

Eugenio maestro di giuspositivismo (e di molte altre cose)

Riccardo Guastini*

Eugenio Bulygin era (mi fa molto male dover usare l'imperfetto) un amico *entrañable*. Gli volevo molto bene. Purtroppo, però, io sono incapace di parlare delle persone e dei rapporti personali. Sicché ci rinuncio senz'altro. Parlerò piuttosto di lui come maestro.

Ovviamente Eugenio è stato un maestro della filosofia del diritto, per tutti. Ma non è questo che voglio dire. Voglio dire che Eugenio è stato un maestro *per me*. Il mio terzo maestro, in senso cronologico, dopo Giovanni Tarello e Norberto Bobbio.

Non saprei dire quante e quali cose ho appreso da lui. Scorro l'indice di una collezione di suoi saggi, *Essays in Legal Philosophy*¹, e trovo: il concetto di diritto vigente; la creazione giudiziale di diritto; la regola di riconoscimento; la distinzione tra norme e proposizioni normative; l'analisi degli asserti giuridici; i diversi concetti di validità; le norme di competenza; l'ontologia e la logica delle norme; e via enumerando. E ancora, scorrendo l'indice di *Análisis lógico y derecho*², che include saggi suoi, di Carlos Alchourrón, e di entrambi, trovo: la struttura logica delle proposizioni normative, gli enunciati giuridici, le norme permissive, il concetto di ordinamento giuridico, l'analisi del ragionamento giuridico, e così avanti.

Non concordo interamente con tutte le tesi di Eugenio su questi, e altri, temi. (Tra l'altro, ho sempre trovato almeno ingenua, e criticata, le sue idee sull'interpretazione, ispirate da Hart e Carrió.) Ma non ricordo che cosa pensassi di tutte queste e altre questioni – ammesso che già avessi qualche idea in proposito – prima di leggere Eugenio (e Carlos, beninteso). In altre parole, Eugenio ha forgiato o cambiato il mio modo di pensare su innumerevoli problemi di teoria del diritto.

Ma, oltre a questo, Eugenio ha in parte *formato*, in parte *confermato*, il mio atteggiamento su alcuni problemi metodologici cruciali. Provo a darne conto sulla falsariga di un suo breve scritto³, in cui Eugenio espone e difende la sua filosofia del diritto, che in gran parte è anche la mia.

* 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.

¹ Bulygin 2015.

² Alchourrón, Bulygin 1991.

³ Bulygin 2009a. Una versione leggermente più lunga si legge in Bulygin 2009b.

Occorre però una premessa. La filosofia del diritto di Eugenio, e mia, si regge su una semplice tesi semantica (TS) – condivisa peraltro da Kelsen, Bobbio, Ross – che condiziona tutto il resto, e senza la quale tutto il resto sarebbe incomprendibile: gli enunciati prescrittivi (norme) e valutativi (giudizi di valore) non sono né veri né falsi. Corollario di TS è la “ghigliottina di Hume”: nessun enunciato prescrittivo o valutativo può essere validamente inferito da un insieme di premesse puramente descrittive (descrittive della “natura” umana, delle relazioni sociali, o di qualsiasi altro fatto).

(i) *Filosofia analitica (del diritto)*. La filosofia – ammesso che questo sostantivo abbia senso se non accompagnato da un complemento di specificazione, o almeno da un aggettivo (ciò che io non credo) – non è una scienza. Men che mai una sorta di super-scienza capace di penetrare l’essenza ultima del mondo. Con un gioco di parole ispirato da un famoso libro di Sartre⁴, direi così: quelle insulse chiacchiere sull’“essere” (e dintorni), care al nazista Heidegger ed ai suoi non-nazisti epigoni, sono discorsi sul “nulla”, puro vaniloquio. Lo aveva ben visto Carnap in un suo scritto magistrale contro la metafisica⁵.

Il mondo è oggetto delle diverse scienze. Ogni scienza, come dice Eugenio, è un insieme di enunciati veri e sistematicamente ordinati, che trasmettono conoscenze su una determinata porzione della realtà. La filosofia non è questo. Suo oggetto non è il mondo, ma il linguaggio. La filosofia è non già scienza, ma meta-scienza: analisi concettuale, analisi logica del linguaggio delle scienze (e, marginalmente, del linguaggio ordinario). La filosofia del diritto non fa eccezione: essa è analisi logica (e pragmatica) del linguaggio della scienza giuridica, dell’apparato concettuale mediante il quale i giuristi parlano del diritto e/o lo usano nei loro ragionamenti.

(ii) *Scienza giuridica (e dogmatica)*. Le scienze sono insiemi di enunciati veri (o almeno che si pretendono veri). Sicché, alla luce di TS, la scienza in genere è, per definizione, a-valutativa e non prescrittiva. La scienza giuridica, propriamente intesa, non fa eccezione: è un insieme di “proposizioni normative”, ossia di enunciati veri che descrivono il diritto vigente. Da non confondersi con gli enunciati cosiddetti “interni”, mediante i quali giuristi, giudici, e comuni cittadini non già descrivono, ma usano o applicano il diritto. Sia detto per inciso: come insegna Ross, descrivere il diritto vigente non è diverso dal prevedere le decisioni degli organi dell’applicazione.

Ma, così strettamente intesa, la scienza giuridica non coincide con la dogmatica, ossia con l’effettiva pratica intellettuale dei giuristi accademici e men che mai con quella degli organi dell’applicazione. È ovvio, dice Eugenio, che non tutto ciò che fanno i giudici e i giuristi è scienza: vero. Aggiungerei però che a ben vedere i giuristi, per lo più, non già descrivono il diritto, ma lo fanno – meglio: contribuiscono a farlo – per via di interpretazione e di (quel che io chiamo) costruzione giuridica.

⁴ Sartre 1943.

⁵ Carnap 1932.

Secondo Eugenio, che (come ho già detto) ha una concezione alquanto ingenua dell'interpretazione, ciò accade in presenza di antinomie e lacune (normative e assiologiche).

Lasciamo da parte le antinomie. La loro soluzione, per lo più, è governata dallo stesso diritto positivo. Con l'eccezione, direi, di alcuni conflitti tra gli stessi criteri di soluzione e del conflitto tra principi, specie costituzionali (ma il bilanciamento di principi è tema estraneo ad Eugenio).

Quanto alle lacune, non credo, a differenza di Eugenio, che la dottrina svolga un lavoro nomo-poietico solo in presenza di lacune normative – nel senso tecnico stipulato da Carlos ed Eugenio in *Normative Systems* (omessa disciplina di una combinazione di fattispecie singolarmente disciplinate) – e di lacune assiologiche. Direi piuttosto che la dottrina elabora, “costruisce”, norme nuove in presenza di “lacune” in quel senso comune e pre-teorico di questa parola, per cui vi è lacuna ogniqualvolta una qualsivoglia fattispecie, ancorché “irrilevante” (nel senso di *Normative Systems*), sia priva di disciplina: lo “spazio vuoto di diritto”, diciamo. Concetto, questo, che in una occasione, dialogando con me, Eugenio dichiarò di condividere⁶.

(iii) *Non-cognitivismo*. Il non-cognitivismo etico e, più in generale, assiologico si regge su – si confonde con, direi – TS: norme e giudizi di valore (moralì, politici, estetici) sono privi di valori di verità. La sua variante emotivista, in particolare, consiste nella congettura (non semantica, ma) psicologica, che i giudizi di valore dipendano, come dice Eugenio, da emozioni, sentimenti, e gusti: tutte cose rispettabili, beninteso, ma non suscettibili di controllo razionale. D'altro canto, chi negherebbe che le norme giuridiche positive siano il frutto di decisioni politiche?

Vale la pena osservare che vi è uno stretto legame concettuale tra scetticismo assiologico e positivismo giuridico, inteso qui come negazione del diritto naturale. Per “diritto naturale” si intende un insieme di norme oggettivamente giuste, universalmente vincolanti, non statuite da alcuna autorità normativa umana, ma iscritte nella “natura delle cose”, e suscettibili di conoscenza, ossia dotate di valori di verità. Detto altrimenti, il giusnaturalismo – come aveva ben compreso Bobbio – è una forma di cognitivismo etico: quel modo di vedere secondo cui, per l'appunto, gli enunciati normativi e/o valutativi, sì, hanno valori di verità, sicché possono essere validamente (in senso logico) inferiti da enunciati descrittivi; norme e giudizi di valore sono frutto non già di preferenze, scelte, decisioni, ma di conoscenza.

Questo modo di vedere contraddice ovviamente la “ghigliottina di Hume”. Ciò è quanto dire che il positivismo giuridico – in quanto negazione del diritto naturale – presuppone (direi: si confonde con) il non-cognitivismo etico. Non esiste alcun diritto naturale per la banale ragione che non esistono norme vere e pertanto

⁶ Mi riferisco al seminario del 2006, i cui atti si leggono in Moreso, Redondo (eds.) 2007; ma negli atti ovviamente non è registrata la discussione.

derivabili dalla conoscenza. “Norma vera” è una contraddizione in termini.

Non si danno norme “in natura” perché le norme sono artefatti umani, sono frutto non di conoscenza, ma di decisione o volontà. Le norme non possono nascere se non da atti che le pongano in essere, formulando enunciati prescrittivi. Come dice Scarpelli, sono non “date a”, ma “fatte da” gli uomini. In altre parole, il cosiddetto “diritto naturale” non ha proprio nulla di “naturale”, poiché non esistono norme senza atti umani di creazione normativa. Per dirlo con Kelsen, non vi sono comandi senza qualcuno che comandi.

Peraltro, non si comprende perché TS dovrebbe impedire agli scettici di avere valori. Eugenio giustamente insiste su questo: perché mai dovrebbe essere impossibile avere preferenze assiologiche – morali, politiche, estetiche – senza tuttavia pretendere che siano vere? Anche io, come Eugenio, trovo che la musica di Mozart (o, quanto a questo, anche dei Beatles) sia di gran lunga migliore di quella di Strauss (o dei Rolling Stones), ma non pretendo che ciò sia “vero”.

(iv) *Positivismismo giuridico*. Lasciando da parte la negazione del diritto naturale (che, insisto, è tesi semantica, non ontologica), oggidi il positivismo giuridico è spesso identificato (complice Hart) con la tesi della “separazione tra diritto e morale”. Infelice espressione, a mio parere: questa formula sarebbe forse il nome appropriato non tanto del positivismo giuridico, quanto di quella dottrina normativa, politicamente liberale, che raccomanda ai legislatori di non sanzionare legalmente l’una o l’altra morale (critica o positiva, poco importa). Se mai, sarebbe meglio parlare, secondo la tradizione, della distinzione tra diritto e giustizia. Banalmente: il diritto non necessariamente è giusto.

Tornando ai classici (Bentham, Austin, ma anche Kelsen e Bobbio, naturalmente), il positivismo giuridico metodologico – come ben dice Eugenio – consiste fondamentalmente nella distinzione tra la descrizione del diritto positivo (*expository jurisprudence*) e la sua valutazione in termini di giustizia (*ensorial jurisprudence*). Tra diritto e giustizia, appunto, o anche tra diritto e politica. Una cosa è conoscere il diritto, altro è valutarlo, e – cosa tanto spesso ignorata – questa seconda cosa presuppone logicamente la prima. (Altra cosa dal positivismo metodologico è il positivismo teorico ottocentesco; altra cosa ancora è il positivismo in quanto pratica intellettuale dei “giuristi positivi”, teorizzato da Scarpelli. Vale la pena sottolinearlo giacché molti non distinguono.)

Se il diritto non necessariamente è giusto, se le norme giuridiche possono essere giuste o ingiuste, allora è ovvio, come dice Eugenio, che “diritto” non è un termine elogiativo. La semplice distinzione tra diritto e giustizia è quanto basta per screditare il positivismo cosiddetto ideologico, che oggi si nasconde nella tesi della “normatività” del diritto. Certo che il diritto è un *quid* normativo, ma non nel senso che ad esso si debba obbedienza, o che esso offra ragioni concludenti per agire, bensì nel senso banale che è costituito da norme. E questa ultima non è una grande scoperta.