>.

Una volta segnalata la differenza tra i concetti di chiusura e di completezza, deve mettersi in risalto anche la differenza tra le proposte nelle quali una qualsiasi di queste due proprietà svolge il ruolo di ideale, e quelle in cui svolge il ruolo di postulato. Assumere l'ideale di completezza rispetto ai sistemi giuridici implica, da una parte, ammettere che tali sistemi possano non essere completi, e, dall'altra, significa accettare l'esigenza

<sup>11</sup> *NS*, p. 175.

<sup>12</sup> Il concetto di completezza si basa sulla nozione di soluzione massimale. Cfr. *NS*, p. 55.

<sup>13</sup> Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 224.

<sup>14</sup> *NS*, p. 118.

(rivolta al legislatore, oppure a chi abbia competenza per creare diritto) di conferire al diritto questa qualità, che è sempre ristretta o relativa ad un determinato UC e ad un determinato US. Al contrario, assumere l'ideale di chiusura significa, oltre al fatto di riconoscere che i sistemi possono non essere chiusi, assumere un impegno diverso. Equivale cioè ad esigere che ogni possibile caso sia collegato ad una soluzione all'interno del sistema giuridico in questione. Quest'ultimo, potremmo dire, è un ideale di completezza assoluta<sup>15</sup>.

Parallelamente, postulare la completezza dei sistemi giuridici presuppone assumere la verità necessaria della seguente affermazione:

– Ogni sistema giuridico è completo (rispetto a qualche Universo di Casi e di Soluzioni)<sup>16</sup>.

Assumere che ogni sistema giuridico abbia necessariamente la proprietà di essere completo, equivale ad includere la proprietà in questione tra le condizioni necessarie per l'applicazione del concetto di sistema giuridico. In questo senso, e per definizione, non possono esserci sistemi giuridici che non siano completi almeno rispetto a qualche UC. Di conseguenza, se un insieme di norme non è completo, non è un sistema giuridico. Certamente ciò presuppone che le relazioni che consentono di strutturare un insieme di norme in un "sistema" permettano di trovare almeno un UC regolato in modo completo. Un esempio di questo tipo di postulato è assai frequente negli ordinamenti giuridici contemporanei che accettano, nell'ambito penale, il principio secondo cui "tutto ciò che non è vietato è permesso". Questi sistemi postulano la completezza rispetto all'Universo di Casi e Soluzioni di carattere penale. Questo postulato di completezza relativa ha, senza dubbio, almeno una conseguenza interessante. Implica che tutti (e solo) i casi collegati dal sistema ad una sanzione penale (quelli espliciti e quelli che emergono dalla combinazione logica delle proprietà effettivamente previste) abbiano una soluzione all'interno del sistema: quella esplicitamente prevista, oppure quella prevista nel postulato, cioè il

---

<sup>15</sup> Questo concetto di completezza assoluta non deve confondersi con il concetto di sistema normativo assoluto, che Alchourrón e Bulygin discutono alle pp. 55-56 di *NS*. La nozione di sistema normativo (tanto relativo come assoluto) si definisce in termini di soluzioni minimali. Al contrario, la nozione di chiusura – intesa come completezza assoluta, ossia come presenza di una soluzione per qualunque caso possibile – deve definirsi in termini di soluzioni massimali. E ciò dipende dal fatto che la completezza si definisce in termini di soluzioni massimali.

<sup>16</sup> Secondo Bulygin questo postulato non è interessante per due ragioni. In primo luogo, perché potrebbe essere falso; sarebbe cioè possibile immaginare un sistema che non sia completo rispetto a nessun Universo di Casi. In secondo luogo, perché anche se fosse vero, è estremamente debole; in altre parole, non si vede che conseguenze si possano ottenere a partire da questo postulato. Le considerazioni che seguono nel testo vogliono rispondere a queste osservazioni.

permesso. Si noti che un postulato di completezza non è necessariamente vincolato ad una regola permissiva. Un sistema potrebbe presupporre relativamente completo attraverso una regola proibitiva, come quella che di solito si applica nell'ambito del diritto pubblico in relazione ai casi regolati attraverso le norme che conferiscono poteri<sup>17</sup>.

D'altra parte, postulare la pienezza ermetica, la chiusura o il carattere comprensivo presuppone assumere come verità necessaria che:

– Ogni sistema giuridico è chiuso (completo rispetto ad ogni possibile universo di casi e di soluzioni). In questa situazione si presuppone che il sistema non risolva solo qualche tipo o sottoinsieme di UC, come succede nell'ipotesi precedente; si presuppone invece che la conformazione del sistema faccia sì che esso risolva qualsiasi caso che possa presentarsi. Ed è questo ciò che, secondo Dworkin, la concezione interpretativa del diritto consente di fare.

Riassumendo, per evitare una possibile confusione è importante distinguere chiaramente tra il difendere la completezza –relativa o assoluta– come un ideale e il postulare la completezza –relativa o assoluta– come una verità concettuale o necessaria. Distinguere, in altre parole, fra l'ideale e il postulato di due proprietà differenti:

1. La completezza, o chiusura parziale, o relativa ad uno specifico UC e ad uno specifico US.

2. La completezza, o chiusura totale, o assoluta, ossia non relativa ad uno specifico UC e ad uno specifico US<sup>18</sup>.

#### 4. L'ILLUSIONE RAZIONALISTA COME MODELLO DI RICOSTRUZIONE

Secondo Alchourrón e Bulygin, l'ideale di un sistema completo per tutti i casi possibili, ossia l'ideale di chiusura o completezza assoluta, non

---

<sup>17</sup> Si veda R. Guastini, *Sollsatze. A Criticism of the Received View*, in P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought. Proceedings of the IVR Mid-Term Congress (Genoa, 19-20 June 2000)*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 159-160. Guastini sottolinea almeno un'altra conseguenza che riguarda l'applicazione del diritto da parte dei giudici. Secondo Guastini, da questo postulato deriva la raccomandazione di impiegare sistematicamente l'argomento *a contrario*, respingendo ogni domanda che non trovi fondamento in una norma che stabilisca un obbligo al convenuto.

<sup>18</sup> Alchourrón e Bulygin utilizzano indifferentemente le espressioni "chiusura" (completezza assoluta, ossia rispetto a qualunque caso possibile) e completezza "necessaria". Preferisco abbandonare questa equiparazione per mettere in evidenza che l'idea di chiusura, in primo luogo, non è necessariamente assoluta o totale, e, in secondo luogo, non è necessariamente postulata, potrebbe cioè essere ritenuta un ideale e non una proprietà necessaria dei sistemi giuridici. In altre parole, non sempre si postula rispetto a qualunque sistema.

è sempre realizzabile; tuttavia è in alcuni casi possibile. Proprio per questa ragione, l'ideale si distingue da quella che è stata denominata "l'illusione razionalista" e che dovrebbe essere respinta, nella misura in cui confonde l'ideale con la realtà, postulandolo come un assioma o una verità necessaria.

A parere di questi autori, l'assioma della completezza assoluta dei sistemi giuridici si riflette in una serie di esigenze nei confronti dei giudici "che appaiono come perfettamente ragionevoli se considerate separatamente, ma che sono inconsistenti quando si prendono nel loro insieme"<sup>19</sup>. Queste esigenze, sostengono Alchourrón e Bulygin, hanno come contenuto i seguenti tre principi<sup>20</sup>:

(a) *Principio di non scusabilità: I giudici devono risolvere tutti i casi che vengono sottoposti alla loro giurisdizione.*

(b) *Principio di giustificazione: Una decisione giudiziale richiede una ragione o un fondamento, che i giudici devono offrire per giustificare la loro decisione.*

(c) *Principio di legalità: Le decisioni giudiziali devono fondarsi su norme giuridiche.*

Se accettiamo l'idea kantiana secondo la quale "dovere implica potere", il dovere dei giudici di adempiere queste esigenze presuppone che possano farlo. Al fine di evitare che l'adempimento dei principi menzionati risulti impossibile, è necessario presupporre che i sistemi giuridici risolvano tutti i casi possibili, è necessario, cioè, postulare come una verità necessaria la chiusura o completezza assoluta dei sistemi.

Quello che interessa mettere in rilievo qui è che i tre principi citati, insieme al postulato di chiusura totale che essi presuppongono, sono interpretati in modo differente in *NS* ed in *LL*. Nella prospettiva di *NS*, i tre principi presi congiuntamente –e nella misura in cui presuppongono la verità necessaria di ciò che solo contingentemente è vero– risultano inconsistenti<sup>21</sup>.

Nella concezione interpretativa analizzata in *LL*, invece, questi principi costituiscono un ideale regolativo che guida l'organizzazione del materiale giuridico per ottenere un sistema. In altre parole guidano la ricostruzione del diritto *qua* sistema in modo tale che il diritto, già sistematicamente organizzato, soddisfi l'ideale e permetta di adempiere i tre principi. Questa

<sup>19</sup> *NS*, pp. 175 e ss.

<sup>20</sup> *NS*, p. 176. Vedi anche *LL*, p. 333.

<sup>21</sup> *NS*, pp. 117-178.

operazione, nella concezione di LL, impone una distinzione tra, da una parte, quello che si può chiamare il materiale giuridico, ovverosia i testi attraverso i quali il diritto si esprime –leggi, decreti, sentenze, ecc.–, che Alchourrón chiama “Master Book”, e, dall’altra, il diritto come sistema o insieme di sistemi che si possono ottenere a partire dal materiale giuridico (che Alchourrón chiama “Master System”)<sup>22</sup>. Secondo Alchourrón, la concezione interpretativa di Dworkin presuppone che a partire dal materiale giuridico (Master Book) “ci sia uno ed un solo Master System corrispondente”<sup>23</sup>. Si potrebbe dire che, per questa ragione, la rappresentazione del diritto come sistema, con le caratteristiche che esso ha nella concezione interpretativa, è stata denominata da Hart “un nobile sogno”, giacché assume come un postulato (necessariamente vero) quello che nella visione alternativa è solo un’illusione (un ideale non sempre realizzabile).

Di conseguenza, una prima cosa da spiegare sarebbe perché quello che nella concezione positivista di *NS* è un errore (postulare la completezza assoluta dei sistemi), nella concezione interpretativa venga assunto come una caratteristica non problematica ed implicita in ogni sistema giuridico.

Alchourrón e Bulygin analizzano la possibilità di “chiudere” i sistemi aperti attraverso le cosiddette norme di chiusura, giacché “sembrerebbe che l’unica soluzione sia fare uso di qualche tipo di regola di chiusura, una regola cioè che qualificerebbe deonticamente tutte le azioni che non fossero già qualificati dal sistema in questione”<sup>24</sup>. Le cosiddette regole di chiusura, per raggiungere il loro obiettivo, devono far sì che, attraverso la loro applicazione, i sistemi offrano una soluzione per qualsiasi universo di azioni UA (qualsiasi azione possibile), in tutti i possibili universi di casi UC (qualsiasi circostanza possibile), preservando la coerenza dei sistemi<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Com’è ovvio, spesso si chiama “diritto” quello che qui io sto chiamando “materiale giuridico”. Ciò non deve costituire un problema e comporta solo una decisione terminologica. Deve essere chiaro, tuttavia, che la distinzione tra materiale giuridico e sistema giuridico non è equivalente alla distinzione tra insieme di formulazioni non interpretate e insieme di formulazioni già interpretate (norme). Prova ne sia che quest’ultimo, ossia un insieme di norme, può ancora essere concepito come un sistema oppure no. È vero che la nozione di sistema implica quella di insieme di norme, ossia di formulazioni con un significato; ma non è vero che l’idea di insieme di norme implichi quella di sistema. Egualmente, il materiale giuridico non deve necessariamente concepirsi come un insieme di formulazioni non interpretate. Con maggior precisione, si dovrebbe dire che il materiale giuridico è un insieme di formulazioni, indipendenti da una specifica interpretazione. In questo senso, il materiale giuridico è costituito da norme (formulazioni con significato), che non costituiscono però un sistema.

<sup>23</sup> LL, p. 339.

<sup>24</sup> NS, p. 135.

<sup>25</sup> Rendere il sistema completo per qualunque UC e qualunque UA e preservare la coerenza, sono le due condizioni di adeguamento cui devono adempiere le regole che chiudono il sistema. Cfr. NS, p. 135.