

Analisi e diritto

1/2019

riviste.edizioniets.com/aed

Direzione esecutiva

Paolo Comanducci
Riccardo Guastini

Redazione

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)
Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rábanos,
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, Bruno Celano, 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 Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,
Tecla Mazzarese, 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 Puppo, 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

1/2019



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

Università degli Studi di Milano

Université Paris Nanterre

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 2018

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messagerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675583-4

ISSN 1126-5779

Indice

Riconoscimento e autorizzazione

- R. Guastini
Riconoscimento (Recognition) 9
- S.L. Paulson
Empowerment: *Hans Kelsen e la teoria radicale delle norme giuridiche*
(Empowerment: Hans Kelsen and the Radical Theory of Legal Norms) 21

Justificación jurídica, permisos y discreción judicial

- J.L. Rodríguez
Dos observaciones sobre la justificación jurídica
(Two Remarks on Legal Justification) 69
- P.E. Navarro
Tipos de permisos y discreción judicial. Un análisis de la controversia entre Bulygin y Ruiz Manero (Varieties of Permission and Judicial Discretion. An Analysis of the Bulygin-Ruiz Manero Debate) 89

Saggi

- G. Maniaci
Contra Raz su autorità, autonomia e razionalità
(Against Raz on Authority, Autonomy, and Rationality) 115
- M. Ubertone
La deferenza semantica nel processo (The Semantic Deference in Trial) 139
- P. Chiassoni
La bilancia inesistente (The Nonexistent Scale) 165

Riconoscimento e autorizzazione

Sommario

(1) La regola di riconoscimento (RR) è un criterio concettuale per identificare le regole di un determinato sistema giuridico. Non è una regola che imponga doveri. Non è né la costituzione del sistema giuridico di cui si tratta, né l'insieme delle sue "regole di cambiamento". Soprattutto, non è una regola giuridica appartenente al sistema – essa appartiene piuttosto al discorso metagiuridico di quanti desiderano identificare un sistema giuridico. (2) La RR delle fonti del diritto (leggi, costituzione, e così via) deve essere distinta dalla RR delle norme, intese come il contenuto di significato delle fonti, la quale deve prendere in considerazione le pratiche interpretative dei giudici e dei giuristi. Per quanto riguarda la RR delle norme, è necessaria una ulteriore distinzione tra: RR delle norme valide, RR delle norme esistenti, e RR delle norme in vigore. Ciascuna di tali regole incorpora criteri diversi. (3) Si possono distinguere due tipi di "enunciati di riconoscimento": (i) "La norma N è valida (esistente, in vigore)", (ii) "Se questi, come definiti dalla RR, sono i criteri di riconoscimento, allora la norma N è valida (esistente, in vigore)". L'enunciato (i) usa la RR e, in questo senso, è un enunciato "interno", ma non implica alcun tipo di accettazione assiologica, essendo la RR una definizione, non una norma di condotta. L'enunciato (ii), a sua volta, è un enunciato "esterno", che non usa, ma solo menziona, la RR. In entrambi i casi, non vi è alcuna connessione tra gli enunciati di riconoscimento e l'accettazione morale o politica (la forza vincolante) del sistema giuridico.

Parole chiave: Regola di riconoscimento. Riconoscimento delle fonti. Riconoscimento delle norme. Enunciati di riconoscimento.

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

Abstract

(1) The rule of recognition (RR) is a conceptual criterion for identifying the rules of a definite legal system. It is not a duty-imposing rule. It is neither the constitution of the legal system at hand nor the set of its rules of change. Most of all, it is not a legal rule belonging to the system – rather it belongs to the meta-legal language of those who aim to identify a legal system. (2) The RR of legal sources (statutes, the constitution, and so forth) is to be distinguished from the RR of legal norms, understood as the meaning contents of legal sources, that has to take into account the interpretive practices of judges and legal scholars. As to the RR of norms, a further distinction is in order: the RR of valid norms, the RR of existing norms, and the RR of the norms in force. Each of such rules incorporates different criteria. (3) Two “statements of recognition” can be distinguished: (i) “The norm N is valid (existing, in force)”, (ii) “If these, as defined by the RR, are the criteria of recognition, then the norm N is valid (existing, in force)”. The sentence (i) uses the RR and, in this sense, is “internal”, but does not entail any kind of axiological acceptance, the RR being a definition, not a norm of behaviour. The sentence (ii), in turn, does not use, but only mentions the RR. In both cases, there is no connection between the recognition statements and the moral or political acceptance (the binding force) of the legal system.

Keywords: Rule of recognition. Recognition of sources. Recognition of norms. Recognition sentences.

1. Che cosa è

Per identificare le norme che compongono un determinato ordinamento giuridico (quello italiano, quello francese, quello internazionale...), e quindi identificare indirettamente l'ordinamento stesso, occorre un criterio di identificazione. Nel gergo teorico instaurato da Hart, si usa ormai chiamare tale criterio: “regola di riconoscimento” (RR)¹.

¹ Nei giorni 7 e 8 giugno 2018, si è tenuto a Genova, presso l'Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, un convegno su “Convencionalismo jurídico e interpretación del derecho”, cui hanno partecipato in qualità di relatori Josep María Vilajosana, Alberto Carrio, e Sebastián Figueroa. Vilajosana, in particolare, ha presentato un paper dal titolo “Guastini y el realismo de la regla de reconocimiento”. La lettura del paper e la discussione con Josep María mi hanno suggerito le riflessioni che seguono. Ringrazio Giovanni B. Ratti e Pablo A. Rapetti, che hanno letto una prima versione del lavoro: le loro osservazioni mi hanno aiutato a migliorarlo.

Nella vasta letteratura in argomento non posso non menzionare almeno: Hart 1961; Bobbio 1970; Raz 1979; Bobbio 1975; Bulygin 1976; Hacker 1977; MacCormick 1978; Ruiz Manero 1990; la sezione

La RR, come suggerisce il nome, è dunque un criterio concettuale per “riconoscere” – cioè appunto identificare estensionalmente – un ordinamento giuridico determinato².

Un criterio di identificazione è null’altro che una definizione: una definizione informativa, che ricostruisce le pratiche (concettuali) di identificazione proprie dei giudici e giuristi dell’ordinamento in questione.

Si può anche dire, se si vuole, che la RR sia una regola costitutiva³ (nel senso di Searle⁴). Ma le regole costitutive sono enunciati né descrittivi né prescrittivi: sono per l’appunto null’altro che (formulazioni peculiari di) definizioni.

Si usa dire, con Hart, che la RR sia oggetto di “accettazione” da parte degli operatori giuridici. È però opportuno chiarire a scanso di equivoci: primo, che l’accettazione e l’uso di una definizione sono cosa ben diversa dall’accettazione e dall’uso di una norma (di condotta); secondo, che l’accettazione del criterio di identificazione di un ordinamento è cosa ben diversa da (e non implica in alcun modo) l’accettazione dell’ordinamento identificato e/o della “forza vincolante” delle norme che lo compongono.

2. Che cosa non è

(i) La RR non è una (meta-)norma di condotta – una “duty-imposing rule”⁵ – che comanda ai giudici di applicare il diritto valido. Se l’ordinamento di cui si parla include una norma siffatta, essa deve essere identificata, e la RR è il criterio per identificarla.

Si prenda il caso, ad esempio, dell’ordinamento italiano. L’art. 101, c. 2, della costituzione dispone: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge». Questa disposizione, si può sostenere, ha un contenuto normativo alquanto complesso (soprattutto in virtù delle implicazioni dell’avverbio “soltanto”)⁶. Ma senza dubbio una delle norme da essa espresse – non è in discussione – è la norma secondo cui i giudici devono applicare “la legge”, locuzione che molti intendono come sinonimo di “di-

“Sobre la regla de reconocimiento” di *Doxa*, 9, 1991, con saggi di E. Bulygin, J. Ruiz Manero, e R. Caracciolo; Muffato 2010; Ratti 2012a; Ratti 2012b; Sucar 2013; Burazin-Ratti 2019.

² Bulygin 1976.

³ Così anche Vilajosana 2019.

⁴ Searle 1969. In altro senso si parla di “norme costitutive” nella letteratura italiana: vedi Carcaterra 1974; Carcaterra 1979. Guastini, 2008: 251 ss.

⁵ È questa l’opinione dominante nella letteratura anglosassone, a partire da Raz 1979: 93. La sostiene ancora di recente Lamond 2013, il quale scrive (p. 115): «the rule of recognition is a duty-imposing rule: it not only provides the criteria for the identification of the rules of the system but imposes a duty on officials to use those criteria in identifying the laws of the system». Della stessa opinione era anche Scarpelli 1965. Vedi al riguardo Guastini 1998.

⁶ Guastini 1994.

ritto oggettivo”. Nell’ordinamento italiano, l’obbligo di applicare “il diritto” deriva insomma da una norma positiva espressa di rango costituzionale.

Ma chi mai direbbe che l’art. 101, c. 2, cost. sia la RR, la regola ultima di riconoscimento, dell’ordinamento italiano?

E d’altra parte a qualunque giurista italiano suonerebbe molto strana la tesi che l’obbligo dei giudici di applicare il diritto discenda non da questa disposizione costituzionale, ma da una norma ulteriore, meta-costituzionale (la RR): sarebbe una “needless reduplication”, per dirla con Hart⁷, e non se ne vedrebbe proprio l’utilità⁸.

(ii) La RR non è una “norma fondamentale”.

Nel senso che, a differenza della *Grundnorm* di Kelsen, non è presupposta valida (essa è né valida, né invalida) e soprattutto non conferisce fondamento dinamico di validità (e obbligatorietà) all’intero ordinamento⁹. Fondare è altra cosa dal riconoscere.

Una norma qualsivoglia N trova il suo fondamento “dinamico” di validità in una norma di competenza, strutturalmente superiore, che conferisce ad un’autorità il potere di produrre N¹⁰. Ad esempio, il fondamento dinamico di validità delle leggi giace nelle norme costituzionali che conferiscono potere legislativo.

Il fondamento dinamico di validità di un intero ordinamento è, in ultima istanza, la sua (prima) costituzione¹¹.

(iii) La RR non è la (“prima”) costituzione di un ordinamento, sebbene Hart tenda ripetutamente a confondere le due cose¹². Ciò per almeno due ragioni.

⁷ Hart 1961: 293, dove però la «needless reduplication» è una critica alla norma fondamentale di Kelsen.

⁸ Del resto, si può sostenere che, nel pensiero giuridico moderno, l’obbligo di applicare il diritto sia implicito nel concetto stesso di “giudice”, assunto come concetto normativo (i giudici, per definizione, hanno l’obbligo di applicare il diritto).

⁹ A ben vedere, malgrado Kelsen, anche la *Grundnorm* è una norma né valida, né invalida. Se fosse invalida, non si potrebbe presupporla *valida*. Se fosse valida, non vi sarebbe necessità di *presupporla* valida.

¹⁰ Per il concetto di superiorità “strutturale”, vedi Guastini 2010, cap. XXIII. Altra cosa è il fondamento “statico” di una norma. Una prima norma N1 dà fondamento statico ad una seconda norma N2, allorché N2 è derivabile con strumenti logici (i.e. deduttivi) o argomentativi (i.e. non deduttivi) da N1.

¹¹ E, se non si confonde tra validità e obbligatorietà, nessun fondamento ulteriore è richiesto. Il problema che Kelsen pretende di risolvere con la norma fondamentale, a ben vedere, è un falso problema. Guastini 2013.

¹² Hart 1961: 293. «Enactment by the Queen in Parliament», dice Hart, è il criterio di validità, ossia la RR, del Regno Unito. Senonché «Enactment by the Queen in Parliament» è piuttosto una norma sulla produzione giuridica, ed è, per così dire, il nocciolo stesso della costituzione del Regno Unito. Una costituzione in senso “materiale” (in uno dei significati di questa espressione: quello stipulato da Kelsen) consiste per l’appunto in un insieme di norme sulla produzione giuridica o sulle fonti. Ne segue che identificare la RR con le regole di mutamento equivale a confondere la RR con la costitu-

In primo luogo, perché la RR, a differenza della costituzione, non appartiene all'ordinamento: come ora diremo, la RR è non già una norma giuridica, ma un criterio meta-giuridico di identificazione del diritto.

In secondo luogo, perché anche la costituzione deve essere "riconosciuta". La costituzione è non la RR stessa, ma uno dei suoi oggetti, una delle cose da "riconoscere"¹³.

(iv) La RR non è, dunque, neppure l'insieme delle "regole di mutamento" – come le chiama Hart – ossia delle norme sulla produzione giuridica: la "costituzione in senso materiale" dell'ordinamento, direbbe Kelsen. È piuttosto il criterio per identificarle¹⁴.

Al tempo stesso, la RR, identificate le norme sulla produzione giuridica originarie o indipendenti, fa riferimento ad esse per identificare poi le norme derivate o dipendenti¹⁵.

(v) La RR non è una regola giuridica.

Se il suo oggetto è l'identificazione del diritto, allora la RR è necessariamente, per ovvie ragioni logiche, meta-giuridica: si colloca ad un livello di linguaggio superiore rispetto al diritto, che costituisce il suo linguaggio-oggetto¹⁶.

In altre parole, la RR non appartiene all'ordinamento giuridico cui si riferisce. Appartiene invece al discorso meta-giuridico di quanti pretendono di identificare le norme dell'ordinamento in questione.

È ovvio che la RR non sia né valida, né invalida, come ben dice Hart. Ma la ra-

zione. Scriveva Hart già nel 1954, introducendo l'edizione da lui curata di *The Province of Jurisprudence Determined* di Austin: «affermare che un sistema giuridico esiste implica [...] che vi sia una generale accettazione di una regola costituzionale, semplice o complessa, che definisca il modo in cui le regole ordinarie del sistema devono essere identificate». Sebbene qui Hart non usi ancora l'espressione "regola di riconoscimento", la confusione tra RR e costituzione risulta evidente (Hart 1954).

¹³ In Kelsen non vi è alcuna possibile confusione tra norma fondamentale e costituzione: la *Grundnorm* è una norma meta-costituzionale, che si presuppone valida per conferire validità (giuridica esistenza e forza vincolante) alla costituzione e, da lì, all'intero ordinamento.

¹⁴ In Hart, la relazione tra RR e regole di mutamento è a dir poco oscura. Insisto: "Enactment by the Queen in Parliament" non è una RR. È invece una "power conferring rule", una "rule of change" (originaria).

¹⁵ Anche Bobbio, non diversamente da Hart, non ha idee molto chiare sulla RR. Nel 1968 ("Norme primarie e norme secondarie") la caratterizza come «un criterio [...] che permetta di stabilire quali siano le norme appartenenti al sistema»: un criterio siffatto fa riferimento alle norme sulla produzione giuridica (appartengono all'ordinamento le norme prodotte così-e-così), ma non coincide con esse (si colloca ad un livello di linguaggio superiore). Nel 1975 ("Per un lessico di teoria generale del diritto"), per contro, identifica senz'altro norme sulla produzione e RR, giacché «considerate in tutta la loro estensione, le norme sulla produzione giuridica offrono i criteri necessari e sufficienti per "riconoscere" quali siano le norme valide del sistema». Vedi al riguardo i commenti critici di Ruiz Manero 2010.

¹⁶ Caracciolo 1991: 298.

gione di ciò non è che la RR – come la “norma fondamentale” di Kelsen – stabilisca i criteri di validità delle norme dell’ordinamento: tali criteri risiedono in norme o meta-norme dell’ordinamento stesso, non nella RR che le identifica. La RR non è né valida né invalida per la semplice ragione che non è una norma giuridica affatto. Può solo essere una sorta di definizione “vigente”, analoga alle definizioni lessicali che si leggono nel dizionario di una lingua, ricostruzioni del linguaggio in uso.

3. Pluralità di RR

A ben vedere, l’espressione “identificazione di un ordinamento” può riferirsi a due cose diverse, a seconda di quel che si intende per “ordinamento”¹⁷.

In un primo senso (ingenuo, se si vuole), un ordinamento è banalmente un insieme di testi normativi, un insieme di disposizioni: enunciati in lingua provvisti di significato normativo (per semplificare il discorso, tralascio la consuetudine)¹⁸.

In un secondo senso (un po’ più sofisticato), un ordinamento è un insieme di norme, intese come i significati ascritti a tali testi normativi dagli operatori giuridici *via* interpretazione.

Ebbene, una cosa è identificare i testi normativi, ossia le fonti di un ordinamento – la costituzione, le leggi, e quant’altro – prescindendo dalle pratiche interpretative; altra cosa è identificare il loro contenuto normativo, che, al contrario, presuppone la conoscenza delle pratiche interpretative degli operatori giuridici¹⁹. Occorrono pertanto due distinte RR: la RR delle fonti, e la RR delle norme.

(1) La RR delle fonti è abbastanza semplice.

Grosso modo: l’ordinamento giuridico include: (i) la sua prima costituzione storica (che si suppone più o meno effettiva), sia essa scritta o consuetudinaria, nonché (ii) i documenti normativi emanati (e non abrogati o annullati) da un’autorità normativa creata dalla costituzione²⁰.

La RR delle fonti, per un verso, identifica la fonte originaria, ossia la costituzione in senso materiale, e, per un altro verso, fa riferimento alle norme sulla produzione giuridica originarie per identificare le fonti dinamicamente derivate²¹.

(2) La RR delle norme è più complessa perché può riferirsi, secondo i casi, alle

¹⁷ Guastini 2014: 219 ss.

¹⁸ Questo concetto *folk* di ordinamento è corrente nel linguaggio comune, ma è ben presente anche nel pensiero giuridico, specie là dove non si distingue tra disposizioni e norme, tra testi e significati.

¹⁹ Ratti 2012a, 2012b.

²⁰ Cfr. Bulygin 1991. Per semplicità faccio astrazione dalla consuetudine.

²¹ Per la distinzione tra norme originarie (o indipendenti) e norme derivate (o dipendenti), si deve fare riferimento a von Wright 1963 e a Caracciolo 1988. Per la distinzione tra derivazione dinamica e derivazione statica, vedi anche Guastini 2014: 262 ss.

norme valide, alle norme esistenti, o alle norme vigenti (*in force*, nel senso di Ross²²). Nei tre casi, trattandosi di identificare norme, ossia significati, la RR non può non fare riferimento alle pratiche interpretative – più precisamente, alle “interpretazioni-prodotto”, direbbe Tarello²³ – dei giudici e giuristi dell’ordinamento in questione.

La distinzione tra validità ed esistenza o appartenenza – solitamente confuse in letteratura (con la lodevole eccezione di Ferrajoli²⁴) – è resa necessaria dalla circostanza che appartengono all’ordinamento (“esistono” in esso) non solo le norme valide, ma anche: (a) norme né valide né invalide, i.e. le norme originarie o supreme (la “prima” costituzione); (b) norme invalide la cui invalidità non sia stata tuttavia ancora dichiarata dall’organo competente²⁵.

La distinzione tra validità, esistenza, e vigenza è resa necessaria dalla circostanza che non tutte le norme valide e/o esistenti sono altresì vigenti, ossia soggette a prevedibile applicazione futura da parte degli organi dell’applicazione²⁶.

Si possono dunque immaginare tre diverse RR delle norme²⁷.

(i) La RR delle norme valide nell’ordinamento incorpora i criteri di validità dell’ordinamento di cui si tratta.

Grosso modo: una norma è valida se (a) è stata prodotta in conformità alle norme sulla produzione giuridica²⁸ (validità formale) e (b) non è incompatibile con norme materialmente superiori nella gerarchia materiale delle fonti (validità materiale)²⁹.

La RR delle norme valide fa dunque rinvio (mobile), per un verso, alle norme sulla produzione giuridica (originarie e derivate) e, per un altro verso, alla gerarchia delle fonti dell’ordinamento di cui si tratta e dunque alle norme positive che tale gerarchia istituiscono (ad esempio, le norme che rendono rigida la costituzione, quelle che subordinano i regolamenti alle leggi).

(ii) La RR delle norme esistenti nell’ordinamento incorpora i criteri di appartenenza (*membership*) all’ordinamento.

²² Ross 1958.

²³ Tarello 1980: 39 ss.

²⁴ Ferrajoli 1989, 2007. Ferrajoli chiama “vigenti” le norme che io qui chiamo “esistenti”.

²⁵ Guastini 2010, cap. XXIV.

²⁶ Ove se ne diano le condizioni di applicazione, s’intende: non è prevedibile che sia applicata una norma in materia di dinosauri, anche se valida e comunemente accettata. Come ha chiarito Bulygin 2015: 37 ss., a rigor di termini, per “vigenza” deve intendersi non tanto la prevedibile applicazione di una norma, quanto la sua proprietà disposizionale ad essere applicata.

²⁷ In altro senso parlano di pluralità di “norme fondamentali” Scarpelli 1982 e Jori 1976. A loro avviso, la norma fondamentale (o la RR) – presupposto della “descrizione interna” del diritto – è oggetto non di accertamento empirico, ma di scelta politica, funzionale non, o non tanto, alla conoscenza neutrale del diritto vigente, quanto piuttosto ad una (l’una o l’altra) politica del diritto.

²⁸ Ossia le norme che determinano (a) quali soggetti (b) con quali procedimenti possano produrre nuovo diritto.

²⁹ Per il concetto di superiorità “materiale”, vedi Guastini 2010, cap. XXIII.

Grosso modo: una norma si considera esistente quando sia stata emanata o dal potere costituente, o da un potere costituito *prima facie* competente secondo un procedimento *prima facie* corretto.

Dunque anche la RR delle norme esistenti fa riferimento alle norme sulla produzione giuridica dell'ordinamento in questione. Soprattutto la RR delle norme esistenti incorpora (a) il principio di effettività, e (b) il principio di presunzione di validità delle norme dinamicamente derivate.

Il principio di effettività, che è il criterio di esistenza della costituzione (della norma originaria), è una norma positiva (consuetudinaria) del diritto internazionale generale.

Il principio di presunzione (*juris tantum*) di validità delle norme derivate ("poste" da un'autorità *prima facie* competente) è un principio implicito in molti ordinamenti: concretamente, in tutti quegli ordinamenti nei quali i controlli (per lo più giurisdizionali) sulla validità delle norme si esercitano *a posteriori*, sicché è del tutto possibile che una norma invalida faccia il suo ingresso nell'ordinamento, e sia anche per lungo tempo applicata, fino a che la sua invalidità non sia costitutivamente dichiarata dall'organo competente³⁰.

(iii) La RR delle norme vigenti, infine, incorpora il criterio della "interpretazione vigente" (così la chiama Ross) o dominante³¹.

Sono infatti soggette a prevedibile applicazione futura quelle norme che, in un momento dato, sono il frutto di interpretazione consolidata, comunemente accettata nella cultura giuridica esistente³². Come è ovvio, è specialmente rilevante l'interpretazione offerta dagli organi competenti a decidere "autenticamente"³³, in ultima istanza, il significato dei documenti normativi (giudici supremi, giudici costituzionali, supremi organi costituzionali)³⁴.

4. Enunciati di riconoscimento

Per "enunciato di riconoscimento" intendo un enunciato che costituisce conclusione di un ragionamento, tra le cui premesse figura la RR (l'una o l'altra delle RR di cui si diceva nel punto precedente). Tralasciando il riconoscimento delle fonti, e circoscrivendo il discorso alla identificazione delle norme, si possono distinguere almeno due tipi di enunciati di riconoscimento.

³⁰ Solo *ex post*, beninteso, potremo dire, dal punto di vista "esterno", che fino ad allora una norma invalida era appartenuta all'ordinamento. Cfr. Troper 2014.

³¹ Ross 1958, cap. IV.

³² *Grosso modo*, ciò che nella letteratura italiana si usa chiamare "diritto vivente". Vedi per tutti Pugiotto 1994.

³³ Nel senso di Kelsen, ovviamente.

³⁴ Troper 2001: cap. V.

Enunciati del tipo:

(i) “La norma N è valida (o esistente, o vigente)”.

Enunciati del tipo:

(ii) “Se questi (come definiti dalla RR) sono i criteri di validità (o esistenza, o vigenza) dell’ordinamento, allora la norma N è valida (o esistente, o vigente)”.

Orbene, l’enunciato (i) fa uso della RR, e in questo senso è un enunciato “interno”, che suppone “accettazione” della RR. Ma si noti che, poiché la RR è una definizione (non una norma di condotta), l’accettazione in questione non ha nulla di assiologico (morale, o politico): è puramente teorica, epistemica³⁵. La validità, dal canto suo, come chiarito a suo tempo da Ross, non è, né implica, forza vincolante³⁶, la quale dipende invece da un’accettazione assiologica³⁷.

L’enunciato (ii), dal canto suo, è un enunciato “esterno” – non usa, ma solo menziona la RR – che non suppone alcun tipo di “accettazione”, giacché un condizionale non afferma né l’antecedente, né il conseguente, ma solo il nesso di implicazione tra quello e questo³⁸.

La RR, a differenza della norma fondamentale di Kelsen, non conferisce obbligatorietà, forza vincolante, all’ordinamento o alle sue norme. Gli enunciati meta-giuridici di riconoscimento non hanno alcuna relazione con l’accettazione assiologica dell’ordinamento di cui si tratta, alcuna relazione con il “punto di vista interno” come inteso da Hart (il punto di vista di chi avanza pretese, approva o critica il comportamento altrui, etc.). Sono proposizioni normative³⁹.

Bibliografia

- Bobbio, N. (1970). *Norme primarie e norme secondarie*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- Bobbio, N. (1975). *Per un lessico di teoria generale del diritto*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova.
- Bulygin, E. (1976). *Sobre la regla de reconocimiento*, in *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires.
- Bulygin, E. (1991). *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, in «Doxa», 9, 1991, 257 ss.

³⁵ E proprio per questa ragione, dopo tutto, il vocabolo “accettazione” non suona appropriato.

³⁶ Ross 1998, 147 ss.

³⁷ L’accettazione assiologica è costitutiva della forza vincolante: Ross 1968: 61.

³⁸ Suggestisce che proprio questa sia la forma logica dei giudizi di validità Conte 1966: 67 ss.

³⁹ von Wright 1963: 106; Bulygin 2015b. Vedi anche Ross 1990: 315 ss.

- Bulygin, E. (2015a). *The Concept of Efficacy* (1965), in Id., *Essays in Legal Philosophy*, ed. by S.L. Paulson et al., Oxford, Oxford University Press.
- Bulygin, E. (2015b). *Norms, Normative Propositions and Legal Statements* (1982), in Id., *Essays in Legal Philosophy*, cit.
- Burazin, L., Ratti, G.B. (2019). *Rule(s) of Recognition and Canons of Interpretation*, in P. Chiassoni, B. Spaić (eds.), *Judges and Judicial Interpretation in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Dordrecht, Kluwer.
- Caracciolo, R. (1991). *Sistema jurídico y regla de reconocimiento*, «Doxa», 9.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Carcattera, G. (1974). *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè (rist. Torino, Giappichelli, 2014).
- Carcattera, G. (1979). *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni.
- Conte, A.G. (1966). *Intervento*, in *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Quaderni della rivista *Il politico*, Milano, Giuffrè.
- Hacker, P.M.S. (1977). *Hart's Philosophy of Law*, in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon, Oxford.
- Hart, H.L.A. (1954). *Introduction*, in J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Weidenfeld & Nicolson.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon.
- Ferrajoli, L., (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Guastini, R. (2008). *Normativismo magico*, «Analisi e diritto».
- Guastini, R. (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, II ed.
- Guastini, R. (2013). *The Basic Norm Revisited*, in L. Duarte d'Almeida, J. Gardner, L. Green (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart Publishing.
- Guastini, R. (1998). *Conoscenza senza accettazione*, in Gianformaggio, L., Jori, M., (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*.
- Guastini, R. (1994). *Art. 101*, in G. Branca, A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Artt. 99-103 (Gli organi ausiliari. La magistratura, I), Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano.
- Jori, M. (1976). *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè.

- Lamond, G. (2013). *The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System*, in L. Duarte D'Almeida, J. Edwards, A. Dolcetti (eds.), *Reading H.L.A Hart's "The Concept of Law"*, Oxford, Hart Publishing.
- MacCormick, N. (1978). *H.L.A. Hart*, London, Edward Arnold.
- Muffato, N. (2010). *Norme e discorsi su norme*, Roma, Aracne.
- Pugiotto, A. (1994). *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, Giuffrè.
- Ratti, G.B. (2012a). *Regola di riconoscimento e realismo giuridico*, in Id., *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons.
- Ratti, G.B. (2012b). *Reglas de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico*, in P. Luque Sánchez, G.B. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons.
- Raz, J. (1979). *The Identity of Legal Systems* (1971), in Id., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon.
- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons.
- Ross, A. (1990). *Review of H.L.A. Hart's, The Concept of Law*, in «The Yale Law Journal», LXXI, trad. it. *Il concetto di diritto secondo Hart* (1962), in S. Castignone, R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, Genova, ECIG, II ed.
- Ross, A. (1998). *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (1961), in S.L. Paulson, B. Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press.
- Ross, A. (1968). *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz Manero, J. (2010). *Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última*, «Análisi e diritto».
- Scarpelli, U. (1969). *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità.
- Scarpelli, U. (1982). *Il metodo giuridico* (1971), in Id., *L'etica senza verità*, Bologna, il Mulino.
- Searle, J.R. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Sucar, G. (2013). *Abandonar la regla de reconocimiento (desde el positivismo jurídico)*, in R. Ortega García (ed.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica. Ensayos contemporáneos*, México, Tirant Lo Blanch.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- Troper, M. (2001). *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF.

- Troper, M. (2014). *Une théorie réaliste de la validité*, «Analisi e diritto».
- Vilajosana, J.M., (2019), *Guastini y el realismo de la regla de reconocimiento*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. II.
- Wright, von, G.H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di giugno 2019

