

ANALISI E DIRITTO 2011

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

Indice

	<i>pag.</i>
Saggi	
<i>Esiste il neocostituzionalismo?</i> , di Mauro Barberis	11
<i>La estructura del conflicto entre autoridad y autonomía</i> , di Juan F. Iosa	31
<i>El mito de Bulyrrón</i> , di Daniel Mendonca	59
<i>Contro l'argomento dell'oscurità potenziale</i> , di Giovanni Tuzet	65
 A proposito di lacune	
<i>Le sentenze additive della Corte costituzionale: una proposta di analisi</i> , di Filippo Cottone	79
<i>La questione della completezza del diritto: tre tesi ragionevoli</i> , di Enrico Diciotti	93
 Un debate sobre “norma jurídica” y “sistema jurídico”	
<i>Las definiciones de “norma jurídica” y “sistema jurídico”. Un debate abierto</i> , di Jorge Luis Rodríguez	119
<i>La definición del concepto de norma jurídica por referencia al sistema de pertenencia. Objeciones a partir del problema de las definiciones impredicativas en Russell y Gödel</i> , di Gerardo Caffera y Andrés Mariño	123
<i>El puzle de la determinación de lo jurídico</i> , di Giovanni Battista Ratti	129
<i>Una dificultad en la definición de “sistema jurídico”. Comentario a El puzle de la determinación de lo jurídico de Giovanni Battista Ratti</i> , di Jorge Luis Rodríguez	143

Un debate sobre el imperio de la ley. En torno a *El imperio de la ley. Una visión actual*, de Francisco Laporta

<i>Normas sociales y expectativas bajo el imperio de la ley</i> , di Federico José Arena	163
<i>Reglas derrotables en El imperio de la ley</i> , di Diego Dei Vecchi	171
<i>El concepto de autonomía personal en Francisco J. Laporta. Consecuencias de sus presupuestos antropológicos</i> , di Rodolfo Agustín Inaudi	181
<i>El laportiano imperio de la ley</i> , di Andrej Kristan	189
<i>Mundos sin reglas, pluralismo de valores e imperio de la ley. Acerca de El imperio de la ley</i> , di Pau Luque	199
<i>A proposito della globalizzazione</i> , di Jérémy Mercier	205
<i>El imperio de la ley de Laporta: un wishful thinking</i> , di Diego Moreno Cruz	215
<i>La interpretación en El imperio de la ley</i> , di Álvaro Núñez Vaquero	237
<i>Autonomia e interpretazione: l'ideale di Francisco Laporta</i> , di Alessio Sardo	247

Due studi sulle regole tecniche

<i>La fin troppo lunga vita felice del dovere tecnico</i> , di Claudio Luzzati	261
<i>Regolare e costituire. Sul carattere tecnico delle regole costitutive</i> , di Corrado Roversi	271

Esiste il neocostituzionalismo? *

Mauro Barberis **

This is the old Platonic riddle of nonbeing. Nonbeing must in some sense be, otherwise what is it that there is not?

(W. V. O. QUINE)

Sommario

“Neocostituzionalismo” è solo un’etichetta applicata a una famiglia di ben note teorie del diritto: un’etichetta usata, per ora, solo nella teoria “latina”. Ma, a differenza di quanto sostenuto recentemente da Riccardo Guastini, e d’accordo con quanto sostengo nel mio *Manuale di filosofia del diritto* (2011), il neocostituzionalismo esiste, proprio come giusnaturalismo, giuspositivismo o giusrealismo. In questo intervento discuto i tre temi tipici del neocostituzionalismo —connessione diritto-morale, distinzione regole/principi, bilanciamento o ponderazione— al fine di fornirne una teoria giuspositivista migliore. In particolare: viene riconosciuta una connessione contingente ma teoricamente essenziale fra diritto e morale; viene tracciata una distinzione quasi-dicotomica fra regole e principi giuridici; si fornisce una teoria positivista, realista e pluralista del bilanciamento.

Parole chiave: Neocostituzionalismo. Diritto e morale. Regole/principi. Bilanciamento. Pluralismo dei valori.

Abstract

To be sure, “Neoconstitutionalism” is a new name for a family of well known theories of law: a name till now used only in “Latin” theory of law. But, contrary to Riccardo Guastini recent criticism, and in compliance with a larger treatment of such a stance in my still more recent book *Manuale di filosofia del diritto* (2011), neoconstitutionalism does exist —just as well as natural law, legal positivism and legal realism do—. In this contribution, in fact, three central topics of

* Relazione tenuta presso l’Università di Girona, prodotto di ricerche condotte con Fondi Prin 2008. Si ringraziano per le osservazioni a una prima versione del paper Pietro Faraguna, Nicola Muffato, Alessio Sardo, e tutti i partecipanti al seminario di Girona.

** Ordinario di Filosofia del diritto presso l’Università di Trieste, barberis@units.it.

neoconstitutionalism are discussed —connection law-morals, distinction rules/principles and balancing or ponderation— in order to provide a better positivist theory of them. Here, in particular, a contingent but theoretically essential connection between law and morals is recognized; a quasi-hard distinction between legal rules and legal principles is admitted; a positivist, realist and value-pluralist theory of balancing is provided.

Keywords: Neoconstitutionalism. Law and morals. Rules/principles. Balancing. Value pluralism.

1. Premessa

Dopo il gran parlare che se ne è fatto, in Italia, Spagna e America latina, era inevitabile che accadesse: qualcuno, prima o poi, doveva chiedersi se il neocostituzionalismo *esista*. Ad assumersi questo compito, in un lavoro recente, è stato il mio maestro e amico Riccardo Guastini; per lui, “neocostituzionalismo” non indicherebbe «una qualche tesi propriamente teorica riconoscibile e suscettibile di discussione», ma «un coacervo [...] di atteggiamenti assiologici e di tesi normative»¹. Per la verità, nello stesso lavoro Riccardo individua due o tre tesi teoriche del neocostituzionalismo, e le critica lungamente: la connessione fra diritto e morale, la differenza fra principi e regole, l’applicazione dei principi per ponderazione e delle regole per sussunzione.

Come corresponsabile dell’invenzione del concetto, insieme con Susanna Pozzolo e Paolo Comanducci², dovrei cercare di difenderlo; ma sono tentato di abbandonarlo per due ragioni. Intanto, avevamo inventato il neocostituzionalismo per criticarlo; è un po’ paradossale che oggi un numero crescente di studiosi “latini” si schierino sotto questa dubbia etichetta, quasi ignota altrove³. Ma poi,

¹ Così R. Guastini, *A proposito di neo-costituzionalismo*, in “Teoria politica”, 1, 2011, che cita adesivamente considerazioni di Francisco Laporta tratte da M. Atienza, F. Laporta, *Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta*, in “Isonomía”, 31, 2009, pp. 209-223. Un manifesto del neocostituzionalismo che conferma molte impressioni di Guastini, è M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, in “Isonomía”, 27, 2007, pp. 7-28; testo da cui inizia una lunga discussione fra Atienza e Pierluigi Chiassoni, ora pubblicata come *Debate sobre el positivismo jurídico*, in “Análisi e diritto”, 2010, pp. 285-331.

² Cfr. S. Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, in “Doxa”, 21, 1998, pp. 339-353, per il conio del vocabolo; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica* (2003), Torino, Giappichelli, 2008, pp. 29-37, per una prima definizione; P. Comanducci, *Constitución y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, specie p. 74, n. 2, per una prima problematizzazione.

³ “Neoconstitucionalismo” è usato soprattutto in Italia e America latina; in Spagna si parla di costituzionalismo, confondendo una teoria del diritto odierna con una tradizione filosofico-politica antichissima. Nel mondo di lingua inglese, a partire dagli anni Novanta, si parla di *new constitutionalism* a proposito degli ultimi sviluppi del costituzionalismo globale, e in particolare del ruolo crescente affidato alle corti: cfr. A. Stone Sweet, J. Matthews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in “Columbia Journal of Transnational Law”, 47, 2008, p. 85, n. 27, e R. Hirschl, *The New*

e soprattutto, i dubbi di Guastini sono fondati; in particolare, se “neocostituzionalismo” continuasse a definirsi come l’ho definito io stesso sinora, potrebbe davvero trattarsi di concetto vuoto, di teoria mai sostenuta da alcun autore in carne e ossa o, peggio ancora, di concetto mal formato, che si contraddice sin dalla sua definizione.

Nelle sezioni centrali di questo lavoro vorrei affrontare tre problemi implicitamente o esplicitamente sollevati dalla provocazione di Guastini. Un problema metodologico, prima: cosa autorizza a parlare di diverse tesi sostenute da autori differenti sotto varie etichette in termini di una (nuova) teoria del diritto? Un problema meta-teorico, poi: ammesso che il neocostituzionalismo dopotutto esista, come conviene definirlo e ricostruirlo? Problemi teorici, infine: il neocostituzionalismo rappresenta un’alternativa teorica plausibile al positivismo giuridico? Per togliere ogni suspense alla cosa, anticipo le mie conclusioni; non solo il neocostituzionalismo esiste, ma giuspositivisti come Guastini dovrebbero prenderlo molto sul serio: come del resto già fanno, senza ammetterlo.

2. Metodologia: il neocostituzionalismo, dopotutto, esiste

La *prima* questione, metodologica, suona così: cosa autorizza a parlare di un insieme di tesi diverse, sostenute nell’ultimo mezzo secolo sotto nomi differenti —“Tesi dei diritti”, “Teoria del diritto come integrità o come interpretazione”, “non positivismo”, “costituzionalismo”, “post-positivismo”, “giuspositivismo inclusivo”, e simili— come di una nuova teoria del diritto? Non bisognerebbe astenersi da queste equivoche etichette, e parlare solo di singole tesi, sostenute da autori in carne e ossa: quali, nel nostro caso, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Neil MacCormick, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Manuel Atienza, José Juan Moreso, Alfonso García Figueroa, e molti altri? Poi —se proprio non si può fare a meno delle etichette— è almeno possibile definirle, e se sì ricorrendo a quale tipo di definizione? Infine, e soprattutto: che definizione dare di “neocostituzionalismo”?

1. Anzitutto, forse bisognerebbe astenersi completamente dall’usare espressioni del tipo di “neocostituzionalismo”: quali “giuspositivismo”, “oggettivismo etico”, “pluralismo dei valori”, e simili. Come nota Joseph Raz, infatti, queste sono solo etichette: quando si discute, sarebbe meglio parlare di tesi sostenute da autori in carne e ossa⁴. Lo stesso Raz applica il consiglio alla lettera: discutendo solo autori che conosce personalmente, o che incontra quotidianamente a Oxford, e ai quali, in caso di necessità, può sempre chiedere come la pensino davvero. D’altro lato, trasferirsi a Oxford solo per discutere le tesi di autori in carne

Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide, in “Fordham Law Review”, 75, 2006, pp. 721-754.

⁴ Cfr. J. Raz, *The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism*, G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, p. 35.

e ossa sarebbe costoso; di molti teorici del diritto oxoniensi, oltretutto, restano a malapena le ossa. Ma soprattutto astenersi dalle etichette è davvero difficile; sul piano (meta-)teorico, poi, è praticamente impossibile.

L'autore che lo ha mostrato meglio di tutti è lo stesso maestro di Raz, Herbert Hart; questi ha fatto largo uso delle etichette, imponendole a due discussioni teoriche tuttora in corso: sui rapporti diritto-morale, e sull'interpretazione. La questione dei rapporti fra diritto e morale è stata affrontata da Hart appunto distinguendo fra giusnaturalismo, identificato con la Tesi della connessione necessaria, e giuspositivismo, identificato con la Tesi della separabilità fra diritto e morale. Il problema dell'interpretazione, analogamente, è stato da lui affrontato distinguendo fra formalismo (interpretativo) scetticismo (interpretativo) e teoria mista⁵. In entrambi i casi, Hart ha compiuto la stessa operazione: ha etichettato tesi di autori non solo diversi, ma spesso incomparabili, anche al fine di aprire una discussione internazionale che prima quasi non esisteva. Per farlo, Hart ha dovuto inventarsi etichette e tecniche definitorie che possono impiegarsi pure per il neocostituzionalismo (cfr. qui 2.2), e soprattutto ha fatto un ampio ricorso al principio di carità interpretativa: sforzandosi di attribuire un senso ragionevole anche a tesi che non condivideva.

Niente di rivoluzionario, per carità: nel caso di Hart, si trattava solo dell'estensione al dibattito internazionale di una regola non scritta della discussione oxoniense⁶. Anche a Genova, del resto, il principio di carità interpretativa è molto usato, per gli amici; agli avversari, invece, si riserva un approccio interpretativo e argomentativo per più versi opposto al precedente: la caccia alle ideologie. Certo, questa non viene più adottata né nell'originaria versione marxista, né in una delle sue tante versioni postmoderne; di solito, ci si accontenta di discutere le opinioni altrui nella loro interpretazione peggiore: cercando di mostrare che sono irragionevoli o insensate, e spesso riuscendoci⁷.

Di fatto, anche il neocostituzionalismo viene interpretato poco caritatevolmente da Guastini: e finisce fatalmente per apparire solo una ideologia. Senonché, sottoposta allo stesso trattamento, nessuna teoria del diritto si salva dal sospetto di ideologicità: certo non il giusnaturalismo, groviglio inestricabile di tesi normative, concettuali ed empiriche, ma neppure giuspositivismo e giusrealismo: le cui più impeccabili teorie conoscitive sono intrecciate anch'esse, inevitabilmente, con una folla di premesse e conseguenze normative. Se vogliamo

⁵ Entrambe le operazioni, come noto, sono compiute già in *Positivism and Separation of Law and Morality* (1958), e poi in *The Concept of Law* (1961): in modo forse storiograficamente discutibile, ma teoricamente fruttuoso.

⁶ Come mostra efficacemente M. Ricciardi, *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa, Ets, 2008: di cui peraltro non condivido la reinterpretazione giusnaturalista di Hart.

⁷ Cfr. già M. Barberis, *Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1987, 2, pp. 317-355 e —per un'interpretazione più caritatevole della stessa caccia alle ideologie— B. Celano, *Ragione pubblica e ideologia*, in I. Trujillo, F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 355-388. Sulla Scuola di Genova, invece, è ormai gioco-forza rinviare a J. Ferrer Beltrán, G. B. Ratti (comps.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

prendere sul serio tutte queste teorie, allora, forse non resta che interpretarle in modo più caritatevole, à la Hart: persino nel caso del neocostituzionalismo, ultimo pulcino di questa augusta nidia.

2. Ammesso che sia lecito, opportuno e forse addirittura inevitabile usare etichette, comunque, occorre poi definirle rigorosamente: sintetizzando in formule rappresentative teorie molto più articolate. Nel caso del neocostituzionalismo, in particolare, occorre definirlo e ricostruirlo come una teoria al tempo plausibile e criticabile: perché se si trattasse solo di una teoria incoerente sin dalla definizione davvero non varrebbe la pena prenderlo sul serio. Qui sorgono almeno quattro problemi: primo, rimediare all'ambiguità teoria/oggetto della teoria, che affligge di solito le etichette in “-ismo”; secondo, cercare una tecnica definitoria che convenga ai nomi di teorie; terzo, evitare la particolare forma di vaghezza comune a tutti i nomi di teorie; quarto, applicare tutti questi strumenti alla ridefinizione di “neocostituzionalismo”.

Rinviando al prossimo punto la soluzione del quarto problema, cominciamo ad affrontare i primi tre. Prima, occorre rimediare all'ambiguità teoria/oggetto della teoria⁸; “neocostituzionalismo”, come suggerisce anche il prefisso “neo”, non pretende di indicare tutto l'insieme di pratiche e di dottrine significate da termini come “costituzionalismo”, ma anche “liberalismo” e “pluralismo”. “Neocostituzionalismo”, almeno per come lo si usa a Genova, pretende solo di indicare la *third theory of law* —terza fra giusnaturalismo e giuspositivismo, ovviamente, com'è stata chiamata da John Mackie⁹— sostenuta negli ultimi cinquant'anni da Dworkin e dai suoi epigoni a proposito del diritto *costituzionalizzato*: il diritto tipico dello Stato costituzionale di diritto, o Stato costituzionale (ted. *Verfassungsstaat*) senz'altra qualificazione¹⁰.

Poi, occorre cercare una tecnica definitoria che convenga ai nomi di teorie: anche se qui la scelta è pressoché obbligata. Se si vuole identificare il neocostituzionalismo distinguendolo dalle altre teorie del diritto, infatti, ci sono poche alternative alla tecnica definitoria scelta da Hart per “giusnaturalismo” e “giuspositivismo”; si tratta cioè di individuare una serie di tesi caratteristiche del neocostituzionalismo, e tali da distinguere chi lo sostiene da chi sostiene le tradizionali tesi giusnaturaliste e giuspositiviste. Vedremo al prossimo punto quali possano essere le tesi caratteristiche del neocostituzionalismo; qui occorre almeno menzionare un terzo problema notoriamente sollevato da questa stessa tecnica definitoria.

⁸ Cfr. P. Comanducci, *Forme di neocostituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in T. Mazza (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 71; si noti che mentre “costituzionalismo” e “neocostituzionalismo” sono spesso usati in entrambi i sensi, “new constitutionalism” (cfr. *supra*, n. 3) è usato soprattutto nel senso dell'oggetto della teoria.

⁹ Cfr. J. Mackie, *The Third Theory of Law*, in “Philosophy & Public Affairs”, 1977, pp. 3-16.

¹⁰ Sulla nozione di costituzionalizzazione, cfr. almeno D. Dyzenhaus (ed.), *The Unity of Public Law*, London-Portland (Or.), Hart, 2004, e soprattutto R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 195-223.