GIUGNO **2018**

d
q

XVIII. 2018/**1**

diritto & questioni pubbliche

TEORIA DEL DIRITTO E TEORIA DELLE NORME

XVIII. 2018/1

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVIII, 2018 / 1 (giugno)
RIVISTA DI FILOSOFIA DEL DIRITTO E CULTURA GIURIDICA

COMITATO EDITORIALE
Direzione
Giorgio Maniaci (Università di Palermo), Giorgio Pino (Università di Roma Tre), Aldo Schiavello (Università di Palermo)

REDAZIONE
Marco Brigaglia (coordinamento), Maria Giulia Bernardini, Giulia Borgna, Gaetano Carlizzi, Francesca Ciulla, Maria Ferrara, Nicola Gullo, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajeva, Valeria Vita, Matija Žgur

COMITATO SCIENTIFICO
Manuel Atienza (Universidad de Alicante) – Mauro Barberis (Università di Trieste) – Juan Carlos Bayon (Universidad Autónoma de Madrid) – Roberto Bin (Università di Ferrara) – Bruno Celano (Università di Palermo) – Pierluigi Chiassoni (Università di Genova) – Paolo Comanducci (Università di Genova) – Pasquale De Sena (Università Cattolica di Milano) – Enrico Diciotti (Università di Siena) – Jordi Ferrer (Universitat de Girona) – Riccardo Guastini (Università di Genova) – Mario Jori (Università di Milano) – Claudio Luzzati (Università di Milano) – Pierpaolo Marrone (Università di Trieste) – Tecla Mazzarese (Università di Brescia) – Claudio Michelon (University of Edinburgh) – José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Pablo Navarro (Universidad de Córdoba) – Luca Nivarra (Università di Palermo) – François Ost (Université Saint-Louis, Bruxelles) – Gianluigi Palombella (Scuola Superiore S. Anna, Pisa) – Roberto Pardolesi (Università Luiss, Roma) – Baldassare Pastore (Università di Ferrara) – José Luis Pérez Triviño (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Anna Pintore (Università diCagliari) – Luis Prieto Sanchís (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo) – Cristina Redondo (Università di Genova) – Michel Rosenfeld (Cardozo School of Law, New York) – Giovanni Sartor (Università di Bologna e European University Institute, Firenze) – Marc Van Hoecke (Universiteit Gent) – Josep Maria Vilajosana (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Vittorio Villa (Università di Palermo) – Francesco Viola (Università di Palermo) – Giuseppe Zaccaria (Università di Padova) – Gianfrancesco Zanetti (Università di Modena-Reggio Emilia)

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoequestionipubbliche.it

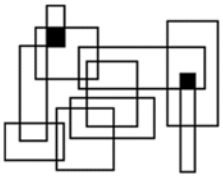
ISSN 1825-0173

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

TEORIA DEL DIRITTO
E TEORIA DELLE NORME



Diritto & Questioni Pubbliche
XVIII 2018/1 (giugno)

MONOGRAFICA / 1

XXIII CONVEGNO ITALO-SPAGNOLO FRANCESE-PORTOGHESE DI TEORIA DEL DIRITTO

Presentazione

I lavori contenuti in questa sezione monografica della Rivista sono stati presentati e discussi nell'ambito del Convegno italo-spagnolo-francese-lusitano di teoria del diritto, che si è svolto a Palermo nei giorni 20 e 21 ottobre 2017. Quella palermitana è stata la ventitreesima edizione di questo convegno, chiamato anche convegno "Imperia", in riferimento al luogo in cui si è svolta la prima edizione, nell'ormai lontano 1994 (chi fosse interessato a ripercorrere la storia dei convegni Imperia fino al 2010, può consultare le belle pagine scritte da J.J. Moreso e J.L. Martí, *Introducción. Imperia en Barcelona: la filosofía jurídica en la Europa mediterranea*, in *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, a cura di J.J. Moreso e J.L. Martí, Marcial Pons, Barcelona, 2012). Sin dalla sua fondazione, la veneranda tradizione dei convegni Imperia è stata caratterizzata da almeno due principi ispiratori. Il primo è la riconducibilità dei lavori presentati ad una impostazione filosofica in senso ampio analitica; questa caratteristica, peraltro, risente dell'incertezza stessa di cosa conti, oggi, come filosofia analitica, e anzi la varietà dei temi trattati nel corso degli anni in questi convegni, e anche degli approcci metodologici (pur se accomunati dalla condivisione dell'aria di famiglia analitica), testimonia della continua vivacità e capacità di riarticolazione interna della filosofia analitica del diritto. Il secondo principio ispiratore dei convegni Imperia è la discussione intensa che accompagna le relazioni presentate: occasione insostituibile di miglioramento della qualità dei lavori presentati, almeno per quelli che riescono a sopravvivervi.

Per tradizione, la sessione conclusiva del convegno Imperia prevede una tavola rotonda tematica. La tavola rotonda dell'edizione palermitana ha avuto ad oggetto il pensiero e l'eredità di Giovanni Tarello a trent'anni dalla morte. Ad essa hanno preso parte alcuni allievi di Tarello, come Mauro Barberis e Pierluigi Chiassoni (e Paolo Comanducci, in veste di coordinatore), e altri studiosi che hanno a lungo dialogato – e continuano a dialogare – criticamente con Tarello, come Luigi Ferrajoli e Vittorio Villa. Anche per questo, per il debito culturale che continuiamo a provare verso l'opera di Giovanni Tarello, siamo particolarmente onorati di ospitare su Diritto & Questioni Pubbliche gli atti di questo convegno Imperia.

GIORGIO PINO

CONTRIBUTI

LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL DE MICHELE TARUFFO: UNA TEORÍA DESDE ABAJO

MAXIMILIANO **ARAMBURO**

&dq

La teoría de la decisión judicial de Michele Taruffo: una teoría desde abajo

Michele Taruffo's Adjudication Theory: A Theory from Below

MAXIMILIANO ARAMBURO

Universidad Eafit (Medellín, Colombia).
E-mail: marambur@eafit.edu.co

ABSTRACT
La teoría de la decisión judicial de Michele Taruffo debe reconstruirse a partir de sus escritos dispersos sobre jurisdicción, proceso y prueba. El presente texto pretende contribuir a esa reconstrucción a partir de la identificación de aspectos metodológicos claves de su trabajo teórico, y del aislamiento de dos nociones fundamentales de la idea de decisión judicial: los conceptos de jurisdicción y de controversia civil.

The theory of the adjudication built by Michele Taruffo must be reconstructed from his scattered writings on jurisdiction, trial and evidence. This text intends to contribute to this reconstruction through the identification of key methodological aspects of his theoretical work, and the isolation of two fundamental notions of the idea of adjudication: the concepts of jurisdiction and civil dispute.

KEYWORDS
Jurisdicción, jueces, controversia civil, decisión judicial

Jurisdiction, courts, civil claim, adjudication

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVIII, 2018 / 1 (giugno) | pp. 13-55

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

La teoría de la decisión judicial de Michele Taruffo: una teoría desde abajo

MAXIMILIANO ARAMBURO

1. *Introducción* − 2. *Cuestiones metodológicas* − 2.1. *La "alta dogmática"* − 2.2. *El método analítico* − 2.3. *El método comparado* − 3. *Alrededor de una teoría* − 3.1. *La jurisdicción* − 3.1.1. *Dos sentidos de la jurisdicción* − 3.2. *La noción de controversia civil* − 4. *Conclusiones.*

1. *Introducción*

Jordi FERRER (2016, 177) ha escrito que a Michele Taruffo «le gusta ver el el derecho desde arriba, volando a altura suficiente para observar sus perfiles generales, para comprender el encaje general de sus instituciones y para ver las similitudes y diferencias entre sistemas». Sostendré aquí que, en un sentido trivial, al menos su teoría de la decisión judicial se construye "desde abajo", porque apelo a un sentido diferente de la metáfora de la posición en relación con el objeto. En efecto, Ferrer se refiere a la "alta dogmática" que practican quienes, por usar la expresión de Tarello tantas veces citada, en lugar de teorizar sobre las herramientas, las usan. En este caso, Ferrer se refiere concretamente a una dogmática procesal que bebe de la teoría del derecho, de la comparación jurídica, de la sociología, la historia o la epistemología, y que Taruffo ha practicado con solvencia. Para ello, sostendré otra trivialidad: que en la «teoría de la decisión judicial» debe comprenderse no sólo el preciso momento (en sentido cronológico) de la elección entre alternativas posibles de interpretación de la norma jurídica, sino la "operación" completa que, en el marco institucional del proceso judicial, necesariamente la antecede y que explicita (de manera predominante en el autor sobr el que versan estas líneas, pero no de manera exclusiva) la decisión sobre los hechos que le es característica. En ese sentido, Taruffo habría desarrollado una teoría de la que la *quaestio iuris* (que es el núcleo fundamental de otras teorías de la decisión judicial) es solo un insumo, y que parte de considerar el entorno institucional en el que se desarrolla y tiene lugar, no como una parte de su contexto, sino como una condición necesaria para que la decisión judicial tenga lugar y la determina al menos parcialmente: la noción de jurisdicción (y de juez), la motivación de la decisión y el control le legitimidad de la misma, entonces, hacen parte necesaria de la decisión judicial en la obra de Taruffo.

GUASTINI (2014, 249) ha sostenido que "aplicación del derecho" es una expresión que se asocia a los sujetos que se denominan órganos de aplicación y que, cuando se refiere a órganos jurisdiccionales, designa «un conjunto de

operaciones que no se extinguen con la interpretación [...]: la comprobación de los hechos de la causa, la calificación del supuesto de hecho concreto del que se trate y la decisión de la controversia». Michele Taruffo ha desarrollado algo que podría reconstruirse como una teoría completa y ordenada de todas las operaciones en las que – en la fórmula de Guastini citada – consiste la aplicación del derecho por un órgano judicial, esto es, una teoría de la decisión judicial.

La noción "desde arriba" a la que alude Ferrer describiendo la obra de Taruffo, se refiere a un sentido que podríamos llamar "estructural", en el sentido de que Taruffo, en tanto procesalista no se ocupa tanto de un ordenamiento jurídico en concreto, como de las cuestiones que aproximan o diferencian a los sistemas jurídicos, los perfiles que generan efectos positivos o disfuncionalidades y, en suma, que muestran que está fuertemente interesado en la evaluación del derecho positivo o, por lo menos, en la construcción de herramientas teóricas para evaluarlo. Esa visión panorámica no riñe con la que pretendo sostener, pues desde un punto de vista que llamaré "metodológico" (y, para decirlo también con Ferrer, con al menos una dosis de iusrealismo), Taruffo no considera ningún ordenamiento al margen de la sociedad, sino que utiliza el conocimiento que brindan los saberes diferentes del estrictamente jurídico, para preguntarse por la función que el juez desempeña en esa sociedad.

En ese sentido, entonces, me referiré primero a tres aspectos metodológicos centrales en la obra de Taruffo ("alta dogmática", método analítico y a la comparación jurídica) y luego a dos aspectos centrales de lo que sería su teoría de la decisión judicial: las nociones de jurisdicción y de de controversia civil, como dos de los pilares en los que ("desde abajo") se asienta dicha construcción.

2. *Cuestiones metodológicas*

2.1. *La "alta dogmática"*

Atienza ha distinguido dos posibilidades para la dogmática jurídica. Por un lado, un enfoque que la entiende como una «empresa técnica que debe hacer el mayor uso posible del conocimiento científico (empírico y conceptual) disponible, para contribuir así a mejorar el funcionamiento del sistema jurídico en el momento de la aplicación y de la producción del derecho» (ATIENZA 2006, 11). Este primer modelo asume una actitud política, que ve en la dogmática la posibilidad de ayudar a transformar la sociedad. El segundo modelo es, por el contrario menos optimista, de tal manera que «le subyace una visión escéptica sobre la capacidad del derecho para transformar la sociedad y cierta desconfianza hacia el "método científico" [...] y de ahí cierta propensión a la iconoclastia más bien que al reformismo» (ATIENZA 2006, 11). En ese sentido, Atienza propone definir a la ciencia jurídica como "tecno-praxis". Por un lado, para alejarla de la evocación teológica que

sugiere la expresión "dogmática" y, por el otro, para acercarla de manera inequívoca a su finalidad práctica: «resolver un tipo peculiar de problema práctico referido a la aplicación, la interpretación y la producción del derecho» (ATIENZA 2014, 128 ss.).

Esto tiene interés porque el tipo de trabajo que elabora Taruffo podría significar el paso a una fase ulterior de la ciencia del derecho procesal en Italia si se toma como referencia la distinción de Denti entre las fases sistemática y post-sistemática de los estudios procesales: una tercera fase que no puede, en rigor, caracterizarse a partir de un tipo más o menos generalizado de estudios que llevan a cabo diversos autores. En efecto, Taruffo nunca ha pretendido construir un sistema, pero ha llevado el método un plano diferente, o bien a un momento evolutivo más avanzado. Una vez incorporadas las herramientas filosóficas (y teóricas) al quehacer dogmático, y teniendo por objeto en buena medida los enunciados resultantes de la comparación jurídica al menos en el mismo nivel que los enunciados del derecho positivo, la obra de Taruffo parece distanciarse de varios de los rasgos que caracterizan la dogmática que Atienza denomina "tradicional": anclaje en el formalismo jurídico, aislamiento de la dogmática del resto de saberes sociales, rechazo a la incorporación de nuevos métodos, énfasis en las funciones descriptiva y sistemática de la dogmática, concepción de la dogmática como un saber neutral, concentración en el derecho "formalmente válido"; olvido de los valores sustantivos, privilegio de los argumentos de autoridad y predominancia de la interpretación literal.

En realidad, en Taruffo parece darse un enfoque consistente en una aproximación al estudio del derecho que no depende del derecho positivo sino que toma en cuenta, para formular los enunciados propios de la dogmática que lleva a cabo, un conjunto más amplio de materiales y métodos[1]. Así, por ejemplo, en los trabajos sobre la prueba[2], el derecho positivo no es el objeto de estudio sino un dato más del fenómeno probatorio. Taruffo considera más relevantes los aspectos que condicionan las normas jurídicas, que las normas mismas; y más constructivo el enfoque desde la teoría de la decisión judicial que desde las regulaciones particulares que se ocupan en cada ordenamiento de perfilarla. En Taruffo parece ser evidente, pues, no solo el componente técnico sino, sobre todo, el componente

[1] Christian Courtis distingue entre materiales y métodos de la dogmática jurídica, «ya que entre métodos y materiales hay una relación de proceso a producto – de modo que el empleo de ciertos métodos sobre ciertos materiales se convierte en nuevo material que puede ser empleado para analizar normas» (COURTIS 2006, 135). Entre los materiales incluye la historia, el derecho comparado, la jurisprudencia y la propia doctrina; entre los métodos, el análisis del lenguaje, el lógico, el sistemático, el ideológico, y el empírico.

[2] Es evidente que en los manuales y comentarios de código, que representan una parte importante de su obra, la aproximación es diferente: en ellos se parte directamente del derecho italiano o de los proyectos de reforma, lo que no impide acudir, también, a los resultados de la comparación.

práctico – «en el sentido en el que suele hablarse de razón práctica», en palabras de ATIENZA (2014, 154). Esto supone afirmar, por ejemplo, que Taruffo no es formalista y que tiende importantes vínculos con otros saberes sociales. Su constante apoyo en estudios históricos o sociológicos son buena muestra de ello, pero también la atención que presta, fundamentalmente, a la filosofía de la ciencia en lo que tiene que ver con la prueba.

En ese orden de ideas, la obra de Taruffo puede leerse como una aproximación procesal a la más general teoría de la decisión judicial, habitualmente construida por los iusfilósofos. Esa aproximación, entonces, no es únicamente en sentido teórico[3]: tiene una parte descriptiva marcada de manera muy decisiva por la historia del derecho y en concreto la historia de las instituciones judiciales, e incluso con manuales y códigos comentados; otra parte es parcialmente prescriptiva y reformadora, a veces de manera directa. Si ello es así, entonces el tipo de dogmática que practica pertenece a un paradigma diferente del que podríamos llamar tradicional. Se trataría de una dogmática de tipo consecuencialista, que toma en cuenta el sistema de las normas promulgadas por el legislador no tanto para explicar cuáles son y cómo operan – aunque lo hace, en parte, interpretando, reformulando y sistematizando el discurso legislativo y jurisprudencial –, sino para realizar una reflexión crítica sobre el discurso de los juristas dogmáticos, en los términos que GUASTINI (1982, 4) describe la labor de los teóricos analíticos[4].

El propio Taruffo se plantea la necesidad de superar las "actitudes obsoletas, formalistas" de la dogmática tradicional, mediante la práctica de herramientas como la globalización del análisis, el empleo sistemático de la comparación y el estudio interdisciplinar (TARUFFO 1999, 319). Taruffo considera que el problema de las fronteras – que se puede plantear en cualquier área del conocimiento – en los estudios sobre el proceso civil se ve claramente cuando se examinan las tendencias que asumen que la idea de proceso (civil) está objetivamente delimitada por el código de procedimiento civil y por algunas leyes especiales lo cual lleva, de un lado, a una «construcción autárquica de conceptos dogmáticos» y, del otro, a un «microanálisis de la jurisprudencia doméstica» como caracteres dominantes de un provincialismo

[3] Refiriéndose al razonamiento judicial en general, COMANDUCCI (2000, 82 ss.) propone tres niveles de análisis: teórico, prescriptivo y descriptivo. Será descriptiva la aproximación que pretenda presentar una descripción del razonamiento judicial tal como es; será prescriptiva la que consista en valorar el modo de razonamiento del juez, o las directrices de cómo deben los jueces razonar; y será teórica la consistente en presentar un modelo de razonamiento judicial.

[4] Núñez distingue cuatro modelos de ciencia jurídica: la normativista, la realista, la argumentativista, y la que denomina tecnológica, que asocia con Lundstedt. Con respecto a esta última señala que lleva a cabo, también, un razonamiento de tipo consecuencialista, lo cual quiere decir que las soluciones que proponen se valoran de acuerdo con «modelos de corrección práctica que consideran que la única forma de atribuir valor a una conducta es limitándose a establecer si aquella es idónea, o al menos contribuyente, a alcanzar el que se considera el mejor estado de cosas» (NÚÑEZ 2014, 50).

científico. Por eso, dice, se hace necesario observar "desde las fronteras" hacia territorios variados y tendencialmente ilimitados: «una sola vida no alcanza para atravesar todas las fronteras y para ver realmente todo el mundo, así que es necesario adaptarse a sufrir límites prácticos en la propia investigación». De esta manera, las herramientas utilizadas y el resultado de su trabajo se pueden presentar como una bisagra que une la reflexión teórica sobre el derecho con la práctica jurídica.

En ese sentido, la alusión a la ubicación ("desde abajo") implica que Taruffo presupone la necesidad de un conflicto concreto, en una sociedad determinada, con un tipo de juez particular, como *sine qua non* de la construcción teórica a su alrededor.

2.2. *El método analítico*

Lo anterior no implica en modo alguno el desprecio por la cuestión teórica en sentido amplio. Los "antecedentes" biográficos y académicos de Taruffo, permiten ublicarlo en una parte de la tradición iusanalítica italiana. En primer lugar, por su rigurosa atención al "paso prohibido" de los enunciados descriptivos a los prescriptivos. Su obra sobre la motivación de las decisiones judiciales es – si no se tienen en cuenta sus artículos publicados hasta entonces – el primer gran trabajo en el que esa actitud metodológica queda claramente establecida. En efecto, aunque Taruffo caracteriza la sentencia primero como un discurso (lo que parecería acercarle a concepciones iusfilosóficas de corte hermenéutico), inmediatamente aclara que con «'discurso' se pretende designar un conjunto de proposiciones vinculadas entre sí e insertadas en un mismo contexto, que es identificable de manera autónoma» (TARUFFO 1975, 49). Y aunque realiza un examen de la sentencia como discurso, tratando de identificar signos e indicios, en realidad la primera parte de la obra puede leerse como una búsqueda de aquello que la sentencia *puede ser*, para poder prescribir lo que *debe ser*[5]. Es así que la primera de las claves del pensamiento analítico toma cuerpo en Taruffo cuando concibe la sentencia como un discurso de carácter justificativo, para proceder a determinar cuáles son las características del razonamiento decisorio que deben estar en la que denomina «estructura racional del juicio y la motivación».

Otro tanto puede decirse de su *opus magna* sobre la prueba (TARUFFO 1992), en la que se ocupa de la verdad posible en el proceso civil, plano en el que se dedica a examinar las teorías que le resultan más relevantes sobre la materia (y rechaza aquellas que considera epistemológica, ideológica o prácticamente imposible la verdad de los hechos). Él se ubica a sí mismo en una concepción que admite la posibilidad relativa y contextualiada de la llamada "verdad judicial", bajo la idea de

[5] Así, por ejemplo, es interesante la caracterización posible de la motivación de la sentencia como hecho *no significante*, es decir, como cognoscitivamente irrelevante, aunque exista en tanto hecho (TARUFFO 1975, 102).

que, una vez «supuesta la posibilidad de alcanzar la verdad judicial, la prueba es el instrumento procesal que sirve para alcanzar ese resultado» (TARUFFO 1992, 85). Esa ubicación le permite una posición en la que, en algunas de sus obras, no describe el fenómeno probatorio tal como es, sino tal como él considera que deben formularse los problemas que afronta el juicio de hecho y las soluciones admisibles. Valga un ejemplo de ello: al mencionar lo que denomina la «identificación valorativa del hecho», Taruffo señala expresamente que acepta «la discutida distinción entre hecho y valor y, por tanto, entre descripción y valoración, no sólo en el plano ontológico sino tambén en el lógico y lingüístico» (TARUFFO 1992, 128). Taruffo no descarta, por supuesto, la posibilidad de que haya casos complejos en los que una norma «atribuye determinadas consecuencias jurídicas» a un hecho valorado (por ejemplo, cuando el enunciado se refiere a un "daño grave"). En esos casos, dice, en realidad hay dos enunciaciones: «una de ellas afirma que el hecho ha ocurrido, la otra, que ese hecho tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración» (TARUFFO 1992, 129), lo que le permite concluir que sólo es objeto de prueba la enunciación descriptiva referida a una determinada ocurrencia, pero no la enunciación valorativa que califica esa ocurrencia. Otro ejemplo de la ubicación de Taruffo en el perfil que observamos puede verse en el ensayo que dedica específicamente al análisis del juicio de hecho (TARUFFO 1995).

En segundo lugar, parece necesario destacar la constante preocupación de Taruffo por la clarificación conceptual. Es evidente en todos sus trabajos el esfuerzo definitorio – sin tener en cuenta, por supuesto, la parte de su producción que se desarrolla *como* definiciones en voces de enciclopedia –, de tal manera que no sorprende que en aquellas de sus obras más sistemáticas se destinen considerables esfuerzos a las definiciones. Piénsese, por ejemplo, en la distinción trazada entre verdad y verosimilitud, o entre los diferentes sentidos de "probabilidad" (TARUFFO 1992, 167) o, por abundar, en los ensayos que tienen por objeto precisamente realizar una definición – por ejemplo, la definición de abuso del proceso (TARUFFO 1998).

Y no caben dudas, en tercer lugar, acerca de la absoluta incorporación de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en la obra de Taruffo, en cuanto a la decisión judicial: sin esta distinción, por ejemplo, el esfuerzo de toda su construcción sobre la motivación de la decisión judicial carecería de sentido. Al distinguir entre el proceso de *decision-making* y el de justificación señala: «[p]or ejemplo, está claro que las inferencias abductivas son un instrumento heurísticamente eficaz para la formulación de hipótesis sobre los hechos, pero es dudoso que sean buenos argumentos para justificar el juicio sobre los mismos» (TARUFFO 2009a, 406). En realidad, una decisión que se adopte intuitiva o irracionalmente, bien podría justificarse *ex post* mediante una justificación racional que debe ser un conjunto de razones *justificadoras*, *completas* y *convincentes* (TARUFFO 2009a, 408). De esa forma reivindica el carácter heurístico

del contexto de descubrimiento, mientras que atribuye al de justificación la función de racionalización de los posibles argumentos que pueden justificar la decisión. En ese plano Taruffo cree que, aunque no es posible adoptar un modelo único del juicio ni de la motivación, su estructura lógica fundamental se construye a partir de cuatro elementos: la verdad o falsedad de los hechos principales del caso, la interpretación de las normas, la calificación jurídica del supuesto de hecho, y las consecuencias que se derivan de encontrarse fundamentadas o no las pretensiones de la demanda. Como Taruffo construye un modelo de motivación de la decisión, no se refiere al material legislativo en concreto, sino que sugiere un esquema tripartito de la sentencia, que contenga: a) una síntesis del desarrollo del proceso; b) la motivación propiamente dicha; c) el dispositivo (TARUFFO 1986). Con esos tres elementos, la sentencia debe poder ser calificada como completa y como coherente.

2.3. *El método comparado*

El comparatista, decía Cappelletti, es un "profeta científico" (TROCKER 2005, 171): «profeta porque sobre la base de la investigación realizada, puede destacar las tendencias evolutivas que están, presumiblemente, destinadas a continuar extendiéndose, que están arraigadas en los problemas y necesidades reales de la sociedad, y que están siendo 'valoradas' a la luz de los datos empíricos relativos a la resolución de un determinado problema». ¿Es Taruffo un profeta científico? El mismo CAPPELLETTI (1994, 133) señalaba que había tres fenómenos de las sociedades contemporáneas que determinarían cambios en la educación jurídica: las funciones sociales que debe desempeñar el jurista, la expansión de los derechos humanos y la dimensión transnacional de muchos fenómenos de la vida cotidiana, que van de los propios derechos humanos a la economía y el consumo, de las comunicaciones a la cultura misma. Esto llevaría, en su opinión, a tres tendencias de la educación jurídica: la formación en estudios comparados y empíricos, la formación en clave de justicia constitucional (que involucra la protección de intereses colectivos, la protección de derechos humanos, la efectividad de los derechos que atienden necesidades sociales, etc.) y la formación en derecho internacional, que permita ver los vínculos de los derechos nacionales con lo que denominó, con Kant, un *jus cosmopoliticum*.

En la dimensión de los estudios comparados y empíricos se inserta Michele Taruffo, aunque conviene matizar lo que, en su caso – y en la tradición a la que pertenece –, se entiende por "derecho comparado". En realidad, más que hablar de "un" derecho comparado como disciplina que hace parte de la ciencia jurídica, convendría hablar de "comparación jurídica" como método para aproximarse a la ciencia jurídica e incluso como alternativa al "método jurídico" proclamado por el positivismo normativista (CASSESE 2003, 37). La comparación, dice Trocker, «no

es sólo una mirada sobre lo que ocurre en otras partes o un disfrute individualista de lo que se ha aprendido, sino un itinerario construido sobre la cooperación» (TROCKER 2005, 169). En ese sentido, el método comparado es una herramienta de análisis y no un fin. La ciencia jurídica que se practica no es un producto *de* derecho comparado, sino elaborada *con* comparación jurídica. Y uno de sus riesgos es la posible "subordinación cultural" de la que puede acusarse a quien realiza la comparación (TARUFFO 2003, 283), sobre todo cuando la comparación tiene en cuenta o se realiza frente a un modelo cultural hegemónico o mayoritario.

Una de las aplicaciones fundamentales de la comparación jurídica que emplea Taruffo es la de las reformas procesales. Esta aplicación puede darse en varios niveles interconectados: el del estudio general, el del diseño de guías (principios, reglas) o códigos modelo, y el de la proyección directa de leyes ante un legislador concreto. Al menos en los dos primeros terrenos incursionó Taruffo desde que en 1979 escribió *Il processo civile* adversary *nell'esperienza americana* (TARUFFO 1979), trabajo en el que se implicó en cinco problemas concretos que definían el carácter del proceso civil en Estados Unidos, como premisa para una discusión seria sobre la oportunidad de una reforma procesal en Italia que pudiera incorporar algo del sistema estadounidense. Tales problemas eran el de la búsqueda de la verdad, el de la igualdad de las partes, la función del juez, los límites de la efectividad del sistema *adversarial* y la ideología propia de tal sistema. Sólo para plantear un ejemplo relacionado con lo primero, Taruffo distinguió dos ideas de verdad en el sistema procesal estadounidense: por una parte, la verdad como reconstrucción judicial de los hechos, «según la cual el juez comprueba lo verdadero mientras su conocimiento más se aproxima a la efectiva realidad histórica de los *facta probanda*»; por la otra, una idea de verdad «indiferente al problema de si la reconstrucción judicial de los hechos corresponde o no a su realidad histórica» (TARUFFO 1979, 39 ss.).

Desde otro punto de vista (ya no "desde abajo") Taruffo ha visto en la comparación jurídica una especie de metalenguaje respecto del lenguaje de los derechos nacionales. La comparación, en ese sentido, es transversal: la ciencia del derecho que practica, entonces, emplea enunciados que no se refieren a la descripción de un determinado ordenamiento jurídico, sino enunciados que se refieren al resultado de la comparación entre uno o varios ordenamientos o sistemas jurídicos. En efecto, la tendencia a comparar los compartimentos *civil law* y *common law* – a un mismo tiempo convergentes y divergentes (MERRYMAN 1999, 18) – no es en Taruffo el objeto de la investigación, sino una de sus herramientas[6]. El resultado de la comparación se convierte en parte del material sobre el que Taruffo escribe, pues concibe la comparación como una actividad funcional. Por

[6] En este sentido, puede decirse que el resultado de la comparación jurídica es, también, un metalenguaje.

ejemplo, en un estudio transversal que se publicó en el volumen *Interpreting Precedents* (TARUFFO 1997), el objetivo del autor es describir los modelos estructurales de precedente que se podían identificar en el trabajo llevado a cabo por los autores provenientes de los diferentes países analizados. No es sólo un estudio de las conclusiones, sino una identificación – y análisis – de seis puntos que determinan el papel que juegan las decisiones judiciales desde el punto de vista de las fuentes del derecho: la organización de los tribunales, la función que cumplen los tribunales supremos, el estilo de los votos de cada juez o magistrado, la forma en la que se publican las decisiones, el uso que se da a los precedentes y la interacción entre ese uso y el papel de los tribunales. El carácter de la comparación como una herramienta del trabajo dogmático de Taruffo es, obviamente, menos evidente en otros trabajos, como los estudios sobre el proceso civil estadounidense (TARUFFO 1975; HAZARD, TARUFFO 1993). Pero en esos casos se podría objetar que no son, en realidad, trabajos comparatistas sino trabajos de dogmática *sobre* derecho extranjero.

En este punto, hay que añadir que una característica que puede extraerse del estilo de comparación jurídica que desarrolla Taruffo, es su interés marcado en los relieves sociológicos, culturales e ideológicos de las normas jurídicas, y en particular de las procesales. En efecto, como señala Roberts refiriéndose a la metodología comparatista de un autor como Mirjan Damaška, cuando se habla del proceso judicial es inexcusable la dimensión política: en palabras del propio Damaška, omitir la dimensión política equivale a «interpretar *Hamlet* sin el Príncipe» (ROBERTS 2008, 299). Taruffo, por su parte, ha sostenido insistentemente en una tesis crítica sobre los intentos de unificar normas procesales (TARUFFO 2009a, 189, 213). En realidad, a pesar de que considera posible la unificación del derecho sustantivo en contextos como el europeo, sostiene que las diferencias culturales inciden directamente en las *formas* de resolución de las controversias y, por tanto, lo máximo que puede alcanzarse es una *armonización* de las normas, que incluya algunos rasgos comunes a los que deben obedecer los diferentes ordenamientos. Las culturas nacionales, dice «son, en realidad, el obstáculo más fuerte y – por lo que parece hasta ahora – no superable fácilmente, para una efectiva integración de las distintas regulaciones nacionales en un derecho procesal europeo» (TARUFFO 2009a, 193).

Taruffo prefiere una comparación que, incorporando métodos analíticos prescinde de ciertos detalles para construir modelos por medio de la abstracción y que, por ello, no pueden ser calificados en estricto sentido como verdaderos o falsos sino como modelos válidos (o no) para dar cuenta de prácticas concretas. Se trata de modelos acerca de la estructura racional de la sentencia (TARUFFO 1975), acerca del control de legitimidad de la decisión judicial (TARUFFO 1991), acerca de la posibilidad o imposibilidad de la verdad procesal (TARUFFO 1992), acerca del

papel posible del juez en la construcción del juicio de hecho (TARUFFO 2009c), por mencionar algunos.

3. *Alrededor de una teoría*

La noción usual de "decisión judicial" parte de la distinción entre interpretación y aplicación del derecho, de tal manera que la decisión es la fase que, en la actividad judicial, sigue cronológicamente a la interpretación. Se distingue así, al menos analíticamente, entre la interpretación y la decisión, que forman parte parte de una única actividad "global": la actividad judicial globalmente considerada. En un sentido amplio, se dice (GUASTINI 2014, 252) que hay dos reglas esenciales de esa actividad judicial: la sujeción del juez a la ley y la obligación de motivar, de tal manera que las decisiones judiciales deben estar (i) motivadas (ii) sobre la base de normas jurídicas preexistentes. El contexto de ambas cosas es el proceso judicial. En ese sentido, la idea de decisión judicial de Taruffo no se asienta tanto sobre la base de las normas como criterios generales y abstractos, sino en las necesidades materiales que suponen la existencia de un proceso judicial y en quien lo administra.

3.1. *La jurisdicción*

En Italia, la autonomía disciplinar del derecho procesal se produjo a partir de los estudios de Chiovenda, a caballo entre el final del siglo XIX y el comienzo del XX. Sin embargo, aun entonces Mattirolo utilizaba la expresión *diritto giudiziario* para denominar su tratado (MATTIROLO 1895). Y hoy se emplea "derecho jurisdiccional" para incluir dentro del concepto, además del proceso judicial, a la institución que lo hace posible. Los dos conceptos, no obstante las denominaciones de los cursos y manuales, han estado siempre unidos: DENTI, por ejemplo (1997) señalaba que el proceso es una de las modalidades de ejercicio de la función jurisdiccional y que, por tanto, las reglas técnicas que lo disciplinan sólo adquieren sentido en el conjunto de la organización judicial, de la administración de justicia y de la profesión de abogado. Más allá de las diferencias que rescatan algunas reconstrucciones que distinguen lo *judicial* frente a lo *jurisdiccional*, lo cierto es que toda teoría de la decisión judicial supone una idea previa de jurisdicción y que toda la teoría del derecho contemporánea – que, podría decirse, se ha "obsesionado" con la decisión judicial – supone una referencia necesaria al juez y a la función que ejerce. En ese sentido, las teorías de la decisión judicial nacidas en el seno de la teoría del derecho ponen el acento en la jurisdicción como la actividad que desarrolla el juez y en los insumos, predominantemente las normas, que emplea

para adoptar – justamente – una decisión. Los procesalistas, por el contrario, parecen centrarse más en el órgano y en la institución.

Una idea en cierto sentido "precaria" de jurisdicción se centra en el paso civilizatorio de la autocomposición de los conflictos a la heterocomposición de los mismos, es decir, en el otorgamiento de facultades a un tercero ajeno al conflicto para que lo dirima con arreglo a un determinado criterio jurídico. Esta organización institucional no existía en las civilizaciones primitivas, así que contemporáneamente se entiende que ese tercero suele ser el Estado, que asume monopolísticamente la función de resolver «los conflictos intersubjetivos y sociales mediante la aplicación del derecho objetivo». Suele entenderse, también – aunque no es una idea del todo unánime – que "Estado" es sólo el moderno, que vio el surgimiento y consolidación de la separación de poderes y, por esa vía, la creación del Estado-juez y la delimitación de las diferentes funciones que se han atribuido, de tiempo en tiempo, a esa multiforme dimensión estatal: la actuación del derecho, la composición de los litigios, la imposición de sanciones, la sustitución de la "justicia" privada, etc. Otros prefieren desvincular de la definición de jurisdicción la noción del Estado moderno. Algunos estiman que el ejercicio de la jurisdicción equivale a decidir autoritativamente, con referencia a normas y de un modo socialmente aceptable y, por tanto, entiende que la jurisdicción es un universal «tan antiguo como el mundo» que siempre ha existido en toda sociedad y otros, que la función de "*ius dicere*" ha sido la misma desde la época imperial romana hasta hoy, aunque haya mutado constantemente su relación con el aparato judicial y los demás poderes estatales. Por eso se discute acerca de cuáles son las notas definitorias de la jurisdicción: según Movilla (ANDRÉS, MOVILLA 1986, 155), por ejemplo, el concepto de jurisdicción pertenece al área de derecho público y, por tanto, «está en íntima relación con el concepto de Estado y con la configuración que éste adopte», razón por la cual sería un concepto "variable"; mientras algunos consideran que una de las notas más relevantes del concepto de jurisdicción sería su relatividad, otros limitan la variabilidad histórica a no al concepto de jurisdicción, sino a las circunstancias del momento actual y a las relaciones de la jurisdicción con los «complejos organizativos del Estado».

Todo ello pone de presente que la identificación de lo que se entiende contemporáneamente por jurisdicción debe tener en cuenta los caracteres (y límites) que el Estado de derecho impone a dicha función, y, sobre todo, las variaciones que a ese respecto ha significado el paso al Estado constitucional. Por ello, conviene plantear *ab initio* algunas cuestiones preliminares para elucidar la idea de jurisdicción que subyace a la obra de Michele Taruffo. Ante todo, Taruffo es claramente un partidario de una noción de Estado de derecho como límite a la degradación de los derechos de los ciudadanos y al mismo tiempo como garante de que dichos derechos no se conviertan en mercancía (TARUFFO 1996, 136), pues solo con tal límite se evita la marginación social y económica de los débiles. A este

propósito sirve de manera fundamental la jurisdicción. Esta idea, que Taruffo hace remontar a Chiovenda, permite trazar algunas consideraciones.

En primer lugar, la jurisdicción puede verse como *órgano*, y en tal caso se aludirá al conjunto del poder judicial. Es el sentido que corresponde al ordenamiento judicial, en tanto tercer elemento de lo que DENTI (1997) y el propio Taruffo llamaron la "cultura procesal", al lado del derecho procesal extranjero y comparado, y la historia del derecho procesal y de la cultura jurídica. También se alude a este sentido cuando se utiliza la expresión "administración de justicia" como sustantivo. Para Taruffo, el modelo de administración de justicia, el contenido y alcance del derecho de acceso a la justicia, o los problemas de la selección y formación de los jueces son cuestiones hacen parte necesaria de una teoría completa de la decisión judicial.

Pero la jurisdicción también puede verse – y es el sentido que más interesa a la filosofía del derecho, en general – como *actividad* y como *función* atribuida a aquel órgano. A esta distinción parece aludir nuestro autor (TARUFFO 2012, 26) cuando distingue entre la jurisdicción como un poder («la parte organizativa de la administración de justicia») y las garantías que ésta «debe ofrecer para la protección del los derechos»[7]. Trazar la distinción, sin embargo, no siempre es fácil, pues no necesariamente hay solución de continuidad entre un uso y otro del término, y en ocasiones las aplicaciones – que podríamos llamar "sectoriales" – lo dificultan.

Es cierto que, en ocasiones, cuando Taruffo escribe "justicia civil" es posible entender "jurisdicción" y, por tanto, cuanto dice del juez civil puede extenderse al juez en general, o cuanto dice de la justicia civil puede extenderse al órgano jurisdiccional en general. Sin embargo, hay que tener en cuenta algunos límites. El primero y más evidente es que Taruffo jamás ha pretendido construir ni una teoría *general* de la decisión judicial (ni una teoría *general* del proceso, ni una teoría *general* de la prueba, aunque siempre se ha referido a ellas). Por ejemplo, en la voz "Giudizio (teoria generale)" elaborada para la *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Taruffo sostiene la distinción (derivada de la ambigüedad proceso/producto) entre el juicio como *actividad* (el procedimiento lógico, psicológico, cognoscitivo y valorativo mediante el cual el juez llega a la decisión, entendida como resultado) y el juicio como *resultado* en sí mismo.

Nuestro autor niega interés a la posibilidad de una teoría del segundo de los sentidos de "juicio", y se concentra en el primero, para distinguir a su turno dos grupos de teorías sobre el juicio: por un lado, las que parten de una opción

[7] Por poner un ejemplo de un autor cercano intelectualmente a Taruffo, pero proveniente del propio poder judicial, baste la siguiente referencia: Andrés Ibáñez, al evaluar el papel de la *justicia* en lo que denominó «la crisis del Estado social», ya advertía que el fenómeno judicial había cambiado «no tanto la forma orgánica, como sobre todo el modo de insertarse el orden judicial – y quizás más el trabajo judicial – en el ámbito estatal" (ANDRÉS 1988, 113).

filosófica o metodológica determinada, y por el otro, las que se deducen de teorías generales del conocimiento o de teorías generales del derecho, pero que parten de la noción de controversia como objeto del juicio.

Para retomar lo dicho: Taruffo no ha pretendido construir sistemas ni teorías totalizadoras, globalizadoras u holísticas. Por ello, la tentación de acusarle con el cargo de no dar cuenta del fenómeno jurisdiccional "en general" o de las particularidades, por ejemplo, de la sentencia penal, del proceso penal o de la prueba penal, serían fácilmente respondidas: si no ha dado cuenta de tales fenómenos es porque nunca lo ha pretendido. En caso de poder hallarla, pues, no se trataría de una teoría construida deliberadamente por Taruffo sino de una teoría *reconstruida* a partir de su obra. No obstante, sí hay que anotar que en algunos de sus textos pretende dar cuenta de la figura del juez en un entorno histórico o político determinado, sin detenerse en su especialidad. Por ejemplo, ya se ha dicho que ha prestado especial atención al juez estadounidense – en particular, al juez en el llamado "constitucionalismo americano" (TARUFFO 1979) – y, sobre todo, al juez italiano. Con todo, de lo que se trata es de identificar cuáles de las propiedades del juez civil al que suele aludir son predicables del juez en abstracto. A estos efectos, no debe olvidarse que algunos de los juicios críticos de Taruffo sobre la justicia civil están dirigidos específicamente al órgano jurisdiccional *civil* sin posibilidad de efectuar trasplante alguno a otras especialidades, mientras que otros son claramente extrapolables a los demás ámbitos jurisdiccionales y demás especialidades sustantivas.

No obstante ello, considera que buena parte de la valoración negativa que corresponde a la justicia *civil* debe tener en cuenta, también, que la causa del desprestigio debe ser compartida con el legislador y con los abogados. Con el primero, por haber dispuesto una reglamentación del proceso civil que favorece la pérdida de tiempo[8]; en cuanto a los segundos, nuestro autor considera que el abogado es «un protagonista – a menudo el protagonista principal – del proceso civil, y en muchos casos es también el responsable de la duración de los procesos» (TARUFFO 1981). Y entonces lanza a los jueces *civiles*, y es claro que sólo a ellos, una especie de salvavidas frente a la mala valoración que tiene la opinión pública de la judicatura, que atribuye fundamentalmente a la justicia *penal*: «probablemente [escribe Taruffo] (la justicia civil) es ajena a estas valoraciones referidas a los funcionarios judiciales: la sobreexposición mediática de los jueces ha embestido y embiste – *et pour cause* – a los funcionarios judiciales penales e incluso al ministerio

[8] Para Taruffo, la duración excesiva del proceso es una "plaga endémica" del sistema procesal italiano. Y añade más adelante: «si un proceso está construido de tal manera que pueda durar mucho, se puede tener certeza de que durará mucho» (TARUFFO 2008, 86). Esta conclusión es muy semejante a la de Di Federico (citado por Treves), varios años antes, quien sostenía que la presentación de recursos carentes de fundamento se traduce en una tasa de recarga laboral para los jueces, que llega al 40% (TREVES 1974, 61).

público, porque es en el ámbito penal donde surgen los intereses en función de los cuales conviene deslegitimar a la magistratura» (TARUFFO 2008, 87).

Con todo, la noción de controversia civil en Taruffo en ocasiones es tan amplia (TARUFFO 2002, 87) que permite esbozar una idea de jurisdicción civil que no se limita a los jueces que específicamente lleven tal rótulo.

En otro sentido, además, la jurisdicción en tanto *actividad* constituye un amplio campo de indagación iusfilosófica. RUIZ MANERO (1990, 9), por ejemplo, señala al menos dos líneas conceptuales de relevancia, a partir de las cuales es posible hablar de la jurisdicción, a saber: (i) qué significa decidir autoritativamente (y con arreglo a qué criterios) y (ii) cuáles son los deberes de los jueces, aspecto del cual se derivan, entre otras, las cuestiones no menores de la independencia y la imparcialidad judicial. Dice Ruiz Manero: «[d]os de los rasgos que configuran la posición institucional de los órganos jurisdiccionales parecen tener carácter definitorio: el primero es obviamente el que los jueces son titulares de la potestad de dictar determinaciones aplicativas de carácter obligatorio; el segundo es que los jueces son destinatarios de normas que les imponen deberes relativos al ejercicio de tal potestad». Veremos a continuación que la concepción desarrollada por Taruffo tiene en cuenta los dos rasgos descritos por Ruiz Manero – si bien no hace la distinción en los mismos términos – aunque de la primera de ellas se ocupa solo tangencialmente.

En lo que sigue examinaremos, en primer lugar, algunos desarrollos que pueden ser agrupados bajo la consideración de la jurisdicción en tanto función[9] y a continuación los que de alguna manera pueden agruparse bajo la consideración de la jurisdicción como órgano y que abonan el terreno de la posibilidad de una teoría general de la decisión judicial. A ellos les es común la noción de motivación de la sentencia civil, que aquí no examinaremos más que de manera generalísima, así como cuestiones relacionadas con las anteriores, como los problemas de selección y formación de los jueces y la cuestión siempre vigente de la independencia (e imparcialidad) judicial.

En efecto, la motivación o justificación de la decisión judicial comprende tanto su examen desde el punto de vista de las teorías de la argumentación jurídica, el análisis del contenido de la obligación de motivar las decisiones, y el modelo de lo que puede significar esa motivación según la concepción de Michele Taruffo (lo cual incluye y el papel que en ello desempeña el diseño institucional según los poderes que se otorguen al juez). En efecto, esto supone una concepción de la motivación como discurso justificativo de la decisión, en buena medida marcada por lo que Atienza, de

[9] Debe tenerse en cuenta que la falta de solución de continuidad entre ambos usos del término no se debe necesariamente a una confusión del autor correspondiente, sino a la necesaria imbricación en la que se encuentran, de tal manera que la separación analítica funciona (apenas a medias) con fines puramente expositivos.

manera reciente, ha denominado el *giro argumentativo* de la filosofía del derecho, el cual en la obra de Taruffo pasa por las relaciones entre diferentes tipos de Estado y el modelo de administración de justicia que le corresponde, siguiendo de cerca los planteamientos de Damaška que influenciaron buena parte de la obra del profesor de Pavía desde la década de los años ochenta del siglo XX.

3.1.1. *Dos sentidos de la jurisdicción*

Quienes pretendieron en el contexto italiano construir sistemas procesales lo hicieron a partir de conceptos axiales como la acción – en Chiovenda – y la litis – en Carnelutti. COMOGLIO, FERRI, TARUFFO (2005, 103), conscientes de los límites de los conceptos axiales, definen la *actividad* jurisdiccional como la consistente en resolver conflictos o controversias entre sujetos, mediante la aplicación judicial de normas sustanciales destinadas a regular la hipótesis fáctica que suscita la controversia, con independencia del tipo de pronunciamiento que se pida al juez y con independencia del tipo de protección que el derecho otorgue.

Esa definición, por un lado, es demasiado amplia – en tanto permite abarcar distintos tipos de conflictos propiamente civiles – y, en consecuencia, concibe al proceso judicial (de conocimiento o de ejecución) como el instrumento típico a través del cual se ejerce la función jurisdiccional. Pero difícilmente permite abarcar un proceso en el que se juzga la legalidad o la constitucionalidad de una norma jurídica, o un proceso penal. Eso sugiere la conveniencia e incluso la necesidad de una definición más amplia, como la que propone (volviendo a vincular la noción de Estado) el ya citado Perfecto Andrés Ibáñez: «la jurisdicción es una función del Estado destinada a decidir con imparcialidad sobre situaciones controvertidas, según las reglas del derecho vigente» (ANDRÉS 2007, 39)[10]. Esta definición, pues, no indica la intensión del término "jurisdicción" pero permite una aproximación funcional al término.

Para Satta, por el contrario, la jurisdicción es un fenómeno de la vida social. Según el primero, la más común de las nociones de jurisdicción señala que es una función del Estado, y usualmente se pretende diferenciarla de las demás funciones estatales buscando su esencia, es decir, lo que le es propio. Sin embargo, considera que la reconducción al Estado no es esencial para el fenómeno jurisdiccional y que lo decisivo es el plano del poder: el poder del Estado, o de otros (como en el

[10] La función de resolver conflictos es la que mayor consenso genera entre las funciones atribuidas a los jueces. Menos consenso generan funciones como las de control social y creación de normas jurídicas (SHAPIRO 1981, 17). Está de más decir que sobre la creación de normas jurídicas por los jueces, la literatura es amplísima. Con todo, se verá en breve que la idea de "litigio estructural" puede verse como una evolución de la función de creación de normas jurídicas.

arbitraje), pero no el Estado mismo (SATTA 1970, 223). A Satta, en efecto, parece repugnarle la idea del Estado como una entidad superpuesta a la sociedad:

«con la personificazione dello Stato si introduce nella vita associata (e soprattutto nella giurisdizione) un signore misterioso col quale i singoli sono in rapporto di servizio» (SATTA 1970, 223).

Al contrario, cree este autor que la tripartición de las funciones o poderes del Estado solo busca expresar un principio político, según el cual la organización de la *societas* se articula en momentos diferentes, a cada uno de los cuales corresponde un poder. Así, dice Satta, si se quita de en medio la idea de función, y si se quita de en medio la «equívoca y peligrosa entificación» del Estado, la jurisdicción no sería otra cosa que la afirmación del ordenamiento jurídico en el único lugar donde puede hacerse esa afirmación: en un caso concreto. En otras palabras, para Satta la jurisdicción es el único momento verdaderamente esencial de la organización social, pues sin jurisdicción el ordenamiento perdería su juridicidad: el ordenamiento – dice – únicamente es jurídico en cuanto pueda y deba ser afirmado. En esa línea de pensamiento, la jurisdicción precedería a la legislación.

Para Taruffo, por el contrario, la idea central de la jurisdicción gira alrededor del concepto de Estado y, en particular, del concepto de Estado de Derecho: «es el Estado de Derecho, más que las reglas formales de la democracia, lo que representa el fundamento de la tutela de los sujetos más débiles y, en general de todos aquellos que son titulares de derechos, frente a la agresiva invasión de los poderes económicos fuertes, y frente a un poder político que se hace esclavo de los intereses privados» (TARUFFO 1996, 135). En cuanto al contenido de la jurisdicción en esa forma "evolucionada" del Estado de Derecho que es el Estado constitucional, Taruffo considera que está vinculado a la concepción del derecho de acción propio de las llamadas concepciones publicistas del proceso. Estas concepciones, en su opinión, conforman la "abrumadora" teoría de la decisión judicial en Europa en el siglo XX y, particularmente, en la segunda mitad (TARUFFO 2009a, 32). En ese sentido, aunque la garantía de acceso a la justicia ya se conocía al menos desde la Quinta Enmienda a la constitución de Estados Unidos, su contenido actual se concreta fundamentalmente en las constituciones de la segunda posguerra, de manera simultánea con la introducción de derechos sustantivos, de tal manera que el acceso a la justicia se concibe como forma de asegurar «la oportunidad de cualquier ciudadano para reivindicar sus propios derechos ante un tribunal». No es casualidad, pues, que la convicción de que el sistema de administración de justicia "formal" es incapaz de suministrar acceso a la justicia para todos, se haya considerado como una de las razones para la explosión de los llamados métodos alternativos de solución de controversias a finales de los años sesenta del siglo XX (TWINING 1993, 380).

Teniendo presente lo anterior, la función que Taruffo le atribuye a la justicia civil en el Estado contemporáneo como garantía secundaria de los derechos, pasa

por lo que el profesor de Pavía denominó la "juridificación" de la vida. Adicionalmente, se examinará la noción de controversia civil en la obra de nuestro autor, para examinar si es posible determinar los límites de su construcción teórica frente a solo un tipo de controversias.

A. *Breve consideración sobre el enfoque funcional*

Si bien en el fenómeno de mundialización de la justicia (quizás sea mejor emplear la expresión ya acuñada: globalización) se desdibujan el *imperium* y la *iurisdictio*, normalmente se considera – sobre todo por romanistas, historiadores del derecho y procesalistas – que esas son las dos notas características de la jurisdicción, esto es, de la facultad de *decir el derecho* por quien tiene poder para hacerlo. La literatura romanista sobre la distinción entre *imperium* y *iurisdictio* es abundante. LUZZATTO (1970) señalaba que la única forma de definir a la jurisdicción en el derecho romano era de manera sumamente genérica, debido a las numerosas variaciones del concepto en función de las diferentes épocas y las diversas formas del proceso. Igualmente, debido al hecho de que únicamente la *iurisdictio* se predicaba de las cuestiones civiles: en materia criminal de *iurisdictio* solo puede hablarse a partir del siglo III d.C. Sin embargo, señalaba el mismo autor que lo que está fuera de toda duda es que la *iurisdictio* no corresponde al concepto actual de jurisdicción[11]. Para este autor, la *iurisdictio* se refiere a un conjunto de poderes del magistrado, consistente en la facultad de indicar a las partes la norma aplicable al caso concreto. Esta indicación solo tiene un carácter técnico y encuentra su fundamento en el *imperium*, pero no se confunde con él, razón por la cual podía ser delegada, aun a funcionarios que no lo tuvieran. Por ello, la caracterización moderna de la jurisdicción parece heredar del derecho romano únicamente algunas notas fundamentales, sin que sea posible remontarse a él, más que para rastrear algunos antecedentes que iluminan algún aspecto de la concepción moderna de la institución. La vía del derecho romano, entonces, resulta insuficiente para caracterizar completamente la noción contemporánea de jurisdicción.

El ya citado Perfecto Andrés Ibáñez, de manera reciente, ha intervenido en el longevo debate sobre «la debatida naturaleza de la jurisdicción» (ANDRÉS, 2015, 76 ss.), recordando que era el propio Calamandrei quien negaba la posibilidad de dar una definición absoluta el concepto, porque este «ha experimentado transformaciones relevantes, tanto en su función como en su forma de inserción en el marco estatal, en distintos momentos históricos y muy en particular a partir

[11] No puede dejarse de advertir, con todo, que Luzzatto identifica la jurisdicción "actual" – el texto citado es de 1970 – con la fase final de la construcción del silogismo (LUZZATTO 1970, 191). Según el autor, el proceso romano del *ordo iudiciorum privatorum* estaba dividido en dos fases (*in iure* y *apud iudicem*), presididas respectivamente por el magistrado y por el juez, que carecía de *iurisdictio*, pero dictaba la sentencia.

de la segunda posguerra». En efecto, el mismo Calamandrei consideraba que la jurisdicción era la continuidad de la función legislativa, pues consiste en la actuación de la voluntad ya manifestada por el Estado en la ley.

B. *La jurisdicción como garantía secundaria de los derechos*

Según la ya clásica formulación de ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1975, 202 ss.), la jurisdicción (obligatoria) es uno de los remedios para solucionar dos tipos de problemas de los que puede adolecer un sistema jurídico: (i) problemas de falta de conocimiento – duda o ignorancia – de la calificación normativa de una conducta (sea debido a defectos del sistema o a problemas de subsunción), o (ii) el incumplimiento o transgresión de las normas. Que la jurisdicción sea obligatoria, afirman, supone a su turno varias cosas: primero, que no es necesario el consentimiento del demandado o acusado para activarla; segundo, que éste no puede sustraerse a la misma ni es necesario su consentimiento; tercero, que la sentencia dictada por el juez puede imponerse aun coercitivamente. Esta caracterización acerca de la función que cumple la jurisdicción tiene una relación directa con el papel que cumplen las normas, pero no descuida un aspecto fundamental: que la activación de la misma solo se da cuando es necesario resolver conflictos de intereses[12], porque ellos son reconducibles a problemas normativos. Esta concepción es una de las que Movilla (ANDRÉS, MOVILLA 1986, 156) clasificaría dentro de las que denomina teorías objetivas para caracterizar la jurisdicción. Según este autor, tales teorías pueden clasificarse en tres grupos: el de las subjetivas, esto es, las que consideran que la jurisdicción «tiene por fin tutelar los derechos subjetivos de los particulares»); el de las objetivas «que parten de la idea de que la finalidad de la Jurisdicción es la actuación del derecho objetivo»; y el de las mixtas, que no se apoyan en un único criterio sino en «la combinación de varios para del conjunto de todos ellos extraer la nota diferencial de la Jurisdicción». El autor considera, así, que la jurisdicción es una potestad[13] que emana de la soberanía del Estado, consistente en la posibilidad de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». Y considera igualmente que la jurisdicción se clasifica en alguna de las tres teorías mencionadas, atendiendo al propósito que se pueda atribuir a tal potestad. Sin embargo, en opinión del mismo, la mencionada taxonomía (que oscila entre la atención predominante al *jus litigatoris*

[12] Con todo, según los autores citados, los conflictos de intereses son básicamente de dos tipos: «aquellos en los que la controversia versa acerca de la clasificación o tipificación de un caso individual, es decir, en los que se discute si un determinado caso individual pertenece o no a un determinado caso genérico, y b) aquellos que versan sobre la calificación normativa de una determinada conducta». De allí se deriva que las sentencias sean de dos tipos: *declarativas*, que corresponden a problemas de clasificación, y *normativas*, que corresponden a problemas normativos, esto es, los que versan sobre el estatus normativo de una conducta (ALCHOURRÓN, BULYGIN 1975, 204).

[13] Es justamente Movilla quien resta importancia a la diferencia entre *poder* y *potestad*, a pesar de un célebre texto de Víctor Fairén Guillén en ese sentido.

o al *jus constitutionis*) no rinde mayores frutos, pues lo que "en verdad" le interesa – dice – es «determinar lo que hay detrás de esa función». Por el contrario, Taruffo sí entiende – como Ferrajoli[14] y antes de él, aunque de manera mucho menos elaborada, Chiovenda y otros tantos, como Adolf Wach o Franz Klein – que la jurisdicción debe considerarse a partir de su finalidad como garantía secundaria de las garantías primarias, esto es, como garantía secundaria de los derechos, y no únicamente como una función normativa para la resolución de controversias de clasificación o sobre el estatus normativo de una conducta. En otras palabras, para Taruffo la jurisdicción es garantía de los derechos «porque es de naturaleza instrumental» a aquellos (TARUFFO 2012, 27)[15]. Y si la jurisdicción-órgano es la institución que hace posible el proceso, el derecho procesal objetivo es la forma a través de la cual se cumple la función jurisdiccional. De esta suerte, aunque es cierto que la jurisdicción no se reduce a lo procesal, también lo es que el (mal) funcionamiento de aquella suele atribuírsele a los defectos que acuse la ley procesal.

El carácter de garantía secundaria, pues, significa que la existencia y afirmación de los derechos es anterior a la existencia de los mecanismos que se desarrollen para restablecerlos en caso de vulneración (*rights precede remedies*, diría Taruffo). Por tanto, el papel fundamental de la jurisdicción es asegurar – de manera general, pues no puede existir ningún derecho sin tutela jurisdiccional – «la justiciabilidad de las violaciones de los derechos» (TARUFFO 1996, 136; TARUFFO 2009a, 22) a través de una serie de garantías procesales. TARUFFO (2009a, 35) señala también que tales garantías, complementarias del acceso a la justicia, serían la independencia y la imparcialidad judicial, el principio de legalidad (que limita las posibilidades creadoras de derecho del juez y da amparo al control de las decisiones judiciales por vía de los diversos mecanismos de impugnación) y la garantía de

[14] Así, expresamente, en TARUFFO 2012; Ferrajoli ha entendido que uno de los defectos de la teoría de Kelsen es la confusión entre derechos y garantías. En efecto, considera que cuando Kelsen define un derecho como el reflejo de un deber jurídico, lo que en realidad refleja es que no logra distinguir entre la garantía primaria (en sus términos, «la obligación de prestación o la prohibición e lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo») y la garantía secundaria (que él define como «la obligación de anulación o de condena predispuestas en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por un acto ilícito»). Al respecto, véase FERRAJOLI 2007a, 630 e 861. A su turno, al abordar la cuestión de la separación de poderes (FERRAJOLI 2007b, 196 ss.) reformula la separación de los poderes públicos como separación entre funciones de garantía y funciones de gobierno, y ha destacado que «la separación de la función judicial de los demás poderes públicos» ha revelado "su función grantista", que no consiste en el simple respeto de la ley, sino en la aplicación de la ley si ésta resulta violada (FERRAJOLI 2007b, 199).

[15] Fiel a la tradición postsistemática de la que es heredero, Taruffo considera que entre los derechos debe incluirse a los sociales, tales como los de libre organización, afiliación a sindicatos, educación, entre otros. Para ello es necesario asumir – afirma – que las normas constitucionales y particularmente las que consagran derechos no se dirigen sólo al legislador sino también a todos los demás sujetos y, particularmente, a los jueces: es necesario que los jueces las apliquen directamente, «aun cuando no existan normas de nivel ordinario que reconozcan estos derechos» (TARUFFO 2012, 30)

motivación de las sentencias. Esas garantías bien podrían complementarse con lo que se ha denominado el «monopolio judicial de los tribunales» –, compuesto por dos notas esenciales de la jurisdicción. En primer lugar, la exclusividad, tanto en sentido positivo – la jurisdicción corresponde exclusivamente a los jueces, y a nadie diferente de ellos – como negativo – los jueces no han de ejercer ninguna otra función –. Y, en segundo lugar, la unidad, es decir, la existencia de un único cuerpo de jueces. Para Taruffo, entonces, la relación entre la ley sustancial y la jurisdicción puede verse, de manera gráfica, como una proyección en el tiempo: mientras la ley sustancial se proyecta sobre el futuro, la función de la jurisdicción se proyecta sobre el pasado, al restablecer un estado de cosas que ya existía (TARUFFO 1996, 140).

Con todo, Taruffo no parece convencido de que en todas las concepciones de la jurisdicción se haya procedido de la misma manera. Dado que es especialmente crítico con el modelo *adversary* de administración de justicia, parece dispuesto desde el inicio a negar que sea siquiera posible, en este tipo de sistemas, desempeñar la función de la jurisdicción así caracterizada. En el modelo estadounidense, por ejemplo, considera que la premisa de la igualdad de las partes – que, en teoría define el modelo – es apenas aparente. Para Taruffo, en realidad, «el grado de *fairness* del proceso *adversary* no es definible ni evaluable *a priori*, sino solo en función de la relación de la capacidad defensiva de las partes en cada caso concreto particular» (TARUFFO 1979, 98). Y la capacidad "defensiva" desaparece razonablemente cuando entre ellas hay una desigualdad intrínseca (por ejemplo, en razón de su diversa capacidad económica), que no es solucionada o superada por el Estado mismo al momento de operar la jurisdicción. La igualdad de las partes, en realidad, parece verse reducida no solo por condiciones "intrínsecas", sino también por fenómenos ajenos al proceso mismo. En ese sentido, la tendencia a resolver conflictos a través de instrumentos no judiciales e incluso no contenciosos entre partes iguales, hace que la jurisdicción quede reservada (tendencialmente) a casos en los que el proceso se resuelve entre partes desiguales, es decir, a una porción mínima de la totalidad de los conflictos, lo que en al menos preliminarmente impide que se cumpla la función de garantía a la que se ha aludido. Esta tensión, en ese sentido, es prácticamente imposible de superar, al menos en términos de la eficacia del sistema: «o se admite que este [se refiere al sistema *adversary*] se ha construido *ad hoc* para las tradicionales controversias individuales de la burguesía pudiente, y entonces se puede decir que presenta un buen grado de efectividad [...] o bien [...] se afirma que el proceso *adversary* es el proceso "para todos", y entonces es necesario concluir que tiene un grado de efectividad bajísimo, porque en la mayor parte de los casos en que entra en juego no está en capacidad de obrar *iuxta propria principia*» (TARUFFO 1979, 100).

Ahora bien, a pesar de lo aparentemente banal que resulta esta caracterización de garantía secundaria, hay concepciones en las que, al contrario, se sostiene que

"*remedies precede rights*". Se trata de concepciones en las que «sólo existen verdaderamente los derechos que resultan afirmados o reconocidos a través del empleo de los remedios jurisdiccionales» (TARUFFO 1996, 141). En estos casos – Taruffo se refiere de manera predominante a una *fight theory of justice* (TARUFFO 1981, 6) – la forma del proceso es un fin en sí mismo pues la finalidad del Estado, cuando de controversias se trata, se reduce a propiciar un escenario "libre" para la confrontación y la justicia material de la decisión no es una finalidad necesaria del proceso judicial. Si esto es así, sólo la ley sustancial confiere o reconoce derechos y la jurisdicción – a través de la ley procesal – tiene únicamente una función de restauración de la situación jurídica precedente a la vulneración del derecho. Un modo de ver las cosas como este – es decir: en el que no importa tanto la corrección material de la decisión como la corrección del procedimiento que se emplea para llegar a ella – pasa por alto, advierte nuestro autor, una de las notas predominantes de la jurisdicción en los ordenamientos modernos: que nuestras sociedades viven una permanente (y, se añadiría, inevitable) juridificación de las relaciones sociales y de las situaciones subjetivas y que, por lo tanto, lo que se juega en un proceso judicial es algo más que la corrección de las formas de debatir ante un juez pretendidamente imparcial.

C. *La juridificación*[16]

Un conocido artículo de Robert SUMMERS (1974) en el que empleó como recurso a la sociedad imaginaria de Bodea, partía del lugar común según el cual los sistemas jurídicos operan a través de "procesos": para designar funcionarios, para crear y aplicar el derecho, para imponer sanciones, etcétera. Y destacaba que no sólo era posible evaluar los resultados de esos procesos, tal como parecía habitual en la teoría jurídica, sino también los procesos mismos. Su propuesta consistía en evaluar los procesos a través de valores procesales (*process values*), esto es, mediante criterios de valoración que permitan determinar si un proceso jurídico es bueno en tanto proceso, al margen de cualquier evaluación de la eficacia o bondad de su resultado. La juridificación a la que se refiere Taruffo (señalada en el epígrafe anterior), de esta manera, es algo así como el género al que pertenecerían los *legal processes* de Summers, de los cuales el que más le interesa, como resultará evidente, es el de aplicación del derecho a través de la jurisdicción. Pero la jurisdicción es imposible de concebir al margen del Estado y sus funciones, de tal manera que conviene comprender cómo se estructura en nuestro autor el paso de la creación estatal del Derecho a su aplicación en sede jurisdiccional.

[16] La expresión juridificación (como acción y efecto de hacer o convertir algo en jurídico) en castellano, es un verdadero neologismo que, no obstante, tiene fuerza explicativa sin necesidad de mayores elaboraciones idiomáticas. Taruffo emplea en italiano la voz *giuridificazione*.

Cuando Taruffo caracteriza los vínculos entre el modelo de estado y el tipo de jurisdicción, se apoya en la reconstrucción de Damaška, considerada como alternativa a la sempiterna división entre sistemas acusatorios e inquisitivos. En efecto, el enfoque que Damaška imprimió a los estudios comparados tuvo su punto más alto en la propuesta de revisar las diferencias conceptuales entre los sistemas de *common law* (y su asociación a procesos judiciales de tipo acusatorio o – para usar el neologismo – *adversarial*) y de *civil law*. DAMAŠKA (1986, 16) buscaba reemplazar ese análisis por un esquema más complejo que tenía en cuenta tres aspectos conceptuales: a) las propiedades o atributos de los funcionarios judiciales (que pueden ser o profesionales y permanentes o legos y transitorios); b) las relaciones entre esos funcionarios (que pueden ser subordinados unos a otros, o encontrarse en relación horizontal); y c) la forma de tomar decisiones (según se haga de acuerdo con patrones técnicos o especiales[17] o normas generales de la comunidad). De acuerdo con CHASE (2005, 66) el particular modo en que se imbrican en un país las tres capas de análisis determina qué tipo de sistema procesal se ha adoptado. En opinión del mismo Chase, el autor de origen croata considera – como él mismo – que el fundamento cultural de los sistemas de resolución de controversias es muy profundo[18]. Taruffo, por su parte, considera que la utilidad de la distinción de Damaška está en que permite hacer evidente que la etiqueta "inquisitivo", aplicada al proceso civil, es «un mero artificio retórico generalmente usado para provocar reacciones negativas con respecto a modelos procesales en los cuales el juez está dotado de poderes autónomos».

Los tres aspectos que considera Damaška le permiten muchas combinaciones y algunas generalizaciones, pero tienen por característica principal advertir la imposibilidad de hacer asociaciones necesarias entre las distintas categorías, cuyas combinaciones son, en consecuencia, apenas contingentes. De allí surgen los dos esquemas básicos de organización posible de la jurisdicción que Taruffo termina adoptando, al menos parcialmente. Por una parte, el de jueces-funcionarios, organizados jerárquicamente y que deciden con arreglo a criterios técnicos, que da lugar a la organización vertical del poder judicial. Este esquema es el que se estima más cercano a la realidad europea continental. Y por la otra, el de jueces (al menos en cuanto a los hechos: *fact finders* o *triers of fact*) legos, en un único nivel – al que llama "coordinado" y que, como se señalaba antes, en la traducción al español de su obra se denomina "paritario" –, que se asocia fundamentalmente al *common law*.

[17] Damaška se refiere a «special or "technical" standards».

[18] Taruffo siempre ha creído que la base necesaria de cualquier sistema de resolución de controversias está en los aspectos culturales de la sociedad correspondiente. En ese sentido, considera imposible una unificación e de los sistemas procesales civiles entre sí, porque implicaría – dice – la reducción a la nada de las diferencias históricas, éticas, sociales y culturales de una comunidad, que no solo constituyen una complejidad enorme, sino además una riqueza irrenunciable (TARUFFO 2013, 41).

Si bien no hay extremos necesarios, en el ideal jerárquico (DAMAŠKA 1986, 19) se supone la profesionalización de la jurisdicción a partir de la rutina y la especialización. En opinión del autor, esto permite el desapego emocional del juez respecto de las causas que decide y permite que el pronunciamiento de la sentencia pueda adscribirse las *curiae*, entendidas como entidades impersonales diferentes del individuo que las integra. Al mismo tiempo, es un modelo que anula o matiza las voces disidentes. En estos casos, el poder se proyecta desde lo alto hacia los niveles más bajos y es posible que se produzcan grandes desigualdades entre los distintos niveles de la jerarquía y los conflictos que debe resolver – justamente por el hecho de haber una jerarquía – el nivel más alto del escalafón. En este modelo, pues, la discrecionalidad no hace parte del juego, ya que se privilegian los valores de orden y uniformidad. De allí que las decisiones sean, por definición y salvo en el nivel más alto de la jerarquía, esencialmente revisables a través de un sistema de recursos más o menos complejo. Dado que el sistema es piramidal (con una base amplia de jueces en los estratos más bajos y una élite muy pequeña en el nivel más alto), no todas las decisiones pueden ser revisables, lo que obliga a que el sistema mismo seleccione cuáles son los asuntos "decidibles" por los niveles más altos. Esas revisiones por el superior tienden a producir un alejamiento de la justicia del caso concreto como efecto de la insensibilización, pero también – siempre en cuanto al llamado modelo jerárquico – obligan a asumir como no definitiva, al menos en línea de principio, la decisión que adopta el primer tribunal que conoce del asunto. Tal como señala el veterano profesor croata, la primera decisión de fondo que se adopta suele considerarse como meramente provisional, de tal manera que la interposición de recursos es una consecuencia casi necesaria de la decisión. En otras palabras, los recursos son algo que, en el orden normal de las cosas, va a suceder: lo rutinario es que una decisión sea revisada por el superior jerárquico de quien la ha tomado (DAMAŠKA 1986, 48)[19].

Por otra parte, el modelo jerárquico parece necesitar de un material normativo particular. Damaška encuentra que hay dos tipos de orientaciones cuando se trata de la adopción de decisiones con arreglo a patrones o criterios: una tecnocrática y otra legalista. En la primera, que podría reconducirse a cierto consecuencialismo, el juez debe evaluar todas las posibles consecuencias alternativas de adoptar una decisión y elegir la que arroje las consecuencias más relevantes desde el punto de vista de los objetivos planteados. La orientación legalista, por su parte, no tiene en

[19] No debe dejar de anotarse lo que todo ello supone en términos de eficacia del derecho y de eficiencia del aparato judicial en este tipo de modelos. Un sistema que por defecto debe decidir varias veces el mismo asunto tiende a perpetuar una imagen precaria de la eficacia de las normas jurídicas (que necesitarán de una decisión que pueda considerarse definitiva, y no será la primera), y a desperdiciar recursos pues se sabe que, de manera tendencialmente inevitable, la decisión del primer juez nunca será definitiva. En cuanto a los hechos, parece haber mayor consenso en que los tribunales superiores, por ejemplo de casación, tienen menos acceso a su determinación.

cuenta ni la formulación de objetivos ni el alcance de esos objetivos, de tal manera que la norma debe aplicarse, aunque los resultados sean negativos. Para Damaška, pues, el ideal jerárquico es más fiel a sus premisas cuando la jerarquía se arregla en un esquema normativo legalista, en el que la visión de conjunto e interpretación de las normas generales se forma en lo alto de la jerarquía y de allí desciende[20] (DAMAŠKA 1986, 23). Este enfoque legalista es usualmente atribuido al surgimiento de las universidades italianas en el siglo XI, y parece haber calado bien en las burocracias centralistas de los siglos XVI y XVII.

El segundo gran modelo es el coordinado (o paritario), que Damaška describe como una máquina amorfa en la que las líneas que separan a unos funcionarios de otros son pocas, pero evidentes. Este ideal supone simplemente la existencia de un marco institucional para el ejercicio de la función judicial, en el que los funcionarios son legos, no profesionales, y ejercen ese papel por tiempo limitado. No hay una frontera nítida, pues, entre estar adentro y estar afuera del sistema: no hay solución de continuidad entre la esfera personal y la esfera funcionarial, de tal manera que – señala Damaška – el pensamiento institucional es bastante rudimentario. Esto explica que en el modelo ideal coordinado (o paritario), los pronunciamientos de los jueces sean mucho más "personales" o menos institucionalizados y que, ante la ausencia de una dimensión institucional, los votos disidentes sean habituales en los cuerpos colegiados. Así mismo, la no profesionalización genera la necesidad de un cuerpo de profesionales asesores (letrados, *clerks*, *magistrati*, secretarios judiciales, etc.).

En este segundo modelo, la nota característica de la distribución horizontal del poder dificulta la protección de la unidad de la estructura y la uniformidad en el criterio de adopción de decisiones. Pero según Damaška, ese riesgo se contiene mediante un factor interno (y subjetivo) de cohesión: el temor a generar un caos y a las retaliaciones que puedan suscitarse por el hecho de frustrar los efectos deseados por colegas[21]. Esta descripción del modelo se asemeja a la que POSNER (2008, 29 ss.) denomina «teoría estratégica del comportamiento judicial», en función de la cual los jueces decidirían pensando en la reacción de otros jueces, del legislador o de la sociedad misma. El derecho, pues – de manera semejante a lo que sostiene una de las premisas fundamentales del realismo jurídico americano –, juega un papel apenas marginal como elemento de cohesión, de unidad y de coherencia en las decisiones jurídicas. Hay, en palabras de Damaška, una cierta

[20] A esto lo denomina Damaška "legalismo lógico", en el que los criterios de decisión carecen de contexto y no toman en cuenta los detalles del caso. La alternativa es un legalismo (que llama pragmático), en el que las normas son tan concretas que la función judicial consiste únicamente en comparar la norma con el caso.

[21] Dice Damaška: «These and similar possibilities of frustration of one another's efforts may raise fears of retaliation and dead adjustment and cooperation. In other words, not unlike the international arena, the fear of reciprocity becomes a cohesive force, replacing the duty to submit to the imposed and the ordained that prevails in hierarchical organizations» (DAMAŠKA 1986, 25).

cantidad de desorden, pero ese es el precio que se paga por una distribución amplia del poder que encierra la jurisdicción, de manera similar a la forma en la que se reparte la divinidad en la mitología griega: con la única subordinación a Zeus, los demás dioses guardan una cierta homogeneidad. Así mismo, los jueces en el modelo coordinado tendrían entre sí una cierta homogeneidad en prestigio y poder, no obstante las diferencias que existen entre ellos. En el terreno de la justicia sustantiva, el modelo coordinado – a diferencia del jerárquico – parece rechazar criterios de justicia técnica y formalista y privilegia, en su lugar, criterios que se correspondan con las normas éticas, políticas o religiosas predominantes en la sociedad[22]. Por eso, Damaška asocia las concepciones *activistas* de la justicia con este modelo, que considera la justicia sustantiva como una mezcla de sentido común con normas éticas y políticas.

Pues bien: Taruffo, que no incorporaba este tipo de análisis en sus trabajos iniciales, parece dar cabida a las ideas de Damaška muy pronto. Y uno de los escenarios en los que lo hace es a través de la referencia a la juridificación como instrumento a partir del cual opera la jurisdicción. Esa juridificación, pues, para nuestro autor (TARUFFO 1987) consistiría en el conjunto de instrumentos a través de los cuales – en términos de Habermas – el "mundo vital" resulta colonizado por el mundo jurídico. Con esta expresión no se refiere el profesor de Pavía únicamente al fenómeno que ocurre a través de la legislación, como parece intuir el filósofo alemán: se incluye también el subsistema juridificador de la administración, que opera en «segmentos cada vez más numerosos y relevantes» y, por supuesto, el de la administración de justicia. Lo que interesa de la juridificación, entonces, no es el hecho de que el ordenamiento jurídico, al expandirse progresivamente, englobe o colonice zonas del "mundo vital", atribuyéndoles una calificación jurídica que no tenían. Por el contrario, lo que importa de la juridificación (y que da relevancia al papel jurisdiccional en tanto el juez no se comporte simplemente como *passive umpire*) son los criterios con arreglo a los cuales una relación o una situación jurídica termina siendo calificada jurídicamente y los efectos que de ello se derivan. En palabras de Taruffo, pues, lo que verdaderamente importa son las "elecciones de juridificación" (TARUFFO 1987, 583) y, por supuesto, la justificación de esas elecciones.

[22] Con todo, aclara Damaška que no hay conexión necesaria entre la aplicación de normas "comunitarias" (se refiere con ese término a las normas cuya justicia sustantiva se determina por las concepciones éticas y políticas predominantes en una sociedad) y los funcionarios legos. Las normas comunitarias también podrían ser aplicadas por funcionarios de carrera, y a los legos podría encomendársele la función de aplicar normas preestablecidas. Sin embargo, dice, en uno y otro caso surgirían tensiones: en el primero, porque el cuerpo de conocimientos desarrollado por los funcionarios profesionales podría entrar en conflicto con la justicia sustantiva; en el segundo, porque los legos no se sentirían cómodos al verse vinculados por criterios técnicos que no necesariamente entienden y que pueden llevar a soluciones incompatibles con sus propias ideas (DAMAŠKA 1986, 28).

Pero a nuestro autor no se le escapa el hecho de que el derecho no sólo se ocupa de situaciones materiales ya existentes y anteriores al él. La juridificación consistiría, también, en la creación *ex novo* de situaciones jurídicas que no se derivan del "mundo vital", para que sea allí donde se proyecten sus efectos. Tal sería el papel, en su opinión, de la llamada «función constitutiva del derecho». Ahora bien: dado que la juridificación como actividad no coincide con la legislación como proceso a cargo de un sujeto u órgano legislador, Taruffo considera relevante aclarar que la juridificación que tiene lugar en la jurisdicción no es una actividad que dependa íntegramente de la legislación. Esto quiere decir que la juridificación que tiene lugar en el ámbito jurisdiccional a veces es dependiente de la legislación y a veces es autónoma respecto de aquella. Esto, a su turno, es un indicio acerca de las convicciones políticas de Taruffo sobre las decisiones judiciales como fuente del derecho.

En efecto, la idea de una jurisdicción como actividad secundaria, derivada de la legislación y limitada por ella, simplemente presupondría «una específica ideología de la función del juez», como boca inanimada de la ley (TARUFFO 1987, 584), imagen que, si se pretende considerarla como una descripción de la realidad, es sencillamente falsa. De manera clara, esa imagen "ideologizada" no correspondería a sistemas en los que la fuente formal del derecho no es de manera exclusiva o mayoritaria el parlamento[23] pero además – afirma – no tiene en cuenta el hecho de que la juridificación ocurre de manera diferente según sea obra del legislador o del juez. Taruffo piensa, en este sentido, en las interacciones entre el subsistema jurídico y los subsistemas económico y político como una de las razones que justifica trazar la distinción entre varios tipos diversos de juridificación de la realidad.

a) *La juridificación legislativa*

En cuanto a la juridificación legislativa, la consideración inmediata para nuestro autor consiste en los efectos de la calificación jurídica de supuestos de hecho, ya que es esa calificación (en realidad, una categorización) lo que permite seleccionar del "mundo vital" los hechos relevantes. Con todo, es necesario subrayar que en este punto Taruffo considera especialmente importante destacar que es el grado de generalidad de la norma lo que contiene un "programa de juridificación", que puede ser tan indeterminado cuanto la norma misma lo permita: una norma más general, señala (TARUFFO 1987, 587) – por ejemplo un principio constitucional – tiene un efecto más extendido (aunque tendencialmente más vago, más débil y, en

[23] Aquí Taruffo se refiere específicamente al *common law*, al atribuirle un «modo de producción del derecho» prevalecientemente en manos de los jueces (TARUFFO 1987, 585). Esta descripción del *common law* será matizada de muchas maneras por el mismo autor en trabajos sucesivos, particularmente en TARUFFO 2006 (incluido en TARUFFO 2009a), donde ofrece una visión mucho más precisa (y actualizada) de lo que serían las diferencias fundamentales entre los sistemas procesales de *civil law civil law* y de *common law*.

cierta medida, con efectos más imprevisibles), mientras que una norma menos general – por ejemplo, la que fija el término para impugnar una decisión – tiene un efecto más limitado (más preciso, por tanto, más "fuerte" y con efectos más previsibles).

Ahora, todavía en cuanto a la juridificación legislativa, parece evidente la herencia tarelliana de la interpretación jurídica en Taruffo cuando señala que las normas jurídicas son, en realidad, un esquema para referencia de futuras calificaciones jurídicas de los hechos. En efecto, el legislador no prevé – no puede prever – las circunstancias específicas en las que va a llevarse a cabo una determinada calificación jurídica en un caso futuro y, por lo tanto, desconoce los pormenores del caso concreto que se va a subsumir dentro de la hipótesis que ha creado o, peor aún, desconoce si la norma va a ser aplicada o no y aun, en su caso, cómo va a ser aplicada. Esto, de todas maneras, significa que el legislador puede en cualquier momento modificar la juridificación que ha producido. Los efectos producidos por las normas, en ese sentido, se ubican según Taruffo fuera del sistema jurídico, de tal manera que el legislador tendrá primero que identificar si un determinado hecho social es consecuencia de la legislación o de alguna otra causa, para decidir si debe intervenir, y cómo, para modificar los efectos producidos por las normas, cuidando siempre de no generar una hiperlegalización del sistema social, como una suerte de efecto en cadena de la decisión de intervenir (TARUFFO 1987, 590). Esto indica que es bien consciente de que la explosión legislativa no es un fenómeno lineal, sino caótico e incoherente, tanto si se produce de manera "fisiológica", como si se produce como consecuencia de la interacción con la juridificación jurisdiccional (TARUFFO 1987, 597). Al mismo tiempo, considera que el aumento de la legislación no produce sólo un aumento de la complejidad del sistema jurídico sino también un aumento de su desorden y, por lo tanto, de la incertidumbre que genera, problemas que en últimas terminan trasladados para su solución a la jurisdicción.

b) *La juridificación judicial*

Para Taruffo la juridificación sin la jurisdicción parecería ser un fenómeno apenas político. Esto es especialmente importante cuando la esfera de la juridificación legislativa parece quedarse en la forma y no alcanza la realidad. En efecto, para nuestro autor, sin la labor de los jueces los derechos de nueva creación (por ejemplo, los sociales), quedarían inactuados. El juicio, aquí, parece estar claramente anclado al nivel descriptivo de una cierta realidad social cuando señala que «muchos de los llamados nuevos derechos tienen origen en la creación jurisprudencial que da cuerpo y sustancia a principios generales de justicia y a la necesidad de tutela» (TARUFFO 1996, 140). Esto tiene importantes consecuencias: la jurisdicción es, de manera decidida, creadora de nuevos derechos y, además, creadora de los mecanismos para hacerlos efectivos, es decir, creadora de *remedies*

que no le vienen dados por el legislador. Esto se debe a varios factores: la estratificación del ordenamiento, la necesidad de interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de las fuentes legislativas, entre otras. Evidentemente, esto resulta más relevante en los ordenamientos donde la *equity* juega un papel predominante, pero es innegable que al describir así la función judicial Taruffo evidencia problemas de fondo relacionados con la eficacia del derecho, aun en ordenamientos en los que el derecho legislado tiene mayor relevancia.

Con todo, dado que la decisión judicial tiene por objeto una situación concreta – salvo casos excepcionales, como la decisión de puro derecho sobre la validez material de una norma jurídica, como acontece en los tribunales constitucionales –, nuestro autor destaca que no debe perderse de vista jamás que siempre se trata de una situación fáctica particular, pero juridificada. La juridificación, explica, no la realiza el juez por vía de abstracción, identificando categorías de hechos, sino por vía de concreción, es decir, aislando la hipótesis individual y asignándole un significado jurídico. Y es justamente esto lo que autoriza a que en algunos casos el acto jurisdiccional de calificación permita la aplicación, por ejemplo, de precedentes que no serían otra cosa que la atribución a otra situación concreta de hecho, de la misma calificación jurídica (TARUFFO 1987, 592).

Así las cosas, la juridificación jurisdiccional «puede ser vista como un acto o un conjunto de actos con los cuales el derecho "coloniza el mundo vital" o "legaliza la sociedad"», sobre la base de criterios extrajurídicos. Y así como en la juridificación legislativa existe el riesgo de hiperlegalización, en la judicial ha sido identificado desde hace ya varias décadas un fenómeno de *litigation explosion*, que afecta la funcionalidad de los sistemas y que, sobre todo, ha marcado el ritmo de no pocos cambios legislativos. En efecto, el cambio en la consideración política del juez como mero ejecutor de las palabras de la ley, a juez garante (y creador) de derechos, ha hecho que el órgano jurisdiccional adquiera nuevos significados, incluso frente a la sociedad, ante la que ha ganado visibilidad y se ha revalorizado. Se puede seguir hablando de la jurisdicción como función de aplicación de la ley – dice Taruffo – pero el *denotatum* de esta definición ha cambiado radicalmente, porque las operaciones de política del derecho ahora pasan a través de la jurisdicción, tanto como a través de la legislación (TARUFFO 1987, 595).

De esta manera, los dos modos de juridificación no sólo no se excluyen sino que se complementan incrementalmente: el aumento de la juridificación legislada amplía el papel que debe jugar la jurisdicción, pues al añadirse al ámbito de lo jurídico situaciones que antes no estaban en él, se aumenta la posibilidad de que sea necesaria la intervención judicial para su reconocimiento o concreción. En otras palabras, este fenómeno convierte en jurídicos los conflictos que antes eran de otro tipo y, por tanto, demanda la intervención del órgano jurisdiccional. Si a esto se le añaden los casos de defectuosa juridificación (es decir: casos de lagunas y

de antinomias, que podrían ser inevitables), será la jurisdicción quien, finalmente, tenga que resolver la controversia.

La juridificación como fenómeno material, pues, requiere de la jurisdicción de manera necesaria. Y en la elaboración teórica de Taruffo ese modelo no surge espontáneamente ni hace parte de un programa reformador[24]: nuestro autor, por el contrario, parte de la existencia efectiva de algunas instituciones y, como un científico social, las analiza para criticarlas. En ese sentido, no asume una especie de concepto natural de la jurisdicción. Ya CAPPELLETTI (1989, 30) había señalado que la decisión judicial es inevitablemente creativa (de derecho) y que el grado de creatividad exigido va en aumento. A esos efectos, el autor florentino hacía una distinción fundamental: para él, no es lo mismo que el juez sea "creador de derecho" (*lawmaker*) a decir que sea "legislador" (*legislator*). Ser creador de derecho significa que debe interpretar, integrar, clarificar e, incluso, crear derecho *ex novo*. Pero esto no convierte a los jueces en legisladores: aunque ambos procesos (creación de derecho y legislación) puedan implicar lo mismo en términos sustantivos, no lo son en términos procesales. El proceso judicial se caracteriza, en su opinión, por la conexión inmediata con casos y con controversias y por la imparcialidad del juez, rasgos que le diferencian esencialmente del proceso político de la legislación[25]. En efecto, Taruffo – como se vio antes – estima que son menos habituales las teorías de la decisión judicial que parten de una particular teoría del derecho y de la función que desempeña lo que denomina "el juicio": resolver una controversia (TARUFFO 1989).

En estricto sentido, hay teorías de la decisión judicial que se remontan a la teoría el conocimiento (como la teoría del silogismo, mayoritaria en el ámbito italiano en los siglos XVIII y XIX), que partían de la necesidad política y metodológica de racionalizar la actividad decisoria y que luego se ven desafiadas por las teorías antiformalistas de la segunda mitad del siglo XIX en adelante[26]. Taruffo, por el contrario, parece sentirse cómodo entre las teorías de la decisión judicial de la segunda posguerra, que no pretenden lo que él mismo denomina la omnicomprensividad de las teorías globalmente silogísticas y antisilogísticas, sino

[24] La juridificación, en todo caso, tiene íntima relación con las denominadas crisis de la ley y de la administración de justicia, que por esencia son fenómenos que reclaman intervención reformadora. Para Taruffo, al menos la segunda mitad del siglo XX ha supuesto una crisis de la (administración de) justicia. En ese sentido, Taruffo coincide con la idea de Treves (y anticipada en cierta forma por Calamandrei), según la cual la crisis de la justicia – que de alguna manera parece ser una crisis permanente, un problema destinado a no resolverse de manera definitiva – se ha entendido siempre como crisis del aparato judicial, «como crisis de un aparato que no resulta no estar ya en situación de satisfacer las demandas crecientes y las exigencias apremiantes de nuestra sociedad en transformación» (TREVES 1974, 57).

[25] No es casualidad, entonces, que Kelsen llegase a sostener que se hubiese centralizado primero la función de de aplicar el derecho que la de crearlo.

[26] Taruffo rechaza de manera enfática lo que podría traducirse como el "sofisma antilogicista", que reclama la naturaleza intuitiva, subjetiva e irracional de la decisión judicial (TARUFFO 1989).

que tienen como punto de referencia el razonamiento jurídico o el razonamiento sobre normas, con campos de indagación fecundados por la filosofía analítica, tales como el análisis lógico y semántico del lenguaje normativo y jurídico, el análisis de la argumentación[27], etcétera. Pero en ese terreno de comodidad, el profesor de Pavía no considera dominante ninguna orientación teórica y, más bien, prefiere distinguir entre verdaderas teorías *de la decisión* y teorías *del razonamiento jurídico*, pues las segundas en el mejor de los casos llegan a elaborar teorías del juicio de derecho, olvidándose de juicio de hecho, mientras que las primeras, al menos en principio, necesariamente tienen que ocuparse también de la justificación del enunciado fáctico. En realidad, la crítica a las teorías de la decisión judicial parte de considerar que en ellas la distinción entre ambos juicios está infravalorada, tanto en las teorías que pretenden ver en la decisión judicial una única cuestión (v.gr. las teorías silogísticas), como en las que sólo atienden al problema de la interpretación de las normas, menospreciando el resto de cuestiones relevantes. Que en la decisión judicial haya dos tipos de juicio (uno de naturaleza cognoscitiva, otro de naturaleza "hermenéutica"; uno que finaliza con un enunciado descriptivo susceptible de ser calificado como verdadero o como falso; otro que finaliza con un enunciado prescriptivo susceptible de ser calificado como válido o inválido), le hacía reclamar a Taruffo, sobre los años ochenta del siglo pasado, mayor atención al juicio de hecho[28], tarea que él mismo contribuiría a desarrollar muy poco tiempo después. Sin embargo, para llegar allí parece necesario estimar algunos presupuestos que hacen posible la teorización, a saber: las relaciones entre la jurisdicción (y el entorno cultural en el que se desarrolla) y la racionalidad.

3.2. *La noción de controversia civil*

Ahora bien: ¿a qué se aplica la jurisdicción? Ya se ha señalado antes que Taruffo no ha pretendido construir una teoría general de la jurisdicción y ni siquiera de la prueba. Su interés parece estar limitado a la teoría sobre la resolución jurisdiccional de controversias civiles, como un fragmento de una teoría verdaderamente general. Esto puede obedecer a tres posibles razones explicativas: según la primera, Taruffo podría considerar que las controversias civiles son

[27] Debe destacarse aquí que hay ocasiones en las que Taruffo (TARUFFO 1975) se refiere a la argumentación "tópica" y a la argumentación "retórica", destacando las que Atienza llamó teorías *precursoras* de la argumentación (en particular las de Viehweg y Perelman). Lo destacable, ya se ha dicho, es que este relieve de TARUFFO tiene lugar antes de la explosión de las llamadas teorías *estándar* de la argumentación a partir de 1978.

[28] Escribía Taruffo que «[...] osservare che giudizio di fatto e giudizio di diritto sono intrinsecamente connessi e dialetticamente interdipendenti non significa che il primo coincida col secondo, né tanto meno che entrambi si confondano in un *tertium genus* indeterminato ed indefinibile sul plano razionale» (TARUFFO, 1989). Treinta años después, hay quienes consideran que la brecha se ha cerrado completamente (BAYÓN 2008).

esencialmente diferentes de otro tipo de controversias y, por lo tanto, conscientemente se especializa en las primeras para marcar las distancias necesarias con otro tipo de asuntos que podría no dominar. Según la segunda, Taruffo podría desconocer si las controversias civiles son esencialmente diferentes de las de otros tipos, razón por la cual, en una suerte de autorrestricción, sus investigaciones se concentran en las controversias gobernadas por el derecho privado, para evitar imprecisiones en caso de pretender una teoría general que no sabe si está en capacidad de hacer. Según la tercera posibilidad, Taruffo sabría a ciencia cierta que las cuestiones teóricas y epistémicas de la justicia civil son, en lo esencial, idénticas a las que ocurren en otros ámbitos de la jurisdicción y, por tanto, la justicia *civil* es un pretexto para referirse a las cuestiones fundamentales. Nuestro autor deliberadamente reconoce que hay cuestiones particulares en ámbitos como el de la justicia penal, en los que prefiere no inmiscuirse, y se decanta, más bien, por trazar una delimitación de aquello que sí le interesa, reconociendo de alguna manera que hay sutilezas que podría no estar en capacidad de captar en ámbitos diferentes. Así, por ejemplo, sostiene que el proceso penal y el administrativo «tienen implicaciones culturales, institucionales, políticas y sociales completamente diferentes y autónomas» respecto del proceso civil (TARUFFO 2009a, 190), afirmación con la cual pretende salvar responsabilidades en su teorización, en caso de que las particularidades de otras especialidades supongan matices o incluso excepciones, aunque apunta ocasionalmente algunas líneas de esa teorización general. Es el caso de la *teoría general del juicio de hecho* (TARUFFO 1995), en el que declara expresamente no querer realizar tal teoría general, y se reconoce incapaz de abordar todos los aspectos importantes de tal juicio, como se presentaría en cualquiera de las especialidades. Otro tanto ocurre cuando intenta trazar los vínculos entre una noción amplia de cultura y su idea de proceso judicial (TARUFFO 2009b), pues reconoce – sin mayor profundidad –, que el proceso penal o el administrativo tienen implicaciones culturales, institucionales, políticas y sociales diferentes y autónomas respecto del civil.

En el fondo Taruffo suele operar bajo una suerte de propósito general de reducción de la complejidad y su definición de "controversia civil" es un ejemplo consciente de ello, pues el autor elimina cualquier contenido jurídico de la misma (y en especial cualquier contenido procesal). De esta manera, la controversia es una relación conflictiva calificada jurídicamente entre dos (o más) sujetos de cualquier naturaleza: pública o privada, individual o colectiva (TARUFFO 2002, 99)[29]. A partir de esa definición de lo que considera que es la controversia civil, Taruffo se refiere abundantemente ya no a la noción de controversia, sino a un efecto de esa

[29] En el texto que se ha citado Taruffo cualifica además la definición, pues intenta definir la controversia *transnacional*, con el único añadido de que los sujetos deben encontrarse en dos lugares diferentes (TARUFFO 2002, 100).

definición, que sería el proceso civil. Nuestro autor, pues, considera que lo que diferencia al proceso civil del proceso penal responde a formaciones históricas que dependen de cada ordenamiento. Sin embargo, señala algunos caracteres estructurales irreductiblemente diferentes. Se refiere, en ese sentido, a aspectos del proceso penal tales como la presunción de inocencia del imputado – que introduce un desequilibrio esencial al proceso – y a la presencia de una parte pública (TARUFFO 2013, 41). Pese a ello, considera que la armonización entre los dos tipos de proceso es posible en un alto grado de generalidad, si se incluyen en ella cuestiones tales como el derecho de defensa, la obligación de motivar las sentencias, la independencia e imparcialidad de los jueces, la rapidez y la equidad en los procedimientos, entre otros (lo cual se logra mediante una tarea que Taruffo, como se vio ya, acoge con entusiasmo: la adopción de instrumentos para facilitar la solución de problemas que surgen en materia de justicia transnacional, pero además a través de la adopción de principios de *soft law* que sirvan como puntos de referencia para la regulación (nacional, se advierte) de aspectos tales como el procedimiento probatorio, los poderes el juez, entre otros (TARUFFO 2013, 43).

El profesor de Pavía considera que en Europa hay cuatro modelos de procesos civiles: el francés (que se aplica en Italia y Bélgica), el austro-alemán, (que se aplica en países centroeuropeos y escandinavos), el español del año 2000 y, finalmente, el inglés (TARUFFO 2013; TARUFFO 2009a, 93) [30]. De algunas observaciones sobre las características de estos sistemas, parece concluirse una crítica a los sistemas en los que el proceso judicial cumple su función de manera satisfactoria simplemente permitiendo una disputa justa o correcta (en términos formales) entre los litigantes, es decir, aquellos sistemas en los que la justicia se predica del procedimiento y no necesariamente de la decisión adoptada. En estos sistemas de *procedural justice*, en efecto, lo que se encuentra en juego no es la naturaleza ni el fondo de la controversia, sino aquello en lo que consiste o ha de consistir el acceso a la jurisdicción.

Para Taruffo, la forma "creativa" de comprender la garantía de tutela jurisdiccional consiste en dimensionar el principio de plenitud de los remedios. Esto, por una parte, supone redimensionar la noción de acceso a la justicia: consiste en entender que tantas veces cuantas un sujeto necesite de acceso a la justicia, este derecho debe garantizarse, de tal manera que no es la preexistencia de un derecho sustancial lo que activa la jurisdicción, sino la situación de necesidad de cualquier tipo de sujeto, y sin que dicha necesidad tenga que estar previamente definida como un derecho subjetivo (TARUFFO 1996, 142). En segundo lugar, esto supone admitir que el acceso a la justicia puede materializarse también a través de

[30] Lo aquí señalado es solo un ejemplo para lo que se dirá a renglón seguido. Como ya se ha señalado, Taruffo conoce además perfectamente el sistema estadounidense y los sistemas latinoamericanos; así mismo, está familiarizado con algunos sistemas orientales, como el chino.

una dimensión preventiva de la jurisdicción, es decir, la posibilidad de dictar medidas cautelares, sobre todo en los casos en los que la jurisdicción-órgano sabe que la lesión de ciertos derechos no podría ser completamente reparada *ex post* (TARUFFO 1996, 143; TARUFFO 2009a, 33)[31]. Finalmente, frente a este tipo de derechos, la posibilidad de ejecución coactiva de la decisión judicial correspondiente es un permanente reto de la jurisdicción. En estos casos, Taruffo se refiere a la llamada "coacción indirecta" (TARUFFO 1996, 144) vinculada a las medidas cautelares. Aunque parece un aspecto de pura técnica procesal (o, incluso, de diseño institucional del proceso en un ordenamiento determinado) el derecho a la tutela judicial efectiva debe tener una referencia necesaria a la condena, que pueda vincularse a la fase de ejecución de la sentencia y no puede quedarse en la fase de la "declaración" del derecho discutido – todo lo cual puede tener especial relevancia cuando lo que se discute, por ejemplo, es el equivalente pecuniario de una obligación –. Taruffo, pues, considera que ante situaciones en las que la violación del derecho es reparable de manera adecuada sólo mediante la tutela "de condena", debe poder corresponder siempre el tipo de tutela que resulte más adecuado para remover los efectos producidos por dicha violación:

> «Sarebbe ben poco effettiva quella tutela di condanna che si esaurisca nella pronuncia della sentenza, idonea come tale a "dire il diritto", e ad ordinarne la reintegrazione, ma non a far sì che lo stato di fatto venga a corrispondere allo stato di diritto» (TARUFFO 1986, 649).

La tutela judicial efectiva, pues, no constituye únicamente el derecho a obtener la condena en contra de quien ha vulnerado el derecho, sino también el derecho a la ejecución coactiva de dicha condena, derecho que debe ser asegurable a través de medidas cautelares (de las que la *astrainte* francesa le parece el mejor modelo). El asunto no es menor: si se define la jurisdicción como la función de definir quién tiene un derecho ante una controversia, cuando se trata de la ejecución ya se ha agotado el objeto de la jurisdicción: la cuestión de establecer quién tiene el derecho es anterior a la ejecución. Por eso, uno de los fines esenciales del sistema es conseguir el cumplimiento voluntario de las sentencias judiciales, para lo cual – asegura Taruffo – es indispensable el «efecto compulsorio que se deriva de la presencia de un sistema eficaz y completo de coerción directa e indirecta» (TARUFFO 1986, 669).

[31] Algunos ordenamientos, en ese sentido, se decantan por medidas cautelares "innominadas" o "indeterminadas": con el concurso de las partes, el juez tiene una facultad creadora del remedio preventivo que asegura la ejecución de la eventual sentencia. Este tipo de medidas son de frecuente introducción en la protección de derechos fundamentales, en donde la urgencia de la protección determina la necesidad de mayor discrecionalidad judicial.

En la construcción de nuestro autor, esta idea se remonta a la redefinición del contenido del derecho de acceso a la justicia, que en las constituciones de la segunda posguerra se ha ampliado «en términos de *efectividad* y *trato equitativo*», haciéndolo un derecho más complejo (TARUFFO 2009a, 33), pues implica que debe hacerse valer incluso en el curso del proceso a través de la llamada garantía de un juicio justo efectivo. Dos aspectos resultan especialmente relevantes a este respecto: la garantía de acceso a la justicia para los más pobres (lo cual incluye, sobre todo, la necesidad de garantizarles asesoría profesional) y la necesidad de equilibrar el proceso entre litigantes habituales o institucionales y litigantes "de única vez". A tales cuestiones habría que añadir el diseño de mecanismos institucionales para la protección judicial de los que denomina "nuevos derechos" (colectivos, difusos, fragmentados y supraindividuales), que no encajan en el molde de los esquemas procesales de tipo liberal-individual y que, por lo tanto, son considerados defectuosos por el profesor de Pavía.

Volviendo al carácter de garantía secundaria que tiene la jurisdicción, hay que destacar dos planteamientos fundamentales de la formulación que hace Taruffo: en primer lugar, que la función esencial de la jurisdicción es la aplicación de la ley sustancial como condición de la justicia de la decisión que ha de adoptarse; y, en segundo lugar, que su "núcleo" es la comprobación del conjunto de hechos sometidos a juicio (TARUFFO 2009a, 22 ss.; TARUFFO 2012, 30). Tales consideraciones presuponen, por un parte, abrazar concepciones propias de la justicia sustancial y rechazar – por lo menos de manera preliminar – algunos de los postulados de la *procedural justice*; y, por la otra, rechazar las concepciones meramente retóricas de la prueba. Quizás es FERRAJOLI (2007b, 200) la referencia más autorizada en relación con la concepción de la jurisdicción como garantía secundaria y con el mismo contenido del que habla Taruffo – quien, por lo demás, en los escritos más recientes siempre menciona la citada obra de Ferrajoli como su referencia (al respecto, por ejemplo, TARUFFO 2009a y 2012) –. Convenientemente, este autor habla de funciones y no de instituciones, así que no asigna las funciones de garantía únicamente a la jurisdicción:

«Allí donde esté vinculada la sustancia de la decisión, consistente por tanto en la aplicación no sólo formal sino también sustancial de las normas sobre la producción, tendremos una función y una institución de garantía [...]. Es claro que, en ese sentido, la función de garantía por antonomasia es la jurisdicción, enteramente vinculada a la comprobación de la "verdad procesal", de hecho y de derecho, como presupuesto de sus actuaciones».

En efecto, la actividad jurisdiccional consiste en adoptar decisiones judiciales y, como se dijo, de manera paradigmática se tratará de decisiones que resuelven controversias. Simplificando Taruffo define entonces la decisión judicial como «la escogencia que el juez realiza con el fin de resolver una controversia, entre diversas posibles alternativas, cada una de las cuales corresponde a una hipótesis

de decisión» (TARUFFO 2002, 222). De esta manera, el prototipo ideal de la idea de la administración de justicia (occidental y moderna) implica cuatro elementos: (i) un juez independiente, que aplica (ii) normas jurídicas preexistentes, mediante (iii) un procedimiento para obtener (iv) una decisión en la que se declara (v) que una de las parte tiene la razón jurídica, mientras que la otra no la tiene[32].

Ahora bien: quizás está más extendido en el mundo anglosajón la idea de que los jueces (y en particular los de los más altos tribunales, y de manera señalada los constitucionales) son *también* actores políticos, de tal suerte que si sus jueces en tanto actores políticos tienen preferencias (en términos de *policy*), sus decisiones judiciales apuntan de alguna manera en esa dirección[33]. FISS, por ejemplo, ha llegado a estimar incluso que esa es la principal faceta de la facultad jurisdiccional. Para él, la adjudicación – esto es, la facultad jurisdiccional de resolver una controversia mediante una decisión definitiva – nunca ha consistido en la resolución de disputas individuales, sino en dar significado a nuestros valores públicos (FISS 2003, 49; 56). De esa forma, el profesor de Yale traza la distinción entre dos modelos de jurisdicción: un modelo de "resolución de conflictos" y un modelo de "juicio estructural". A estas dos categorías las llama Damaška «de resolución de conflictos» (*conflict solving*) y de implementación de políticas (*policy-implementing*), de tal suerte que el segundo de los mencionados sería un modelo que no requiere de controversia alguna: ni siquiera debe dirigirse contra alguien determinado[34].

Este segundo modelo (de implementación de políticas o de juicio estructural) sería, en opinión de Fiss, propio de la confrontación de valores constitucionales frente a las organizaciones estatales cuya existencia caracteriza a las sociedades contemporáneas y existe en el contexto anglosajón desde al menos finales del siglo XVIII, cuando los jueces daban significado a «valores públicos a través del cumplimiento y la creación de normas públicas como las del derecho penal y las disposiciones relatvas a la propiedad, los contratos y la responsabilidad civil» (FISS 2003, 56-57). Esa sería, justamente, una de las bases del *common law*. En este modelo, el papel del juez consiste en reestructurar una organización pública determinada, tarea que lleva a cabo usando los intereses privados como pretexto.

[32] Esta reconstrucción corresponde, de manera general, a los cuatro elementos que identifica Martin SHAPIRO (1981) como constitutivos de las *courts* y que, a grandes rasgos, coincide con buena parte de la doctrina del derecho procesal. Sin embargo, debe aclararse que en el tercero de ellos Shapiro expresamente se refiere a un procedimiento *adversary*, entendido como la típica forma de procedimiento estadounidense, al que Taruffo ha dirigido reiteradas críticas (fundamentalmente, pero no solo, en TARUFFO, 1979).

[33] La literatura sobre el tema es amplia. De manera particular, puede verse SEGAL, SPAETH 2002 o HALL 2011.

[34] No sebe confundirse la definición del modelo o de lo que éste requiere de manera necesaria con la solución procesal correspondiente a un determinado ordenamiento. Esto supone que el arreglo institucional para poner en marcha el aparato jurisdiccional en ese modelo puede exigir – o no – la determinación de partes

Así, la eventual resolución de los conflictos privados de manera justa puede llegar a ser un efecto no querido, pero aceptado (un *byproduct*, en el término que emplea Taruffo) de la decisión judicial (FISS 2003, 50). Pero en realidad la decisión judicial, diría Fiss, tiene fines trascendentes. Eso explicaría que en ordenamientos que adoptan el modelo de la resolución de conflictos el juez sea completamente pasivo, mientras que en los sistemas que adoptan el modelo del juicio estructural el juez pueda tener iniciativa propia y desvincularse de la iniciativa de las partes, incluso para ampliar o corregir el círculo de destinatarios de la resolución judicial. Según él mismo, el modelo de resolución de controversias corresponde a un «universo sociológicamente empobrecido que no da cuenta de los grupos sociales y de las instituciones burocráticas» (FISS 2003, 80)[35].

Taruffo no parece creer lo mismo, pues pone el énfasis en la necesidad de tomar en consideración tanto la cultura y el contexto de los sistemas jurídicos como la cultura y el contexto del jurista que los interpreta. Para esa cuestión – que en el fondo ya supone una toma de posición diferente – Taruffo emplea una opción metodológica distinta, aunque también adoptando el razonamiento por modelos: en lugar de juicio estructural habla, desde una perspectiva menos apegada a la realidad norteamericana y reivindicando el método comparado, de la existencia de un modelo de "aplicación de la ley" por oposición al modelo de "resolución de controversias" (TARUFFO 1996, 624) como extremos teóricos posibles de la función judicial. Evidentemente, su modelo de aplicación de la ley no equivale a la implementación de políticas de Damaška ni al de juicio estructural de Fiss. Sin embargo, en cuanto al proceso civil propiamente tal, Taruffo no parece albergar dudas: se trata de un modelo para la resolución de controversias (COMOGLIO, FERRI, TARUFFO 1995, 17) y cualquier otra función que se le atribuya no es más que residual[36]. Tanto el modelo de aplicación de la ley que describe Taruffo como el modelo de juicio estructural suponen una concepción de la jurisdicción que no se agota en la finalización del proceso judicial y que involucra al juez aun más allá de la sentencia final. En el de Fiss o Damaška, por ejemplo, el papel del juez va más allá del pronunciamiento del fallo en sentido temporal y lo compromete con la creación, diseño y seguimiento del remedio o solución judicial[37]; mientras que en el

[35] Otros autores, incluso, llegan a sostener que cierto tipo de tribunales son actores políticos que deben implementar decisiones, para lo cual dependen de otras instituciones (HALL 2011, 15 ss.).

[36] Para los autores citados, el proceso civil no es definible de un único modo, ninguna definición agota todos los aspectos relevantes del fenómeno que se quiere conocer. Sin embargo, consideran que el punto de partida de cualquier estudio sobre el proceso civil es que se trata del más importante método institucional para resolver controversias (COMOGLIO, FERRI, TARUFFO 1995, 17). Esto significa, en su opinión, que hay otros modos de resolución de conflictos y que no puede comprenderse el proceso judicial si no se comprenden otros instrumentos que se emplean con la misma finalidad, algunos de ellos no institucionales.

[37] En algunos ordenamientos se han regulado mecanismos procesales para la protección de derechos e intereses colectivos, las cuales contemplan facultades judiciales con dichos alcances.

extremo que dibuja Taruffo el juez va más allá en sentido funcional: es más que un simple árbitro de la limpieza de la contienda entre las partes, y está investido de todos los poderes necesarios para buscar una decisión «jurídicamente válida, independientemente de la actividad de las partes» (TARUFFO 1996, 626). Aunque las concepciones del proceso como un escenario de libre confrontación entre titulares de intereses contrapuestos han sido en buena medida contrarrestadas por las llamadas concepciones publicistas del proceso, no es menos cierto que hay al menos dos grupos de concepciones que defienden una idea de la jurisdicción en la que el juez no es – o mejor: no debe ser – protagonista. Por una parte, se trata de las que Taruffo denomina doctrinas "liberistas", dentro de las que se cuenta la concepción mayoritaria de la cultura jurídica angloamericana y su defensa del *adversarialism*. Por la otra, se trata del autodenominado garantismo procesal, que asume como finalidad del proceso la resolución del conflicto «y no la aplicación de la ley o la obtención de otros fines» (TARUFFO 1996, 137). De esta suerte, si la jurisdicción se ha establecido para administrar el proceso y el proceso no es más que un mecanismo para la eliminación de la controversia, el objeto de la jurisdicción se agota cuando desaparece el conflicto, con prescindencia de si se ha aplicado la ley, si se ha buscado la justicia, o cualquier otra cosa.

En el mismo sentido, en un modelo procesal construido a partir de esta premisa, el proceso (el *due process*) legitima en sí mismo la decisión: la corrección del proceso asegura – al menos formalmente – la corrección de la decisión. Este tipo de concepciones es incompatible con una distinción básica de las teorías de la argumentación jurídica: la que se establece entre la justificación interna y la justificación externa de las decisiones judiciales. En ellas, parece bastar con una competición "libre" entre las partes y con la observación de un juez imparcial (el *passive umpire*, al que se refiere recurrentemente[38]) que intervenga únicamente cuando el curso de la competición desborde los límites de esa sana y libre competencia.

En los procesos judiciales que se articulen a partir de esta idea, entonces, la verdad sobre los hechos que han suscitado la controversia pasa a ser una cuestión marginal. Si el objetivo del proceso es eliminar la controversia, que dicha eliminación se haga determinando la verdad sobre los hechos o no, poco importa. Con todo, la concepción de la prueba de autores como CARNELUTTI (1947) – de quien se diría que es uno de los hitos fundacionales de esta línea de pensamiento – no está completamente alejada de la necesidad de determinar la verdad sobre los hechos de la causa. Pero a él se debe fundamentalmente la introducción de la distinción entre verdad *procesal* y verdad *material*, que es al mismo tiempo falaz y conceptualmente equivocada. En estas concepciones, pues, el proceso no tiene por finalidad

[38] El árbitro pasivo (*passive umpire*) es la figura central del modelo *adversary* anglosajón, en el que la verdadera clave es «el monopolio de las partes sobre toda iniciativa procesal, desde la *party-prosecution* a la *party-presentation*» (TARUFFO 1979, 112).

primordial asegurar la *legalidad* de la decisión, pues en ellas – y se advierte cierto iusrealismo – «no es el Derecho el parámetro fundamental en que deberían inspirarse las conductas de las partes y las decisiones judiciales y ni es la actuación de la legalidad el fin fundamental de la jurisdicción» (TARUFFO 1996, 139).

4. *Conclusiones*

Una de las finalidades del proceso consiste ciertamente en acabar con las controversias. Pero una concepción que se decante por la defensa a ultranza de esta finalidad en perjuicio de otras (como sería la de aplicación del derecho), llevaría a convertir el proceso judicial en un simple mecanismo legitimador formal de las decisiones, cualquiera fuese su contenido. Si sólo se buscara la solución de la controversia teniendo como único límite el respeto de la autonomía de las partes, cualquier decisión sería justa; y sería un mejor proceso aquél que, simplemente, permitiese un máximo despliegue de la autonomía de las partes, que buscarían la solución mediante una disputa lo más libre posible (TARUFFO 1996, 13). En esas condiciones, la eventual justicia o corrección de la decisión resulta meramente contingente, pues se excluye la aplicación de criterios diferentes de la garantía de libre competición, como podrían ser la verdad histórica – con independencia de lo que se quiera entender por ella – o algún tipo de justicia sustancial.

El punto medio de Taruffo entre los dos extremos teóricos – aplicación del derecho y juicio estructural o, si requiere, entre concepciones adversativas y autoritarias del proceso – al que nos hemos referido supone entonces una redefinición de las relaciones entre derecho procesal y derecho sustancial, y supone revaluar la tradicional idea según la cual el proceso es un *posterius* al que se recurre cuando se niega, confronta y viola un derecho, que es el *prius*. En otras palabras, supone separar la calificación del derecho procesal como contingente. Esa revaluación pasa por redescubrir ciertos aspectos de la jurisdicción civil en los ordenamientos modernos.

Así, en primer lugar, Taruffo reivindica que debe reconocerse la ya examinada juridificación de las relaciones sociales, en virtud de la cual hay al menos algunos casos en los que es a la jurisdicción, y no al legislador, a quien ha correspondido históricamente conferir relevancia jurídica a ciertos hechos.

En segundo lugar, sostiene que hay derechos que se han originado en la jurisprudencia, a partir de lo que llama principios generales de justicia; se refiere con ello a la evolución de derechos como la salud, el medio ambiente o la privacidad (TARUFFO 1996, 140). Taruffo, sin embargo, no apunta las causas posibles del activismo judicial o la eficacia de los derechos creados o ampliados por la jurisprudencia en el diseño de políticas públicas.

En tercer lugar, Taruffo plantea una tesis un poco más fuerte: según él, sólo existen los derechos que hayan sido afirmados y reconocidos mediante remedios jurisdiccionales: *remedies precede rights* (TARUFFO 1996, 141). Esta tesis, que resulta algo extraña a los ordenamientos continentales, supone que «la función de la jurisdicción no es sólo declarar derechos después de que ya existan, sino también crear derechos que antes no existían y que vienen a ser tales, precisamente, a partir del pronunciamiento del juez que los reconoce» (TARUFFO 2009a, 27). La reivindicación en estos términos de la función creadora de la jurisdicción, revela una de las facetas que hemos mencionado antes: la de teórico del derecho. Según él, el poder creador del juez tiene múltiples caras, ya que lo largo del proceso – y antes de llegar a la decisión final – enfrenta muy diversas elecciones no predeterminadas por la ley. Esto le permite identificar el concepto de elección discrecional con el de poder creador de derecho, tanto en el ámbito de la selección y aplicación de la norma jurídica al caso, como en la determinación de los hechos jurídicamente importantes: «lo que se acostumbra llamar *subsunción* del hecho en la norma, o correspondencia entre hecho y norma, es solamente el resultado final de un especial círculo hermenéutico que conecta dialécticamente el hecho y la norma hasta lograr una correspondencia entre el hecho calificado jurídicamente y la norma interpretada [...]», actividad en la cual «el juez no está regido por reglas ni mecanismos vinculantes. Por el contrario, él emplea reglas y criterios de interpretación y formula valoraciones que son en amplia medida discrecionales» (TARUFFO 1993, 179-180).

En suma, pues, la jurisdicción en la concepción de Taruffo parece concebirse como una vía intermedia de aplicación del derecho y resolución de controversias, pues solo si la controversia se resuelve de manera justa (y "justa" en este modelo implica en aplicación del derecho "existente" y válido a los hechos determinados de forma verdadera) tiene sentido acudir a la jurisdicción: en caso contrario, sería idéntica a cualquier otro mecanismo de resolución de controversias. Derecho vigente y válido, por una parte, y determinación fiable y verdadera de los hechos, por la otra, se convierten en los únicos criterios posibles de corrección de la decisión judicial.

Referencias bibliograficas

ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 1975. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimpr., Buenos Aires, Astrea, 2006.

ANDRÉS IBÁÑEZ P., MOVILLA ÁLVAREZ C. 1986. *El poder judicial*, Madrid, Tecnos, 1986.

ANDRÉS IBÁÑEZ P. 1988. *Justicia/Conflicto*, Madrid, Tecnos, 1988.

ANDRÉS IBÁÑEZ P. 2007. *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

ANDRÉS IBÁÑEZ P. 2015. *Tercero en discordia*, Madrid, Trotta, 2015.

ATIENZA M. 2006. *Prólogo* a COURTIS C. (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006.

ATIENZA M. 2014. *La dogmática jurídica como tecno-praxis*, en NÚÑEZ Á. (ed.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima, Palestra, 2014, 115 ss.

BAYÓN J.C. 2008. *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*, en «Analisi e diritto», 2008, 15 ss.

CAPPELLETTI M. 1989. *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon, 1989.

CAPPELLETTI M. 1994. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna, il Mulino, 1994.

CARNELUTTI F. 1947. *La prueba civil*, Buenos Aires, Arayú, 1955 (ed. or. *La prova civile* Roma, So.Gra.Ro., 1947, trad. cast. N. Alcalá-Zamora).

CASSESE S. 2003. *Comparazione e comparazioni giuridiche*, en V. BERTORELLO (ed.), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano, Giuffrè, 2003, 37 ss.

CHASE O. 2005. *Law, culture and ritual. Disputing systems in cross-cultural context*, New York, New York University Press, 2005.

COMANDUCCI P. 2000. *Ragionamento giuridico*, en BESSONE M., SILVESTRI E., TARUFFO M. (eds.), *I metodi della giustizia civile*, Padova, Cedam, 2000, 79 ss.

COMOGLIO L.P., FERRI C., TARUFFO M. 1995. *Lezioni sul processo civile* (tomos I y II), 3° ed., Bologna, il Mulino, 2005.

COURTIS C. 2006. *El juego de los juristas*, en ID. (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, 105 ss.

DAMAŠKA M. 1986. *The Faces of Justice and of State Authority*, New Haven, Yale University Press, 1986.

DENTI V. 1997. *Processo*, en *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, disponible en: http://www.treccani.it/enciclopedia/processo_%28Enciclopedia_delle_scienze_sociali%29/ (última consulta en enero 10 de 2016).

FERRAJOLI L. 2007a. *Principia iuris. Teoría de derecho y de la democracia.* Tomo 1: *Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011 (ed. or. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, trad. cast. P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel).

FERRAJOLI L. 2007b. *Principia iuris. Teoría de derecho y de la democracia.* Tomo 2: *Teoría de la democracia,* Madrid, Trotta, 2011 (ed. or. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, trad. cast. P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel).

FERRER J. 2016. *El gen iusrealista de Michele Taruffo*, en FERRER J. (ed.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

FISS. O. 2003. *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007 (ed. or. *The Law as It Could Be*, New York, New York University Press, 2003, trad. cast. E. Restrepo).

GUASTINI R. 1982. *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1982.

GUASTINI R. 2014. *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2014.

HALL M.E.K. 2011. *The Nature of Supreme Court Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

HAZARD JR. G., TARUFFO M. 1993. *La justicia civil en Estados Unidos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006 (ed or. *American Civil Procedure. An Introduction*, New Haven, Yale, 1993, trad cast. F. Gascón Inchausti).

LUZZATO G.I. 1970. *Giurisdizione (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, v. XIX. Milano, Giuffrè, 1970, 190 ss.

MATTIROLO L. 1895. *Tratado de derecho judicial civil*, Madrid, Reus (ed. or. *Tratatto di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1895, trad. cast. E. Ovejero).

MERRYMAN J.H. 1999. *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*, The Hague-London-Boston, Kluwer, 1999.

NÚÑEZ Á. 2014. *Ciencia jurídica: un mapa conceptual*, en ID. (ed.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima, Palestra, 2014, 13 ss.

POSNER R.A. 2008. *How Judges Think*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2008.

ROBERTS P. 2008. *Faces of Justice Adrift?*, en JACKSON J., LANGER M., TILLERS P. (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford-Portland, Hart, 2008, 295 ss.

RUIZ MANERO J. 1990. *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SATTA S. 1970. *Giurisdizione (nozione generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX. Milano, Giuffrè, 1970, 218 ss.

SEGAL J., SPAETH H. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, New York, Cambridge University Press, 2002.

SHAPIRO M. 1981. *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981.

SUMMERS R. 1974. *Evaluating and Improving Legal Processes. A Plea for 'Process Values'*, en «Cornell Law Review», 60, 1974, 1 ss.

TARUFFO M. 1975. *La motivación de la sentencia civil*, Madrid Trotta, 2011 (ed. or. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, Cedam, 1975, trad. cast. L. Córdova).

TARUFFO M. 1979. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, Bogotá, Temis, 2008, (ed. or. *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova, Cedam, 1979, trad. cast. B. Quintero).

TARUFFO M. 1981. *The Lawyer's Role and the Models of Civil Process*, en «Israel Law Review», 1981, 16, 1, 5 ss.

TARUFFO M. 1986. *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, en «Rivista Critica di Diritto Privato», 1986, 4, 635 ss.

TARUFFO M. 1987. *Note sui modi della giuridificazione*, en «Politica del diritto», 1987, 18, 4, 581 ss.

TARUFFO M. 1989. *Giudizio (teoria generale)*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, 1989.

TARUFFO M. 1991. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Lima, Palestra, 2005 (ed. or. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, il Mulino, 1991, trad. cast. J. Monroy Gálvez y J.J. Monroy Palacios).

TARUFFO M. 1992. *La prueba de los hechos,* Madrid, Trotta, 2002, (ed. or. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992, trad. cast. J. Ferrer).

TARUFFO M. 1993. *Il modello burocratico di amministrazione della giustizia*, en «Democrazia e Diritto», 1993, 3, 249 ss.

TARUFFO M. 1995. *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1995, 3, 785 ss.

TARUFFO M. 1996. *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?*, en ANDRÉS IBÁÑEZ P. (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción,* Madrid, Trotta, 1996, 135 ss.

TARUFFO M. 1997. *Institutional Factors Influencing Precedents*, en MACCORMICK N., SUMMERS R., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Brookfield-Singapore-Sidney, Aldershot, 1997, 437 ss.

TARUFFO M. 1998. *Elementi per una definizione di 'abuso del processo'*, en *Studi in onore di Pietro Rescigno, vol. V. (Responsabilità civile e tutela dei diritti)*, Milano, Giuffrè, 1998, 1117 ss.

TARUFFO M. 1999. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*, (trad. M. Fernández López), en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 1999, 22, 311 ss.

TARUFFO M. 2002. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Bogotá, Temis, 2006, (ed. or. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, il Mulino, 2002, trad. cast. B. Quintero).

TARUFFO M. 2003. *Comparazione e riforme processuali*, en V. BERTORELLO (ed.), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano, Giuffrè, 2003, 283 ss.

TARUFFO M. 2006. *I sistemi giudiziari nelle tradizioni giuridiche di civil law e di common law*, en OVALLE FAVELA J. (ed.), *Administración de justicia en Iberoaméroca y sistemas judiciales comparados,* México, Unam, 2006, 445 ss.

TARUFFO M. 2008. *Qualche osservazione sulla giustizia civile*, en «Notizie di Politeia», 2008, XXIV, 92, 85 ss.

TARUFFO M. 2009a. *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009 (collección de ensayos traducidos por M. Aramburo).

TARUFFO M. 2009b. *Cultura e processo*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 2009, 1, 63 ss.

TARUFFO M. 2009c. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010 (ed. or. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, trad. cast. D. Accatino).

TARUFFO M. 2012. *Proceso y decision. Lecciones mexicanas de derecho procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

TARUFFO M. 2013. *I processi civili e penali in Europa e negli Stati Uniti. Cenni Generali*, en ARMENTA DEU T. (ed.), *La convergencia entre proceso civil y penal: ¿una dirección adecuada?*, Madrid, Marcial Pons, 2013, 35 ss.

TREVES R. 1974. *El juez y la sociedad*, Madrid, Edicusa, 1974 (trad. F. Laporta, A. Zaragoza).

TROCKER N. 2005. *Mauro Cappelletti*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 2005, 59, 1, 159 ss.

TWINING W. 1993. *Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo American Jurisprudence: Some Neglected Classics*, en «The Modern Law Review», 1993, 56, 3, 380 ss.

GENEALOGIA DELLA NORMATIVITÀ. LA NORMATIVITÀ COME CONTROLLO

MARCO **BRIGAGLIA**

&dq

Genealogia della normatività. La normatività come controllo

Genealogy of Normativity. Framing Normativity as Control

MARCO BRIGAGLIA

Ricercatore di Filosofia del diritto, Università di Palermo.
E-mail: marco.brigaglia@unipa.it

ABSTRACT
In questo articolo propongo i lineamenti di una genealogia psicologica della normatività: una rappresentazione della normatività come un fatto neuro-psicologico complesso, interamente analizzabile in termini non normativi. Introdurrò anzitutto due dei problemi principali del progetto genealogico: il "problema di Gibbard" (che tipo di stato neuro-psicologico è il giudizio normativo?) e il "problema dell'irriducibilità del normativo" (le dinamiche della normatività non sembrano riducibili a dinamiche causali). Prenderò poi in esame il modello duale della psicologia del giudizio morale elaborato da J. Haidt e J. Greene. Il modello duale, sosterrò, non è in grado di risolvere i due problemi su indicati, ma si muove nella strada giusta. Muovendo dalla cornice concettuale e dai problemi emersi dalla discussone del modello duale, traccerò un modello ad esso alternativo, che chiamerò "modello del controllo". Secondo il modello del controllo, la guida normativa dell'azione consiste in una rete di processi di controllo ricorsivi – connessi con processi psico-sociali e di costruzione del sé. Il giudizio normativo è lo stato mentale che si produce alla chiusura del processo. Ragioni e norme sono parametri che guidano causalmente il processo.

In this paper I draw the outline of a psychological genealogy of normativity: an account of normativity as a complex neuro-psychological fact, entirely analysable in non-normative terms. As a first step, I introduce two of the main problems faced by the genealogical approach. I call the first one "Gibbard problem": what kind of neuro-psychological state is normative judgment? I call the second one "irreducibility of normativity problem": normative dynamics seem to be irreducible to causal dynamics. As a second step, I examine the "dual model" of the psychology of normative judgment developed by J. Haidt and J. Greene. I argue that the dual model is not able to solve the aforementioned problems. However, it points at the right direction. Moving from the conceptual framework and the difficulties outlined in the discussion of the dual model, I eventually propose an alternative model, the "model of control". According to this model, normative guidance consists of a network of recursive control processes. Normative judgment is the conscious mental state we access when the relevant control process is completed. Reasons and norms are parameters that causally guide the process.

KEYWORDS
Psicologia della normatività, psicologia della decisione, giudizio normativo, ragioni e cause, naturalizzazione della normatività

Psychology of normativity, psychology of decision-making, normative judgment, reasons and causes, naturalization of normativity

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Genealogia della normatività
La normatività come controllo*

MARCO BRIGAGLIA

1. *Una genealogia psicologica della normatività* – 2. *Due problemi* – 3. *Il modello duale di J. Haidt e J. Greene* – 4. *Regole, emozioni, correttezza* – 5. *Oltre l'opposizione tra intuizione e deliberazione* – 6. *La decisione tra automaticità e controllo* – 7. *Struttura del controllo* – 8. *La normatività come controllo* – 9. *Ragioni e cause* – 10. *Considerazioni conclusive*.

1. *Una genealogia psicologica della normatività*

Il tema di questo articolo è la genealogia della normatività: come possano emergere ragioni (ragioni *giustificative*) da un mondo di cause; norme (standard di *correttezza*) da un mondo di fatti. Proporrò, in particolare, una genealogia *psicologica*, o meglio, *neuro-psicologica*: una rappresentazione della normatività come fatto neuro-psicologico complesso, interamente analizzabile in termini non normativi. Il giudizio normativo apparirà come un peculiare stato neuro-psicologico, che (sotto certe condizioni) esercita efficacia causale sulle nostre decisioni e azioni. Le ragioni e le norme appariranno come peculiari strutture neuro-psicologiche, caratterizzate in virtù del loro specifico ruolo funzionale, che ricomprende l'efficacia causale sui nostri giudizi e (sotto certe condizioni) sulle nostre decisioni e azioni – ragioni e norme appariranno cioè come peculiari *cause* neuro-psicologiche dei nostri giudizi, decisioni, azioni. La "guida normativa" (*normative guidance*) esercitata da ragioni, norme e giudizi apparirà come un peculiare processo neuro-psicologico, interamente causale.

Farò riferimento ad una nozione estremamente lata di normatività, grossomodo coincidente con ciò che indichiamo comunemente con la parola "correttezza" – il "dovere" (*Ought*, *Sollen*) inteso nel senso più comprensivo. Anche se riserverò una speciale attenzione alla normatività morale, ciò che dirò mira ad abbracciare (se

* Questo articolo è la rielaborazione delle relazioni presentate al XXIII Convegno italo-spagnolo-francese-portoghese di Teoria del diritto tenutosi a Palermo il 20 e 21 ottobre 2017, e al workshop su *Practical Challenges in Contemporary Legal Theory*, tenutosi a Ljubljana il 5 febbraio 2018. Ringrazio Bruno Celano e Giulia Sajeva per le lunghe discussioni, le intuizioni illuminanti e i diversi miglioramenti suggeriti. Ringrazio i partecipanti al convegno e al workshop per i loro utilissimi commenti, in particolare Juan Carlos Bayón, Clelia Bartoli, Luka Burazin, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Jordi Ferrer, Andrej Kristan, Giorgio Maniaci, José Juan Moreso, Aleš Novak, Diego Papayannis, Mojca M. Plesničar, Giorgio Pino, Giovanni Battista Ratti, María Cristina Redondo, Giuseppe Rocché, Corrado Roversi, Aldo Schiavello, Matija Žgur.

esiste) lo strato di base comune anche a forme di normatività (correttezza) diverse – prudenziale, giuridica, di etichetta, epistemica, linguistica, estetica e via dicendo.

La genealogia psicologica costituisce una delle possibili declinazioni del programma di naturalizzazione della normatività, e può offrire un contributo importante all'elaborazione di una concezione psicologista o non-cognitivista (nel senso molto lato della *mind-dependence*) delle entità e proprietà normative. Lo scenario in cui si colloca è lo straordinario sviluppo delle scienze della mente contemporanee – soprattutto psicologia sperimentale e neuroscienze –, che negli ultimi decenni ha investito anche i fenomeni che sembravano più resistenti all'indagine empirica: coscienza, libertà, e, soprattutto, normatività. Il risultato è una mole immensa, e in continua espansione, di dati sperimentali e di modelli esplicativi che riguardano gli aspetti più vari del *decision-making* e del *rule-following* latamente inteso – modelli molto più sofisticati della psicologia rudimentale presupposta dalla gran parte degli autori non-cognitivisti fino agli anni ottanta del secolo scorso. Un materiale sconfinato a cui attingere.

2. *Due problemi*

Più specificamente, il mio obiettivo è contribuire all'elaborazione di un modello della normatività capace di risolvere due delle più evidenti difficoltà che si frappongono al progetto genealogico.

2.1. Chiamo "giudizio normativo", in prima approssimazione, la discriminazione di qualcosa come corretto o scorretto.

Il progetto genealogico mira a ricostruire la discriminazione di correttezza in termini non normativi. La correttezza (*Ought, Sollen*) non dovrà dunque essere trattata come una nozione primitiva, irriducibile. Non potrà, ad esempio, essere considerata come una categoria trascendentale del pensiero, o come una proprietà "reale", parte dell'arredo del mondo esterno. In una genealogia psicologica la correttezza dovrà, in particolare, essere rappresentata in termini neuro-psicologici. Ma che tipo di operazione neuro-psicologica è mai la discriminazione di qualcosa come corretto? Per quale tipo di fatto neuro-psicologico sta l'operatore normativo "corretto"? Che tipo di stato neuro-psicologico è il giudizio normativo?

Questo interrogativo è la riproposizione, nella chiave naturalistica di una genealogia psicologica, di una classica questione filosofica: la natura della normatività. È stato formulato da Allan Gibbard, in termini non molto diversi da quelli qui adottati, in *Wise Choices, Apt Feelings* (1990), uno dei più importanti tentativi contemporanei di genealogia psicologica della normatività. Parlerò pertanto di "problema di Gibbard". Allora, ormai quasi trent'anni fa, Gibbard ammetteva con sincerità di non conoscere nessuna soluzione convincente del problema. La sua strategia – comune a molti altri non-cognitivisti contemporanei

con inclinazioni naturaliste – era quella di limitarsi ad *assumere* che il giudizio normativo fosse un peculiare stato neuro-psicologico, lo stato che esprimiamo dicendo che "è corretto fare A"[1]. Non una soluzione, dunque, ma una franca e onesta elusione del problema. Per tentare di risolverlo, bisognerà trasformare questa assunzione in una ipotesi articolata, e dotata di una qualche plausibilità, che specifichi di *quale* stato neuro-psicologico si tratti – quale sia il suo specifico ruolo funzionale, quali siano i suoi probabili correlati neurali, e così via.

Mi concentrerò soprattutto sui giudizi normativi di tipo pratico (*normative decision-making*), che vertono sull'azione da compiere: come è corretto che *io agisca ora*, nell'imminente futuro[2]. L'assunto – sul quale tornerò brevemente più avanti (*infra*, § 8.5) – è che i giudizi pratici costituiscano uno dei tipi fondamentali di giudizio normativo, e che quanto detto riguardo ad essi possa estendersi, con opportuni adattamenti, ad altri tipi di giudizi.

Assumerò inoltre come istanza primaria di giudizi normativi i giudizi *consci*, l'esperienza cosciente della discriminazione di una opzione di azione come corretta o scorretta. Mi soffermerò brevemente più avanti sulla possibilità di giudizi normativi inconsci (*infra*, § 8.4).

2.2. Il successo del progetto di genealogia psicologica della normatività dipende dalla possibilità di dare al problema di Gibbard una soluzione che non sia affetta da circolarità: di fornire, cioè, un'analisi esaustiva del giudizio normativo in soli termini neuro-psicologici, senza ricorrere alla nozione stessa di correttezza, o ad altri concetti normativi.

Questo progetto si scontra però con la apparente irriducibilità del normativo: l'irriducibilità delle norme ai fatti, delle ragioni alle cause, delle giustificazioni alle spiegazioni, ecc. I nostri giudizi normativi, si sostiene, non sono meri stati psicologici capaci di causare comportamenti concordi, ma sono essi stessi suscettibili di essere giustificati, *corretti*, e solo perciò capaci di giustificare, *rendere corretti*, i comportamenti concordi. Lo stesso vale per le ragioni che fondano i nostri giudizi. Non sono mere strutture psicologiche capaci di causare i nostri giudizi, ma sono esse stesse giustificate, *corrette*, e perciò capaci di giustificare, *rendere corretti*, i giudizi appropriati. Per qualsiasi giudizio che, in ipotesi, abbia causato il mio comportamento, posso sempre chiedermi se si trattava di un giudizio corretto. Per qualsiasi ragione (o insieme di ragioni) P che, in ipotesi, abbia causato il mio giudizio, posso sempre chiedermi se è corretto adottare P come guida (se P è una "vera" ragione), e se è corretto pervenire a quel giudizio

[1] Più precisamente, Gibbard analizza il giudizio normativo in termini di accettazione di norme, assumendo che l'accettazione di norme sia un peculiare stato psicologico, la cui natura e struttura, però, siamo ancora lontani dal comprendere (GIBBARD 1990, 55).

[2] CELANO 1994, 682-684.

sulla base di P. È proprio questo, si insiste, che distingue una ragione da una mera causa neuro-psicologica – come, ad esempio, una riduzione del tasso di glucosio nel sangue di un giudice che lo abbia indotto a giudicare, erroneamente, che fosse corretto respingere un'istanza di libertà su cauzione[3]. Se la normatività è ridotta ad un insieme di fatti neuro-psicologici causalmente connessi, perde il suo stesso carattere distintivo. Non è più riconoscibile come normatività.

Non è necessario, in questa sede, ripercorrere i diversi, sofisticati argomenti addotti a sostegno di questa idea, che costituisce tuttora, implicitamente o esplicitamente, la posizione più diffusa nella filosofia della normatività. È sufficiente rimarcare la sua intuitiva plausibilità: la normatività sembra effettivamente sfuggire alla riduzione causale.

Il problema di Gibbard e il problema dell'irriducibilità del normativo sono gli Scilla e Cariddi del progetto genealogico: le soluzioni che provano a sfuggire all'uno tendono a incappare nell'altro. Ciò alimenta ancora oggi, tempo di naturalizzazioni, l'impressione che il progetto genealogico sia malformato, intrinsecamente – concettualmente – condannato al fallimento.

3. *Il modello duale di J. Haidt e J. Greene*

Muoverò dall'esame di un modello recente della psicologia del giudizio morale, che chiamerò "modello duale". Sebbene il risultato dell'esame sarà negativo, e il modello duale risulterà affetto da difficoltà che lo rendono – almeno al livello di elaborazione attuale – inservibile al progetto genealogico, la sua analisi sarà un buon punto di partenza per impostare il discorso successivo, per due ragioni.

Il modello duale si muove entro la cornice generale delle cosiddette *dual process theories*, e cioè la distinzione tra processi cognitivi di tipo "automatico" e di tipo "controllato". Questa è, a mio giudizio, la cornice giusta: la chiave per la comprensione della normatività è proprio la distinzione tra automaticità e controllo.

Il modello duale, inoltre, si colloca nel punto di incontro e scontro tra le due risposte che, in modo più o meno esplicito, sono più frequentemente date al problema di Gibbard, sia nell'ambito delle scienze della mente che della filosofia della normatività: che il giudizio normativo sia l'esito di un processo inferenziale di tipo "cognitivo", la applicazione di regole; o che il giudizio normativo sia l'esito di un processo non inferenziale, di carattere "emotivo". Attraverso la trattazione

[3] Mi riferisco ad un celebre esperimento riportato in DANZIGER, LEVAV, AVNAIM-PESSO 2011. Con l'intenzione di testare il provocatorio detto del realismo giuridico americano secondo cui la decisione giudiziale dipende da ciò che il giudice ha mangiato a colazione, si è osservato come la percentuale di dinieghi alle istanze di liberazione anticipata nel campione esaminato diminuisca drammaticamente man mano che ci si allontana dal pasto, e la disponibilità di glucosio (il "carburante" del ragionamento) diminuisce.

del modello duale potremo dunque esaminare – sia pur in modo frettoloso e approssimativo – le caratteristiche e le difficoltà di queste strategie di risposta.

3.1. A partire dagli anni sessanta del secolo scorso, si è sviluppata e diffusa un'importante famiglia di teorie dei processi cognitivi note come *dual process theories*[4]. L'asse delle *dual process theories*, e la ragione del loro nome, è la distinzione tra due tipi di processi cognitivi: processi "automatici" e processi "controllati" (chiamati anche "Sistema 1" e "Sistema 2")[5]. I processi automatici sono veloci, richiedono poco o nessuno sforzo di attenzione, operano senza senso di controllo volontario, si svolgono sulla base di meccanismi e parametri inaccessibili alla coscienza, seguono spesso schemi di associazione stimolo-risposta rigidi (pre-definiti, difficilmente modificabili, apprendibili con lentezza), e sono poco soggetti all'interferenza di altri processi cognitivi che si svolgono in parallelo. I processi controllati sono invece più lenti, sono più onerosi in termini di attenzione, sono spesso accompagnati da un senso di controllo volontario, si articolano in fasi e seguono criteri almeno parzialmente accessibili alla coscienza, non sono vincolati a schemi fissi ma hanno ampi margini di adattamento flessibile alle circostanze del caso, e sono molto soggetti a interferenza di altri processi cognitivi. I casi paradigmatici di processo automatico sono dati da reazioni impulsivo-emotive (ad es. paura e fuga) e da comportamenti abituali. I casi paradigmatici di processo controllato sono costituiti dai calcoli aritmetici, dalla costruzione di piani d'azione sulla base della valutazione degli esiti e della stima della loro probabilità, dalla ricerca, valutazione, bilanciamento e applicazione di regole e principi.

3.2. Nei primi anni 2000, le *dual process theories* hanno conosciuto due fortunate applicazioni nel campo della psicologia morale: l'intuizionismo sociale di Jonathan Haidt[6] e la *dual process theory of morality* di Joshua Greene[7]. Al di là di diverse specificità e di qualche disaccordo, sia Haidt che Greene adottano un modello "duale" del giudizio morale che, nelle linee delle *dual process theories*, reinterpreta la venerabile distinzione tra "intuizione" e "deliberazione" nei termini della contrapposizione tra due tipi di processi di giudizio, automatici (e spesso emotivi) da un lato, controllati (e spesso meno emotivi) d'altro lato[8].

[4] Frankish, Evans 2009.

[5] Delle *dual process theories* esistono numerosissime versioni, che declinano diversamente la distinzione tra automaticità e controllo. Qui seguo, con alcuni aggiustamenti, KAHNEMAN 2003. Per approfondimenti rinvio a MOORS, DE HOUWER 2007; EVANS, FRANKISH 2009; GAWRONSKI, CREIGHTON 2013.

[6] V. soprattutto HAIDT 2001; HAIDT, BJORKLUND 2008a; HAIDT 2014.

[7] V. soprattutto GREENE 2008; GREENE 2013; GREENE 2014.

[8] V. GREENE, HAIDT 2002. È opportuno precisare che le indagini sperimentali di Haidt e Greene non vertono su giudizi pratici compiuti in contesti d'azione reali. Greene si concentra su giudizi pratici in scenari *simulati*, mentre Haidt si concentra su giudizi *reattivi* ad azioni altrui (anch'esse non

Il modello duale si può raccogliere in tre tesi.

(a) *Intuizione e deliberazione.* I nostri giudizi morali sono prodotti da due processi distinti, interconnessi ma indipendenti, e spesso confliggenti: l'intuizione e la deliberazione. L'intuizione è un processo automatico: il giudizio si forma immediatamente e spontaneamente, senza concentrazione di attenzione sulla ricerca e valutazione di ragioni, senza applicare regole o principi, e senza accesso cosciente ai meccanismi e ai parametri che ne hanno guidato l'elaborazione. La deliberazione è invece un processo controllato: l'elaborazione del giudizio richiede un tempo più lungo, passa attraverso fasi di ricerca e valutazione almeno parzialmente coscienti, guidate da criteri anch'essi almeno parzialmente coscienti, e accompagnate da un senso di controllo volontario, di sforzo e di concentrazione. Tipicamente, la deliberazione applica regole, o individua e soppesa ragioni.

(b) *Intuizione ed emozione.* L'intuizione ha per lo più carattere *emotivo*: la prospettazione di una certa azione scatena immediatamente un'emozione, e l'emozione a sua volta causa immediatamente un giudizio consonante, senza scrutinio di regole o ragioni[9]. I giudizi intuitivi, dunque, sono non soltanto *accompagnati* da un'emozione, ma *causalmente controllati* da essa. L'agente, però, non ha alcun accesso a questo meccanismo causale. Esperisce insieme l'emozione e il giudizio, ma non avverte l'emozione come causa del giudizio. Le reazioni emotive, inoltre, seguono spesso schemi rigidi, e ciò si riflette in una certa insensibilità alle circostanze dei giudizi intuitivi. Ad esempio molti (la stragrande maggioranza) provano una forte emozione avversiva all'idea di spingere una persona sotto un vagone in corsa, uccidendola, e ciò li induce a giudicare intuitivamente scorretta (moralmente sbagliata) l'azione anche se è l'unico mezzo per bloccare il vagone salvando cinque persone che ne sarebbero altrimenti travolte e uccise[10]. L'affettività gioca un ruolo importante anche nella deliberazione, compenetrando in vari modi il processo di ricerca e valutazione delle ragioni. Ma il suo intervento è meno diretto, meno immediato, meno travolgente: si possono esplorare scenari affettivi complessi, inibire reazioni più impulsive, ritardare la soddisfazione di desideri. Il vantaggio è una maggiore flessibilità del giudizio e dell'azione. Greene esprime molto efficacemente il punto confrontando l'intuizione e la deliberazione alle modalità automatica e manuale di una macchina fotografica[11].

(c) *Intuizione contro deliberazione.* L'intuizione è il processo di giudizio di default. La deliberazione interviene causalmente nella formazione del giudizio in modo

reali ma simulate). Entrambi però mostrano di assumere che il loro modello si applichi anche ai giudizi pratici reali (v. ad es. HAIDT 2001, 823 s.; GREENE 2008, 59 ss.). HAIDT, BJORKLUND 2008b hanno ritrattato parzialmente questo assunto, proponendo una modifica dell'intuizionismo sociale proprio con riferimento a giudizi pratici ("moral decision-making"). Sul punto v. *infra*, nt. 38.

[9] HAIDT, BJORKLUND 2008a, 188; GREENE 2008, 40 s.

[10] GREENE 2008; GREENE 2013.

[11] GREENE 2013.

residuale, e ha buone probabilità di sovrastare i giudizi intuitivi solo quando questi non sono sostenuti da un'emozione univoca e molto forte. Per esempio, l'idea di azionare uno scambio deviando il vagone su un binario laterale e uccidendo così una persona, ma salvando le cinque che si trovano sul binario principale, attiva comunque un'emozione avversiva che stimola un giudizio di scorrettezza, ma è un'emozione meno forte di quella scatenata dall'idea di spingerla. Vi è dunque spazio per una deliberazione che prenda in considerazione le conseguenze, rovesciando il giudizio intuitivo[12]. Spesso invece la deliberazione, pur avvenendo, non ha alcuna efficacia causale sul giudizio: interviene solo *ex post*, per raccordare giudizi intuitivi già prodotti a principi espliciti che non hanno giocato alcun ruolo nella loro formazione, e che spesso non hanno nulla a che fare con le proprietà che hanno innescato la reazione emotiva e il conseguente giudizio. Haidt e Greene parlano, in questo caso, di "razionalizzazione"[13].

È importante sottolineare che per il modello duale, sebbene la deliberazione possa in certi casi – molto rari per Haidt, più frequenti per Greene – prendere il sopravvento sull'intuizione, si tratta di una supremazia parziale. La deliberazione emerge timidamente da un oceano intuitivo, e non può che galleggiare su di esso: pena un regresso più che vizioso impossibile, sarà ad un qualche livello automatica la decisione di iniziare e di interrompere la deliberazione, automatica l'adozione di certe ragioni e di certi schemi di inferenza, automatico il compimento delle inferenze dati certi schemi, e così via.

Il modello duale ha molti pregi. Le sue tesi sono accattivanti, brillanti, provocatorie, e parzialmente supportate da risultati sperimentali. Le sue implicazioni teoriche e metodologiche per il dibattito etico e meta-etico sono profonde, e hanno avuto eco e risposte considerevoli[14]. Soprattutto, Haidt e Greene hanno saputo, con grande acume, trarne delle critiche fortemente innovative contro i loro principali bersagli polemici: la tradizione razionalista in psicologia morale per Haidt, e la filosofia morale razionalista-deontologica di stampo kantiano per Greene. Nonostante i suoi pregi, però, il modello duale ha anche – soprattutto nella prospettiva di una genealogia psicologica della normatività – dei limiti significativi.

4. *Regole, emozioni, correttezza*

Il modello duale occupa una posizione centrale all'interno di un dibattito più generale, di antiche radici, sulla natura "cognitiva" o "emotiva" del giudizio

[12] GREENE 2008; GREENE 2013.
[13] HAIDT 2001, 817; GREENE 2008, 62 ss.; HAIDT, BJORKLUND 2008a, 196 ss.
[14] V. in particolare il *Symposium: Intuition and Experiment in Ethics*, in «Ethics», 124, 4, 2014.

morale. Soffermarci su alcuni aspetti di questo dibattito consentirà di tracciare una mappa approssimativa di possibili soluzioni e difficoltà della psicologia della normatività.

4.1. Il modello duale si propone di offrire una concezione della neuro-psicologia del giudizio morale alternativa a quella, dominante, che lo intende esclusivamente come *applicazione di regole*, e in particolare di regole *morali*.

Il senso di "regola" e "applicazione di regole" qui rilevante è un senso psicologico. Una regola è, grossomodo, la rappresentazione mentale di un tipo di comportamento A (un'azione motoria, o anche un atteggiamento mentale, ad esempio un'emozione) da adottare in un tipo di circostanze C. Una regola R è "applicata" quando la soddisfazione di R funziona come condizione che controlla la selezione del comportamento da adottare in una circostanza concreta. L'agente, in una situazione data, seleziona, entro un ventaglio di comportamenti possibili, un certo comportamento *proprio perché* l'adozione di quel comportamento in quella situazione soddisfa lo schema rappresentato dalla regola. Il giudizio normativo, in questo senso, non è altro che la selezione di un'opzione d'azione sulla base della sua conformità a una regola. La "correttezza" non è altro che conformità a regola.

La nozione di regola contro cui si scaglia il modello duale è, inoltre, una nozione "cognitiva", almeno nel senso minimo di non costituire un pattern emotivo. La rappresentazione di una regola R può essere accompagnata da, o causalmente connessa con, un'emozione o una disposizione emozionale concordi, ma *non si identifica con esse*.

Sono stati proposti innumerevoli criteri di distinzione delle regole morali da altri tipi di regole. Mi limito a menzionarne tre, che hanno maggior rilevanza per il discorso sviluppato in questo articolo. (a) Le regole morali si caratterizzino in virtù di un certo contenuto, il divieto di comportamenti dannosi o che violano diritti. La posizione che Haidt, criticandola, attribuisce alla tradizione razionalista in psicologia morale è proprio questa: il giudizio morale è l'applicazione di regole che proibiscono comportamenti dannosi o violazioni di diritti[15]. (b) Le regole morali non vertono su azioni, ma su certe specifiche emozioni – colpa, risentimento, rabbia, ammirazione, ecc. – in risposta ad azioni proprie o altrui. Questa posizione, nota come "neo-sentimentalismo", è proprio quella adottata da Gibbard[16]. (c) Le regole morali sono regole d'azione *affect-backed*, rese salienti e sostenute sul piano motivazionale da emozioni. Questa posizione è difesa soprattutto da Shaun Nichols[17].

[15] HAIDT 2001, 816 s.
[16] GIBBARD 1990.
[17] NICHOLS 2004.

L'applicazione di regole costituisce un modello intuitivamente plausibile della psicologia del giudizio normativo, che promette di spiegare le differenze tra vari tipi di normatività nei termini delle differenze tra vari tipi di regole. È però esposto a due difficoltà.

4.2. La prima difficoltà è quella su cui si incentra la critica sollevata dal modello duale (che riecheggia posizioni intuizioniste e particolariste in etica e richiama i noti argomenti di Wittgenstein sul *rule-following*). Il modello dell'applicazione di regole può forse, e soltanto forse, dar conto dei giudizi deliberati, in cui il giudizio è effettivamente il risultato di un ragionamento basato su regole, e cioè (nella sua forma minimale) di un'inferenza cosciente in cui la regola ha il ruolo di premessa operativa. Non può invece dar conto dei giudizi intuitivi, in cui il giudizio si produce immediatamente in risposta allo stimolo, senza alcun ragionamento (che, semmai, viene svolto *ex post*). Secondo il modello duale, inoltre, il processo automatico responsabile dei giudizi intuitivi ha carattere emotivo: lo stimolo elicita un'emozione che immediatamente produce un giudizio emotivo concorde. A sostegno di ciò, Haidt e Greene adducono una serie di risultati sperimentali che sembrano indicare che i giudizi morali intuitivi sono, molto spesso, non soltanto *accompagnati*, ma *preceduti* da un'emozione concorde (che può addirittura essere incompatibile con i pattern di giustificazione addotti dall'agente).

Questa critica, si è obiettato[18], non è conclusiva. Essa, infatti, non prende in considerazione una ipotesi alternativa, e cioè che l'applicazione di regole possa avvenire anche tramite inferenze automatiche, inconsce e veloci. È largamente accettata l'idea che i giudizi intuitivi di grammaticalità siano il risultato dell'applicazione automatica di un complesso sistema di regole in grandissima parte inaccessibili alla coscienza. Si può analogamente suppore che i giudizi morali intuitivi dipendano dall'applicazione automatica di un sistema di regole morali inconsce[19]. I dati sperimentali addotti da Haidt e Greene sono compatibili con l'ipotesi che i giudizi intuitivi siano causati *insieme* da emozioni e regole automatiche. Del resto, l'ipotesi che i giudizi morali intuitivi coinvolgano l'applicazione automatica di regole sembra capace di dar conto della complessa struttura normativa ad essi sottesa, oscurata dal modello duale. Il giudizio intuitivo di correttezza o scorrettezza morale di un'azione A, infatti, è tipicamente accompagnato non soltanto da un'emozione concorde, ma anche (i) dalla disposizione ad esplicitare immediatamente una regola coerente con quel giudizio (anche se, spesso, ciò non si affianca alla disposizione a giustificare questa regola in modo coerente con i propri altri pattern di giudizio); (ii) dalla disposizione a considerare la propria reazione emotiva come corretta; (iii) dalla disposizione a

[18] Mallon, Nichols 2010.
[19] Hauser 2006; Mikhail 2007; Bucciarelli, Khemlani, Johnson-Laird 2008.

generalizzare immediatamente la correttezza della reazione emotiva a tutti i casi coperti dalla regola. Così, ad esempio, chi, è assalito dal disgusto all'idea di un rapporto sessuale con un animale e perviene immediatamente ad un giudizio morale negativo, generalmente avrà la disposizione (i) a esplicitare immediatamente la regola secondo cui *non si deve fare sesso con un animale* (anche se spesso non sarà in grado di giustificare questa regola in modo coerente con i suoi altri pattern di giudizio); (ii) a considerare corretta la sua reazione di disgusto; (iii) a generalizzare la correttezza della reazione di disgusto a tutti casi di violazione della regola, e cioè a considerare che sia *corretto avere disgusto a fronte di episodi di sesso con un animale*. È proprio questa micro-struttura normativa – si può replicare al modello duale – che distingue le emozioni morali dalle emozioni non morali, il disgusto dell'uomo virtuoso verso la zoofilia dal suo disgusto per il *fois gras*. Una teoria adeguata del giudizio morale intuitivo non può dunque limitarsi a prendere in considerazione la sola emozione, ma deve riuscire a spiegare la presenza della micro-struttura normativa che fa di quella emozione un'emozione "morale". E la strategia di spiegazione più ovvia è proprio quella di supporre, contro il modello duale, che il giudizio intuitivo sia prodotto forse anche da un'emozione, ma anzitutto dall'applicazione, intuitiva e automatica, di un micro-sistema di regole – nell'esempio, una regola per cui la zoofilia è moralmente scorretta e una regola per cui è corretto provare disgusto verso la zoofilia.

Il lettore avrà notato come, in questo dibattito, il significato del termine "regola" abbia subito uno slittamento, sintomatico di una seria ambiguità nel suo uso sia nelle scienze della mente che nella filosofia della normatività. In un primo senso, "regola" indica le rappresentazioni mentali *coscienti* che esprimiamo mediante enunciati imperativi o deontici, e che possono fungere da premesse operative di *ragionamenti* pratici. In un secondo senso, "regola" indica le rappresentazioni mentali *inconsce* che, si ritiene, generano *automaticamente* giudizi intuitivi che seguono pattern costanti, come i giudizi di grammaticalità. Si tratta di rappresentazioni mentali dotate di caratteristiche funzionali diverse, e probabilmente realizzate da circuiti neurali di tipo diverso. Sarebbe opportuno, da parte di chi interpreta il giudizio normativo come applicazione di regole, chiarire la natura delle loro differenze, e, per non indurre in equivoci, designarle con termini diversi[20].

4.3. La seconda difficoltà del modello dell'applicazione di regole investe il cuore del progetto genealogico. Ho definito una regola come rappresentazione mentale di un tipo di comportamento "da adottare" in un tipo di circostanze. Ma in che senso "da adottare"? Mi limito a tracciare due risposte possibili, e molto frequenti, che mettono in risalto i problemi che il progetto genealogico deve evitare.

[20] Cfr. in particolare SEARLE (1995, 125-147) sulla differenza tra "regole" e "Background abilities". Per un ampia discussione su questo punto v. CELANO 2014; BRIGAGLIA 2016.

La prima risposta, molto diffusa tra i filosofi della normatività, dà alla nozione di regola una declinazione apertamente normativa: il comportamento è "da adottare" nel senso che *è corretto* adottarlo. Una regola è la rappresentazione di un tipo di comportamento in un tipo di circostanze come *corretto* o *scorretto* – come *dovuto* (*ought*, *gesollt*). Ma questo modo di intendere le regole, per quanto plausibile, non risolve il problema di Gibbard, si limita a spostarlo dal giudizio alle regole. Il giudizio è inteso come applicazione di regole, ma le regole sono definite in termini normativi. La correttezza (*Ought*, *Sollen*) resta un dato primitivo, non analizzato in termini neuro-psicologici.

La seconda risposta, molto diffusa nelle scienze della mente, dà alla nozione di regola una declinazione causale: il comportamento è "da adottare" nel senso che la regola tende a stimolare causalmente la sua adozione. Una regola R non è altro che una rappresentazione mentale di uno schema di comportamento A in C che sia dotata di uno specifico ruolo funzionale: stimolare un qualche processo di raffronto tra C e le circostanze correnti e, in caso di corrispondenza (*matching*), stimolare causalmente l'adozione di un comportamento conforme. Una regola è, in altri termini, la rappresentazione mentale che sta alla base di una disposizione comportamentale. Il giudizio normativo sembra a questo punto configurarsi come lo stato conscio che registra l'attivazione della disposizione comportamentale innescata dalla regola. Questa soluzione offre una traccia di risposta al problema di Gibbard, ma, così com'è, rischia di comportare una completa dissoluzione della dimensione normativa. Ciò che distingue i processi di guida normativa dell'azione da altri processi decisionali, si può infatti obiettare, è proprio la presenza, da un lato, di un giudizio *normativo*, che non si limita a registrare l'attivazione di una disposizione comportamentale, ma la discrimina come *corretta*, e, d'altro lato, di regole concepite come criteri *normativi* di giudizio – non mere *cause* del nostro comportamento, ma *ragioni giustificative* capaci di renderlo corretto. Se si considera poi la necessità di allargare la nozione di regole fino a ricomprendere anche regole automatiche, il campo delle regole rischierà di estendersi a dismisura, perdendo qualsiasi relazione con il fenomeno della normatività di cui mirava a render conto[21]. La deprecabile abitudine di accendere una sigaretta dopo il pranzo rischierà di valere come applicazione della regola inconscia traducibile come "Accendi una sigaretta dopo pranzo" [22].

[21] V. Evans, Stanovich 2014.

[22] Declinazioni più sofisticate di questa nozione di regole mettono in evidenza il fatto che agenti cognitivi complessi sono in grado di applicare le regole "flessibilmente" (cfr. ad es. ZELAZO, FRYE, RAPUS 1996), e cioè di passare da una regola all'altra, e di scegliere, sulla base di aspettative di utilità, quale regola seguire. Ma anche qui il concetto di regola è deprivato di qualsiasi normatività: le regole appaiono come null'altro che programmi d'azione che, anziché attivarsi in modo del tutto automatico, sono mediati da una riflessione, più o meno strutturata e cosciente, in termini di costi e benefici.

Una genealogia della normatività che puntasse sull'applicazione di regole dovrebbe riuscire a sgusciare tra questi due scogli, da un lato spiegando che tipo di entità siano le regole in puri termini neuro-psicologici, senza ricorrere a concetti normativi, e riuscendo, d'altro lato, a dar conto della dimensione normativa delle regole.

4.4. Mutuando un termine introdotto da Jesse Prinz[23], possiamo chiamare "emozionismo" l'importante famiglia di concezioni che, con diversi accenti e modulazioni, considerano l'emozione come componente essenziale del giudizio morale (quanto meno, dell'istanza centrale, prototipica di giudizio morale). Il giudizio morale, secondo l'emozionismo, comporta l'attivazione, o la disposizione all'attivazione, di pattern emotivi. Nel solco della riscoperta, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, della centralità delle emozioni nel sistema cognitivo umano, l'emozionismo ha riacquisito un'importanza centrale nella psicologia morale e nella meta-etica contemporanea. Il modello duale ne costituisce uno degli esempi più importanti. Esso oppone al modello "cognitivo" dell'applicazione di regole un'alternativa emozionista.

Sebbene l'enfasi sul ruolo delle emozioni come componenti del giudizio morale caratterizzi in modo evidente le posizioni sia di Haidt che di Greene, quale sia precisamente questo ruolo non è del tutto chiaro. Gli spunti espliciti da essi offerti, e la struttura generale delle loro concezioni, abilitano almeno due interpretazioni, che indicherò come "emozionismo radicale" ed "emozionismo moderato". Per l'emozionismo moderato il giudizio morale (o, quanto meno, la sua istanza prototipica) è uno stato neuro-psicologico complesso, risultante da *due* componenti, una componente "cognitiva" e una componente "emotiva", l'attivazione, o la disposizione all'attivazione, di un certo pattern emotivo, un insieme di "emozioni morali". Per l'emozionismo radicale, quest'ultima è l'*unica* componente del giudizio morale. Il giudizio morale *non è altro che* un'emozione morale.

Chiarirò anzitutto come vada intesa, in entrambe le versioni, la componente emotiva del giudizio morale, integrando le osservazioni di Haidt e Greene con quelle di altri autori tra cui, in particolare, Jesse Prinz, a cui si deve la forma più sofisticata di emozionismo contemporaneo. Vedremo poi più in dettaglio le caratteristiche e le difficoltà delle due versioni emozioniste nei cui termini è interpretabile il modello duale.

Secondo la nozione di emozione a cui sto facendo riferimento[24], gli stati coscienti che la psicologia di senso comune categorizza come emozioni (*feelings*) consistono nell'attivazione, in risposta a certi stimoli, di specifici pattern di reazioni viscerali (accelerazione del battito cardiaco, pelle d'oca, sudore, ecc.), tipicamente dotati di valenza edonica positiva o negativa (*liking/disliking*) e

[23] PRINZ 2007, 13 ss.
[24] Cfr. soprattutto DAMASIO 1994 e LEDOUX 1998.

associate all'attivazione automatica di specifiche reazioni motorie (paura-*freezing*-fuga). Le emozioni, però, non sono necessariamente consce. Può darsi il caso che i pattern di reazioni viscerali e motorie costitutive dell'emozione, seppur attivati, non raggiungano la soglia della coscienza. E può darsi il caso che l'agente, pur se cosciente dell'emozione, non sia cosciente del ruolo causale che essa ha sul suo comportamento, che attribuisce a cause diverse. Secondo Antonio Damasio, inoltre, le emozioni possono darsi anche in una forma più "astratta", in cui l'effettiva attivazione della reazione viscerale è sostituita con una sua simulazione neurale, molto meno vivida sul piano dell'esperienza soggettiva, e dotata di una minore forza motivazionale.

Secondo Prinz, le emozioni "morali" risulterebbero da un processo di evoluzione culturale che "ricalibrerebbe" pattern emotivi innati (o "blend" di pattern emotivi innati) su certe categorie di stimoli[25]. La rabbia riconnessa alla violazione di un diritto – o, meglio sarebbe dire, a comportamenti che una mente già normativa qualificherebbe come violazione di un diritto – diventa indignazione; il disgusto riconnesso alla violazione di un tabù diventa sdegno; e così via. La ricalibratura culturale delle emozioni darebbe vita ad uno spettro di emozioni morali raggruppabili nelle due grandi famiglie della approvazione (emozione positiva) e disapprovazione (emozione negativa). Le emozioni morali si andrebbero poi interconnettendo in una rete complessa di emozioni di approvazione e disapprovazione auto- ed etero-dirette. Così, un'azione è (considerata come) moralmente scorretta se elicita reazioni di disapprovazione verso l'autore – se stesso o un altro – alle quali si possono riconnettere reazioni di approvazione delle reazioni dirette contro l'autore, e così via.

Che il giudizio morale consista in un'emozione non significa necessariamente che ogni istanza di giudizio morale comporti l'attivazione di un'emozione cosciente con l'intero pattern di reazioni corrispondenti. L'emozione, anzitutto, può avvenire in modalità simulata, o inconscia. Secondo Prinz, inoltre, la co-essenzialità di giudizio morale ed emozione va intesa semplicemente nel senso che, nell'istanza prototipica di giudizio morale, giudicare che A è moralmente corretto o scorretto significa avere una stabile *disposizione* ad approvare o disapprovare A, e cioè avere una struttura neuro-psicologica tale da rendere probabile l'attivazione di queste reazioni emotive a fronte di quella azione, che però, in specifiche istanze, potrebbero restare inattive[26].

4.5. Nel più elaborato fra i suoi tentativi di definizione, Haidt descrive il giudizio morale (o, quanto meno, l'istanza prototipica di giudizio morale) come esperienza cosciente della approvazione o disapprovazione di una certa opzione d'azione,

[25] PRINZ 2007, 67 ss. Cfr. anche la teoria dei gusti morali di Haidt, riassunta in HAIDT 2012, parte II.
[26] PRINZ 2007, 84 ss.

accompagnata dalla credenza nella sua correttezza o scorrettezza morale[27]. Questa definizione sembra andare nel senso dell'emozionismo moderato. Il giudizio morale appare infatti come uno stato mentale complesso, dotato di due componenti. La prima componente è un'emozione morale di approvazione o disapprovazione di una opzione d'azione. La seconda componente – a cui Haidt, chiamandola "credenza", sembra attribuire carattere cognitivo – non è altro che il giudizio normativo: la discriminazione di quella opzione d'azione come corretta o scorretta. Il giudizio morale è, dunque, un giudizio normativo *accompagnato* da un'emozione morale. Il giudizio morale così inteso può poi costituire l'esito di processi lenti e accessibili, come l'applicazione di regole o l'elaborazione controllata di scenari emotivi – la deliberazione. Ma può anche costituire l'esito di processi inconsci e veloci come le reazioni emotive automatiche – l'intuizione.

L'emozionismo moderato è una concezione apparentemente plausibile. A mio parere, essa va nella giusta direzione. A questo livello di elaborazione, però, non ci è di grande aiuto nel risolvere il problema di Gibbard. Ci dice solo, in negativo, che il giudizio normativo *non consiste* nell'applicazione di regole, e *non consiste* nemmeno in una emozione, e deve perciò consistere in uno stato neuro-psicologico di tipo diverso. Non abbiamo però alcuna chiave per spiegare, in positivo, di che tipo di stato neuro-psicologico si tratti. La normatività continua ad essere trattata come un'entità primitiva, irriducibile.

4.6. Il modello duale è suscettibile anche di un'interpretazione diversa, una versione di emozionismo *radicale*. In questa interpretazione, il giudizio morale – la discriminazione di un'azione come moralmente corretta o scorretta – non è *accompagnato* da, bensì *si riduce* a, l'attivazione, o la disposizione all'attivazione, di emozioni morali. "Moralmente corretto" e "moralmente scorretto" significano, in questa prospettiva, oggetto di approvazione o disapprovazione da parte del parlante. Nel caso dei giudizi deliberati, l'emozione sarà il risultato di un'elaborazione controllata – l'esplorazione di scenari emotivi complessi, o emozioni attivate dalla prospettazione di una regola. Nel caso dei giudizi intuitivi, l'emozione si innescherà invece in modo automatico.

L'emozionismo radicale risolve il problema di Gibbard. Specifica, in puri termini neuro-psicologici, che tipo di stato mentale sia il giudizio morale. Non è

[27] V. HAIDT, BJORKLUND 2008, 188: il giudizio morale consiste nella «conscious experience of blame or praise, including a *belief* in the rightness or wrongness of the act». Nella prima versione dell'intuizionismo sociale Haidt definiva i giudizi morali come «evaluations (good vs. bad) of the actions [...] of a person that are made *with respect to a set of virtues held to be obligatory by a culture or subculture*» (HAIDT 2001, 817, corsivo mio), e cioè, sembrerebbe, come applicazione di regole sociali (la "obbligatorietà", inoltre, sembra consistere semplicemente nell'aspettativa di reazioni negative e pressioni di conformità). Se così fosse, però, i giudizi intuitivi non potrebbero essere semplicemente il prodotto di un *flash* emotivo, ma sarebbero prodotti anche dall'applicazione, automatica, di una regola sociale. Haidt ha comunque abbandonato questa definizione.

però esente da difficoltà. Mi limito a segnalare le più evidenti nella prospettiva del progetto genealogico.

(a) L'emozionismo radicale è specificamente calibrato sul giudizio morale, e non sembra, a prima vista, in grado di dar conto del giudizio normativo in genere. Si pensi, per rimanere su un esempio già fatto, ai giudizi di grammaticalità, che non sembrano – almeno a prima vista – caratterizzabili in termini emotivi. Di conseguenza, non sembra in grado di dar conto dell'intuizione – rispettata dal modello dell'applicazione di regole e dall'emozionismo moderato – secondo cui le diverse forme di normatività condividerebbero uno strato di base comune, colto dal termine "correttezza". Questo non è ovviamente un argomento insuperabile. L'intuizione potrebbe essere infondata, e costituire il mero riflesso dell'abitudine ad affastellare, sotto una terminologia omogenea, operazioni mentali profondamente diverse. Ma è sufficiente a gettare un'ombra di dubbio sull'emozionismo radicale.

(b) L'emozionismo radicale è in grado di risolvere il problema della irriducibilità del normativo? Un'azione moralmente scorretta, si sostiene, non è soltanto un'azione che scatena causalmente emozioni di disapprovazione, ma un'azione alla quale è *corretto* reagire con emozioni di disapprovazione; è un'azione che *giustifica* emozioni di disapprovazione (e, tipicamente, anche la loro manifestazione). Prinz prova a replicare a questa obiezione in termini emozionisti[28]. Ritenere che sia corretto avere reazioni di disapprovazione rispetto ad una certa azione non significa altro che... essere disposti ad avere una meta-emozione di approvazione nei confronti di quella reazione di disapprovazione. Questa risposta dà conto della possibilità di una strutturazione complessa, su più livelli, delle emozioni morali. Ma si consideri che la problematizzazione della correttezza dell'emozione morale ha una struttura ricorsiva, aperta: può essere sensatamente reiterata a qualsiasi livello. Posso sensatamente chiedermi se è corretto avere una reazione di approvazione davanti a quella reazione di disapprovazione. Fino a che punto questi giudizi di correttezza ricorsivi possono plausibilmente essere intesi in termini di emozioni ricorsive (meta-meta-meta-...-emozioni)?

5. *Oltre l'opposizione tra intuizione e deliberazione*

La contrapposizione netta tra intuizione e deliberazione, che costituisce l'asse del modello duale, non riesce a dar conto della articolata e sfumata complessità dei processi di guida normativa dell'azione.

[28] PRINZ 2007, 111 ss.

5.1. In quella che è ormai divenuta la versione standard delle *dual process theories*[29], la distinzione tra processi automatici e controllati è intesa come una contrapposizione netta, tra due classi mutuamente esclusive e tendenzialmente esaustive: i processi cognitivi sono o automatici (veloci, efficienti, involontari, inaccessibili, e spesso rigidi ed emotivi) o controllati (lenti, costosi, volontari, accessibili, e spesso flessibili e non emotivi). Già a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, però, la contrapposizione netta tra processi automatici e controllati è stata oggetto di forti critiche[30]. Si è sostenuto che tutte le proprietà distintive dei processi automatici e controllati siano, a ben vedere, graduali: si possono dare processi cognitivi *più o meno* lenti, *più o meno* costosi, *più o meno* volontari, *più o meno* accessibili, *più o meno* rigidi, *più o meno* emotivi[31]. Si è sostenuto inoltre che la stragrande maggioranza dei processi mentali siano *ibridi*, dotati di alcune caratteristiche dei processi automatici e di altre caratteristiche dei processi controllati[32]. Soprattutto, si è sostenuto che molti processi tipicamente ascritti al controllo conscio – come il perseguimento di uno scopo attraverso strategie flessibili[33], l'esecuzione di una serie di calcoli aritmetici, l'apprendimento e l'applicazione di regole – possano svolgersi *anche* in modo inconscio e spontaneo[34]. La contrapposizione netta tra processi automatici e controllati è ormai per lo più intesa come una semplificazione, che può valere tutt'al più a indicare i punti estremi di un continuo estremamente vario e articolato[35]. La differenza tra automaticità e controllo è un fatto di grado. E, soprattutto, il controllo non è soltanto conscio[36].

Il modello duale resta però sostanzialmente legato ad un'opposizione molto pronunciata tra automaticità e controllo, intuizione e deliberazione. Così, Haidt identifica la deliberazione con un processo conscio, lento e seriale, e l'intuizione con un *flash* emotivo inconscio, lasciando in un'ombra indistinta tutto quello che c'è in mezzo, come eventuali ragionamenti inconsci e applicazione inconscia di regole[37], o esplorazioni consce ma spontanee di scenari emotivi complessi[38].

[29] EVANS, STANOVICH 2014 parlano di «received view of dual-process/dual system theories».
[30] Per una estesa ricostruzione di queste critiche v. MOORS, DE HOUWER 2007.
[31] Moors, De Houwer 2007, 18.
[32] BARGH 1994.
[33] Bargh, Chartrand 1999; Hassin, Bargh, Zimerman 2009.
[34] HASSIN 2013.
[35] Ciò vale, in una certa misura, anche per molti attuali sostenitori delle *dual process theories* (cfr. soprattutto EVANS, STANOVICH 2014).
[36] Suhler, Churchland 2009.
[37] Mallon, Nichols 2010.
[38] NARVAEZ 2008; RAILTON 2014. Per un'esemplificazione di processi di *rule-following* ibridi tra automaticità e controllo v. anche BRIGAGLIA 2016, § 2.3. L'intuizionismo sociale di Haidt contempla in realtà una figura per certi aspetti ibrida tra intuizione e deliberazione: la "*private reflection*" (HAIDT 2001, 819). La *private reflection*, per come Haidt la intende, consiste proprio nell'esplorazione conscia e controllata di scenari emotivi complessi, ad esempio sforzandosi di assumere il punto di vista altrui (*role-taking*) in modo da stimolare emozioni che potranno orientare diversamente il proprio giudizio.

Greene si concentra molto sulla inflessibilità delle intuizioni, lasciando in ombra processi intuitivi flessibili e veloci[39].

5.2. Il grado zero dell'automaticità non è costituito dal giudizio intuitivo, ma da mere *reazioni* automatiche non precedute da alcun giudizio, tra cui, in particolare, reazioni di carattere emotivo: qualcuno mi insulta, e io reagisco immediatamente in modo aggressivo, senza che la mia reazione sia preceduta e accompagnata da un giudizio. Il giudizio normativo, anche il giudizio intuitivo, sembrerebbe piuttosto svolgere un ruolo di "filtro", e di controllo, delle reazioni emotive. Quando impulso e giudizio normativo convergono, il filtro consisterà semplicemente in una pausa, un provvisorio trattenimento dell'azione impulsiva. Quando invece confliggono, il giudizio normativo potrà agire come vero e proprio *freno*. Può ad esempio accadere che reazioni emotive avversive nei confronti di una minoranza siano inibite proprio dall'immediata e spontanea discriminazione di quella reazione come scorretta, e cioè da un giudizio intuitivo[40]. Ma l'idea che il giudizio intuitivo filtri e controlli, a volte frenandole, le reazioni emotive mal si accorda con il modello duale, secondo il quale il giudizio intuitivo si limita invece a *riecheggiare* quelle reazioni.

5.3. In alcuni casi le reazioni automatiche, non precedute da alcun giudizio, sembrano costituire istanze di guida normativa dell'azione – una guida ancora più automatica dell'intuizione. Mi riferisco alla singolare modalità di *rule-following* messa recentemente in luce, a partire dalle note osservazioni di Wittgenstein[41], da Bartosz Brożek (*rudimentary rules*)[42] e Bruno Celano (pre-convenzioni)[43]. Più agenti

Si tratta, potremmo dire, di una sorta di deliberazione intuitiva. Questa interessantissima figura, però, attenua ma non elimina la contrapposizione tra deliberazione e intuizione. In primo luogo, per come Haidt la configura, la *private reflection* è un processo *controllato*, che richiede *sforzo volontario*: ma si possono dare analoghe esplorazioni di scenari emotivi che procedono invece in modo via via più spontaneo, o via via più inconscio, scivolando gradualmente verso l'intuizione. In secondo luogo, secondo l'intuizionismo sociale la *private reflection* è un'eventualità rara. Il processo di default è l'intuizione, intesa come *flash* emotivo. Proprio con riguardo al giudizio pratico, però, HAIDT, BJORKLUND 2008b (242 ss.) hanno ammesso che forme ibride del tipo della *private reflection* potrebbero avere uno spazio maggiore rispetto a quello riconosciutogli dall'intuizionismo sociale. Questa correzione, se unita al riconoscimento della gradualità del passaggio da deliberazione a intuizione, comporta in effetti l'abbandono del modello duale.

[39] RAILTON 2014.

[40] Questo caso è menzionato da HAIDT, BJORKLUND 2008 (188) proprio per rimarcare come l'influenza causale dell'emozione sul giudizio non sia insuperabile. Qui si tratta però di un giudizio *intuitivo*, e non di un giudizio deliberato: un giudizio intuitivo che non è prodotto da un'emozione, ma da un meccanismo automatico che frena l'emozione. Questa sequenza causale è, nel quadro del modello duale, anomala.

[41] WITTGENSTEIN 1953, §§ 185-242.

[42] BROŻEK 2013.

[43] CELANO 2014; BRIGAGLIA 2016.

X adottano regolarmente e automaticamente un certo schema di comportamento, senza alcuna riflessione e alcun giudizio cosciente (può trattarsi sia di reazioni emotive regolari che di azioni rutinarie, prive di risonanza emotiva). Gli X sono in grado di distinguere intuitivamente, con una notevole convergenza di giudizio, comportamenti corretti e scorretti, e tendono automaticamente a correggere i propri e altrui errori. Non sono però in grado di rappresentarsi e comunicare astrattamente il criterio di giudizio che seguono. Non sanno dire *cosa distingue* comportamenti corretti o scorretti, sanno solo discriminarli in concreto. Gli X, sembrerebbe, sono guidati da un modello che esercita una guida normativa, consente di discriminare azioni corrette e scorrette. Questo modello opera però in modo del tutto automatico: è inaccessibile alla coscienza, e induce comportamenti conformi senza essere filtrato da alcun giudizio. Siamo davanti ancora una volta, così sembrerebbe, ad una regola automatica.

6. *La decisione dall'automaticità al controllo*

Nei paragrafi precedenti abbiamo incontrato una serie di difficoltà che si frappongono al tentativo di elaborare un modello di psicologia della normatività credibile, e adatto al progetto genealogico. A me pare che vi sia una soluzione relativamente semplice – e in larga misura già implicita in ampi settori della tradizione metaetica non-cognitivista – per superare tutte le difficoltà indicate. La soluzione è offerta da un modello che, seppur alternativo al modello duale, si colloca nella sua scia. Lo chiamerò "modello del controllo". Il modello del controllo, come il modello duale, dà un ruolo centrale alla distinzione tra processi automatici e controllati. La imposta però in modo diverso. La differenza principale sta in ciò, che la distinzione tra automaticità e controllo è tracciata assumendo come punto di riferimento non il giudizio ma la "decisione", intesa, in senso molto lato, come attivazione di un corso d'azione ad opera del sistema nervoso centrale (in questo senso così lato, anche azioni del tutto automatiche come i riflessi comportano decisioni).

6.1. Il modello del controllo si colloca sullo sfondo di una raffigurazione generale dei processi di regolazione della decisione umana (e non solo umana) suggerita da alcune acquisizioni recenti delle scienze della mente, e basata sulla distinzione tra due sistemi di decisione, un "sistema automatico" e un "sistema di controllo", che cooperano con altri due sistemi, il "sistema di simulazione" e il "sistema di salienza", avvalendosi di diversi bacini di conoscenze, la "conoscenza tacita" e la rappresentazione di "mondi possibili" (*fig. 1*). Ricorrendo a metafore consuete,

rappresenterò questi sistemi come *homunculi*, e le conoscenze di cui si avvalgono come "archivi" da cui attingere[44]. Ma si tratta appunto soltanto di metafore, che servono a indicare in modo agile dinamiche di attivazione neurale interamente causali e sub-personali.

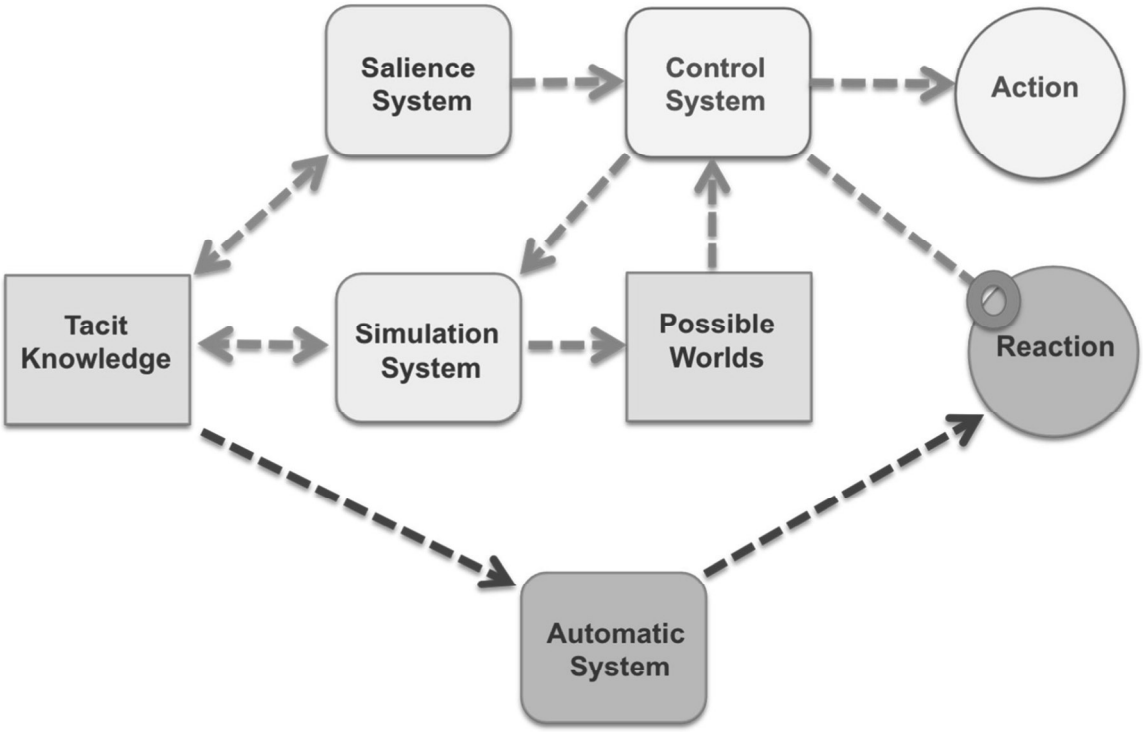


Fig. 1. *Processi di regolazione della decisione*

6.2. Il sistema automatico elabora l'azione velocemente e spontaneamente, senza attenzione e in modo inaccessibile alla coscienza. Rientrano nel sistema automatico reazioni emotive; comportamenti abituali[45] e abilità; riflessi (innati e condizionati) e istinti; imitazione spontanea[46]. Sebbene il sistema automatico funzioni spesso attraverso pattern relativamente rigidi di associazione stimolo-risposta, se considerato nel suo complesso esso appare invece straordinariamente articolato, mutevole, flessibile, imprevedibile – per nulla riducibile ad un insieme di reazioni geneticamente programmate o comunque stereotipe. A partire da una base innata, le emozioni sono rimodulate dall'esperienza in sottili sfumature, e associate alle più diverse combinazioni di stimoli, generando un mobilissimo

[44] V. ad es. DENNETT 1978; LYCAN 1981; KAHNEMAN 2011.
[45] Neal, Wood 2009.
[46] Chartrand, Dalton 2009; Hanawa et al. 2016.

paesaggio affettivo[47]. Processi di apprendimento[48] – le cui direzioni sono forse preparate, ma non strettamente vincolate a livello genetico – vanno disegnando l'immensa rete dei comportamenti abituali e delle abilità, costruendo un repertorio ricchissimo di possibilità comportamentali. L'ipertrofica tendenza umana all'imitazione, infine, va spontaneamente e inconsciamente plasmando gli schemi emotivi e comportamentali degli individui sulla base di modelli sociali, in un'incessante processo di reciproca sintonizzazione[49].

D'altra parte, sebbene le decisioni del sistema automatico si producano senza sforzo, esse presuppongono un'elaborazione estremamente complessa della situazione e della risposta comportamentale, che, anche quando segue schemi relativamente rigidi, li applica con impressionante flessibilità e intelligenza[50]. Qualcuno mi lancia un oggetto e la mia mano lo afferra: senza che alcuno sforzo di concentrazione sia dedicato a questo compito, il cervello stima il peso e la velocità dell'oggetto, ne calcola la traiettoria, elabora uno schema di movimento perfettamente adeguato alla circostanza (mai esattamente identica alle precedenti), e lo mette in atto con impeccabile coordinazione, modificandolo immediatamente se la traiettoria subisce una variazione imprevista.

Nell'elaborazione della decisione il sistema automatico si avvale di un articolatissimo e continuamente aggiornato repertorio di "mappe" neurali che rappresentano la struttura e le dinamiche del mondo esterno (l'ambiente) e interno (l'organismo stesso)[51]. Queste mappe costituiscono la conoscenza "tacita", inaccessibile alla coscienza, sulla cui base il sistema automatico costruisce aspettative sugli eventi futuri, le associa all'attivazione di certi schemi di reazione, e adatta gli schemi alla situazione attraverso continue simulazioni on-line (durante l'effettiva esecuzione) delle azioni e dei loro effetti[52]. Si tratta, se si vuole, di una sorta di "ragionamento", ma del tutto automatico, incontrollato, istantaneo, inconscio.

6.3. Gli esseri umani, e altri animali dotati di particolare "intelligenza", hanno però capacità simulative ancora più spiccate. Sembra che alcuni network del nostro cervello, che possiamo indicare come "sistema di simulazione", siano costantemente impegnati, sia durante il sonno che durante la veglia, nella simulazione off-line (non connessa all'effettiva esecuzione) di azioni in scenari possibili

[47] DAMASIO 1994, cap. 7; DAMASIO 2010, cap. 3.
[48] CHURCHLAND P.S. 2002, 333 ss.
[49] Sul ruolo dell'imitazione negli esseri umani v. almeno i saggi raccolti in HURLEY, CHATER 2005.
[50] MORSELLA 2009, 9.
[51] L'idea che il cervello rappresenti il mondo in forma di "mappe" è spiegata in modo eccezionalmente ricco e stimolante in CHURCHLAND P.M. 2013. Sul fatto che le mappe cerebrali rappresentano non soltanto il mondo esterno, ma anche il corpo e lo stesso cervello v. soprattutto DAMASIO 2010, cap. 3.
[52] CHURCHLAND P.S. 2002, 77 ss.

diversi da quelli reali (contro-fattuali) e nell'anticipazione delle loro conseguenze[53], generando continuamente, e a volte mantenendo in memoria, rappresentazioni (mappe) di "mondi possibili" che non sono immediatamente connesse a reazioni automatiche[54]. Questo processo avviene sullo sfondo, e nelle linee, degli schemi in cui consiste la conoscenza tacita e può, con lentezza, contribuire alla sua integrazione e modifica. Il "sistema di controllo", come vedremo, accede a queste rappresentazioni, e può accelerarne la produzione.

6.4. Il sistema di controllo opera sia nella predisposizione di azioni nel futuro immediato, che nella pianificazione di azioni dilazionate, che nel monitoraggio e correzione delle performance (con un continuo slittamento, nel caso dell'esecuzione di piani complessi, da una modalità all'altra). Mi riferirò soltanto alla prima modalità, quella che entra in gioco nel giudizio pratico[55].

Il sistema di controllo mantiene in uno stato di provvisoria inibizione ("trattiene") eventuali azioni stimolate dal sistema automatico (o da un precedente processo di controllo) e concentra attenzione sull'elaborazione della situazione e della risposta, esplorando il bacino di conoscenze disponibili, ed eventualmente incrementandolo attraverso l'*accelerazione mirata* dei processi di simulazione off-line. L'elaborazione ricomprende: la ricerca di opzioni d'azione alternative a quelle automaticamente attivate; la simulazione della loro esecuzione, anticipandone gli effetti e valutandoli sulla base di certi parametri; la conservazione in memoria dei risultati della valutazione utilizzandoli per ricerche e valutazioni successive[56]. L'intero processo richiede tempo, attenzione, energia. Ma aumenta la flessibilità dell'azione, allargando il repertorio delle opzioni possibili al di là di quelle automaticamente attivate.

È importante ribadire che, così come l'elaborazione delle reazioni automatiche, l'intera elaborazione della risposta da parte del sistema di controllo, inclusa la "valutazione" delle opzioni, è usualmente trattata dalle scienze della mente come

[53] CHURCHLAND P.S. 2002, 80 ss.

[54] A questa attività simulativa off-line sembra che contribuisca un network cerebrale chiamato "*default mode network*" (BUCKNER et al. 2008).

[55] Nelle scienze cognitive è molto diffuso l'uso delle espressioni "*cognitive control*" ed "*executive function*" per indicare, grossomodo, le operazioni del sistema di controllo, soprattutto con riferimento al controllo della performance durante l'esecuzione di un compito (*task*). Per una rassega recente degli studi in materia v. EGNER 2017.

[56] Nel modello qui proposto, dunque, ciò che distingue il sistema di controllo dal sistema automatico è essenzialmente (i) l'impiego di risorse attentive e di memoria di lavoro e (ii) l'accesso a processi di simulazione off-line (cfr. EVANS, STANOVICH 2014, 236). Il ruolo della simulazione nel controllo e nell'incremento di flessibilità che esso comporta rispetto al sistema automatico è supportato dall'osservazione, in forme di *decision-making* non rutinarie, che richiedono l'adozione di soluzioni "nuove", di attivazioni intermittenti e interconnesse dell'*executive control network* (il network cerebrale che si presume sia responsabile, fra l'altro, dell'inibizione degli impulsi, dell'allocazione dell'attenzione, del controllo dell'esecuzione di un compito) e del *default mode network* (uno dei network cerebrali che si presume sia responsabile della simulazione off-line) (BEATY et al. 2015).

un processo interamente spiegabile – e sempre più spiegato – in termini *causali*: una rete di operazioni realizzate da quella incredibilmente complessa e flessibile "macchina causale" che è il cervello umano[57].

Un processo di controllo si conclude con la selezione di un'azione e l'interruzione dei processi di ricerca e valutazione. La "selezione" dell'azione consiste in segnali neurali che, attraverso un processo ulteriore, innescano l'attivazione di quella azione, e/o in segnali che bloccano l'attivazione di opzioni incompatibili. I segnali neurali che concludono il processo non sono ancora comandi motori, per indurre i quali è richiesta un'elaborazione ulteriore. Se questa elaborazione avviene, il processo di controllo va a buon fine: viene "decisa" (attivata) l'azione selezionata, a causa (anche) del controllo. Ma non è detto che ciò avvenga. Il controllo potrebbe fallire perché i segnali di attivazione dell'azione sono sovrastati da impulsi di reazione automatica, o perché nel frattempo viene avviato un nuovo processo di controllo. Inoltre, è possibile che i segnali provenienti dal controllo non siano sufficienti, da soli, a causare la decisione, ma richiedano il concorso di altri fattori. È anche possibile che le probabilità dell'efficacia causale del controllo aumentino con un certo "allenamento" (e addestramento)[58].

Il controllo è intrinsecamente *graduale*: può mobilitare maggiori o minori risorse attentive, e svolgersi in cicli più o meno lunghi e complessi. È inoltre possibile – secondo alcuni estremamente probabile – che i processi in cui il controllo consiste, sebbene siano spesso associati alla coscienza e alla volontarietà, si svolgano invece *anche* in modo inconscio e spontaneo[59], diventando coscienti solo quando il processo raggiunge una certa durata e mobilita un certo grado di attenzione[60]. In questo caso potranno tradursi nell'impressione soggettiva di aver compiuto volontariamente l'azione (*sense of agency*).

Adotto come caso paradigmatico il controllo delle azioni motorie. Assumo però che una struttura analoga possa applicarsi, con opportuni adattamenti, anche al controllo di azioni e atteggiamenti mentali, e in particolare di emozioni. Uno degli adattamenti rilevanti riguarda la minore efficacia del controllo, sia rispetto a eventi mentali di natura cognitiva, sia, soprattutto, rispetto alle emozioni[61].

6.5. Come abbiamo visto, il sistema automatico è straordinariamente efficiente in termini di tempo e risorse cognitive, ed è capace di assicurare un continuo adattamento dell'azione alle circostanze ambientali. Il sistema di controllo offre un ulteriore incremento di flessibilità, ma rallenta la risposta e richiede un maggiore

[57] CHURCHLAND P.S. 2002, 204.
[58] BAUMEISTER et al. 2007.
[59] Cfr. Bargh, Chartrand 1999; Bargh 2007; Suhler, Churchland 2009; Hassin 2013.
[60] Sul ruolo della durata dei processi e del grado di attenzione ai fini del loro accesso alla coscienza v. DEHAENE 2014.
[61] LEDOUX 1998, 303 ss. Per una panoramica generale sul controllo delle emozioni v. GROSS 2007.

sforzo cognitivo[62]. Il sistema automatico, più rapido ed efficiente, costituisce la modalità d'azione di default[63]. Il sistema di controllo, meno efficiente e più lento, tende ad attivarsi in modo residuale. Non autonomamente, però, ma attraverso un diverso network cerebrale, noto come *salience network*, "sistema di salienza"[64], che opera in modo automatico (veloce, senza sforzo, involontario e inaccessibile). Il sistema di salienza monitora continuamente il corso degli eventi, e, soprattutto a fronte di eventi insoliti ("anormali"), o dotati di una certa risonanza affettiva ("importanti"), attiva il sistema di controllo, con la conseguente concentrazione di attenzione sull'elaborazione della risposta. Ancora una volta, il cervello dispiega un dettagliatissimo repertorio di mappe tacite che rappresentano una rete di assetti prototipici associati a diverse classi di situazioni (uno "sfondo di normalità"). Il verificarsi di eventi sufficientemente dissimili da quei prototipi (il "turbamento" dello sfondo) tende a provocare l'immediata attivazione del sistema di controllo[65].

Che il controllo sia "residuale" – è importante sottolinearlo – non significa che la sua occorrenza sia rara, o limitata a circostanze di estremo pericolo o totale sconvolgimento della normalità. La nostra vita durante la veglia può essere descritta come lo scorrere incessante di una molteplicità di processi automatici, sul quale si vanno costantemente accendendo e spegnendo processi di controllo, che potrebbero spesso essere così flebili e brevi da non raggiungere le soglie della coscienza[66].

7. *Struttura del controllo*

Costituisce un "parametro" del controllo ogni rappresentazione che ne guida causalmente lo sviluppo, orientando la ricerca delle opzioni, e fissando "soglie di soddisfazione" per la loro valutazione.

Quale sia esattamente la struttura dei parametri e dei processi di controllo da essi guidati è una delle più importanti questioni discusse dalle scienze della mente[67]. Non sono questi né la sede né l'autore adatti a passarli in rassegna. Ai nostri fini sono sufficienti delle considerazioni molto brevi.

[62] BAUMEISTER et al. 1998.
[63] EVANS, STANOVICH 2014, 236 s.
[64] MENON 2015. È probabile che il sistema di salienza rivesta un ruolo non soltanto nell'attivazione del controllo, ma anche nell'orientare il suo svolgimento (cfr. MENON, UDDIN 2010; BEATY et al. 2015).
[65] Cfr. KAHNEMAN 2011, 71 ss.
[66] Sull'immenso ruolo dei processi automatici o comunque inconsci cfr. WYER JR. 1997; BARGH, CHARTRAND 1999; BARGH 2007; HASSIN 2013.
[67] Cfr. ad es. BOTVINICK, COHEN 2014.

7.1. Anzitutto è opportuno prendere le distanze da una diffusa e intuitiva raffigurazione "raziocinativa" del controllo, calibrata sull'esperienza introspettiva, filtrata dalla psicologia di senso comune e dalla teoria del ragionamento dell'ultimo secolo. La si può descrivere grossomodo così. (a) I processi causali in cui il controllo consiste sono inferenze pratiche, e i parametri del controllo sono costituiti dalle rappresentazioni che svolgono in esse il ruolo di ragioni "operative"[68], e cioè, tipicamente: rappresentazioni di stati di cose da raggiungere o "scopi" (*goals*); rappresentazioni di azioni tipo da adottare in circostanze tipo, o "regole" (*rules*); rappresentazioni della valenza affettiva (*liking/disliking*) associata al compimento dell'azione e ai suoi esiti attesi, o "valori" (in un senso di valore del tutto soggettivo). (b) Scopi, regole e valori sono rappresentazioni "proposizionali": l'agente è cioè in grado di discriminare astrattamente, e comunicare verbalmente, le proprietà rilevanti che identificano lo scopo o la regola, o alle quali attribuisce valore. (c) L'introspezione è complessivamente affidabile: quando abbiamo l'esperienza cosciente di stare ragionando sulla base di una certa ragione operativa, si sta effettivamente svolgendo un processo di controllo che ha come parametro quella ragione operativa.

La raffigurazione raziocinativa del controllo non è necessariamente infondata. Ma è sicuramente incompleta. Si può provvisoriamente ammettere che i processi di controllo possano avere la struttura di inferenze – non necessariamente consce – guidate da scopi, regole, valori. Ma questa non è l'unica struttura possibile. Si può ammettere che i parametri del controllo abbiano spesso struttura proposizionale. Ma non sempre è così. Può trattarsi di rappresentazioni iconiche. E può trattarsi anche di rappresentazioni di natura più strana, radicalmente "incorporate", e suscettibili unicamente di accesso "implicito" (v. *infra*, § 7.2). Si può infine ammettere – anche qui provvisoriamente – che l'introspezione abbia una qualche accuratezza, ma certamente parziale e fallibile. L'eventualità che l'introspezione "razionalizzi" *ex post* il controllo attribuendogli parametri radicalmente diversi da quelli reali[69] potrà non essere costante, ma è costante l'eventualità che l'introspezione colga *solo alcuni* dei parametri reali, o non ne colga in modo accurato la struttura[70].

[68] RAZ 1975, 33 s.
[69] HAIDT 2001, 817.
[70] Gli aspetti inconsci del controllo più frequentemente presi in considerazione hanno a che fare con emozioni e valori. Ad esempio, secondo Damasio nei soggetti con funzioni cerebrali integre il *decision-making* controllato sarebbe fortemente condizionato da un processo di "marcatura somatica", di natura emotiva, di certe opzioni d'azione e/o situazioni (v. soprattutto DAMASIO 1994, cap. 8). L'idea del marcatore somatico suggerisce che anche regole e scopi alle quali l'agente non assegna coscientemente alcun valore affettivo riescano invece a funzionare come parametri di controllo proprio grazie alla loro risonanza affettiva inconscia. Secondo SHENHAV, COHEN, BOTVINICK 2016, invece, il controllo opera sempre sullo sfondo di una comparazione inconscia tra la stima dei costi del processo di controllo stesso, e il valore da esso atteso.

Il senso di queste osservazioni risulterà più chiaro discutendo del ruolo dell'automaticità nei processi di controllo.

7.2. L'automaticità investe e permea diversi aspetti del funzionamento del sistema di controllo.

Come si è accennato discutendo del modello duale e del sistema di salienza, il controllo avviene sempre nelle linee tracciate da una rete di processi automatici. Sono in ultima analisi automatici l'innesco del controllo, la sua interruzione, l'adozione di certi parametri, la selezione delle opzioni prese in considerazione, e così via.

Al di là di ciò, sono le modalità stesse assunte dal controllo a poter essere più o meno automatiche. Il controllo, infatti, non è un processo "libero", che può svilupparsi con eguale probabilità in qualsiasi delle direzioni rese possibili dalla struttura cognitiva dell'agente. Il sistema di controllo è strutturato in un insieme di percorsi preferenziali, che possiamo chiamare "pattern di controllo": disposizioni – forse in parte innate, ma in grandissima parte apprese – ad adottare preferenzialmente certi parametri di controllo e a prendere in considerazione preferenzialmente certe opzioni e certi loro effetti. I pattern di controllo possono progressivamente "automatizzarsi". L'automaticità *non è* una prerogativa esclusiva del sistema automatico. È la tendenza, ubiqua, ad apprendere pattern affettivi, motori e mentali che, ad un certo livello del processo di apprendimento, diventano relativamente rigidi e veloci. E anche il controllo può essere oggetto di apprendimento e automatizzazione. Un pattern di controllo automatico è la forte disposizione, modellata da processi di apprendimento, ad adottare immediatamente, dati certi stimoli, certi parametri di controllo, e a selezionare immediatamente certe opzioni senza effettuare – o effettuando in modo drasticamente semplificato – le operazioni di ricerca, simulazione, valutazione. Un pattern di controllo automatico funziona in modo molto simile al sistema automatico (*fig.* 2). Fa intervenire risposte predefinite che completano il processo decisionale più rapidamente e con sforzo minore – anche se non altrettanto rapidamente e senza sforzo come nelle reazioni automatiche. Avverto un morso di fame, e dopo una quasi impercettibile ricerca mentale *penso* di guardare in frigo. L'allenatore ordina di fare dieci minuti di corsa, e gli atleti svogliati *pensano* che devono mettersi a correre. Ma la differenza tra pattern di controllo automatico e pattern di reazione automatica è soltanto un fatto di grado. Ad un ulteriore livello di apprendimento, la mediazione del controllo potrà anche sparire, e il pattern di controllo automatico si trasformerà in un mero pattern di reazione automatica. All'ordine dell'allenatore gli atleti non pensano, ma direttamente scattano.

È verosimile che il sistema di salienza giochi un ruolo importante nel funzionamento dei pattern di controllo automatico, riconnettendo la loro attivazione a "situazioni normali", assetti prototipici tacitamente rappresentati. Quando questi assetti sono violati – quando, cioè, la situazione non è "normale" – il pattern auto-

matico non si attiva, oppure, pur attivandosi, non è stabile, e il giudizio tende ad essere "riconsiderato"[71].

L'automatizzazione può riguardare anche pattern di controllo di una certa complessità (intere catene inferenziali, interi sistemi di regole, strategie articolate, ecc.). Verosimilmente, molte abilità dipendono proprio dalla progressiva *sintonizzazione* di reazioni automatiche e pattern di controllo automatico di una certa complessità (so eseguire fluidamente una sonata, ma sono anche in grado di notare e correggere istantaneamente gli errori).

Vi è infine un altro importante aspetto della penetrazione dell'automaticità nel controllo che vale la pena di evidenziare. Può accadere che il parametro del controllo non sia costituito da una rappresentazione proposizionale, ma... da uno stesso pattern di reazione automatica. L'esempio più chiaro è quello del *know-how*, detto anche memoria procedurale, o implicita. Supponiamo che io abbia imparato a nuotare a *crawl*, e, nuotando, tenga sotto controllo cosciente i miei movimenti per evitare che la bracciata si discosti dalla forma memorizzata come appropriata. Sto esercitando un controllo cosciente sulla mia azione (un controllo contestuale all'azione). Il parametro che uso potrà forse essere costituito, in parte, da "regole" che rappresentano aspetti della bracciata da adottare in forma proposizionale (l'istruzione che descrive il movimento della mano), o anche in forma iconica (un'immagine visiva della posizione della mano). Ma queste regole operano sullo sfondo di un parametro di genere completamente diverso, e cioè lo schema motorio della bracciata di *crawl*, inscritto nella mia memoria procedurale, che io conosco ben al di là delle rappresentazioni astratte che posso farmene: lo conosco proprio nella misura in cui sono in grado, e so di essere in grado, di attivarlo automaticamente, e di riconoscere automaticamente le deviazioni da esso. Bruno Celano[72] si è riferito a queste rappresentazioni come "incorporate" perché, a differenza delle rappresentazioni proposizionali e iconiche, l'unico accesso che abbiamo ad esse passa dalla concreta realizzazione di ciò che rappresentano. Qui le chiamerò "implicite", per sottolineare il loro nesso con la memoria implicita[73]. Anche le rappresentazioni implicite giocano un ruolo centrale nelle abilità. È in gran parte su di esse che, verosimilmente, riposa il controllo cosciente esercitato dagli esecutori esperti[74].

In questa prospettiva, la differenza tra automaticità e controllo si scioglie in una articolatissima gradualità. La nostra mente appare come un paesaggio dinamico, fatto di un enorme repertorio di possibili percorsi d'azione motoria e

[71] Questo meccanismo è, più o meno, quello che Bruno Celano ed io abbiamo supposto fosse all'opera nel "trinceramento" delle regole (BRIGAGLIA, CELANO 2018).

[72] CELANO 2014.

[73] Si è parlato anche di "intenzionalità gestaltica" (WAKEFIELD, DREYFUS 1991).

[74] DREYFUS S.E. 2004.

mentale, diversamente probabili, più o meno veloci, più o meno consci, più o meno costosi in termini di attenzione, più o meno interconnessi con reazioni automatiche.

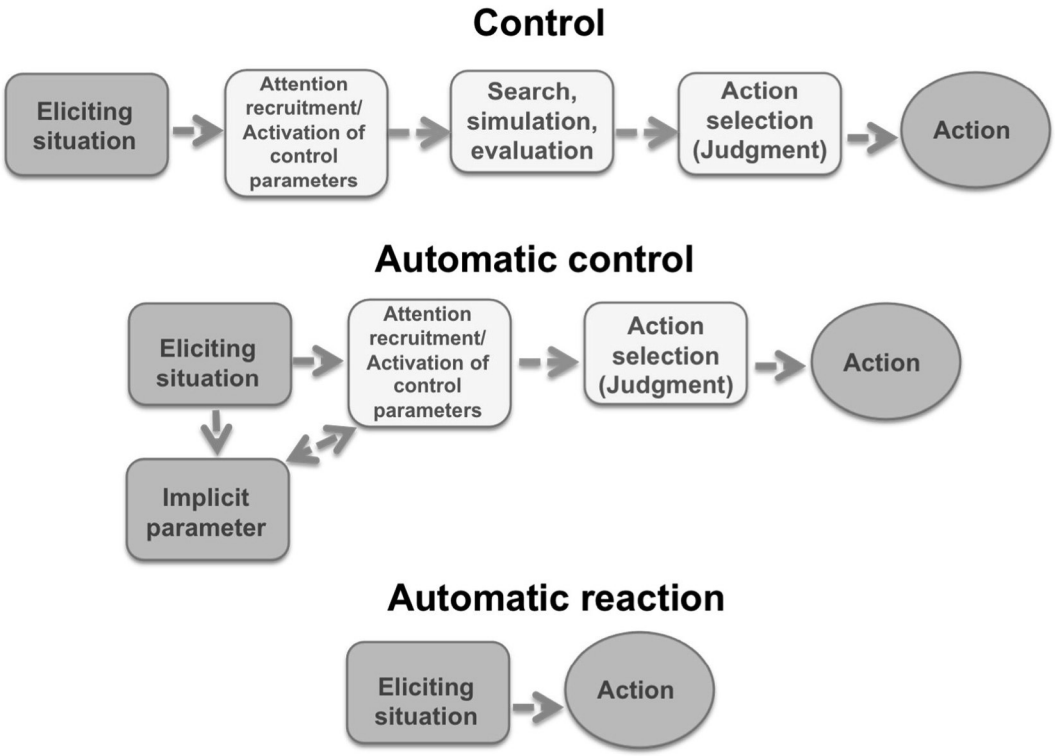


Fig. 2. *Reazione automatica, controllo automatico, controllo*

7.3. Un altro aspetto importante della struttura del controllo è la sua "sintonizzazione sociale". O attraverso addestramento esplicito, o attraverso spontaneo apprendimento imitativo, vanno progressivamente convergendo non soltanto le nostre reazioni automatiche, ma anche i nostri pattern di controllo, e dunque i nostri giudizi. La sintonizzazione sociale del controllo è un processo dinamico, continuamente in corso, e in gran parte inconsapevole, che avviene insieme alla costruzione e all'aggiornamento di aspettative, tacite o esplicite, sulla condivisione di quei pattern, e dei relativi giudizi, da parte degli altri. Ad un certo punto, senza che io abbia mai prestato attenzione al mutamento dei miei gusti, o abbia potuto indirizzarlo volontariamente, comincia a risultarmi grottescamente inappropriato indossare la mia giacca preferita, comprata appena un paio di anni prima, e tendo a credere – quasi sempre a ragione – che anche altri appartenenti al mio gruppo lo troverebbero inappropriato.

8. *La normatività come controllo*

Un processo di controllo, come abbiamo visto, si completa con un insieme di segnali neurali che contano come "selezione" di un'opzione. Se il controllo ha richiesto tempo e attenzione sufficienti, e se l'attenzione non è immediatamente deviata su altre questioni – e in particolare sull'esecuzione dell'azione – gli eventi neurali che segnano la chiusura del processo di controllo accedono ad uno stato cosciente. La mia ipotesi è che questo stato sia un elemento essenziale del giudizio normativo. In questo senso, che un'azione A sia giudicata "corretta" significa anzitutto questo: che un processo di controllo si è chiuso selezionando A. La "correttezza" è intrinsecamente legata al controllo[75].

La struttura appena descritta somiglia già molto alla normatività. Non sarebbe del tutto bizzarro riferirsi alla mera chiusura di un processo di controllo come "giudizio normativo", e ai parametri che hanno guidato il processo come "parametri di correttezza", o addirittura come "ragioni". Si noti che, se adottassimo quest'uso, le ragioni sarebbero *cause*: rappresentazioni che hanno guidato causalmente un ciclo di controllo che si è chiuso con quel giudizio (che a sua volta potrà, sotto certe condizioni, causare l'azione).

Per quanto non del tutto inappropriati, questi usi sarebbero però fuorvianti. I casi centrali della nostra esperienza della normatività, che costituiscono i prototipi attorno ai quali si strutturano i nostri concetti normativi, sottendono processi di controllo dalla struttura molto più complessa. La mera chiusura di un processo di controllo ne costituisce nulla più che lo strato di base, necessario ma non sufficiente. Un giudizio non ancora, o non pienamente, normativo. Se si vuole, un giudizio "proto-normativo"[76], o "giudizio" *tout court*. Il passaggio dal mero controllo proto-normativo alla normatività in senso stretto richiede l'intervento di almeno due capacità.

8.1. La prima capacità, appartentente alla famiglia della cosiddetta "meta-cognizione", è la capacità di costruire strutture di controllo ricorsive – di controllare, e ri-controllare, i processi di controllo. Possiamo trattenere in memoria un certo giudizio, e ripetere il processo (faccio un calcolo, ottengo un risultato, non sono sicuro, trattengo in memoria il risultato e lo controllo ripetendo il calcolo). Possiamo costruire meta-rappresentazioni del processo di controllo – schemi di inferenza espliciti, ma anche procedure non logiche come il *role-taking*, ecc. – e

[75] Il controllo può assumere una struttura estremamente complessa, sviluppandosi in fasi che si chiudono con giudizi *pro tanto* – provvisori, e cioè mantenuti off-line, non ancora tradotti in segnali di azione – che vengono mantenuti in memoria mentre si attivano nuove fasi di controllo guidate da parametri diversi. La distinzione tra giudizi *pro tanto* e conclusivi è molto importante, ma ne prescinderò per semplicità.

[76] Cfr. GIBBARD 2003.

usarle come parametri per controllare il suo svolgimento. Possiamo mettere in questione i parametri che abbiamo usato, e controllarli sulla base di altri parametri. Possiamo, così, giudicare a favore di A in virtù di P; confermare che, se assumiamo P come parametro, è corretto giudicare che è corretto fare A; giudicare che è corretto assumere P come parametro; e così via. Per quanto l'espressione linguistica di una struttura ricorsiva sia sempre piuttosto farraginosa, credo che si tratti di una capacità che, per un cervello umano, è del tutto banale. Non molto diversa da ciò che fa un bambino quando canta "Alla fiera dell'est", o quando chiede il "perché?" di ogni "perché?", o quando fa "1 più 1 più 1..." accorgendosi che potrebbe non finire mai.

Alla ricorsività del controllo si affianca un'altra importante capacità: la capacità di *simulare* processi di controllo. Possiamo costruire simulazioni di come noi stessi giudicheremmo, immaginando una situazione fittizia e lasciando che si attivi spontaneamente un pattern di controllo che però opera off-line, non invia segnali di azione. Possiamo simulare l'adozione di parametri diversi da quelli che noi stessi attiveremmo spontaneamente, ed esplorare off-line i loro sviluppi. E così via.

Queste due capacità rendono possibili processi di controllo dotati di una struttura molto più complessa rispetto al controllo proto-normativo. È nei termini di questa struttura che, a mio giudizio, va ricostruito il fenomeno della normatività. La guida normativa, sosterrò, è un processo di controllo dalla struttura complessa, che comprende controlli ricorsivi e simulazioni.

Mi concentrerò anzitutto su una particolare forma di normatività, che chiamerò "esplicita", caratterizzata da una estesa accessibilità conscia. Proseguirò allargando la nozione di normatività in modo da coprire anche forme di normatività dotate di minore accessibilità. Aggiungerò poi delle brevi osservazioni per allargare il campo della normatività pratica – avente ad oggetto la preparazione ad un'azione da svolgere nell'immediato futuro – ad altre forme di normatività. Infine, proverò a mostrare come il modello della normatività come controllo possa dar conto delle dinamiche della normatività che il modello duale non inquadrava in modo convincente.

8.2. Il giudizio normativo esplicito è, in prima approssimazione, lo stato mentale conscio che si produce quando un giudizio che seleziona una certa opzione d'azione A è confermato da un processo di controllo di grado superiore. Secondo il modello del controllo, è questa l'operazione che esperiamo come discriminazione di correttezza e che esprimiamo tipicamente con espressioni del tipo "È corretto fare A". Perché si abbia un giudizio normativo, dunque, non è sufficiente avere accesso cosciente alla chiusura di un processo di controllo che ha selezionato A (un mero giudizio), ma è necessario che la selezione di A sia confermata in un processo di controllo di grado superiore (un meta-giudizio). In questo caso, A non conterà semplicemente come propria scelta volontaria, ma come scelta "corretta".

Il giudizio di grado superiore non va inteso come la ragionata e completa ripetizione di tutto il processo di controllo che ha portato al giudizio di grado inferiore. Può trattarsi semplicemente di un *loop* che ripete, in modo automatico o semi-automatico, i segnali inviati da un certo parametro. Questo *loop*, in assenza dell'attivazione automatica, da parte del sistema di salienza, di parametri alternativi, rafforza il giudizio già formato. La conferma potrebbe essere nulla più che questo.

Quando un giudizio, pur prodottosi, non è confermato, o perché il processo di controllo prodotto sulla base dello stesso parametro produce un esito differente, o perché l'adozione di quel parametro non è a sua volta confermata, il giudizio è degradato ad errore. La stessa dinamica può ripetersi ricorsivamente. Così, un giudizio normativo formato in un momento T1 può essere degradato ad errore in un momento T2. Tornerò su questa dinamica più avanti, discutendo del rapporto tra ragioni e cause.

È verosimile che la struttura degli stati mentali che individuiamo come istanze prototipiche di giudizio normativo non sia esaurita dal giudizio e dalla sua conferma, ma includa almeno altri due elementi rilevanti. Da un lato, l'aspettativa, esplicita o latente, che anche altri agenti perverrebbero a, e confermerebbero, lo stesso giudizio (può trattarsi di altri reali, ma anche di altri "ideali": gli dei, gli antenati, la comunità dei saggi, quelli che "davvero capiscono le cose", quelli "davvero trendy", e così via). D'altro lato, l'inscrizione del giudizio in quella complessa costruzione mnemonica che è il cosiddetto "sé autobiografico"[77] – la rappresentazione di sé come soggetto continuo nel tempo, dotato di capacità cognitive, ecc. – e dunque la sua collocazione in una storia (continuamente rimaneggiata) di giudizi e atteggiamenti precedenti, e una sua qualche proiezione sui casi futuri.

Se questa ipotesi fosse corretta, il giudizio normativo esplicito richiederebbe, quanto meno nella sua forma prototipica, l'interazione di diverse strutture neuro-psicologiche. (i) Anzitutto, meri processi di controllo, proto-normativi. (ii) Innestati su di essi, processi latamente meta-cognitivi, e precisamente processi di controllo di livello superiore, cui si affiancano (iii) processi psico-sociali e (iv) processi di costruzione del sé.

Trovo molto suggestiva l'ipotesi di una costitutiva, necessaria interconnessione delle componenti meta-cognitiva, sociale e personale. La meta-cognizione rilevante emergerebbe dalla pratica di confronto tra i propri giudizi e i giudizi altrui (la conferma sarebbe sempre conferma rispetto ad un uditore potenziale); il sé autobiografico emergerebbe da questa stessa pratica, e diventerebbe un modello normativo condiviso (come è corretto che io sia, rispetto ad un uditorio); le

[77] DAMASIO 2010, cap. 9.

aspettative sui giudizi altrui si strutturerebbero attraverso la costruzione di immagini complesse dei processi decisionali altrui modellati in forma di altri sé autobiografici, ecc. Se così fosse, una teoria neuro-psicologica completa della normatività non potrebbe che essere una teoria neuro-psicologica di ciò che la filosofia continentale e anglosassone hanno chiamato, rispettivamente, "soggetto" e "persona": l'individuo cosciente di sé, dotato di "agentività", controllo di sé e in particolare controllo "normativo" (morale, razionale, ecc.), e capace di riconoscere gli altri come "soggetti" o "persone".

Mi concentrerò prevalentemente sulla componente meta-cognitiva, che mi sembra cruciale rispetto alla distinzione tra ragioni e cause, e lascerò sullo sfondo gli aspetti sociali e personali della normatività.

8.3. La guida normativa esplicita è un processo di controllo conscio, che si chiude con un giudizio normativo esplicito, e che è guidato da parametri normativi espliciti o "ragioni".

Più precisamente, P funziona per X come ragione a favore di A se:

(a) P svolge il ruolo causale di parametro in un processo di controllo di X che si conclude con un giudizio normativo a favore di A[78].

(b) P è un parametro *esplicito*, e cioè: (i) l'agente ha accesso conscio a P durante il processo di controllo, e (ii) P – tipicamente, uno scopo, una regola, un valore – ha carattere proposizionale.

(c) P è un parametro *normativo* nel senso che il suo ruolo di parametro è confermato da un processo di controllo di grado superiore – X, cioè, giudica corretto selezionare A sulla base di P, e/o adottare P come parametro. P, in altri termini, non è un mero parametro che influenza causalmente una scelta volontaria, ma la rende corretta, e/o è a sua volta corretto. Propongo di utilizzare il termine "norma" come termine generico per indicare qualsiasi parametro normativo, che sia esplicito (ragioni) o meno.

A questa struttura meta-cognitiva si affiancano, verosimilmente, le componenti sociale e personale.

(d) X si aspetta che P funzionerebbe anche per altri – reali o immaginari – come ragione a favore di A.

(e) Il complesso ruolo funzionale che fa di P una ragione è inscritto nella memoria auto-biografica di X – P, potremmo dire, è rappresentata come una ragione che "io accetto".

[78] Più precisamente, perché P funzioni come ragione a favore di A è sufficiente che svolga il ruolo di parametro in una fase di controllo conclusasi con un giudizio *pro tanto*, e non necessariamente con un giudizio conclusivo (v. *supra*, nt. 75).

8.4. La normatività esplicita copre uno dei nuclei prototipici di ciò che la psicologia di senso comune identifica come normatività. Ma il campo della normatività può essere esteso al di là di questo nucleo, includendo processi che hanno una struttura sufficientemente simile, ma sono in tutto o in parte inconsci.

(1) Si possono dare processi di guida normativa che si concludono con un giudizio esplicito, ma sono guidati da parametri consci e normativi – oggetto del necessario controllo ricorsivo –, che non sono però rappresentazioni proposizionali, ma rappresentazioni iconiche o implicite. Nel caso dei parametri impliciti vi è un costitutivo, fisiologico e probabilmente incolmabile scarto tra la descrizione esplicita che possiamo offrire dei parametri che crediamo ci guidino, e la loro effettiva struttura alla quale, appunto, non accediamo in modo esplicito. Il confronto intersoggettivo dei giudizi avviene principalmente non in modo verbale, ma attraverso esempi mirati, e progressiva, inconscia sintonizzazione di pattern di azione automatica e di giudizio.

Discutendo del modello dell'applicazione di regole era emersa un'importante ambiguità del termine "regola", usato per indicare rappresentazioni dell'azione di tipo da compiere in circostanze tipo di genere profondamente diverso: premesse di ragionamenti consci, schemi impliciti che controllano giudizi intuitivi, schemi impliciti che controllano mere disposizioni comportamentali. La mia proposta di disambiguazione – del tutto stipulativa, s'intende – è la seguente. Una rappresentazione di un'azione tipo in circostanze tipo che ha il ruolo di parametro normativo è una "regola" se è esplicita, e cioè se ha struttura proposizionale (la descrizione verbale della bracciata di *crawl*); è una "regola iconica" se ha struttura iconica (un'immagine visiva della bracciata di *crawl*); è una "norma implicita" se ha struttura implicita (il *knowing how*, la memoria procedurale o implicita della bracciata di *crawl*). Gli schemi che controllano disposizioni comportamentali che non accedono al livello normativo non sono invece né regole né norme.

(2) Possono darsi processi di controllo che, seppur consci, non sono esplicitamente normativi nel senso che il necessario controllo ricorsivo del giudizio e/o del parametro non è stato attualmente svolto. Si tratta però di parametri "latentemente" normativi in quanto, in virtù di un pattern di controllo automatico, sussiste la forte disposizione a confermare immediatamente la correttezza del giudizio e del parametro. Propongo di indicare i parametri latentemente normativi come norme "accettate" da X. Sono i parametri la cui adozione tenderemmo immediatamente a confermare, come il valore della libertà personale in una cultura liberale, la regola di non aggressione intra-gruppo in moltissime culture, la regola della sottomissione del giudice alla legge per un ingenuo ed entusiasta studente neo-laureato in giurisprudenza in culture di *civil law*, ecc.

(3) Il discorso potrebbe spingersi ancora più in là. Come abbiamo visto, non è escluso che il controllo possa svolgersi anche in modo inconscio, senza accedere ad alcun giudizio. Se così fosse, il campo della normatività latente potrebbe allargarsi

a processi di controllo inconsci, cui sono sottesi pattern di controllo automatico che li renderebbero normativi.

Ci si potrebbe ancora chiedere se un giudizio dalla struttura complessa come il giudizio normativo possa non solo essere latente, disposizionale, ma svolgersi attualmente in modo inconscio. Da un lato, la complessa struttura meta-cognitiva della normatività sembra associata alla coscienza. D'altro lato, non si può escludere che i *loop* dai quali la meta-cognizione emerge possano svilupparsi anche in modo inconscio. A questo tipo di domande non è possibile rispondere restando ad un livello così speculativo. Sarebbe necessario trasformare il modello del controllo in un'ipotesi molto più precisa riguardo ai processi neurali coinvolti. Se la risposta dovesse essere positiva, il campo della normatività si spalancherebbe per includere processi che hanno struttura identica ai processi normativi consci, salvo per il fatto di essere inconsci.

Ma, anche se la risposta fosse negativa, non cambierebbe molto. In ogni caso, per il modello del controllo la normatività non è che una episodica luce conscia, che si accende su un oceano di processi inconsci, e che è da essi controllata. L'intera attivazione e riattivazione del sistema di controllo in cui la normatività conscia consiste dipende dal sistema di salienza, che è strutturato intorno a prototipi di normalità largamente inaccessibili, e che funziona in modo del tutto automatico e involontario. Il funzionamento del sistema di controllo avviene nelle linee di un'intricatissima rete di pattern di diversa forza si attivano e si riattivano spontaneamente in diverse configurazioni in risposta agli imprevedibili aspetti degli stimoli ricevuti. La rete di pattern di controllo non è statica, ma soggetta ad un mutamento continuo – lento per certe strutture di fondo, molto veloce, ondivago, caotico nelle sue ramificazioni più fini – in risposta a stimoli sia ambientali, e soprattutto sociali, che interni, prodotti dal nostro stesso ruminamento simulativo, in gran parte inconscio. La mente normativa esplicita non può possedere tutto questo. Volente o nolente, ne è posseduta.

8.5. I processi di controllo, come si ricorderà, possono svolgersi sia in modalità online, in connessione con l'effettiva azione da compiere, che in modalità *simulata*. L'ipotesi del modello del controllo è che molte dinamiche della normatività diverse dalla guida normativa pratica, immediatamente connessa all'effettiva esecuzione di un'azione propria, possano essere ricostruite come simulazioni di processi di guida normativa pratica. In particolare, i giudizi sull'azione altrui, o su proprie azioni in circostanze passate o immaginarie, non sarebbero altro che l'esito di processi di simulazione di processi di guida normativa, con i conseguenti giudizi pratici, nei rispettivi contesti d'azione. Per giudicare, dalla poltrona, se è corretto spingere sotto un vagone in corsa una persona per salvarne cinque, simulo di trovarmi nella situazione descritta registrando l'attivazione di un certo pattern di controllo e del conseguente giudizio.

Le simulazioni possono essere molto complesse. Possiamo simulare l'adozione di ragioni che supponiamo sarebbero accettate da un altro, ma che sono diverse da quelle che noi stessi accetteremmo, per prevedere gli esiti dei suoi processi di guida normativa. Possiamo simulare cosa giudicheremmo corretto fare se disponessimo di un insieme di informazioni rilevanti, e distinguere questo giudizio da quello che daremmo in assenza di quelle informazioni. E così via, in combinazioni sempre più complesse. È proprio l'estensione astratta di questi giochi simulativi, è questa l'ipotesi del modello del controllo, a rendere possibile l'emersione di concetti bizzarri come "ciò che si giudicherebbe se si disponesse di tutte le informazioni rilevanti", o "ciò che giudicherebbe un agente ideale". Si tratta, in definitiva, di concetti privi di contenuto informativo, e forse mal costruiti, ma che aprono alla possibilità di concepire, nella propria mente che è un pezzo di carne dalla vita limitata, una dimensione della normatività che la trascende – una normatività "esterna".

8.6. Proviamo adesso ad inquadrare, nelle linee del modello del controllo, i fenomeni normativi emersi nella discussione sul modello duale: l'intuizione, il *rule-following* automatico, la micro-struttura normativa tipicamente sottesa ai giudizi morali.

(1) Nel modello duale, l'intuizione ricadeva nel campo dell'automaticità. Nel modello del controllo, invece, l'intuizione ricade nel campo del controllo, il controllo della decisione. Ma il controllo è un fatto di grado. L'intuizione non è altro che una forma molto automatizzata di controllo, vicina al sistema automatico: l'attivazione di un pattern di controllo automatico, che produce il giudizio in modo veloce, con scarsa mobilitazione di risorse attentive, e spesso sulla base di norme implicite.

Tra l'intuizione e la deliberazione del modello duale – un processo di guida normativa esplicita lento, costoso in termini di attenzione e flessibile – vi è spazio per innumerevoli combinazioni. Possono darsi processi di guida normativa flessibili, che richiedono molta attenzione, ma che sono basati su norme implicite, come la faticosa ricerca del verso giusto da parte di un poeta (una sorta di deliberazione intuitiva). Possono darsi processi di guida normativa veloci, dei quali l'agente è però immediatamente in grado di verbalizzare, se richiesto, ragioni che non sono una mera razionalizzazione *ex post*: sono le stesse ragioni che hanno orientato quel pattern di controllo automatico (una sorta di intuizione deliberata). E così via. In breve, il passaggio dall'intuizione alla deliberazione è un fatto di grado[79].

(2) Il modello del controllo riesce ad inquadrare facilmente il caso del *rule-following* automatico. Si tratta della convergenza tra (i) un pattern di reazione automatica che produce regolarmente A in una situazione S, e (ii) un pattern di controllo automatico che si attiva in caso di deviazione, causando immediatamente un giudizio che rileva la scorrettezza del comportamento deviante, sulla base però di una norma implicita.

[79] V. Brigaglia 2016, § 2.3.

(3) Nel modello del controllo non ha nulla di sorprendente il fatto che l'agente, di fronte ad una certa azione, possa reagire immediatamente con (i) un'emozione (ad esempio di disgusto) e, insieme, con (ii) un giudizio in accordo con l'emozione (l'azione è scorretta) e (iii) un giudizio che giustifica l'emozione (è corretto reagire con disgusto). Questa micro-struttura normativa dipende dalla convergenza tra un pattern di reazione impulsivo-emotiva e un pattern complesso di controllo automatico, costruitosi in un lungo processo di sintonizzazione infra- e inter-personale.

Questa ricostruzione supporta una concezione generale della psicologia della morale che, da un lato, rispetta lo schema della versione emozionista moderata del modello duale, ma, d'altro lato, resta molto vicina sia al neo-sentimentalismo di Gibbard, che alle *sentimental rules* di Nichols, che all'emozionismo di Prinz. Ciascuna di questa teorie coglie bene un aspetto della complessa struttura della guida morale che, quanto meno nella sua istanza prototipica, ricomprende una rete di pattern emotivi (spesso anche meta-emotivi) interconnessi ad una rete di pattern di controllo, i cui parametri rilevanti possono includere sia regole d'azione e regole sulle emozioni, che valori a base emotiva, che norme implicite costituite da pattern emotivi.

9. *Ragioni e cause*

Nel modello del controllo, la guida normativa è intesa come un processo interamente causale: una rete di operazioni di quella macchina causale di straordinaria complessità che è il cervello umano. Norme e ragioni sono rappresentazioni che occupano un certo ruolo funzionale all'interno di processi di controllo: fungono da parametro del controllo, e sono confermate da processi di controllo di livello ulteriore. Le ragioni, dunque, sono nulla più che cause. Questa riduzione causale non implica però che la distinzione tradizionale tra ragioni (giustificative) e cause non abbia alcun fondamento. Se riformulata, mostra di essere una distinzione importante, che ci aiuta a cogliere rilevanti tratti funzionali e fenomenologici del controllo.

Dal punto di vista funzionale, una ragione è sì una causa che influenza il giudizio, ma non *qualsiasi* causa. Supponiamo ad esempio che un fatto P, la riduzione del livello di glucosio nel sangue di un giudice, abbia contribuito a causare il suo giudizio a favore di un'azione A, il rigetto di un'istanza di liberazione anticipata[80]. Ciò non rende P una ragione in favore di A, né per il giudice stesso né per altri agenti, a meno che P non abbia per loro il ruolo funzionale di una ragione a favore di A. A meno, cioè, che si dia il caso che i giudici stessi, o altri agenti, (i) giudicherebbero esplicitamente che "è corretto rigettare l'istanza del beneficio della liberazione anticipata (A)

[80] Danziger, Levaiv, Avnaim-Pesso 2011 (v. *supra*, nt. 3).

in virtù dell'abbassamento del mio tasso di glucosio (P)", e (ii) confermerebbero la correttezza di questo giudizio (è corretto giudicare che è corretto fare A in virtù di P). Per la maggior parte di noi, questa condizione non si dà. La riduzione del tasso di glucosio, per noi, è una mera causa del giudizio, non è una ragione. Discorso analogo – ma un po' più complesso – può farsi riguardo alle norme implicite.

Sotto il profilo fenomenologico, è senz'altro vero che l'esperienza di un ragionamento pratico in cui giustifichiamo A sulla base di P è molto diversa dall'esperienza di P come causa di A, o dalla spiegazione di A sulla base di P. Ed è senz'altro importante sottolineare la differenza tra queste tre esperienze – che possiamo per comodità indicare come "esperienza della ragione", "esperienza della causazione", "esperienza della spiegazione". Credo però che non ci sia alcun bisogno di imputare questa differenza a supposti, incolmabili abissi metafisici tra cause e ragioni, fatti e norme. Di essa si può dare conto restando all'interno di un unico mondo, il mondo delle cause.

La differenza tra esperienza della ragione ed esperienza della causazione potrebbe essere spiegata grossomodo così. L'esperienza conscia del controllo è normalmente accompagnata da un senso di "agentività" (*sense of agency*), il senso di essere l'autore del controllo[81]. Verosimilmente, uno dei fattori causali da cui dipende il senso di agentività è il riscontro di una corrispondenza (*matching*) tra il parametro a cui si è avuto accesso introspettivo e il giudizio[82]. Nel caso delle ragioni, questa corrispondenza è confermata dall'esecuzione di un ulteriore livello di controllo, che rafforza il senso di agentività. (Da questo punto di vista, vi è un nesso privilegiato tra ragione e libertà – ovviamente, in un senso compatibilista di "libertà" –, un nesso che passa attraverso il controllo normativo.) L'esperienza della causazione si produce invece quando il controllo *difetta*: quando, ad esempio, il processo di controllo non si chiude, o il giudizio non è confermato da un processo di controllo successivo, ed è degradato ad errore. Questa è un'esperienza strutturalmente diversa dall'esperienza della ragione. Può accadere che X, dopo aver avuto un'esperienza della ragione, scopra in seguito che il suo giudizio non era stato causato dalla ragione che credeva lo guidasse, ma da un fattore ulteriore, a cui non

[81] Il *sense of agency* è lo stato cosciente consistente nel "sentirsi autore" di un'azione. Da qualche anno i correlati neurali del *sense of agency* sono oggetto di una serrata ricerca, dagli interessantissimi risvolti filosofici (v. ad es. HAGGARD, BARUCH 2015). La ricerca sul senso di agentività verte principalmente su azioni *motorie*. L'esperienza fenomenologica dell'agentività riguarda però anche processi mentali (è una delle caratteristiche definitorie dei processi controllati), e si può supporre che l'agentività delle azioni motorie e mentali condivida aspetti rilevanti. Sul punto cfr. in genere O'BRIEN, SOTERIOU 2009, e in particolare i contributi di SOTERIOU 2009 e PROUST 2009.

[82] Nel caso delle azioni motorie, il senso di agentività sembra essere fortemente influenzato dalla congruenza tra l'azione attesa e quella percepita, nonché dalla congruenza della ricostruzione secondo cui quella azione è stata compiuta da me (PACHERIE 2015). Analogamente, il senso di agentività di un giudizio potrebbe dipendere dalla congruenza tra esso e il parametro a cui si è avuto accesso introspettivo.

è disposto a riconoscere il ruolo di ragione. Ciò lo indurrà ad avvertire retrospettivamente il suo giudizio come *causato*.

Veniamo infine alla differenza tra esperienza della ragione ed esperienza della spiegazione. L'esperienza di essere in un certo stato mentale S, e l'esperienza della rappresentazione di un modello causale che spiega S, sono ovviamente due esperienze differenti: una "in prima persona", l'altra "in terza persona" (ci si rappresenta il sé come se fosse una parte del mondo esterno). Così, ad esempio, l'esperienza del dolore è del tutto diversa dall'esperienza della spiegazione di quel dolore. La stessa differenza vale per le ragioni. L'esperienza della ragione è l'esperienza di chi *effettua* un processo di controllo in cui R ha il ruolo di ragione, e questa esperienza è completamente diversa da quella di chi costruisce un modello causale del ruolo di R (come me in questo articolo). Con l'aggravante che il controllo è ricorsivo, mentre il dolore no. Ogni volta che costruisco un modello causale di R come ragione posso riattivare il controllo e confermare che R era, appunto, una ragione, e non una mera causa. Nulla del genere accade con il dolore. E siccome il controllo può riattivarsi ricorsivamente fino ai limiti delle nostre capacità cognitive, le ragioni continueranno ricorsivamente a sfuggire alle cause, fino ai limiti delle nostre capacità cognitive. Ma questa fuga, mi pare, è metafisicamente innocua.

10. *Precisazioni conclusive*

Il modello del controllo è, allo stato attuale, poco più che un'ipotesi, appena abbozzata. Spero però che appaia come un'ipotesi promettente, che vale la pena esplorare, dettagliare, mettere alla prova.

Per concludere, mi soffermerò brevemente sui suoi limiti principali, che ricerche future dovrebbero tentare di superare.

(1) Allo stato di attuale elaborazione, il modello del controllo è, oltre che approssimativo, molto lacunoso. Non ho affrontato nessuna questione relativa alla struttura dei ragionamenti, e in particolare al rapporto tra automaticità e controllo nel compimento di inferenze. Non mi sono preoccupato della logica della correttezza, della struttura interna della discriminazione tra azioni corrette e scorrette e del suo rapporto con le modalità deontiche. Non ho preso in considerazione la dimensione linguistica e l'interpretazione, che tanto contano nelle dinamiche della normatività, soprattutto in ambito giuridico. Ho solo accennato, senza svilupparla, all'ipotesi – tutta da verificare – che le modalità di giudizio diverse dal giudizio pratico non siano altro che simulazioni di giudizi pratici. Al di là di alcune considerazioni specifiche sulla normatività morale, ho evitato di soffermarmi sulle differenze tra diversi tipi di normatività, limitandomi ad assumere che la correttezza, nel senso lato qui trattato, ne costituisca un nucleo comune. Non mi sono in particolare occupato, se non in un breve accenno (*supra*, note 75 e 78), della differenza tra ragioni e giudizi *pro tanto* e

ragioni e giudizi tutto considerato; della possibile gerarchizzazione di tipi diversi di ragioni (morali, giuridiche, prudenziali, di etichetta ecc.); di regole intese, grossomodo, come ragioni d'azione protette[83] o generalizzazioni prescrittive trincerate[84].

La mia impressione è che il modello del controllo possa essere precisato e ampliato per dar conto di tutti questi aspetti della normatività. Ma questa è, appunto, soltanto un'impressione.

(2) Ho fatto un grande uso delle scienze della mente, ma ho seguito un approccio del tutto speculativo, e non sperimentale. Ammesso e non concesso che il disegno generale del modello del controllo sia davvero compatibile con le acquisizioni attuali delle scienze della mente – dò per scontato che, invece, diversi dettagli siano inesatti –, non ho la minima idea di come lo si possa sottoporre a controllo empirico. Questo articolo, purtroppo, non è un saggio di *experimental philosophy*. Ma è, comunque, un saggio di filosofia naturalizzata, che parla di fatti (neuro-psicologici), cerca di restare aderente ai fatti (ai processi neuro-psicologici per come ricostruiti dalle scienze della mente), e elabora tesi che possono essere confutate dai fatti (ideando esperimenti che ne testino le implicazioni).

(3) Il modello del controllo ricostruisce la normatività come un fatto neuro-psicologico. Questa non è ancora una tesi "psicologista" o "non-cognitivista". Si può sempre sostenere che la normatività *non sia solo questo, ma anche qualcos'altro*. Si può ad esempio sostenere che esista un altro livello di normatività, l'ultra-normatività di un regno, umanamente accessibile, di verità morali irriducibili a fatti neuro-psicologici: qualcosa come l'oggettiva struttura assiologica della realtà, indipendente dagli stati mentali soggettivi. Ma anche se il modello del controllo non è ancora una tesi psicologista, basta poco perché lo diventi. Basta appunto aggiungere che la normatività è *solo* un fatto-neuropsicologico. Che non c'è *nient'altro* che abbia senso cercare. Personalmente, mi professo anti-proibizionista per tutti i meta-, comprese le questioni meta-etiche: che ognuno la pensi un po' come vuole. Ma mi si concederà che certi classici argomenti anti-psicologisti suonano oggi un po' ridicoli. Ribaltando una celebre battuta, se oggi si guarda nel cervello di un essere umano con gli strumenti delle scienze della mente *si trovano* pensieri, e *si trovano* norme.

Ciò detto, il modello del controllo ancora una volta è, allo stato attuale, soltanto un abbozzo. Per trarne una compiuta concezione meta-etica di stampo non-cognitivista bisognerebbe metterlo alla prova contro i tipici argomenti rivolti contro le concezioni non-cognitiviste novecentesche (il problema Frege-Geach, il supposto realismo morale del senso comune, la legge di Hume, ecc.), collocarlo all'interno della famiglia non-cognitivista (chiarendo, in particolare, le sue somiglianze ed eventuali differenze con l'espressivismo contemporaneo), confrontarlo con le

[83] RAZ 1975.
[84] SCHAUER 1991.

inesauste dicotomie del dibattito meta-etico (esternalismo/internalismo delle ragioni o della motivazione, e via dicendo).

(4) Vengo infine al limite più importante, che trascende la limitata portata del modello del controllo.

La nostra esperienza introspettiva, costruita nei termini della psicologia di senso comune (*folk psychology*), è il punto di partenza inevitabile della riflessione sulla mente in genere, e sulla normatività in particolare. Non è però un punto di arrivo necessario.

Ho assunto provvisoriamente che la nostra introspezione non sia del tutto inaccurata o del tutto ingannevole; che il controllo si svolga effettivamente, almeno in parte, sulla base di parametri che rispecchiano la struttura di quelli a cui abbiamo accesso cosciente, e che gli episodi di controllo conscio siano effettivamente guidati, se non sempre almeno spesso, dai parametri ai quali abbiamo accesso. Ma è davvero così? L'approccio delle scienze della mente è che, se lo è, non può essere l'introspezione a dircelo, ma solo il controllo sperimentale. Potrebbe darsi il caso che tutto l'apparato teorico-concettuale con cui tendiamo a pensare la normatività, parte della psicologia di senso comune, – al quale la gran parte della riflessione filosofica resta più o meno strettamente legata – sia, in ultima analisi, una mera razionalizzazione, una costruzione posticcia che distorce pesantemente le dinamiche del campo che tenta di rappresentare, e che debba perciò essere progressivamente abbandonata[85]. Potrebbe darsi il caso che i parametri determinanti del controllo siano *sempre* inconsci, e abbiano una struttura molto diversa da quella a noi familiare. Tutto questo, secondo le scienze della mente, può essere appurato solo sperimentalmente.

Del resto l'apparato concettuale con cui tendiamo a pensare la normatività, se anche non fosse del tutto inesatto, è drammaticamente incompleto. La normatività non esiste se non come apice di un complesso sistema di regolazione inconscio, automatico, sub-personale, i cui confini sono, in ultima analisi, quelli dell'organismo stesso. La normatività è incorporata in modo molto più profondo, radicale, costitutivo, di quanto la nostra introspezione possa scandagliare. Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se non sia più sensato estendere il concetto di normatività per abbracciare l'intero sistema di regolazione organica in di cui la normatività comunemente intesa è costitutivamente (piccola) parte, o quanto meno i settori più prossimi ad essa. Si pensi ai prototipi di normalità del sistema di salienza, che funzionano come condizione, costantemente attiva, per l'attivazione e riattivazione dei processi di guida normativa. Non si tratta, in un senso perfettamente intelligibile, di parametri normativi, espressione di una normatività molto più profonda di quella veicolata dalla malmessa zattera delle ragioni?

[85] Churchland P.M. 1981; Stich 1983.

Ma non bisogna farne una questione di parole. Anche se assumiamo un atteggiamento conservativo, e continuiamo a riservare il termine "normatività" per designare l'insieme di esperienze coperte dall'uso comune del termine, la centrifuga delle scienze della mente ne ha comunque già stravolto i confini concettuali, con epocali conseguenze sia sul piano delle tecniche di osservazione di noi stessi, sia sul piano delle tecniche di regolazione del proprio e dell'altrui comportamento.

Fino ad una cinquantina di anni fa, il teatro della mente – che nel nostro caso è il "contesto della scoperta" della soluzione corretta – era accessibile introspettivamente, ma incontrollabile dall'esterno. Adesso la scena è completamente rovesciata. Il teatro della mente è considerato accessibile *solo* dall'esterno. E quanto più diventa accessibile dall'esterno, tanto più è controllabile con mezzi esterni, che non passano – come la prescrizione di regole, o la comunicazione di ragioni – attraverso processi di guida normativa cosciente, ma fanno invece leva sulla predisposizione del contesto delle scelte che ne modifica inconsciamente gli esiti, sulla pianificazione di intelligenze artificiali che imitano e sostituiscono la guida normativa umana, e forse, in futuro, su un controllo diretto delle dinamiche cerebrali capace di saltare (ma chissà se di migliorare) i farraginosi processi della coscienza normativa.

Mi chiedo – è una domanda genuina – se l'approccio filosofico alla normatività (genealogia psicologica compresa) sia pronto per gestire una trasformazione di questa portata[86].

[86] V. sul punto BRIGAGLIA 2015.

Riferimenti bibliografici

BARGH J.A. 1994. *The four horsemen of automaticity: Awareness, intention, efficiency, and control in social cognition*, in WYER R.S., SRULL T.K. (eds.), *Handbook of social cognition*, Vol. 1, Hillsdale, Erlhaum, 1994, 1 ss.

BARGH J.A. (ed.) 2007. *Social psychology and the unconscious: The Automaticity of higher mental functions*, New York-Hove, Psychology Press, 2007.

BARGH J.A., CHARTRAND T.L. 1999. *The unbearable automaticity of being*, in «American Psychologist», 54, 7, 1999, 462 ss.

BAUMEISTER R.F., VOHS K.D., TICE D.M. 2007. *The strenght model of self-control*, in «Current Directions in Psychological Science», 16, 6, 2007, 351 ss.

BEATY R.E., BENEDEK M., KAUFMAN S.B., SILVIA P.J. 2015. *Default and executive network coupling supports creative idea production*, in «Scientific Reports», 5, 2015. Disponibile su: https://www.nature.com/articles/srep10964.

BOTVINICK M.M., COHEN J.D. 2014. *The computational and neural basis of cognitive control: Charted territories and new frontiers*, in «Cognitive Science», 38, 2014, 1249 ss.

BRIGAGLIA M. 2015. *Direzione normativa e teoria della mente*, in «Ragion pratica», 44, 2015, 103 ss.

BRIGAGLIA M. 2016. *Rules and norms. Two kinds of normative behaviour*, in «Revus», 30, 2016, 33 ss.

BRIGAGLIA M., CELANO B. 2018. *Reasons, rules, exceptions. Towards a psychological account*, in «Analisi e diritto 2017», 2018, 131 ss.

BROŻEK B. 2013. *Rule-following. From imitation to the normative mind*, Krakow, Copernicus Center Press, 2013.

BUCCIARELLI M., KHEMLANI S., JOHNSON-LAIRD P. 2008. *The Psychology of Moral Reasoning*, in «Judgment and Decision Making», 3, 2, 2008, 121 ss.

BUCKNER R.L., ANDREWS-HANNA J.R., SCHACHTER D.L. 2008. *The brain's default network. Anatomy, function and relevance to desease*, in «Annals of the New York Academy of Sciences», 1124, 2008, 1 ss.

CELANO B. 1994. *Dialettica della ragione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, Giappichelli, 1994.

CELANO B. 2014. *Pre-convenzioni. Un frammento dello sfondo*, in «Ragion pratica», 43, 2014, 605 ss.

CHARTRAND T.L., DALTON A.N. 2009. *Mimicry: its ubiquity, importance, and functionality*, in MORSELLA E., BARGH J.A., GOLLWITZER P.M. (eds.), *Oxford handbook of human action*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 458 ss.

CHURCHLAND P.M. 1981. *Eliminative materialism and the propositional attitudes*, in «Journal of Philosophy», 78, 1981, 67 ss.

CHURCHLAND P.S. 2002. *Brain-wise. Studies in neurophilosophy*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 2002.

DAMASIO A.R. 1994. *Descartes' error. Emotion, reason and the human brain*, Penguin, New York, 2005.

DAMASIO A.R. 2010. *Self comes to mind. Contructing the conscious brain*, Pantheon, New York, 2010.

DANZIGER S., LEVAV J., AVNAIM-PESSO L. 2011. *Extraneous factors in judicial decisions*, in «Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America», 108, 17, 2011, 6889 ss.

DEHAENE S. 2014. *Consciousness and the Brain. Deciphering How the Brain Codes Our Thoughts*, Viking, New York, 2014.

DENNETT D. 1978. *Artificial intelligence as philosophy and as psychology*, in ID., *Brainstorms. Philosophical essays on mind and psychology*, Cambridge (Mass.), Bradford Books – The MIT Press, 1978, 109 ss.

DREYFUS S.E. 2004. *A five-stage model of adult skill acquisition*, in «Bulletin of Science, Technology & Society», 24, 3, 2004, 177 ss.

EGNER T. (ed.) 2017. *The Wiley handbook of cognitive control*, Chichester, Wiley & Sons, 2017.

EVANS J.ST.B.T., FRANKISH K. (eds.) 2009. *In two minds: Dual process and beyond*, Oxford, Oxfrod University Press, 2009.

EVANS J.ST.B.T., STANOVICH K.E. 2014. *Dual-process theories of higher cognition: Advancing the debate*, in «Perspectives on Psychological Science», 8, 3, 2014, 223 ss.

FRANKISH K., EVANS J.ST.B.T. 2009. *The duality of mind: An historical perspective*, in EVANS, FRANKISH 2009, 1 ss.

GAWRONSKI B., CREIGHTON L. 2013. *Dual process theories*, in CARLSTON E. (ed.), *The Oxford handbook of social cognition*, New York-Oxford, Oxford University Press, 2013, 282 ss.

GIBBARD A. 1990. *Wise choices, apt feelings. A theory of normative judgment*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

GIBBARD A. 2003. *Thoughts and norms*, in «Philosophical Issues», 13, 1, 2003, 83 ss.

GREENE J. 2008. *The secrete joke of Kant's soul*, in SINNOTT-ARMSTRONG W. (ed.), *Moral psychology. Volume 3. The neuro-science of morality: emotion, brain disorder, and development*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 2008, 35 ss.

GREENE J. 2013. *Moral tribes. Emotion, reason, and the gap between us and them*, New York, Penguin, 2013.

GREENE J. 2014. *Beyond point-and-shoot morality. Why cognitive (neuro-)science matters for ethics*, in «Ethics», 124, 4, 2014, 695 ss.

GREENE J., HAIDT J. 2002. *How (and where) does moral judgment work?*, in «Trends in Cognitive Science», 6, 12, 2002, 517 ss.

GROSS J.J. 2007. *Handbook of emotion regulation*, New York – London, The Guilford Press, 2007.

HAGGARD P., BARUCH E. (eds.) 2015. *The sense of agency*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

HAIDT J. 2001. *The emotional dog and its rational tail. A social intuitionist approach to moral judgment*, in «Psychological Review», 108, 4, 2001, 814 ss.

HAIDT J. 2012. *The righteous mind. Why good people are divided by politics and religion*, New York, Penguin, 2013.

HAIDT J., BJORKLUND F. 2008a. *Social intuitionists answer six questions about moral psychology*, in SINNOTT-ARMSTRONG W. (ed.), *Moral psychology. Volume 2: The cognitive science of morality: intuition and diversity*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 2008, 181 ss.

HAIDT J., BJORKLUND F. 2008b. *Social intuitionists reason, in conversation*, in SINNOTT-ARMSTRONG W. (ed.), *Moral psychology. Volume 2: The cognitive science of morality: intuition and diversity*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 2008, 241 ss.

HANAWA S. et al. 2016. *The neural basis of the imitation drive*, in «Social cognitive and affective neuoscience», 2016, 66 ss.

HASSIN R.R. 2013. *Yes it can. On the functional abilities of the human unconscious*, in «Perspectives on Psychological Science», 8, 2013, 195 ss.

HASSIN R.R., BARGH J.A., ZIMERMAN S. 2009. *Automatic and flexible: The case of non-conscious goal pursuit*, in «Social Cognition», 27, 1, 2009, 20 ss.

HAUSER M.D. 2006. *Moral minds. How nature designed our universal sense of right and wrong*, New York, Harper Collins, 2006.

HURLEY S., CHATER N. (eds.). *Perspectives on imitation: from neuroscience to social science. Volume 2: Imitation, human development, and culture*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 2005.

KAHNEMAN D. 2003. *A perspective on judgment and choice. Mapping bounded rationality*, in «American Psychologist», 58, 9, 2003, 697 ss.

KAHNEMANN D. 2011. *Thinking, fast and slow*, London, Penguin, 2011.

LEDOUX J. 1998. *The emotional brain*, London, Phoenix, 1999.

LYCAN W. 1981. *Form, function and feel*, in «Journal of Philosophy», 78, 1981, 24 ss.

MALLON R., NICHOLS S. 2010. *Rules*, in DORIS J. (ed.), *The moral psychology handbook*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 297 ss.

MENON V. 2015. *Salience network*, in TOGA A.W. (ed.), *Brain mapping. An encyclopedic reference. Volume 2: Anatomy and Physiology, Systems*, Academic Press, Cambridge (Mass.), 2015, 597 ss.

MENON V., UDDIN L.Q. 2010. *Saliency, switching, attention, and control: A network model of insula function*, in «Brain Structure and Function», 214, 2010, 655 ss.

MIKHAIL J. 2008. *Universal moral grammar: theory, evidence, and the future*, in «Trends in Cognitive Science», 114, 2008, 143 ss.

MOORS A., DE HOUWER J. 2007. *What is automaticity?An analysis of its component features and their interrelations*, in BARGH 2007, 11 ss.

MORSELLA E. 2009. *The mechanisms of human action. Introduction and background*, in MORSELLA E., BARGH J.A., GOLLWITZER P.M. (eds.), *Oxford handbook of human action*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 1 ss.

NARVAEZ D. 2008. *The social intuitionist model: some counter-intuitions*, in SINNOTT-ARMSTRONG W. (ed.), *Moral psychology. Volume 2: The cognitive science of morality: intuition and diversity*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 2008, 233 ss.

NEAL D.T., WOOD W. 2009. *Automaticity* in situ *and in the lab: The nature of habit in daily life*, in MORSELLA E., BARGH J.A., GOLLWITZER P.M. (eds.), *Oxford handbook of human action*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 442 ss.

NICHOLS S. 2004. *Sentimental rules. On the natural foundations of moral judgment*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2004.

O'BRIEN L., SOTERIOU M. (eds.) 2009. *Mental actions*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2009.

PACHERIE E. 2015. *Time to act. The dynamics of agentive experiences*, in HAGGARD P., BARUCH E. (eds.), *The sense of agency*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 3 ss.

PRINZ J. 2007. *The emotional construction of morals*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2007.

PROUST J. 2009. *Is there a sense of agency for thought?*, in O'BRIEN L., SOTERIOU M. (eds.), *Mental actions*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2009, 253 ss.

RAILTON P. 2014. *The affective dog and its rational tale: Intuition and attunement*, in «Ethics», 124, 2014, 813 ss.

RAZ J. 1975. *Practical reason and norms*, Oxford, Oxford University Press, 1975.

SCHAUER F. 1991. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

SEARLE J.R. 1995. *The construction of social reality*, Harmondsworth, Penguin, 1995.

SHENHAV A., COHEN J.D., BOTVINICK M.M. 2016. *Dorsal anterior cingulate cortex and the value of control*, in «Nature Neuroscience», 19, 10, 2016, 1286 ss.

SOTERIOU M. 2009. *Mental agency, conscious thinking and phenomenal character*, in O'BRIEN L., SOTERIOU M. (eds.), *Mental actions*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2009, 231 ss.

STICH S. 1983. *From folk psychology to cognitive science. A case against belief*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1983.

SUHLER C.L., CHURCHLAND P.S. 2009. *Control: Conscious or otherwise*, in «Trends in Cognitive Science», 13, 8, 2009, 341 ss.

WAKEFIELD J., DREYFUS H. 1991. *Intentionality and the phenomenology of action*, in LEPORE E., VAN GULICK R. (eds.), *John Searle and his critics*, Cambridge (Mass.), Basil Blackwell, 259 ss.

WITTGENSTEIN L. 1953. *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, Basil Blackwell, 1953.

WYER JR. R.S. (ed.) 1997. *Advances in social cognition. Volume 10: The automaticity of every day life*, New York – London, Psychology Press, 2014.

ZELAZO P.D., FRYE D., RAPUS T. 1996. *An age-related dissociation between knowing rules and using them*, in «Cognitive Development», 11, 1996, 37 ss.

VALIDITY *VERSUS* APPLICABILITY: A (SMALL) DOSE OF SCEPTICISM

MATHIEU **CARPENTIER**

&dq

Validity *versus* Applicability: a (Small) Dose of Scepticism

MATHIEU CARPENTIER

Professor of Public Law, Université Toulouse 1 Capitole.
E-mail: mathieu.carpentier@ut-capitole.fr

ABSTRACT

Analytical jurisprudence has grown fond of a distinction between the notion of validity – understood as the membership of a norm within a given legal system – and that of applicability. A norm's membership within a legal system is neither a sufficient nor a necessary condition of its applicability in that system. This article takes issue with the non-sufficiency component of this distinction, and raises some doubts about it. During the latency period in which a legal norm is valid but not yet applicable, or not applicable anymore, it is difficult to ascertain what, in fact, does belong to the legal system: how can a non-applicable norm be a "norm" in the first place and give its addressees any reason for action? There is indeed a danger of undue formalism here: a norm's formal validity should not be confused with its normativity. The last part of the paper tries to deal with these doubts and to adumbrate tentative solutions. It shows that a norm's membership within a legal system does have practical effects regardless of its applicability; and it tries to show that it sometimes can give its addressees reasons for action in some attenuated way.

KEYWORDS

Legal validity, applicability, reasons, supererogation, rule of recognition

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Validity *versus* Applicability: a (Small) Dose of Scepticism

MATHIEU CARPENTIER

1. *Introduction* – 2. *Distinctions* – 2.1. *Applicability: conceptual and normative* – 2.2. *Applying v. following a rule* – 2.3. *Applicability v. justiciability* – 3. *The argument* – 4. *Doubts* – 4.1. *Naked membership* – 4.2. *Why should we care about membership?* – 5. *Solutions?* – 5.1. *The differences naked membership makes* - 5.1.1. *Implementary and interim rules* – 5.1.2. *Reinstatement versus re-enactment* – 5.2. *The Normativity in* vacatio legis – 5.2.1. *Bindingness and obligation* – 5.2.2. *Acoustic separation?* – 5.2.3. *Reasons and Incentives* – 5.2.4. *Supererogatory reasons?* – 6. *Conclusion: a new look at the rule of recognition.*

1. *Introduction*

The distinction[1] between validity, understood as membership[2], and applicability is now commonplace in legal philosophy[3]. To put it in a nutshell, a norm[4]'s membership within a particular legal system is neither a sufficient nor a necessary condition of its applicability in that legal system.

Let us take for granted (as perhaps we should not) that in any legal system *social sources* are the sole criteria of membership. Any norm which is traceable to a source, that is, to a fact or set of facts picked out as "legality-endowing" by the rule of recognition, is a norm of that legal system. If we accept this definition, the membership/applicability distinction means that a norm may very well be traceable to a set of facts characterized as "sources of law" in legal system S, and, therefore belong to S, without being applicable in S. Let me call this the Non Sufficiency Argument: a norm's membership is not a sufficient condition of its applicability. And a norm may be applicable in S which does not belong to it. Let me call that the Non Necessity Argument.

To be quite honest, I think that basically both arguments are sound, and I actually

[1] I would like to thank Giorgio Pino, Jose Juan Moreso, David Duarte, Mauro Barberis and Pierluigi Chiassoni for their very acute comments on this paper. Some of the arguments made here result from an ongoing conversation with Themis Raptopoulos. All errors and fallacies are mine.

[2] In what follows, I will deal only with validity in the membership sense. I discuss other notions of validity in my *Sources and Validity* (CARPENTIER 2018, forthcoming).

[3] See e.g. BULYGIN 2015, 170-175 and 318-320; RAZ 1970, 196 f.; RAZ 1979, 149; MORESO 1998, 102; MORESO, NAVARRO 1998, 286; NAVARRO, ORUNESU, RODRIGUEZ, SUCAR 2004; MUNZER 1970, 58; MUNZER 1973, 1149 f.; GRABOWSKI 2013, 256; COMANDUCCI 2010, 124; PINO 2011, 159.

[4] In what follows I will use "norm" and "rule" interchangeably. This, of course, is not quite correct: many norms are not rule-like (for instance individual norms), and many rules are not normative *per se* (for instance constitutive rules). When I talk of rules, I will always mean normative rules; and unless specified otherwise, norms will always be understood in the sense of "general" (rule-like) norms.

use them routinely in my own work[5]. However, lest I be plunged in some dogmatic slumber – and in order to avoid that this be the shortest paper ever – I must confess that I have been ridden with doubts regarding the soundness of the Non Sufficiency Argument. I will say very little about the Non Necessity Argument since I still believe it to be both right and rather intuitive. It is often the case that the officials of a legal system ought to apply some norms which do not belong to that legal system: for instance, under the choice-of-laws rules of her legal system, a French judge may be bound to apply some norm belonging to another legal system[6]. It also happens quite often that a norm derogated at a certain time goes on being applicable quite a long time after its removal from the legal system (because e.g. of so-called "grandfather clauses"). I take all that to be quite uncontroversial.

However, the same does not go for the Non Sufficiency Argument. In this paper I will try to address some of the doubts I have about it. At the end of this Cartesian journey, I will try and show that ultimately some of these doubts may be dispensed with.

2. *Distinctions*

2.1. *Applicability: conceptual and normative*

There needs to be made a clarification in the very concept of applicability. A distinction should be made between *conceptual* and *normative* applicability. When we ask whether a norm is applicable to a given case, we generally ask two things. First, is it conceptually possible to apply the norm to the case? In other words, do the facts of the case instantiate the set of properties set out in the norm's antecedent? This is what I call conceptual applicability, which is most and foremost a matter of subsumption. The second notion refers to the fact that law-applying organs are bound to apply legal norm. In this second sense, applicability is quite close to bindingness: a norm is applicable if and only if there is an obligation for law-applying organs to apply it (or at least they are empowered to do so)[7]. When I ask my tax lawyer: is this tax deduction applicable to me? I do

[5] See e.g. CARPENTIER 2014, 143-156 and 248-257.

[6] I will not address the difficult question regarding the membership within municipal legal systems of international and supranational norms: do treaties or EU laws belong to the French legal system, or are they only applicable to it? I will not settle this difficult question here, although it may be of considerable practical interest: see e.g. the *Miller* decision of the Supreme Court of the UK, (*R (on the application of Miller and Dos Santos) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5[19]) regarding the status of EU law as an «independent source of law in the UK».

[7] Pino rightly notes that normative applicability ought not to be framed only in terms of an obligation to apply, but so as to cover the whole deontic range (PINO 2011, 837-841).

not ask whether a judge is bound to apply this tax deduction to me. I only ask whether I meet the conditions necessary to be entitled a certain tax deduction. This is a matter of conceptual applicability. However, when I ask whether a newly enacted criminal statute is retroactively applicable *in mitius*, the question I ask is one of normative applicability: it is about what law-applying organs are empowered or under the obligation to do.

This distinction is quite close to the internal/external distinction made by Jose Juan Moreso and Pablo Navarro[8] except that it does not rest on the very problematic kelsenian notion of spheres of validity. External validity, as it is defined by them, is virtually identical to what I call normative applicability. Internal validity is defined as "subsumptibility": a norm is internally applicable to case *c* if *c* is an instance of a generic case C, which is defined in terms of spheres of validity (personal, temporal, spatial, material etc.). The notion of spheres of validity poses a serious problem for any theory of norm individuation and it is also ridden with confusions. The material and personal spheres are nothing but the properties of a generic case, which is part of the norm-content. As far as the spatial and temporal parameters of norms are concerned, they fulfil two distinct functions that should be carefully kept distinct. There is a clear difference between the temporal aspect of the norm-content (e.g. if a murder is committed *at night*) and the parameters of the norm's normative applicability (e.g. the law's retroactivity). The former obviously determines the conceptual applicability of the norm (it is not applicable to murders committed by day), the latter determines the obligation that a judge is under to apply the law to cases which have occurred before the law's enactment. The same goes for the so-called spatial sphere of validity: if the Saudi statute prohibiting homosexuality is not applicable to gays in France, it is not because not being in France is a property of the generic case regulated by that Saudi law; it is, rather, because French judges are under no obligation, and moreover they have no right, to apply that law.

This is why I suggest that we abandon the notion of spheres of validity, and that we distinguish between conceptual and normative applicability. In what follows I will only deal with *normative* applicability.

2.2. *Applying v. following a rule*

When we talk about the application of legal rules, we generally refer to a set of institutions which are entrusted with the task of "applying" the law. When we talk about law-application, we do not quite mean the mere act of following legal rules, as Giorgio Pino has shown[9]. If a rule prohibits murder, applying the law

[8] MORESO, NAVARRO 1997.
[9] PINO 2011, 802-809. See also CARPENTIER 2014, 137-140.

does not really consist in refraining from committing murder. Especially in the case of *prohibitions*, which generally involve omissions, one generally follows rules without even realizing it[10]. However, applying a rule *always* refers to a conscious process, which involves a special kind of deliberation and decision-making. The process of applying a rule presupposes a specific institutional setting, where a predetermined institution is empowered to draw the normative consequences of a breach of the rule by its addressee. It can be the case that, in some instance, the addressee and the law-applying organ are one and the same person. For instance, when a court finds that its current composition fails to meet the standard of impartiality set out by Article 6 § 1 of European Convention on Human Rights, and rules that its composition should be modified, e.g. by recusing one of its members, it follows and applies the rule at the same time: it shows impartiality by drawing the normative consequences of its past failure to be impartial[11]. But it should be agreed that, in most cases, the addressees of the rules and its appliers are two different (legal) persons.

What, then, does it mean to apply a legal rule? Once again, it all boils down to a problem of norm-individuation, one which I do not intend to solve here. If, for instance, we individuate every legal norm as a conditional norm, the consequent of which is some kind of normative consequence, e.g. a sanction, attached to a set of facts, then applying a rule consists in the process of deriving this consequence from a set of factual premises. If a norm, let us call it a "primary rule", prohibits murder, then applying such a norm will consist in deriving the normative consequence, for instance a sanction, attached to murderous acts. When doing so, the law-applying organ will be *following* (and not applying) some secondary rule, for instance a so-called rule of adjudication directing her to apply primary rules. Another way to put it is to use the famous distinction made by Meir Dan-Cohen[12]

[10] This may seem a bit surprising. After all, how can we follow a rule without even being aware of it? It is a complex and controversial topic, one to which I cannot hope to do justice here. Let it suffice to say that the notion of rule-following must be distinguished from the notion of guidance. Being guided by a rule means taking the kind of reason it claims to give to you into account in your own practical deliberation, and give it the role it is intended to have: that of displacing other reasons. The same goes for any normative reason of any kind: you are guided by a reason, whenever you act on that reason, that is, whenever you comply with it after having weighed it against other reasons. Such a deliberative process is obviously a conscious one; it is a necessary condition for an action to be an intentional one. However, as Raz has shown, in some (not unusual) situations conformity with our reasons (as opposed to the stronger notion of *compliance*) is all that is required from us (RAZ 1975b, 178-182; RAZ 1999, 90-94). In fact, as Raz notices, it seems that we better conform to our reasons if we do not act on them: it seems intuitively that someone who never thinks about the fact that murder is prohibited and therefore never kills better conforms to the reason he has not to kill than someone who is about to kill, then remembers that killing other people is prohibited and refrains from acting because he took that very reason into account. For a strong critique of Raz's arguments, see RODRIGUEZ-BLANCO 2014, 157 ff.

[11] In the next section I will say a bit more on the notion of "self-application".

[12] DAN-COHEN 1984.

between conduct rules and decision rules. Decision rules, in Dan-Cohen's view, are specific obligation-creating norms directed at judges, whereas conduct rules are directed to ordinary citizens. Decision rules guide the behaviour of judges who apply conduct rules; and there may be a discrepancy (e.g. due to some "acoustic separation", on which more later) between conduct rules and decision rules, that is between what is required of the general public and what is required of judges and other officials. So we could say that when a judge applies a conduct rule, he is in fact following a decision rule.

I am not claiming that such a way of individuating legal norms is correct (I have my own doubts). I only use it to explain the distinction between following and applying a rule, which actually only makes sense in a legal context, or a paralegal one (such as sports, games, clubs, etc.). In any case I will not try to present a theory of the individuation of laws, and I will take for granted that following and applying a rule are two distinct operations.

2.3. *Applicability v. Justiciability*

Application does not only refer to the deliberative operation of deriving a normative conclusion from a set of factual premises. It also involves some kind of authoritative decision[13]. A norm is applied when a law-applying organ makes a decision, that is, issues a *new* norm whose function is to concretize the norm that is being applied. Judges are typical law-appliers, in so that not only do they make a deliberation regarding the normative solution to the case at hand, they also issue a new norm, for instance a norm imposing a sanction on a particular individual.

However, one should not confuse applicability with justiciability. A norm's applicability does not necessary mean that such a norm may be or ought to be concretized by a judge through the issuing of an individual norm. So when we say that a norm becomes applicable, that is, "enters into force" at some date, we do not necessarily mean that such norm ought to be applied by courts, or even by any law-applying organ.

This is so because in many parts of the law one founds a lot of norms which, though applicable, are not justiciable. Such is the case of many constitutional norms. For instance, when the French President decides to dissolve the National Assembly, his decision is not justiciable: no court is empowered to review it and, in the process, to apply the relevant constitutional norms. But it is often the case that some non-justiciable dispositions of the constitution enter into force (become applicable) at a certain time after their promulgation: this is a constitutional version of the notion of *vacatio legis* (see *infra*). For instance, the new dispositions

[13] PINO 2011, 803. A similar distinction can be found in HART 1994, 134 f.

of article 11[14] of the French Constitution regarding the referendum process were promulgated on July, 23rd, 2008, but became "applicable" on January 1st, 2015. Many of these dispositions are not justiciable.

How are we to describe such a situation? There are actually two possible answers, both equally plausible. The first answer is to treat constitutional organs as self-appliers[15] of constitutional norms. Whereas there is difference to be made between a citizen who follows a law (e.g. does not commit murder) and the judge who applies it (e.g. sentences the murderer), constitutional organs are both law-followers and law-appliers: they apply the law to themselves. The second answer is to treat justiciability as an instance of *actual* applicability and use the term "applicability" to refer also to some kind of counterfactual justiciability. When we say that a constitutional norm enters into force, and becomes applicable, we mean that, *were it the case that such a disposition could ever be justiciable*, it would become justiciable on such a date.

3. *The argument*

Because normative applicability is a form of bindingness, and because validity has sometimes been defined as bindingness, it is easy to confuse membership and applicability. Such confusion is what the Non Sufficiency Argument aims to dispel.

The Non Sufficiency Argument aims to break the link between membership and bindingness[16]. Membership is not a sufficient condition of normative applicability; and normative applicability is not a necessary condition of membership. This means that there may be norms which, though valid, are not applicable in the legal system they belong to; and that a norm may lose its applicability without ceasing to belong to the legal system.

As Bulygin has shown[17], a norm's normative applicability is contingent on the legal system containing *norms of applicability*, i.e. norms which regulate the way

[14] The constitutional revision of July 23rd, 2008 created a new kind of legislative referendum, whose initiative belongs to members of parliament and ordinary citizens.

[15] The notion of self-application was used in the 1950s by Hart and Sachs (HART, SACKS 1994, 120-122) and has recently been revived by Jeremy Waldron (WALDRON 2011, 65; WALDRON 2012, 52-57).

[16] Some authors reject outright the Non Sufficiency Argument as a conceptual matter. See e.g. SARTOR 2008, 219-221, who claims that validity is a strict (indefeasible) sufficient condition of bindingness, understood in the sense of what I call normative applicability. The doubts I will be formulating about the Non Sufficiency Argument are not conceptual; even if we grant that validity is not a sufficient condition of applicability, my fear is that such a distinction is of no great heuristic value. Indeed I will claim in the very last section of this paper that the core of the legal experience is one in which validity *defeasibly* (or *prima facie*) implies applicability, though it is conceptually distinct from it.

[17] BULYGIN 2015, 75-78.

other norms ought to be applied. Such norms of applicability regulate both norms of the legal system – as the Non Sufficiency Argument claims –, and norms belonging to other normative (not necessary legal)[18] systems – as the Non Necessity Argument shows. Norms of applicability may be of various types. They may be general norms meant to be applied to a vast range of norms: for instance the *nullum crimen* principle and the principle of retroactivity *in mitius* are such general norms of applicability. They may also be particular norms regulating the applicability of a specific norm or set of norms: for instance the section of a statute which deals with the statute's own "entry into force".

According to the Non Sufficiency Argument, a norm may belong to the legal system and still not be applicable: a norm's applicability does not depend on its membership within the system, but on the fact that norms of applicability regulate the way it ought to be applied. Two examples may be used to illustrate this argument.

The first example is drawn from the notion of *vacatio legis*: it happens quite often that a norm becomes applicable some time after becoming a valid norm of the legal system. For instance the New Penal Code, passed by the French Parliament in 1992, "entered into force", i.e. became applicable, only on March 1st, 1994. Such a postponed applicability is sometimes required by general principles, such as the principle of legal certainty[19]. (It bears noticing that – for the same reasons – such cases of *vacatio legis* also cover derogating norms. A derogating norm may be enacted at time t_1, only to become applicable at time t_2, which means that both the derogating and the derogated norms are and remain valid until t_2) In any case, the continuing membership of a not-yet applicable norm is proved by the fact that such a norm may be derogated on the very day of its enactment. You cannot repeal a non-valid[20] norm, that is, a norm that does not belong to the legal system in the first place.

Vacatio legis is quite commonplace, and it is even required by most legal systems. For instance article 1 of the French Civil Code contains a default rule of applicability: statutes become applicable the day after their publication in the *Journal Officiel*, unless of course they provide otherwise. So the norm starts belonging to the legal system well before it is published, and there is almost always a short latency period or *vacatio legis* between the enactment, the publication, and the beginning of the norm's applicability: some fundamental

[18] For instance, the Non Necessity Argument is instrumental in Raz's refutation of Inclusive Positivism's claims that legal systems sometimes incorporate moral norms (see RAZ 2009, 193-195).

[19] On legal certainty and *vacatio legis*, see ÁVILA 2016, 209.

[20] Non-valid (non-belonging) should be distinguished from *invalid* (inconsistent with higher ranking norms). Of course an *invalid* norm can, and often should, be repealed. See my *Sources and Validity* (CARPENTIER 2018).

principles, such as the prohibition of secret laws, prevent in most cases any coincidence between a norm's enactment and its entry into force

The second example may be taken from the practice of constitutional review of legislation. In many legal systems, courts may review the constitutionality of statutes, but they are not empowered to repeal statutes they find unconstitutional. In some other systems, such as France or Germany, constitutional courts may repeal unconstitutional statutes, that is, deprive them of their membership in the legal system, sometimes with retroactive effect (as is the case in Germany). When a court (e.g. the US Supreme Court) is not empowered to do that, the statutes which are found unconstitutional remain fully valid in terms of their membership within the legal system. Although the court's decision prevents officials from applying such unconstitutional statutes, those laws remain "on the books" until properly repealed by the legislature. They still belong to the legal system although they are not applicable anymore[21].

4. *Doubts*

The Non Sufficiency Argument rests on what could be called a "latency period" between the time when a norm starts belonging to the legal system and the time when it starts being applicable; or between the time when it stops being applicable and the time when it stops belonging to the system. This "latency period" is an important aspect of what Bulygin has called the gap between a norm's internal and external times.

What is the status of the norm during this latency period? The Non Sufficiency Argument claims that the norm, however inapplicable, is and remains a valid norm of the legal system, since it still belongs to it. This raises the question of the heuristic value of the very concept of norm-membership. If valid norms (in the sense of membership) can be absolutely nonbinding on anybody, then the question is: what is it exactly that "belongs" to the legal system in the meanwhile? How could we be sure that a "norm", that is, the requirement that such and such

[21] Some authors have another view of the membership/applicability dynamic in the practice of the judicial review. For instance Moreso (see MORESO 1993, 101) and Moreso and Navarro (MORESO, NAVARRO 1998, 288) claim that unconstitutional norms are not valid: they do not belong to the legal system. However between their "enactment" and a judicial decision striking it down, they may be applicable. (This would be an illustration of the Non Necessity Argument). So, for Moreso and Navarro, judges striking down unconstitutional laws *never* derogate norms, since the norm never was valid in the first place – it never was a member of the legal system. They only deprive those norms of their applicability –. I will not explain here why I think such a theory is not plausible. However the "reinstatement *versus* reenactment" issue discussed below should pose a real problem for that theory. The only way to explain it away is to show that somehow there was some kind of "implicit reenactment" by the organ empowered to amend the constitution or by the judges themselves.

state-of-affairs ought to obtain in such-and-such case or set of cases, belongs to the legal system, rather than a *text* or a normative disposition?

4.1. *Naked membership*

Norms belong to legal systems insofar as, and as long as, they are traceable to a source of law. In my previous work, I have described sources of law as legality-endowing facts: a norm *N* may be described as "legal norm", that is a norm belonging to some legal system, insofar as certain facts obtain. For instance, among those facts, there may be the fact that a certain text has been written, that it has been "passed" by an organ empowered to do so, for instance through a vote, and then it has been enacted or "signed into law", by another organ. All those facts are not brute facts. They are institutional facts, heavily laden with their own sets of constitutive rules. Because of such facts, "it is the law" that in case C, one ought to *φ*. Such facts do not give rise to norms *per se*, they give rise to the legality, or rather the "legalness", of such norms. I take it as undisputed that for a norm, being a *legal* norm just means belonging to a legal system.

In such an outlook, a norm is nothing but the content of a specific kind of utterances, which may be called directives, or "norm-formulations". I do not mean to rehearse some old-age controversies, so I will not delve into the nature of a normative content, i.e. a norm. Such a definition is already problematic enough as it is[22]. Suffice it to say that legal texts, which contain legal dispositions, are not to be confused with norms: such texts are directives, the content of which are norms[23]. The very existence of such a text points to the existence of a norm. If I say: "all men aged 15-65 who scratch their heads shall be sentenced to decapitation", I utter a directive which aims to formulate a norm. Whether it succeeds to do so is not a particularly interesting question to solve: at least it has some "subjective normative meaning", as Kelsen would say[24]. What is interesting is that such a norm is not a *legal* norm: it may exist on another level, different from the legal one. It does not exist *qua* law: it does not belong to any legal system, absent any legality-endowing facts (such as legislation, precedent, custom, etc.). Therefore, we can safely say that

[22] For instance there is the problem of unuttered norms, such as norms that exist only through practice (e.g. customary norms) or, for instance, moral norms, which do not receive any canonic norm formulation (on canonic norm-formulations, see SCHAUER 1991, 68-73). So I need to amend my definition: a norm is what *could be* the content of a directive, if such a directive were ever to be uttered. The question of the language-dependence of norms is a topic *à part entière*, to which I cannot expect to do justice here. See BLACK 1962, 101-130; VON WRIGHT 1963, 94; BARBERIS 1990, 143; MAZZARESE, 2000, 169-172.

[23] On the necessity to distinguish the norm from its formulation, see e.g. BLACK 1962, 101; VON WRIGHT 1963, 93; ROSS 1958, 8-11; MORESO 1998, 3; GUASTINI 1993, 332-334; GUASTINI 2004, 99-110; WROBLEWSKI 1985, 239.

[24] KELSEN 1934, 2.

membership is the *legal mode of existence* of norms: if they are to be legal norms, they have to belong to a legal system.

But this raises the question: how does a norm's membership within the legal system differ from a text's membership within a certain corpus? We know that a certain text is a "legal text" or an "authoritative text" because, for instance, it was published in the *Official Gazette*. What is interesting about those texts is the way lawyers and officials use it. For instance an attorney invokes statute S, such as it is printed in the *Official Gazette*, in order to defend her client: statute S creates a new cause of contractual non-liability, and the client did not perform the contract as he should have. However if S has not yet "entered into force", if it is not yet applicable (or, rather, was not yet applicable when the facts of the case occurred) the judge will not accept to treat that statute as anything else than a piece of paper, not very different from my anti-head-scratching law.

What, then, does it mean for a norm to belong to a legal system when it is not yet, or not anymore, applicable in that system? During the latency period, we can describe the status of those norms as a "naked membership", that is, membership without applicability. The Non Sufficiency Argument presupposes that a norm's naked membership ought to be distinguished from a text's membership within a certain textual corpus. As a technical matter, there is a difference: statutes (or administrative regulations) are deemed to belong to the French legal system at the very moment they are promulgated or signed. Their publication does not change that; it actually modifies their applicability, as we saw earlier when we discussed Article 1 of the French Civil Code. In any case, the norm generally starts belonging to the legal system before the text which aims to express it starts belonging to the official textual corpus. And the second example above, taken from the practice of judicial review, shows that a norm may stop being applicable without stopping belonging to the legal system.

Be that as it may, the real philosophical question is: how is there a *norm* in the latency period? It cannot be doubted that there is some X which, being traceable to a source (that is to a set of legality-endowing facts) is a legal X. But how is that X a *norm*? If a statute prohibiting vaping in public spaces is enacted today, but becomes applicable next year, how can I say that such a statute expresses a norm, since it appears that I will have no obligation to stop vaping in public spaces during the latency period (or so it seems)? Even more to the point, I may be, in the meantime, prohibited from doing what the not-yet-applicable "norm" authorizes or even prescribes. For instance, between 2008 and 2015, French constitutional organs could not have started proceedings for the purpose of applying the new referendum process set out by article 11 of the French Constitution as amended in 2008.

Of course, as we saw earlier, there is a distinction between applying a norm and obeying it. But if a norm is not applicable, we have no reason to obey it, and

sometimes other norms of the legal system give us a reason not to obey it. During the latency period, such an X, albeit a legal X, does not modify the deontic landscape. It does not give any reason for action. And it cannot be backed by coercive means. So there is reason to doubt that naked membership involves norm at any level: contrary to what the Non Sufficiency Argument aims to show, a legal X becomes a legal *norm* only when it starts being applicable, and it stops being a legal *norm* as soon as it stops being applicable.

4.2. *Why should we care about membership?*

These doubts raise the question: why should we care about membership? How is membership an interesting feature of legal norms since what is philosophically interesting seems to be the way norms which are in force in a given legal system may give citizens and officials reasons for action.

In two recent articles, Kenneth Himma has made a very similar point. Himma discusses the distinction between validity (understood as legality, i.e. as membership) and "enforceability" in the context of judicial review in the US. (It is the Non Sufficiency Argument's second example above). When a court "strikes down" a statute in the US, the statute is not "removed from the books". The text still goes on belonging to the official corpus. But the statute becomes "unenforceable", which means that officials may not apply it to individual cases. As Himma argues, such a distinction is not especially interesting, and legality without force does not amount to much:

> «[n]one of this makes much difference because the Court's declaration of a norm as unconstitutional clearly renders the norm unenforceable and hence as lacking the force that partly constitutes an enacted bill as law; norms of a system S that may not be legally enforced are not properly characterized as "law" or as having the status of "legal validity" or "legality". Legal norms are backed up by the police power of the state. Once this latter feature is removed, their status as "law," as far as positivism is concerned, has for all practical purposes been removed – regardless of whether such norms remain on the books»[25].

This is quite sensible. And although these remarks are made about the latency period set at the end of a norm's life (not applicable anymore, but still valid), they are equally valid in what regards the beginning of the norm's life (e.g. the cases of *vacatio legis*). In determining what counts as a "valid norm" jurisprudents need not be bothered by what appears to be insignificant technicalities. What is or stays "on the books" is not relevant *per se*. It is only relevant when it is able to *make a*

[25] HIMMA 2009, 103; see also HIMMA 2013, 160.

difference in people's lives and in their decision-making. If a "law" is enacted but, for some reason, never becomes applicable, it will not amount to anything more than a few words on a page.

Moreover, a law that is inapplicable is bound to be left unapplied. There is a very short step from normative inapplicability to inefficacy. And many legal systems deal with the inefficacy of norms by making *desuetude* a part of their rule of recognition[26]: not only inapplicable norms are not efficient, but they are bound to lose any formal validity anyway from a certain point onwards. To be sure, this last remark does not hold as far as *vacatio legis* is concerned. But there would still be an analogy to be made with desuetude; it could indeed be argued that just as an inefficient norm stops belonging to the legal system, so a norm really starts belonging to a legal system as soon as it is applicable, and as soon as it is in fact capable of efficacy.

If we look at law as a set of tools that aim to create or pre-empt reasons in people's decision-making, then we can understand why the Non Sufficiency Argument may prove somewhat deceptive. It rests only on purely technical ways of identifying "valid law" through the use of formal sources, provided that no act of derogation has intervened in the meantime. But if we concede that what lawyers call "valid law" during the latency period has no normative weight or potency whatsoever, there is no reason to treat it as a set of norms[27]. What interests us in legal membership is the fact that usually traceability to a source gives officials – and generally laymen as well – reasons for making legal statements, i.e. statements relative to the scope of rights and obligations to be allocated in particular cases. This is why naked membership does not appear to be interesting since in the latency period we have no reason to make any legal statement involving the "norm" which belongs nakedly to the legal system.

This is why many jurisprudents accept Raz's definition of valid law as the set of norms which are binding on law-applying officials[28]. This definition is all the more remarkable since, as we saw, Raz accepts, and actually endorses, the Non Necessity Argument[29], according to which a legal system may render applicable, i.e. binding, norms which do not belong the legal system. Membership, in that perspective, is obtained by subtraction: it is the set of all binding norms, except for those which, though binding, belong to another legal system[30].

[26] See on this HART 1994, 103. Kelsen develops the notion of "negative custom" (KELSEN 1934, 213).

[27] In another context (the study of the relationships between law and morality), see Christoph Kletzer's critique of the attempts to divorce validity from bindingness, which «divest validity of its normative nature and relegates it to the role of a mere indicator of membership» (KLETZER 2017).

[28] RAZ 1979, 149.

[29] See RAZ 1979, 118-120 and 148 f.

[30] For instance, Raz writes: «[w]e want a test which will identify as belonging to a system all the norms which its norm-applying institutions are bound to apply (by norms which they practice) except for those

So here we are. Naked membership is primarily a matter of some texts belonging to an official corpus. It has no normative potency: whatever X belongs to the legal system (i.e. is a legal X) during the latency period is not a norm. This is enough to give us a reason to be sceptical about the relevance of the Non Sufficiency Argument. Since that argument does not really bear on what a jurisprudent may consider an interesting feature of law, there is not much reason why we should care about it. The so-called applicability of a norm is nothing but the point from which an X really starts being a norm. What happens before or after that is not relevant.

Or is it?

5. *Solutions?*

In the remaining of this paper, I shall try and propose some very sketchy solutions to the scepticism expressed in the last section. I think the Non Sufficiency Argument can be salvaged, and could actually reveal some features of the law which are worthy of jurisprudential interest.

5.1. *The differences naked membership makes*

First of all, I shall argue that Naked Membership makes a practical difference on many levels. By practical difference, I do not mean generally a difference in terms of the practical deliberation of the agent (his deliberation regarding what to do) – as in the so-called Practical Difference Thesis which is deemed a challenge for inclusive positivists[31]. I mean something more down-to-earth: naked membership makes a difference for a great number of legal officials in that it entails specific obligations or specific constraints.

5.1.1. *Implementary and interim rules*

A first example of such a practical difference is *vacatio legis* itself. When a statute postpones its own applicability, one of the reasons often is that some further norms need to be adopted by the executive branch before it is materially possible to apply the statute. The statute cannot be applied unless governmental decrees specify its scope and exceptions. This kind of normative implementation process is more and more commonplace as the objects of legislation grow ever more complex. If the government fails to adopt those statute-implementing rules, the

norms which are merely "adopted"» (RAZ 1979, 119).

[31] See among an enormous literature COLEMAN 1998; WALUCHOW 2000; SHAPIRO 2001.

statute may never become applicable: the latency period may last forever. But in many legal systems, this is not the case. For instance in France, there is a positive obligation for the government to adopt those rules within a reasonable time and the State can be sued in the courts if it fails to comply with that obligation[32]. So I would say that, from the point of view of the government and the civil servants who actually write those texts, naked membership does make a difference, since it creates for them specific obligations.

Another duty that may arise during the latency period is the obligation to issue interim rules. Overarching legal principles, such as the principle of legal certainty, requires that when a law-making authority issues a new rule or set of rules which may upset existing legal situations (e.g. contractual situations), it should issue a set of *interim rules* in order to prepare the addressees of the new rule for the change to come in the law. Legal certainty not only requires postponing applicability, but sometimes it also requires issuing a new, albeit transitory, rule or set of rules. So I would say that here again, naked membership has at least some normative potency.

5.1.2. *Reinstatement versus re-enactment*

Another example may be taken from the practice of judicial review. As I hinted earlier, some courts (such as the Constitutional Council in France or the German Federal Constitutional Court) are empowered to "nullify", i.e. repeal, unconstitutional statutes, sometimes with retroactive effect. Other courts (such as the US Supreme Court) are only empowered to suspend the applicability of such statutes. When they do, a latency period begins which only ends when the law is removed "from the books". As we saw earlier, Himma argues that there is no significant difference between those two kinds of constitutional adjudication, since, in both cases, the unconstitutional statute loses its status as "law of the land" as soon as the court declares it to be so. However, as Himma himself seems to acknowledge a bit before the excerpt quoted above, in the second type of constitutional adjudication «the statute would take effect without other action by the legislature if the Court were to reverse itself»[33]. In other words, when a court is only empowered to disapply (or to suspend the applicability) of a legal norm, e.g. a statute, the norm may be *reinstated* without further action from the norm-creating authority, were it the case that the court reverses itself or that a constitutional amendment does so. Let me take an example: in *US v. Windsor*[34],

[32] See the famous case CE, Ass., 27 Nov. 1964, *Veuve Renard*.

[33] HIMMA 2013, 160.

[34] 570 U.S. (2013). *Windsor* was followed in 2015 by the *Obergefell* case (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. [2015]) which struck down all State laws denying same sex couples a right to marry. I deal only with *Windsor* here, for simplicity's sake.

the US Supreme Court "struck down" a key part of the 1996 *Defense of Marriage Act* (*DOMA*), namely its article 3 (1 US Code §7), which defines marriage as the union between a man and a woman as far as the federal government is concerned. No action was taken by the legislature to formally repeal that law, which is still on the books, though inapplicable. Now, there are roughly two ways the Supreme Court's holding in *Windsor* could be reversed. The first way would be a self-reversal by the Court itself[35]: the Court may very well decide that *DOMA* is constitutional after all. The other way is through constitutional amendment (an unlikely route in a rigid constitutional system like the US): constitutional amendment may be used to remove the cause of the statute's unconstitutionality. In both cases, the statute needs no further action from the legislature in order to become fully applicable again. The statutory norms are, so to speak, reinstated[36]: it is so because, although they were inapplicable for some time, they never were removed from the legal order. This feature can be found in many legal systems, beyond the US legal system. For instance in India, where constitutional amendment is much more frequently practiced than in the US, legal scholars have developed a doctrine of "eclipse", which describes the fact that a law stricken down by the Indian Supreme Court may be revived, after an "eclipse", by way of constitutional amendment without further action from the legislature[37].

In systems where constitutional courts are empowered to repeal statutes, that is, to remove them from the legal system, unconstitutional statutes cannot be "reinstated" the way I just described. They have to be re-enacted: the legislative process must start over from scratch. This is obviously quite cumbersome; there was a majority for the first statute, there may not be one for the new one. Besides, the legislative majority which voted the first statute may be long gone by the time its unconstitutionality is reversed (be it because of the court's self-reversal or by way of constitutional amendment). In any case, this shows the difference naked membership makes. When a court is empowered to repeal a statute, there is nothing left to be "revived" or "reinstated" once its decision is reversed[38].

There are other consequences from the distinction between those two kinds of constitutional adjudication. For instance in the US, it sometimes happens that lower courts ignore a Supreme Court declaration of unconstitutionality, and that

[35] Not such a remote possibility given the likely future changes in the composition of the Court.

[36] This may be complicated by parasitic phenomena, such as desuetude.

[37] See CHANDRACHUD 2017, 34.

[38] Here is an example. In 1999, the French Constitutional Council struck down a law (Statute n° 99-36, 13 January 1999) which required that lists competing in regional elections be equally composed of men and women (see Cons. Const., Decision 98-407 DC, 14 January 1999). A constitutional amendment was passed shortly after in order to remove the constitutional obstacle (Constitutional Law n° 99-569, 8 July 1999). The parity list requirement was newly introduced by a subsequent statute (Statute n° 2000-493, 6 June 2000). It may be objected that my example is taken from an instance of *a priori* review, which takes place before the law is even promulgated. But it *a fortiori* applies to *a posteriori* review.

the Supreme Court declines to grant *certiorari*; such "resistance" from lower courts would be much more difficult absent any textual basis (any law "on the books"). It also happens that lower courts find a way to interpret the statute so as to make it consistent with the Supreme Court's constitutional rationale: a French court could not do that, since there would be no statute left to interpret.

5.2. *The Normativity in* vacatio legis

What I said in the previous section may well be discarded as focusing on petty, technical stuff, unworthy of the attention of jurisprudence (although I think it has considerable practical importance). In what follows I will try to show that there is still some jurisprudential or philosophical relevance to naked membership, and to the Non Sufficiency Argument. I will try to show that although what X belongs to the legal system during the latency period is not, strictly speaking, a norm, it is not just words on a page: it has some normative valence, albeit a weakened one. I am already willing to admit that this demonstration applies mainly to *vacatio legis* and not really to unconstitutional statutes and other cases of valid-yet-not-applicable-anymore rules.

5.2.1. *Bindingness and obligation*

Before we proceed to the proposed solution, a further distinction must be made. As I said earlier, applicability is some kind of bindingness, which may be understood as a duty regarding a certain use of norms: a duty to obey or a duty to apply. As Alf Ross showed in a famous article[39], a distinction must be made between a legal norm's bindingness and a legal obligation. For instance, legally you may not kill or steal. Legally a judge may not refuse to adjudicate a matter brought before her. Those are legal statements, referring to legal obligations (or rather prohibitions). Bindingness, on the other hand, has to be understood as a duty to obey. As Ross astutely noticed, there is no *legal obligation* to obey the law[40]. There only is a legal obligation or permission to φ (not steal, not commit denial of justice etc.). This is why Ross dismissed the kelsenian conception of validity as bindingness as hopelessly infected with some natural law disease. An obligation to obey the law cannot be *legal*; it must be a *moral* obligation. And as a matter of fact I do believe that we should resist the temptation, described above, to identify valid norms with a subset of binding norms.

[39] Ross 1961, 153.

[40] The question of the bindingness of *laws* (legal norms) must be distinguished from the question of the bindingness of *legal instruments* (contracts, wills, etc.): a contract may be *legally binding*, in that a law (for instance, a statute) requires performance from the co-contractors. But it makes *prima facie* no sense to argue that a statute would be, or would not be, "legally binding", in the sense that compliance with it would be required by law.

As Bulygin observed[41], the nexus of Ross's objection to Kelsen's notion of validity is that it ultimately rests on an absolute conception of bindingness: absolute bindingness means that a norm is binding on its own (moral) merits. However, the notion of applicability reveals a thoroughly relative conception of bindingness, which allows for a specifically legal kind of bindingness: courts are vested with a duty (or at least a power)[42] to apply legal norms, which is grounded in other legal norms, namely norms of applicability. When we say that laws are binding on judges we do not mean that they have a duty to obey, but rather a duty to apply. Legal norms are legally binding when a certain set of officials is under the duty to apply them. This kind of bindingness is strictly legal, since it is predicated on the existence of a specific set of legal norms.

Ross's notion of bindingness rests on a powerful intuition: legal bindingness is distinct from legal obligation. Legal obligation is one of the many possible deontic aspects of any legal norms. A legal norm may require you to φ, it may require you not to φ, and it may also grant rights, powers, and permissions. Bindingness is a feature of all legal norms, whatever deontic function they perform. A norm granting rights *is* binding, just as much as a norm creating an obligation or a prohibition. If we understand bindingness as a duty to obey, we cannot conceive that a norm granting rights or giving permission would ever be binding: how can I be under the duty to obey a norm which gives me a right to marry, for instance?[43] However as soon as we understand bindingness as a (relative) duty to apply, we may distinguish between the obligations (or rights, or permissions) created by legal norms and directed at law-abiding citizens and the bindingness of those norms, which rests on the norms of applicability of the legal system. Judges and other officials are under the duty to apply rights-granting norms as much as obligation-creating norms: they are under the duty to uphold rights as much as to punish breaches of obligation.

[41] BULYGIN 2015, 321.

[42] It may be disputed whether a simple power to apply may be counted as an instance of bindingness. Answering this objection would obviously take us too far, but I will assume that a power to apply entails a duty to apply correctly. For instance, there are optional choice-of-law rules: a court is empowered to apply a foreign legal norm, but it may choose to apply a domestic norm. The point with bindingness is that once the court has chosen which norm it will apply, it is under a duty to apply it correctly: for instance, it ought not to unduly restrict the norm's scope of application. This is why the court's decision will typically be reviewable by a higher court.

[43] Kelsen would retort that rights are just the reflex of positive obligations directed at third parties (KELSEN 1934, 127). I will not deal with such an objection here, since it is beyond the point: I am only trying to show that the obligations, rights, etc. directed by a norm at law-abiding citizens are distinct from that norm's bindingness. The argument from rights is only a way to illustrate the fact that the first set of normative aspects is distinct from the second. Even if we grant that rights are but a derivative from obligations, there would still be a distinction to be made between the obligations created by a norm and the norm's bindingness.

5.2.2. *Acoustic separation?*

During the latency period, it is plain that norms, though valid, are not binding. This is the whole point of the Non Sufficiency Argument. Does that show, as sceptics would have it, that what belongs to the legal system at that point is not a norm, but, for instance, a mere text? Does a norm which "nakedly" belongs to a legal system not create any reasons for action?

One way to understand the normativity of *vacatio legis* is to resort to the notion of an "acoustic separation" between "decision rules" and "conduct rules"[44]. Meir Dan-Cohen coined this phrase to refer to a thought experiment where the respective addressees of conduct rules and decision rules are locked into two different, acoustically sealed rooms. The addressees of one set of rules would not know the content of the other set of rules. This would allow a legal system to achieve competing values: for instance, legal excuses, such as duress, could be excluded from conduct rules, so as to achieve maximum obedience to the law, but they would be included among decision rules, so as to produce fairness and clemency in the criminal judgement.

Now we could use such a thought experiment to explain what happens during the period when a law is valid but not yet applicable, or not yet binding, as it were. Let us imagine that, on October, 23rd, 2017, a smoking ban is enacted, due for entry into force on January 1st, 2018. We could imagine an acoustic separation between the corresponding conduct rule ("thou shalt not smoke") and the corresponding decision rule (e.g. "smokers ought to be punished with up to one year in prison"). Ordinary citizens would be under the prohibition to smoke as soon as October 23rd, 2017, whereas judges would under the duty to apply the law, that is, to follow the decision rule, only from January 1st, 2018 on. Citizens would not be aware of the content of the decision rule; and they would not know that the decision rule is not yet binding on officials. Therefore the *vacatio legis* would not prevent the law, nonbinding as it is, from creating exclusionary reasons directed at ordinary citizens during the latency period.

Obviously such a system of acoustic separation is seldom found in actual legal systems. There is certainly a fair amount of ignorance of the law among ordinary citizens, but such ignorance extends not only to decision rules, but also to conduct rules themselves. Besides rules are seldom formulated – thus individuated – as distinct sets of decision rules on the one hand and conduct rules on the other hand. Acoustic separation is a thought experiment, and as such it can make us understand important truths about legal systems: for instance it helps us to discern some of the distinctive, yet competing, values instantiated by the law. But

[44] DAN-COHEN 1984, 630 ff. It should be noted that Dan-Cohen's model is intended to concern only criminal law. It may not apply in other subfields of the law.

as such it cannot explain how a nonbinding norm can create obligations, rights, etc. directed at citizens and how it can give them reasons for action.

So we need another way around. In order to do so, further distinctions are needed.

5.2.3. *Reasons and incentives*

It seems that during the latency period I have no reason to act in compliance with the not-yet-applicable norm; even worse, it may happen that I have a reason not to act in compliance with a norm which is not applicable anymore (because, for instance, it was stricken down by a court). Insofar as the practice of judicial review is concerned, it is very hard to find normative potency to a norm which, though still "nakedly" valid, is not binding anymore. So although Himma is wrong to underestimate the considerable practical difference the remaining of a law "on the books" may make (see *supra*), he is certainly right about the status of the norm in the interim. However, I will argue that his scepticism does not apply to *vacatio legis*.

During the *vacatio legis*, the norm is, *ex hypothesi*, not binding on anyone. But does that mean that during the latency period I have absolutely no reason to do what the not-yet-applicable law requires me to do? One ought to distinguish between the *incentives* a legal norm may provide and the *reasons* it creates. Incentives correspond to what is sometimes called "motivational reasons for action"[45], that is, facts which give an agent a certain motivation to act; whereas what I call "reasons" refers only to what is called "normative reasons". However my notion of an incentive is somewhat stricter than the loose idea of motivational reasons. An incentive supposes intentional action from a third party, the incentive-giver. You would not say that the fact that it is going to rain creates an incentive for me to stay home tonight. Incentives suppose an institutional and social setting, for instance the market. And law is naturally a big incentive-giver, part of law's efficacy is through incentive-giving, it involves both "good" and "bad" incentives, tax cuts on the one hand; prison on the other.

What makes naked membership look normatively inert is the fact that during the latency period, the "norm" does not provide any incentive to act in accordance with it. Let us use, once again, as an example our imaginary smoking ban enacted on October, 23rd 2017, but due for entry into force on January 1st, 2018. In such a context, I do not have any incentive not to smoke (let alone stop smoking) before January 1st. The bindingness of norms *on officials* is precisely what gives people incentives to do what the law requires. So I do not have any incentive not to smoke before January 1st, 2018.

[45] Among an enormous literature on that matter, Dancy's *Practical Reality* stands out (DANCY 2000, 1-25).

My claim, however, is that I do have a reason not to smoke, even though smoking remains permissible until that date. Since acoustic separation cannot do the job of accounting for such an obligation, it should be clear that in our smoking ban example, there is not a full obligation not to smoke from October 23rd: I have no exclusionary reason not to smoke between October 23rd and January 1st, – or at least the law does not give me such a reason. However I am willing to defend the idea that a reason for action exists in some attenuated way.

5.2.4. *Supererogatory reasons?*

To what kind of reasons does naked membership give rise? It is plain that it cannot be an exclusionary reason. On October 23rd, I do not have a reason not to smoke which displaces my reasons to smoke or not to smoke.

My hypothesis is that, in some, but not all, cases, naked membership creates a kind of supererogatory reason. A supererogatory reason may be defined as a reason to do what is or may be otherwise required, jointed with a permission not to act as required. If the legal norm creates an obligation to φ, then during the latency period, there is a reason to φ, but there also is a permission not to φ. A supererogatory reason is a specific kind of *pro tanto* reasons which can always be overweighed by *weaker* reasons. As Raz puts it, supererogation involves a permission not to act on the balance of reasons[46]. I am aware that talking of "supererogatory reasons" is somewhat improper: an *act* is supererogatory[47] when it is both praiseworthy and not strictly required (by morality, law or any other system of norms and values). Reformulated in the language of reasons for action, an act is supererogatory when you have a conclusive reason to perform it, but a permission not to act on the balance of reasons. I use the phrase "supererogatory reason" to refer to the reasons to perform supererogatory acts.

So I would argue that the naked membership of the norm which bans smoking gives me a supererogatory reason not to smoke. This reason may be overweighed by weaker reasons: for instance the fact that the law still (weakly) permits smoking is surely a very weak reason for action. Obviously if the previous norm (the one repealed by the new, yet not applicable norm) not only authorized smoking, but made it *obligatory* (!), I would still have a strong reason to smoke during the latency period; in fact I would have an exclusionary reason to so, which displaces any other reason anyway, including, of course, supererogatory

[46] RAZ 1975a, 165; RAZ 1975b, 91 ff.

[47] I cannot do justice to the important literature devoted to supererogation, whose revival in contemporary moral philosophy is attributed to JO Urmson. A good place to start is HEYD 1982. Explaining supererogation in terms of reasons for action, which is central to Raz's theory of course, is not quite commonplace (for a penetrating criticism, see indeed HEYD 1982, 167 ff.). However Raz's theory will prove an apt starting point for the present purposes.

reasons. In my mind, the new norm does still give rise to a supererogatory reason, although that reason, like any other reason, is displaced by the fact that the previous norm still gives rise to an exclusionary reason.

An easy objection can be made to this attempt to salvage the normativity of naked membership. The idea of supererogatory reasons makes sense only when we talk about obligations or prohibitions. A supererogatory act is one that would otherwise be obligatory, and for which there is a conclusive reason for action, but which can be overweighed by weaker reasons. It makes no sense to claim that power-conferring, rights-conferring or permission-granting norms give rise to supererogatory reasons. Let us assume, for instance, that a new norm permits or authorizes what was before prohibited, like smoking cannabis in Colorado. It makes no sense to argue that there is a supererogatory reason to do what is permitted anyway (I am talking of strong permissions, not weak ones). Besides in the latency period, the old norm still applies. The same goes for power-conferring norms. If the new norm modifies the way contracts ought to be created, I cannot say that it could ever be supererogatory for me to sign a contract of the new kind. Unless a certain use of one's powers is compulsory, it makes no sense to say that using one's power is supererogatory, since supererogation is about what would otherwise be compulsory. The most we can say is that when two ways of using one's power are both lawful, choosing the best outcome is sometimes *morally* (and not *legally*) supererogatory. Anyway, that kind of reasons cannot occur during the latency period. Absent any retroactivity, I have no reason at all to sign a contract of the new kind while the law is still not yet applicable: my contract will not be upheld as valid by the courts.

There is no easy answer to that objection. I would argue that as far as powers are concerned, there is, in the latency period, a reason not to use the old powers – unless such use is made compulsory by law (as is often the case) – although using them is still permissible. But the same does certainly not hold for permissions or rights.

So my claim is that there still is some sort of soften normativity during the latency period in the cases of *vacatio legis*. It does not apply to all kinds of norms, and it does not apply to all instances of naked membership. It does not apply to not-applicable-anymore norms: it is difficult to imagine that a norm which, as the court has declared, ought not to be applied anymore could still provide reasons for action. But at least in some cases I believe there is room, conceptually, for some kind of normativity of nonbinding norms.

6. *Conclusion: a new look at the rule of recognition*

In this paper I have tried to present some doubts which may be raised by the distinction between membership and applicability, and especially by what I have called the Non Sufficiency Argument. To sum up those doubts: there may be a

latency period during which a valid norm is not yet applicable or a newly inapplicable norm is not repealed. During that period, the status of a norm is one of "naked membership": it is traceable to a source, therefore it satisfies the criteria of membership picked out by the rule of recognition, but it has absolutely no normative potency. During the latency period, we do not have a norm belonging to a legal system as much as a text, i.e. a set of dispositions, belonging to an official corpus. But what is philosophically interesting about the law is the fact that legal norms give (or claim to give) citizens and officials reasons for action. So even if it does not match the technical, legal definition of formal validity, it seems that the philosophically interesting definition of validity must be validity as bindingness. However I have tried to salvage the Non Sufficiency Argument by showing that naked membership can make a considerable practical difference. And I have also tried to show that, although not binding, certain norms may give rise to a certain type of reasons during the latency period.

The need to address the doubts expressed by some about the Non Sufficiency Argument shows that although a conceptual distinction between applicability (or bindingness, or duty to apply) and validity-as-membership is sound and necessary, there is still some considerable traction to the idea that a norm, in order to be "*really*" a norm, must somehow be binding. Of course, membership, which is the specific mode of existence of legal (and paralegal) norms, and bindingness *are* conceptually distinct. But it would make absolutely no sense to conceive of a legal system where valid norms (norms belonging to the system) would be massively inapplicable. That system would be absolutely chaotic, and would not really give anybody any reason for action. It would not even give rise to the kind of supererogatory reasons we have mentioned earlier, since what gives this supererogatory quality to the norms in question is the fact that they are destined to become applicable in the very near future.

Although conceptually distinct, legal validity (*qua* membership) and legal bindingness must somehow go hand in hand. This is why although membership is a purely conceptual matter[48], there is some validity (no pun) to the Hartian or Razian idea that valid norms are norms which the officials are under the obligation to apply; in other words, there is some validity to the idea that the rule of recognition, which picks out the system's criteria of validity, can somehow be deduced from the practice of officials as the set of criteria which allows them to determine which norms they are bound to apply. The rule of recognition, although conceptually a purely conceptual rule, must also be understood as a norm of (*prima facie*) applicability[49]. The norms which belong to the legal system are *prima facie* applicable: it is not a conceptual necessity *per se*, but rather it is a material necessity which fits best our

[48] That is something on which Bulygin has rightly insisted. See BULYGIN 2015, 313 f. and see his debate with Ruiz Manero: RUIZ MANERO 1990, 133 and BULYGIN 1991, 311-318.

[49] For a related idea, see MUNZER 1970, 58; MUNZER 1973, 1149 f. See also PINO 2011, 823.

intuitions about the legal phenomenon. Other norms of applicability can defeat the norm of applicability contained in the rule of recognition: they can postpone the applicability of valid norms; they can render applicable norms which belong to other legal systems. But the core of the legal experience is one in which norms which are formally valid and therefore belong to the legal system are fully applicable in it, and may fully give rise to reasons for action.

References

ÁVILA H. 2016. *Legal Certainty*, Dordrecht, Springer, 2016.

BARBERIS M. 1990. *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, Giappichelli, 1990.

BLACK M. 1962. *Models and Metaphors*, Ithaca, Cornell University Press, 1962.

BULYGIN E. 1991. *Regla de Reconocimento. ¿Norma de obligacion o criterio conceptual?*, in «Doxa», 9, 1991, 257 ff.

BULYGIN E. 2015. *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

CARPENTIER M. 2014. *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Paris, LGDJ/Varenne, 2014.

CARPENTIER M. 2018. *Sources and Validity*, in HAGE J., KIRSTE S., MACKOR A.R., WESTERMAN P. (eds.), *Legal Validity and Soft Law,* Dordrecht, Springer, 2018, forthcoming.

CHANDRACHUD C. 2017. *Balanced Constitutionalism. Courts and Legislatures in India and the United Kingdom,* Oxford, Oxford University Press, 2017.

COLEMAN J. 1998. *Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis,* in «Legal Theory», 4, 1998, 380 ff.

COMANDUCCI P. 2010. *Alcuni problemi concettuali relativi all'applicazione del diritto*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 10, 2010, 121 ff.

DAN-COHEN M. 1984. *Decisions Rules and Conduct Rules: on Acoustic Separation in Criminal Law*, in «Harvard Law Review», 97, 1984, 625 ff.

DANCY J. 2000. *Practical Reality*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

GRABOWSKI A. 2013. *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law*, Dordrecht, Springer, 2013.

GUASTINI R. 1993. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffré, 1993.

GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffré, 2004.

HART H.L.A. 1994. *The Concept of Law*, 2 ed., Oxford, Clarendon Press, 1994 (ed. or. 1961).

HART H.M., SACKS A.M. 1994. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury, The Foundation Press, 1994.

HEYD D. 1982. *Supererogation. Its status in ethical theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

HIMMA K.E. 2009. *Understanding the Relationship Between the U.S. Constitution and the Conventional Rule of Recognition*, in ADLER M., HIMMA K.E. (eds.), *The Rule*

of Recognition and the U.S. Constitution, New York, Oxford University Press, 2009, 95 ff.

HIMMA K.E. 2013. *The Rule of Law, Validity Criteria, and Judicial Supremacy*, in FLORES I.B., HIMMA K.E. (eds.), *Law, Liberty and the Rule of Law*, Dordrecht, Springer, 153 ff.

KELSEN H. 1934. *The Pure Theory of Law*, 2 ed., Berkeley, University of California Press, 1967 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1934, eng. trans. by M. Knight).

KLETZER C. 2017. *Normative Jinx*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 37, 2017, 798 ff.

MAZZARESE T. 2000. *"Norm Proposition": a Tentative Defense of a Skeptical Ppoint of View*, in EGIDI R. (ed.), *In Search for a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht, Springer, 193 ff.

MORESO J.J. 1993. *Sobre normas inconstitucionales*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 38, 1993, 81 ff.

MORESO J.J. 1998. *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer, 1998.

MORESO J.J., NAVARRO P. 1997. *Applicability and Effectiveness of Legal Norms*, in «Law and Philosophy», 16, 1997, 201 ff.

MORESO J.J., NAVARRO P. 1998. *The Reception of Norms and Open Legal Systems*, in PAULSON S., LITSCHWESKI PAULSON B. (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 273 ff.

MUNZER S. 1970. *Legal Validity*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1970.

MUNZER S. 1973. *Validity and Legal Conflicts*, in «Yale Law Journal», 82, 1973, 1140 ff.

NAVARRO P., ORUNESU C., RODRIGUEZ J.L., SUCAR G. 2004. *Applicability of Legal Norms*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 17, 2004, 337 ff.

PINO G. 2011. *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 11, 2011, 799 ff.

RAZ J. 1970. *The Concept of a Legal System*, 2 ed., Oxford, Clarendon Press, 1980.

RAZ J. 1975a. *Permissions and Supererogation*, in «American Philosophical Quarterly», 12, 1975, 161 ff.

RAZ J. 1975b. *Practical Reason and Norms*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 1999.

RAZ J. 1979. *The Authority of Law*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.

RAZ J. 1999. *Engaging Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

RAZ J. 2009. *Between Authority and Interpretation,* Oxford, Oxford University Press, 2009.

RODRIGUEZ-BLANCO V. 2014. *Law and Authority under the Guise of the Good*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

ROSS A. 1958. *On Law and Justice,* London, Stevens & Sons, 1958.

ROSS A. 1961. *Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law*, in PAULSON S., LITSCHWESKI PAULSON B. (eds.), *Normativity and Norms Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 148 ff.

RUIZ MANERO J. 1990. *Juridiccion y norma*, Madrid, Marcial Pons, 1990.

SARTOR G. 2008. *Legal Validity: an Inferential Analysis*, in «Ratio Juris», 21, 2008, 212 ff.

SCHAUER F. 1991. *Playing by the Rules,* Oxford, Clarendon Press, 1991.

SHAPIRO S. 2001. *On Hart's Way Out*, in COLEMAN J. (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 149 ff.

VON WRIGHT G.H. 1963. *Norm and Action*, London, Routledge, 1963.

WALDRON J. 2011. *Vagueness and the Guidance of Action*, in MARMOR A., SOAMES S. (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 58 ff.

WALDRON J. 2012. *Dignity, Ranks and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

WALUCHOW W. 2000. *Authority and the Practical Difference Thesis*, in «Legal Theory», 6, 2000, 45 ff.

WROBLEWSKI, J. 1985. *Legal Language and Interpretation*, in «Law and Philosophy», 4, 1985, 239 ff.

NORMS ON LANGUAGE AND THE REGULATIVENESS OF CONSTITUTIVE NORMS

DAVID **DUARTE**

&dq

Norms on Language and the Regulativeness of Constitutive Norms

DAVID DUARTE

Professor of Law, Lisbon Legal Theory Group, University of Lisbon, Law Faculty.
E-mail: davidduarte@fd.ulisboa.pt

ABSTRACT
The paper analyses two categories of legal norms on language, definitory and interpretative norms, in order to establish the differences and similarities between them. Whilst specifically asserting their common regulativeness, the underlying purpose is, however, to make the more general claim that constitutive norms are simultaneously regulative and then that constitutivity is merely a feature of some norms, without preventing them from also guiding human action. Accordingly, constitutive norms are not opposed to regulative norms, but merely a category of the latter.

KEYWORDS
Definitory norms, interpretative norms, linguistic uncertainty, constitutive norms, deontic contradiction

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVIII, 2018 / 1 (giugno) | pp. 135-156

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Norms on Language and the Regulativeness of Constitutive Norms

DAVID DUARTE

1. *The context of norms on language* – 2. *Norms on language* – 3. *Definitory norms* – 4. *Interpretative norms* – 5. *Regulativeness of constitutive norms* – 5.1. *The "counts-as locution" argument* – 5.2. *The games argument* – 5.3. *The will argument* – 5.4. *The deontic contradiction argument* – 5.5. *The violability argument* – 5.6. *The norms on language argument.*

1. *The context of norms on language*

Given that communication between normative authorities and addressees is a necessary condition for knowledge of the content of law, it follows that it is language, as the basic communication tool, that makes it possible for the law to guide human action. Thinking specifically of contemporary developed legal orders, where norms stem mainly from normative authorities, this explains why, if only as a contingency, there is usually a norm defining the natural language, or languages, adopted in those orders[1]. It is reductive, however, to see this norm as doing no more than defining the official language used in public legal acts. In reality, the norm defining the natural language adopted is a norm of incorporation into the legal order of the principles and rules that govern the natural language in question[2]. Its legal consequence, imposing the use of a specific natural language, entails a reception of those principles and rules, given the fact that no use can be made of language by normative authorities without complying with them[3].

i) If in legal order Z, there is a norm X establishing the natural language Y as its official language, then norm X implies that the principles and rules of Y are also part of legal order Z.

[1] Nonetheless, the contingency of the norm defining the natural language, even if based on the premise that the content of a legal order is by definition contingent (for instance, BULYGIN 2010, 285; MENDONCA 2000, 63), might not be entirely undisputed. If language is a necessary condition for the application of law, then that norm, whether constitutional or merely customary, turns out to be a necessary content of any legal order.

[2] For natural languages as sets of principles and rules, see, for instance, GARNER 2014, 111; MARMOR 1992, 113.

[3] Additionally, only incorporation explains why normative authorities adopt norms modifying the content of rules of language (definitory norms): if norms of the natural language adopted were an unconnected normative set, then it would make no sense for them to be modifiable by the norms adopted by normative authorities.

The incorporation that follows from the imposition of a natural language as the official language of a legal order seems to be a standard case of a formal reception, quite similar in its main features to known cases of reception of international law into internal law. It is a reception in the sense that norms from a different set, with a distinct rule on recognition, become part of another set, here a legal order. This reception is formal because the set incorporated retains its autonomy and, for this reason, its norms are applied subject to their own dynamics: if a norm of the natural language is altered through the common practice of its speakers, it is the new norm that is applied within the legal order. As an instance of formal reception, its only distinctive feature is the sources of the norms of the incorporated set: principles and rules of a natural language are of conventional origin, deriving from the shared usage of speakers, and they change through specific processes of customary development[4].

The set of norms that governs a natural language is essentially formed by the principles and rules that define the semantics and the syntax of the language in question, imposing on normative authorities (speakers) and interpreters (readers) the meaning of words and how words should be organized in sentences[5]. Accordingly, with formal reception, and in order to state and to understand a norm sentence such as "No one is permitted to kill", both parties in the communication process are subject to the norm that establishes the meaning of the word "kill" and to the norm that states that the order of a basic positive sentence is "subject-verb-object"[6]. Application of the principles and rules of a natural language by normative authorities and interpreters can lead, however, to complex procedures: as well as incoherence, or constant processes of change, mostly in the semantic domain, norms of a natural language often give rise to uncertainty, i. e., cases of understanding where the meaning of a word or sentence is not clear.

When applying the incorporated principles and rules of the natural language employed, normative authorities and interpreters are faced with two possible linguistic outcomes: (i) certainty, where only one meaning is possible, from which it follows that only one potential norm is encompassed by the text ("$NS \rightarrow N$"); or (ii) uncertainty, where there are more than one alternative meanings, with the consequence that the text contains more than one potential norm ("$NS \rightarrow N_1 \vee N_2 \vee N_3$")[7]. Linguistic uncertainty is, evidently, the difficult case for the application of the norms of a natural language, a not unexpected outcome considering that those norms regularly lead to different possibilities in the "word-world"

[4] GARNER 2014, 115; LÜDTKE 1999, 50.

[5] SAEED 1997, 10; WIGGINS 1971, 24.

[6] Principles and rules of a natural language are therefore the base for a common code shared by normative authorities (enacting norms) and interpreters (understanding the meaning of norm sentences); on this code, PATTARO 2004, 296; DUARTE 2011, 115.

[7] For instance, HELIN 1997, 200; DUARTE 2011, 131.

relationship: this follows from norms on the meaning of words without precisely defining their reach, which is the case of vague words, in a way similar to certain norms of syntax, which leave a significant margin of doubt, as happens with the use of "and" or "or" as conjunctives or disjunctives[8].

Syntactical uncertainties and particularly semantic uncertainties, given the widespread impact of open texture, make linguistic uncertainty the usual scenario for normative authorities and interpreters, a direct outcome of the application of the principles and rules of a natural language[9]. However, the causes and types of linguistic uncertainty are to a certain extent irrelevant, since uncertainty leads in all cases to the same scheme: a norm sentence has two or more alternative meanings or, at the level of law, expresses more than one potential norm ("$NS \rightarrow N_1 \vee N_2 \vee N_3$"). The scheme of alternative meanings is nothing other than a representation of the "linguistic discretion" conferred by the principles and rules of a natural language. Accordingly, and as in any instance of normative discretion, different options are legally conferred and, *prima facie*, all of them are then legally admissible. So within the boundaries set by the principles and rules of a natural language, and in order to "obtain" the norm expressed, the issue is, of course, how alternatives of meaning can be limited or how discretion can be reduced to zero[10].

2. *Norms on language*

Faced with linguistic uncertainty, legal orders react in two main ways: through (i) definitory norms, and (ii) interpretative norms[11]. The first reaction is specific; the second is general. When enacting a definitory norm, a normative authority deals directly with the semantic problem of what a word means, doing so by enumerating the essential properties that establish what falls and what does not fall within the word's reach. With this norm, a normative authority, with the general purposes of conferring semantic clarity and coherence on a statute or a

[8] On vagueness, SAINSBURY 1996, 252; GUASTINI 1993, 350. On the syntax of conjunctives and disjunctives, see GUIBOURG et al. 2008, 52.

[9] On the impact of open texture, CARRIÓ 1965, 70.

[10] Linguistic discretion also explains why no potential norms under a norm sentence can be found beyond the limits of what was expressed: if a "bicycle" can be a "vehicle", there is no doubt, given the meaning of the word "vehicle", that a "laptop" is not a "vehicle". The normativity of the definition prohibits meanings outside the margins of uncertainty of the word (similarly to what happens with the outer limits of discretion), which is a reason for considering that interpretative operations that go beyond those limits, such as "teleological reduction" (LARENZ 1969, 333), are simply legally illegitimate.

[11] Definitory and interpretive norms do not exhaust all the "norms on language" usually found in legal orders. Norms stating how norm sentences should be written, for instance, quite commonly found today, dealing with aspects of style and the like, are also "norms on language". The focus on those two categories is justified by the fact that they are the main categories where norms adopted by normative authorities have significant effects on the content of the principles and rules of a natural language.

branch of the law regarding the word in question, pursues two different goals: (i) to create a new meaning for the word, distinct from that provided by the semantic rule of the natural language, or (ii) to reduce, or eliminate if possible, the margins of uncertainty around the word under the semantic rule[12]. The reasons for doing this are, however, irrelevant here; what matters is that the new meaning has a consequence: whenever the word is used in a norm sentence, its meaning is that given by the definitory norm.

In contrast, when setting an interpretative norm, a normative authority is not reacting to the semantic characterization of a word: instead, the normative authority sets criteria for dealing with linguistic uncertainty in general, without focusing on a specific doubt raised by a particular word or norm sentence. Normative authorities therefore use interpretative norms to define in which "direction of choice" all cases of linguistic uncertainty have to be solved[13]. It is therefore a category of norms applying to all norm sentences in the legal order, and not, as with definitory norms, a category of norms relating only to norm sentences containing the word being defined. Within this wider scope, the aim of curtailing "linguistic discretion" by means of interpretative norms turns out to be achieved in a way very reminiscent of ordinary norms of conflicts: interpretative norms establish that any alternative of meaning that best fits its "direction of choice" is that which has to prevail[14].

Another relevant difference between definitory and interpretative norms lies in the fact that, in contrast to interpretative norms, definitory norms alter the content of norms of the natural language: while interpretative norms address only the choice to be made between the alternative meanings present in a norm sentence, without interfering in how those meanings arise, definitory norms, both when creating a new meaning or when merely reducing the margin of uncertainty, directly alter the meaning established by a semantic rule. This specific feature also shows that definitory norms, differently from interpretative norms, effectively derogate norms of a natural language: if the word "kill" has the meaning M_1 under the semantic rule of the language in question, it will have meaning M_2 when a definitory norm establishes that the word takes on this new meaning. Of course, the fact that definitory norms may address merely a subset of norm sentences in a legal order, such as those of a particular statute or branch of the law, means that the same word can have different meanings, in the whole legal order, depending on the scope of norm sentences subject to the definitory norm[15].

[12] ALCHOURRÓN, BULYGIN 1991, 447.

[13] GUASTINI 1993, 389.

[14] Or, at least, that the alternatives that do not fit within it are not eligible.

[15] Derogation from semantic rules by definitory norms poses, however, another problem: what happens when the semantic rule, through its own processes of change, acquires a new content distinct from that given by a previous definitory norm? However, as a conflict of norms, the solution depends on the

Both definitory and interpretative norms are strictly contingent. Even if a trivial statement, it shows that in both cases each legal order reacts to linguistic uncertainty through specific decisions taken on the matter by normative authorities. For this reason, nothing forces a legal order to have any particular definitory or interpretative norms and, consequently, nothing prevents a legal order from having none or from having many, with all conceivable kinds of content. Naturally, the contingency of definitory and interpretative norms does not prevent them from being analyzed as categories.

3. *Definitory norms*

As mentioned above, definitory norms entail a definition. However, as norms, they have the standard structure of an antecedent, a deontic operator and a consequence, as regards their material content, and a definition of a circle of addressees. Irrespective of the definition used and how is written (although the usual sequence is a *definiendum* followed by a *definiens)*, the content of a definitory norm is to attach an obligation to assign a certain meaning to a word used in norm sentences whenever that word is used, requiring addressees to interpret the text with that meaning. With this norm structure, a definitory norm entails: (i) a consequence with an action to be performed, which is to assign a certain meaning to a word when interpreting a norm sentence; (ii) a deontic operator defining the action as mandatory, because usually the action is neither permitted nor forbidden; and (iii) an antecedent concerning the opportunities of action, which is whenever a norm sentence contains the word in question.

i) The norm sentence of a definitory norm for the word "vehicle" is, for instance, "A vehicle is a machine, with wheels and an engine, used for transporting people or goods on land";
ii) The material structure of this norm sentence is: antecedent ("whenever the word vehicle is used in a norm sentence"), deontic operator ("it is obligatory to"), consequence ("read as meaning a machine, with wheels and an engine, used for transporting people or goods on land");
iii) The structure is: "q → Op", where "Op" stands for an "obligation to read as meaning...".

Although frequently forgotten, another element in the structure of norms is the demarcation of their subjective scope, which is a description of the universe to which the norm applies, arrived at through interpretation of the text or through the effects on the matter of other norms. Because a norm describes the prescribed action in its consequence, it is here that the circle of addressees is originally

norms of conflicts existent in the legal order. In Portuguese law, for instance, roughly speaking, a subsequent general norm does not revoke a previous special norm (article 7/3 of the Civil Code).

defined[16]. Be it the whole universe of addressees of a legal order, merely a class of subjects, or only determinable persons, the consequence always relates the action prescribed to the subjective scope in view for its material content. In a definitory norm, given that the action required is to assign a certain meaning to a specific word, irrespective of the circumstances of interpretation, the circle of addressees seems to be well defined as the class of "interpreters": in fact, the action is imposed on everyone who has to interpret the norm sentence with the word defined. Of course, "interpreters" is just another way of selecting the whole universe of addressees of a legal order.

i) The structure is: "q → Op", where "Op" stands for an "obligation to read as meaning…";
ii) With the circle of addressees, a definitory norm entails: "q → O (interpreters) p".

To say that interpreters are the addressees of definitory norms is to consider only the default case. Of course, contingency of definitory norms also means that their circle of addressees depends on the will of the normative authority and that, even if with absurd consequences, there is nothing to prevent a norm of this kind from defining that only judges or legal scholars, for instance, are subject to the obligation expressed. However, a degree of uniformity can be found here and so it is usual for these norms not to restrict addressees to a class smaller than that of interpreters. This point is also relevant, however, due to the apparent lack of consistent reasons for affirming that definitory norms, or more generally conceptual norms, have the property of being solely addressed to judges[17]. Despite the contingency argument, it appears that the obligation of a judge to apply the law is no different in nature from the obligation of applying the law to which everyone is subject: if a norm requires an action, it applies whenever its addressees perform that action; and from this it follows that, if a norm does not restrict its subjective scope to judges, there are no normative grounds for asserting that the action in questions is the sole province of judges. But this issue is more complex. It is hard to see how judges could be obliged to interpret a word in a given way while others were not: to accept that definitory norms are by definition addressed solely to judges would mean accepting a legal order with different norms for the same norm sentence, depending on whether it is interpreted by judges or by someone else.

i) If the norm sentence "A vehicle is a machine, with wheels and an engine, used for transporting people or goods on land" is only addressed to judges, then only judges are

[16] But there is nothing to prevent a third norm, for a set of norms, from redefining the circle of addressees, changing the scope of the circle. On this, DUARTE 2016, 85.
[17] As ALCHOURRÓN, BULYGIN 1991, 451 seem to defend.

obliged to assign that meaning to the word "vehicles" in the norm sentence "Vehicles are not allowed to enter into the park";
ii) Under this norm sentence, a bicycle with an engine is, for a judge, prohibited from entering the park, whilst it is not (at least, it is a defensible interpretative claim) for any other interpreter.

The understanding of definitory norms as obligations to ascribe a certain meaning to a word relies on the premise that definitions and definitory norms are two different kinds of entity. Leaving aside all the classical approaches, it appears that on the one hand we have the definition, whereby "something" is said to mean "something", and on the other we have something quite different, a requirement to act in accordance with the fact that "something" means "something". Whilst a definition is an analytical proposition, a definitory norm is a synthetic one, in the sense that it refers to an action, particularly a deontic modalization of that action. It follows, then, that a definition is no more than a "material assumption" used by the normative authority in order to create the content of a norm, considering that the aim is for addressees to act in accordance with it: a definitory norm is an obligation to act in a particular way which is to act using that definition. So failing to distinguish between the definition and the definitory norm is exactly the same as confusing the object of an action prescribed in a norm and the norm imposing that action.

i) Therefore, a definition is "a = b" and a definitory norm is "O (to act as if) a = b".

The observation that definitions and definitory norms are entities of a different nature and, consequently, operate at different levels is indispensable for an understanding of how definitory norms can alter the content of other norms. If a definitory norm is altered and the defined word obtains a new meaning, it follows from this that the scope of the norm expressed by the norm sentence using the word is changed. With this alteration, the deontic status of an action may also change, which happens as a direct consequence of a definitory norm. This interaction between norms poses a complex problem for those who contend that these norms are merely analytical propositions: how could such a proposition change a norm or, in other words, how could it modify the deontic status of an action? Even if the problem raises wider questions, the answer seems to be that such modification is not possible, if we accept that within a set of norms, only other norms can alter their consequences[18].

[18] ALCHOURRÓN, BULYGIN 1991, 457. Also, MENDONCA 2000, 122.

i) The first definitory norm is: "A vehicle is a machine, with wheels and an engine, used for transporting people or goods on land"; the second definitory norm is: "A vehicle is a machine, with wheels and *with or without* engine, used for transporting people or goods on land";
ii) Then, under "Vehicles are not allowed to enter into the park", when the second definitory norm enters into force, the action of entering the park on a bicycle changes from permitted to forbidden.

The ontological difference between the definition and the definitory norm also justifies why it is irrelevant for the understanding of definitory norms that a definition leads to an impossibility: if a minor is someone less than 18 years old, then it is impossible for a person aged 17 to be of age[19]. The point is that the impossibility relates only to the definition and not to the definitory norm. So when a normative authority states that the age of majority is 18 years, which is a definitory norm, what is stated is that all the other norms that confer legal positions on persons of age must only be applicable to persons aged 18 years or more, strictly because only those persons should be classified as such. If the right to vote is denied to someone at the age of twenty, on the grounds of being twenty years old, this is not an impossibility: it is a violation of the applicable law and, in particular, of the definitory norm. At stake is not whether the person has the right to vote as someone who has attained his majority, but whether the addressee of the definitory norm complied with the obligation to classify him or her as someone of age.

i) N_1 is the norm stated in "Only persons who have attained their majority have the right to vote"; N_2 is the norm stated in "Persons attain their majority at the age of 18";
ii) if person Q is not allowed to vote because he or she is twenty years old and not major of age, no violation can be assigned to N_1: this person is within the subjective scope of N_1, given by N_2; so the obligation violated can only be assigned to N_2.

4. *Interpretative norms*

As follows from the previous considerations, an interpretative norm does not entail a definition and does not change any semantic rule of the natural language. Instead, an interpretative norm is the unity of an antecedent, a deontic operator and a consequence, establishing for alternative meanings that a specific "direction of choice" must be followed. Even if strictly contingent, since a legal order contains the interpretative norms that a normative authority introduces into the set, that structure expresses a common pattern that can be induced. Within this pattern, the

[19] ALCHOURRÓN, BULYGIN 1991, 453.

first specific feature lies in what is meant here by "direction of choice". Since they are conceived for linguistic scenarios of uncertainty ("$NS \rightarrow N_1 \vee N_2 \vee N_3$"), and in order to reduce or do away with alternative meanings, interpretative norms do no more than provide a specific criterion for the choice[20]. Accordingly, their consequences do not necessarily yield a precise solution for the uncertainty, but merely a standard that points to how the solution can be obtained.

i) The material structure of an interpretative norm is: antecedent ("Whenever a norm sentence is linguistically uncertain"), deontic operator ("it is obligatory to"), consequence ("select a meaning in accordance with [...]");
ii) The structure is: "$q \rightarrow Op$", where "Op" here stands for an "obligation to select a meaning in accordance with...".

The specific "direction of choice" inserted in the consequence depends on what the normative authority intends in this regard. In a legal order, there is nothing to prevent criteria such as "The intention of the normative authority" or "The meaning of the word at the moment of enactment" from becoming the consequence of an interpretative norm. Usually, and for instance, interpretative norms contain criteria such as: "The meaning of words in superior norms", "The unity of the legal order" or "The aim of the norm". The range of possibilities is, however, less relevant. Here, the main points are that the quantity and quality of interpretative norms is strictly dependent on what the normative authority decides and that linguistic scenarios of uncertainty, raising the problem of choice, may be confronted using distinct and diverse criteria. Naturally, when there is more than one interpretative norm, conflicts between interpretative norms can arise, and, in the specific task performed by these norms, a diversity of interpretative norms does not necessary signify a lessening of linguistic uncertainty: because of its specific features, an uncertainty can always remain untouched by the set of consequences provided for in the interpretative norms enacted.

i) Within the structure "$q \rightarrow Op$", several "directions of choice" can be accommodated, and legal orders can have interpretative norms such as "$q \rightarrow O$ select a meaning in accordance with the meaning in superior norms", "$q \rightarrow O$ select a meaning in keeping with the unity of the legal order", or "$q \rightarrow O$ select a meaning in accordance with the purpose of the norm";
ii) The effects of an interpretative norm are completely dependent on the linguistic uncertainty in question; starting from the uncertainty scenario ("$NS \rightarrow N_1 \vee N_2 \vee N_3$"), the spectrum of results can be: (a) inconsequential ("$NS \rightarrow N_1 \vee N_2 \vee N_3$"), (b) reduction ("$NS \rightarrow N_1 \vee N_2$"), or (c) certainty ("$NS \rightarrow N_1$").

[20] On these criteria, CHIASSONI 2007, 80. Also, MACCORMICK 2005, 125.

Regarding the material content of interpretative norms, another point has to be addressed: why do interpretative norms apply only to linguistic scenarios of uncertainty, and not, also, to norm sentences that are linguistically certain[21]? A single principal reason justifies the assertion. Insofar as interpretative norms function rather like norms of conflicts between alternative meanings, setting a direction for an inevitable choice, they are necessarily dependent on a *prima facie* linguistic outcome with alternatives: whenever there is certainty, no alternatives of meaning exist and, therefore, no choice has to be made by the interpreter. If the word "water" only means "a substance with the chemical formula H_2O", then that contained within what is denoted by "water" is only the object that has those properties: no linguistic uncertainty exists and no choice will be needed when defining the content of a norm with regard to the part adopted using the word "water". Strictly speaking, this point comes from the very core of the structure of norms: if the antecedent of a norm entails the opportunities to perform the action provided for in the consequence, then the conditions for an interpretative norm can only be outcomes from linguistic uncertainty; in no other case is there an opportunity for the action of selecting a meaning[22].

i) Accordingly, in interpretative norms the antecedent of "q → Op" is "q = whenever a norm sentence is linguistically uncertain" and not "q = whenever interpreting a norm sentence".

The normative definition of a "direction of choice" regarding scenarios of linguistic uncertainty is established for the methodological operation of interpretation. As norms, therefore, interpretative norms comprise an obligation to deal with an instance of linguistic uncertainty in a specific way, which means that someone is subject to that deontic modality when performing the action of extracting a norm from a norm sentence. Like definitory norms, interpretative norms also define a circle of addressees, which are precisely those that have to select a meaning in order to define the content of a norm. Given the action in question, the obligation to perform it in a specific way is normally addressed to "interpreters", the universe of "everyone", as seen, even though this is always a contingent choice made by the normative authority. Naturally, all considerations regarding the peculiar consequences of seeing these norms concerning language as applying only to judges are here applicable. An obligation to interpret a norm sentence in a specific "direction of choice" in itself applies to anyone who has to select a meaning from an uncertain norm sentence: and it seems clear that, by default, everyone does.

[21] WRÓBLEWSKI 1989, 24; HELIN 1997, 200.
[22] On the condition within the norm structure, VON WRIGHT 1963, 74.

i) The structure is: "q → Op", where "Op" here stands for an "obligation to select the meaning in accordance with…";
ii) With the circle of addressees, an interpretive norm entails: "q → O (interpreters) p".

Under the normativity of principles and rules of a natural language, the common use of words and sentences by the community of speakers is the framework for the operability of interpretative norms: as seen, when addressing linguistic uncertainty, the consequences of those norms start out from that common use. At the same time, when interpretative norms neither reduce nor eliminate linguistic uncertainty, the consequences of those natural language norms remain unaffected, as regards their outcome. Given that interpretative norms are the only tool at the disposal of legal orders to react, in a general way, to the "linguistic discretion" arising from the principles and rules of a natural language, if these tools are applied and a scenario of alternative meanings subsists, interpreters face an open-ended situation where each alternative enjoys equal legitimacy. Rather like any other case of discretion, this scenario opens the door to other criteria, not included in the set, and often indiscriminately designated as guidelines, arguments or directives, capable of supporting the interpretative arguments needed to arrive at a unique "all things considered" meaning. Faced with more than one possible norm, after unsuccessful application of interpretative norms, the linguistic choice lawfully accommodates any correct argument that may lead to assigning a meaning to a norm sentence[23].

i) An interpretative norm gives a "direction of choice" ("q → Op", where "Op" stands for an "obligation to select a meaning in accordance with…") for a linguistic uncertainty, represented by the scheme of alternative meanings ("NS $\rightarrow N_1 \vee N_2 \vee N_3$");
ii) If the interpretative norm "q → Op" does not arrive at an outcome of certainty ("NS → N_1"), a choice still has to be made and, if no other interpretative norms are applicable, no linguistic criteria are provided by the legal set;
iii) With "remaining discretion" (for instance, "NS → $N_1 \vee N_2$") other criteria can be used; however, these are not interpretative norms and, hence, are not used in the performance of an obligation.

Accordingly, interpretive norms, as norms belonging to the set, adopted by a normative authority, are not at the "same level" of any other of those criteria possibly used by interpreters. While interpretative norms are norms of the legal order, those other criteria are merely possible resources that an interpreter may use in cases where "linguistic discretion" is not reduced to zero[24]. It is from this

[23] For "interpretative discretion", ENDICOTT 2005, 133; BANKOWSKI 1981, 2.
[24] Which is the case of "NS → N".

perspective that it is claimed here that there is no normative basis for an indiscriminate assessment between those norms and the criteria generally used. Given that interpretative norms are strictly contingent, only in a one-legal-order approach is it possible, or sustainable, to paint the whole picture of how the processes of interpretation can be carried out, specifically regarding this connection between interpretative norms and other criteria[25]. In this approach, the lists of interpretation criteria usually provided in legal literature, taken as equally usable, are, on the one hand, an incorrect description of how legal orders deal with linguistic uncertainty, and, on the other, a misrepresentation of the role played by interpretative norms[26]. As norms like any others, they must not be confused with extra-legal standards used in cases of discretion.

5. *Regulativeness of constitutive norms*

As is widely known, the concept of constitutive norms comprises two different types or, in other words, it is used with two distinct meanings: (i) as norms that create a type of action hitherto unknown, in particular by defining that something counts as something else, and (ii) as norms that have immediate effect, creating a certain state of affairs upon entering into force[27]. In the first sense, a norm is constitutive because it creates something that did not exist as such before, which is the case of norms concerning institutions, status, entities or concepts. It follows the traditional "counts-as locution" (X counts as Y in context C) where the constitutive nature lies precisely in the consequence of that locution: since something counts as something else, the norm does no more than express the conditions, sufficient, necessary or both, for the former to be the case. Accordingly, and in a more hard-core version of constitutivity, a constitutive norm of this kind does not regulate any action given the fact that it merely creates it (Y in the "counts-as locution")[28].

In the second sense, norms are constitutive as performative acts: they immediately perform the action they contain. Two properties can be assigned to this type of constitutiveness: (i) what they constitute is immediate; and (ii) it happens at the moment the norm enters into force. In this sense, constitutiveness is a result of the specific effect produced by the norm, which is to realize the action by itself[29]. The paradigmatic example of this constitutiveness is a revocation: when a normative authority enacts such a norm, the revoked norm ceases immediately to produce legal

[25] As examples of interpretative norms, those within article 12 of the Italian Civil Code, article 3 of the Spanish Civil Code, or article 9 of the Portuguese Civil Code.
[26] For instance, CHIASSONI 2007, 81; MACCORMICK 2005, 121.
[27] ROVERSI 2011, 272. Also, CABRERA 1991, 276.
[28] HINDRIKS 2009, 255. However, SEARLE 1969, 36.
[29] ROVERSI 2012, 13.

effects, and its elimination from the legal order is, strictly speaking, what is constituted through revocation. As in the former sense, this type of constitutive norms is not also regulative: given that the action is performed by the norm, no deontic modality governs the action[30]. Moreover, for this constitutiveness, it is also argued that norms do not even have addressees and, since they realize themselves immediately, they cannot be violated[31].

Even though these two senses of constitutive norms cannot be wholly reduced to a strict common notion, they both form the core of the concept of constitutiveness, a concept that has been successfully adopted in jurisprudence and which, as a corollary of this, has lain behind the assumption that constitutive norms are a category of norms in opposition to regulative norms[32]. With the main arguments that constitutive norms, unlike regulative norms, are incapable of deontic contradiction and cannot be breached, that opposition has sustained the idea that legal orders are also formed by norms without any impact on the guidance of human action. This opposition seems to be, at least, overestimated. If we can assume that some norms have a constitutive nature, creating or performing "something" on their own, it does not follow from this that those norms are wholly devoid of regulativeness. So, it is claimed here that all norms are regulative and that, for this reason, constitutivity is just a specific property of a subset of norms that are just as regulative as any others. Several arguments can be presented in support of this claim.

5.1. *The "counts-as locution" argument*

The opposition between constitutive and regulative norms was originally based on the idea that they have distinct structures. While constitutive norms have the structure of the "counts-as locution", represented by the scheme "X counts as Y under condition C", regulative norms have the structure of prescriptions, represented by the scheme "if Y, do X"[33]. It would follow from this difference that while constitutive norms limit themselves to create "something" as something else in certain circumstances, without any further output, regulative norms guide behavior and so establish that an action is permitted, prohibited or imposed. Irrespective of the specificities to be found in constitutive norms, certain generic features can be, or usually are, assigned to them: (i) they do not refer to actions known before their existence, since they are precisely constitutive of those actions; and (ii) they merely define the conditions for "something" to count as "something else".

[30] CARCATERRA 2012, 95.
[31] CARCATERRA 2012, 102.
[32] On that irreducibility, GUASTINI 1983, 549; ROVERSI 2011, 273.
[33] SEARLE 1969, 34. Also, HINDRIKS 2009, 258.

The first feature seems to be a consequence of a merely linguistic problem: the simplification effected by the assertion that a norm creates a "new and unknown action". It may appear a trivial point, but it seems clear that no action can be created by a norm: norms do not change the empirical world, except, indirectly, if their addressees comply with the actions imposed. So what this effectively means is that a known action subsequently counts as another, under certain conditions. This being the case, it is not accurate to say that constitutive norms do not refer to known actions, since what they do is to qualify a known action as another. Within this framework, actions created by a constitutive norm are dependent on the conditions for that "equivalence", but also on the effective application of that equivalence: without it, nothing is created by a constitutive norm, since the equivalence is no more than a tautology. At first glance, it appears that, without any normativity, the statement that "X counts as Y under condition C" is merely descriptive.

The second feature provides the opportunity to see that conditions in the "counts-as locution" are somehow irrelevant to the present discussion. Those conditions, irrespective here of whether sufficient, necessary or both, act in a constitutive norm in the same way as the conditions of a regulative norm: they consist of a certain state of affairs that has to exist for "X counts as Y" to function. So a conditional scheme of "if C, then X counts as Y" expresses the "counts-as locution" in exactly the same way, since no X will count as Y if C is not the case. Relevancy of conditions in a constitutive norm is strictly connected, then, with the transition from brute facts to institutional facts: they explain precisely how and when the latter are constituted. However, this says nothing about how the consequence of "X counts as Y" is or is not dependent on human action. Bearing this in mind, it would appear that defining conditions of constitutiveness offers a limited view of constitutive norms.

The main point about the regulativeness of constitutive norms has to do with the fact that X cannot count as Y if the equivalence is not accepted by the community where it is shared. Since Y is not a brute fact, its creation as an X with another meaning is only the case if a classification is effect and, for a community, if it is shared among its members. Underlying the "counts-as locution" is therefore an appeal to those who have to make the classification and accept it as such. It is for this reason that acceptance has been stated as a necessary condition of the "counts-as locution", an idea that expresses the point argued here that constitutivity is by definition dependent on an action performed by its addressees: as said above, to classify "something" as another "something"[34]. From this it will follow that what confers social meaning on the equivalence and

[34] On acceptance as a necessary condition of the "counts-as locution", SEARLE 1995, 113; TUOMELA 2003, 147.

prevents it from being just a tautological proposition without significance is the accepted widespread action of classification. It may therefore be said that the "counts-as locution" would be better expressed by a scheme such as "X counts as Y in condition C if accepted", or "if C, with acceptance, X counts as Y", which amounts to the same thing.

In contemporary developed legal orders, acceptance is not achieved through a system of common beliefs as it is when dealing with mere social practices. When what is at stake is a norm enacted by a normative authority, the process of acceptance is realized with the use of a deontic modality, in the present case an obligation, which is the common way for arriving, in an institutionalized form, at the social state of affairs that acceptance reflects. It can be said that, in the context of a legal order, the normativity underlying acceptance is replaced by the deontic modalization of the action and that no relevant difference exists between "if C, with acceptance, X counts as Y" and "if C, X ought to count as Y". With acceptance as a necessary condition for the "counts-as locution", its nature is totally changed: it becomes normative and, for a norm adopted by a normative authority, it shows the difference between giving information, something not depending on agreement, and defining a course of action in order to create an ideal state of affairs[35]. The "counts-as locution" is, in itself, the basis for the regulativeness of constitutive norms.

5.2. *The games argument*

At the same time, it is relevant to observe that constitutive norms create actions, institutions, status or concepts that throw up other sets of norms, as in the familiar case of games, meaning that a difference has to be made between what might be called constitution in itself, or the constitutivity of the system, and, on the other hand, the subsequent set of norms[36]. It is within this scenario that the common games argument is presented: a norm defining an action in a game limits itself to constituting that action, which has no meaning as such outside the game; for that reason, when someone fails to "follow" the norm, what happens is not a violation, but merely a different action reflecting that the game is not being played anymore[37]. From this it would follow that no regulativeness exists in this constitutivity: if we celebrate as a goal an action in which the ball did not fully pass the line, it is not that the norm defining goal was violated, but, rather, that soccer is not being played; it is probably another game. But this argument is misleading.

What causes constitutive norms to be second-order constitutive norms is that they are posed within the constituted system. From this it follows that they only

[35] GARCIA 1987, 259.
[36] SCHAUER 1991, 7; FEIS, SCONFIENZA 2012, 130.
[37] ROSS 1968, 54.

make sense as a part of the system, which means, for their normative structure, that they depend on a condition expressing this belonging: a norm defining a goal in the game soccer has the condition that soccer is being played. This implies that the alleged impossibility of violating a second-order constitutive norm, because the action performed is already outside the game, becomes illogical: playing the game is a condition for the action and, consequently, it cannot be outside the game[38]. A relevant consequence follows: as an action within the game, either it accords with the norm of the game in question, or it does not. If, when playing soccer, an action is regarded as a goal even if the ball did not fully pass the line, the norm defining goal was violated: nobody is playing another game; instead, while playing soccer, something that ought not to be classified as a goal was in fact classified as such[39].

5.3. *The will argument*

When a legal order has a norm establishing the conditions for a will to be valid, it states a set of conditions for a document to count as a legitimate will and, consequently, to produce the legal effects other norms assign to that formal condition of being a valid will. At the same time, this norm would not be violable because enumerating conditions only calls for an assessment of whether they are met and there is no obligation on anyone to cause them to be met: it cannot be said that producing a document without meeting the requirements necessary for a will is a violation of the law and and we cannot point to any duty unperformed[40]. A norm defining the conditions for a valid will is therefore a constitutive norm, and it contains no regulation of human action. Accordingly, no penalty can ensue and the invalidity of a will cannot be seen as such, but, rather, as an effect resulting from the failure to meet those conditions. One principal argument supports this assertion: while we can conceive of a norm imposing a duty without the corresponding norm setting a penalty for violation of the first norm, this is not the case for a norm defining the conditions for a valid will; here, its invalidity is a part of that norm that, moreover, is not conceivable as such without the consequence of invalidity[41].

The argument of the will raises different points. The first, directly related to the constitutive norm in itself, is already affected by the previous considerations. In fact, establishing the conditions for a valid will is exactly the same as saying

[38] It would be possible to argue that the game stopped being played at that precise moment. However, the point is logical and not chronological. If the norm that defines what a goal is depends on soccer being played, one cannot be not playing soccer when the definition is triggered.

[39] Refuting inviolability, but with different reasons, FEIS, SCONFIENZA 2012, 132. Generally, RAZ 1975, 116.

[40] HART 1961, 37.

[41] HART 1961, 35.

that if some requirements are met, a document counts as a valid will (or has the value of a valid will). It is therefore a constitutivity that does not suppress regulativeness, as seen, since the norm enacted entails the obligation to classify as a will a document that meets a set of conditions. Any testator, legatee or judge violates the law if they treat as a will a document not compliant with the required conditions or, inversely, if they fail to treat as such a document that meets all the conditions necessary for the consequent equivalence. As stated above, the "counts-as locution" that here underlies the will argument suffers from the insufficiency of being deficiently expressed: because the document is only a will if addressees accept the equivalence and act accordingly, it follows that a norm setting the conditions for a valid will entails the obligation of classifying a document as a will when those conditions are met[42].

The second point is closely connected to the argument to the effect that the consequence of invalidity is part of the norm defining the conditions for a valid will, which is inconceivable as such without that consequence. This argument falls down for two reasons. The first is that it fails to take into account that the norm in question is applicable in four cases: (i) if the conditions are met, and it is treated as a will; (ii) if the conditions are met, and it is not treated as a will; (iii) if the conditions are not met, and it is treated as a will; and (iv) if the conditions are not met, and it is not treated as a will. Its applicability to all these cases follows from the fact that, if those conditions are necessary, which they are, then the norm covers the negation of the expressed equivalence: it also states that, without conditions, "X does not count as Y". On these terms, it follows that case (ii) above makes no sense without regulativeness: rigorously, X counted as Y where it should not. But, mainly, case (ii) above shows that the norm was left intact without the consequence of invalidity: a document not treated as a will despite meeting all the necessary conditions is not invalid. The point is, then, that invalidity is merely a possible, but not a necessary, consequence of a norm stating the conditions for a valid will[43].

The second reason why the argument falls down is related to the consequence of invalidity in itself. It is not new that, in contemporary developed legal orders, invalidity is one consequence among many and that there is nothing to prevent a normative authority, in some circumstances, from adopting a norm removing all the consequences of invalidity for the sake of an opposing principle that has to prevail in those circumstances[44]. Even though it might appear contradictory, it is

[42] Thus, applying "if C, X (ought to) count as Y".

[43] Consequently, the norm in question is not only conceivable without that consequence, but, moreover, it even involves the absence of that consequence.

[44] In Portuguese law, for instance, article 277/2 of the Constitution, removing the consequence of voidness for unconstitutional international treaties under certain conditions.

common in a legal order to have norms stating that the general consequence of invalidity does not follow or, for instance, that only a secondary penalty is applicable to a notary who registers as valid a will that meets none of the relevant conditions. In these cases, we cannot say that the removal of invalidity as a consequence for the will is the suppression of the conditions necessary for its validity: those conditions are still necessary to assess validity, relevant for other purposes (in particular, to determine whether the notary is subject to a penalty). What happens is that a third norm set aside the consequence of invalidity, actually established elsewhere, stating that no invalidity will follow. The point is, therefore, that the consequence of invalidity is contingent: a norm setting the conditions for a valid will is a norm distinct from that with the consequence of invalidity.

5.4. *The deontic contradiction argument*

The opposition between constitutive and regulative norms is often sustained on the premise that the former cannot enter into a deontic contradiction. However, if by deontic contradiction we understand incompatibility of legal consequences, as commonly understood, the premise seems to be at least questionable[45]. This point may be illustrated by a definitory norm. If a normative authority adopts the norm "a = b" (or "Oa = b") and, then, another such as "a = c" (or "Oa = c"), it follows from this that different properties, and consequently distinct denotations, "b" and "c", are being assigned to the same word "a". As seen above, these distinct denotations imply different legal consequences in terms of what is and is not permitted, forbidden and mandatory. Of course, at their level, no contradiction exists between the analytical propositions. However, considering that those analytical propositions are merely that which is required to be done under both norms, as explained above, it becomes clear that a deontic contradiction occurs and, more importantly, that the contradiction cannot be assigned to anything other than the two definitory norms in question[46].

> i) Under the definitory norm "a vehicle (v) is a machine (a), with wheels (b) and an engine (c), used for transporting people or goods on land (d)", the definition is "v = a + b + c + d"; under the definitory norm "a vehicle (v) is a machine (b), with wheels (b) and *with or without* engine, used for transporting people or goods on land (d)", the definition is "v = a + b + d";
> ii) Then, under the rule "vehicles are not allowed to enter into the park", two incompatible deontic statuses appear for vehicles without property "c" (engine): they are allowed to enter into the park under the second definitory norm, but forbidden under the first;

[45] On deontic contradictions, RATTI 2013, 133; ZORRILLA 2007, 87.
[46] Accordingly, FEIS, SCONFIENZA 2012, 129. See, also, MENDONCA 2000, 123.

iii) Since the rule "vehicles are not allowed to enter into the park" remains unchanged, the deontic contradiction can only be assigned to the (incompatible) definitory norms[47].

5.5. *The violability argument*

The alleged opposition between constitutive and regulative norms is also sustained on the premise that constitutive norms are not violable[48]. However, following on from the same test, which is to assess if violation cannot be assigned to a norm other than the constitutive norm, the consequence appears to refute the inviolability dogma. This point can also be illustrated by the definitory norm for the word "vehicle". If an administrative official allows a person to enter the park with a toy car with an engine under the norm that prohibits vehicles from entering, law has not been violated: a toy car with an engine is in a grey area on the fringes of the word "vehicle" and she has discretion that confers legitimacy on that decision. However, if there is a definitory norm that qualifies toy cars with engines as vehicles, then there is no doubt that the administrative official violated the law: she has been moved from a zone of linguistic discretion, that gives her room for a legitimate administrative decision, to a situation where entrance is prohibited by a definitory norm. It is the existence and the subsequent violation of the definitory norm that makes her permission to enter unlawful: in the first case, permission was an unassailable exercise of administrative discretion. And, more relevantly, this violation cannot be assigned to any norm other than the definitory norm.

i) Under the norm expressed by "vehicles are not allowed to enter into the park" ("~Px"), the administrative official has discretion whenever she is faced with a case (for instance, a toy car with an engine) that falls in a grey area around the word "vehicle": "~Px ∨ Px"; an administrative decision of "Px" is therefore wholly legitimate;
ii) With the definitory norm "a vehicle is a machine, with wheels and an engine, used for transporting people or goods on land", a toy car with an engine moves from the fringes to the core of the word "vehicle": entrance with it becomes "~Px";
iii) If, with the definitory norm, an administrative decision of "Px" is taken, this decision is legally illegitimate; however, its legal illegitimacy does not follow from the prohibition of entering with vehicles in itself (since "~Px ∨ Px"), but, instead, from violation of the definitory norm (as an obligation to classify a toy car with an engine as a "vehicle").

[47] It could be said that the argument falls down because it presupposes exactly what it was supposed to demonstrate: the existence of an obligation. However, for this test what is relevant is the existence of opposed consequences and in this case that they are only assignable to the definitory norms in question: the obligation is somehow secondary.
[48] On the inviolability of definitory (conceptual) norms, ROSS 1968, 54; PINO 2016, 69.

5.6. *The norms on language argument*

Norms on language, specifically considering the contraposition made between definitory and interpretative norms, are also an argument for the inconsistency of an opposition between those two categories. The point is that the properties shared and not shared do not justify the traditional classification of definitory norms as constitutive and interpretative norms as regulative. As seen above, both definitory and interpretative norms have similar antecedents, outcomes of language, both establishing that "the action" of interpretation has to be done in a certain way. As stated above, to give a certain meaning to a word is "to interpret", just as it is to choose alternative meanings on the basis of a given criterion: in both cases there is an action, specifically to deal with the language used to express norms, it here being of no consequence that that action might consist of reading a word with a specific meaning or of applying criteria for selecting one meaning among others. So in the absence of any structural difference between interpreting with a definition and interpreting with a "direction of choice", there appear to be no grounds for such a wide gap between them.

References

ALCHOURRÓN C., BULYGIN E. 1991. *Definiciones y normas*, in ID., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 439 ff.

BANKOWSKI Z. 1981. *Ordinary Language and Judicial Discretion*, in «Rechtstheorie», 1, 1981, 1 ff.

BULYGIN E. 2010. *Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición*, in «Doxa», 33, 2010, 283 ff.

CABRERA C. 1991. *Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas*, in «Anuario de filosofía del derecho», 8, 1991, 273 ff.

CARCATERRA G. 2012. *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli Editore, 2012.

CARRIÓ G. 1965. *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5 ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007.

DUARTE D. 2011. *Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in Literal Meaning*, in «Ratio Juris», 24, 2, 2011, 111 ff.

DUARTE D. 2016. *Structuring Addressees in Fundamental Rights Norms: An Application*, in HIMMA K., SPAIC B. (eds.), *Fundamental Rights Justification and Interpretation*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2016, 83 ff.

ENDICOTT T. 2005. *The One True Interpretation*, in «Analisi e Diritto», 2005, 127 ff.

FEIS G., SCONFIENZA U. 2012. *Challenging the Constitutive Rules Inviolability Dogma*, in «Phenomonology and Mind», 3, 2012, 125 ff.

GARCIA J. 1987. *Constitutive Rules*, in «Philosophia», 17, 1987, 251 ff.

GARNER M. 2014. *Language Rules and Language Ecology*, in «Language Sciences», 41, 2014, 111 ff.

GUASTINI R. 1983. *Teorie delle regole costitutive*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 60, 1993, 548 ff.

GUASTINI R. 1993. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.

GUIBOURG R., ECHAVE D., URQUIJO M. 2008. *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.

HELIN M. 1997. *Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica*, in AARNIO A., UUSITALO J. (eds.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, 191 ff.

HINDRIKS F. 2009. *Constitutive Rules, Language, and Ontology*, in «Erkenntnis», 71, 2, 2009, 253 ff.

LARENZ K. 1969. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6 ed., Berlin, Springer Verlag, 1991.

LÜDTKE H. 1999. *Diachronic Semantics: Towards a Unified Theory of Language Change?*, in BLANCK A., KOCH P. (eds.), *Historical Semantics and Cognition*, Berlin, Mouton de Gruyter, 1999, 49 ff.

MACCORMICK N. 2005. *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

MARMOR A. 1992. *Interpretation and Legal Theory*, 2 ed., Oxford, Hart Publishing, 2005.

MENDONCA D. 2000. *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.

PATTARO E. 2004. *Lenguaje y Comportamiento: Introducción a la Dimensión Normativa*, in COMANDUCCI P. (ed.), *Análisis y Derecho*, Ciudad de México, Fontamara, 2004, 295 ff.

PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, Edizione ETS, 2016.

RATTI G.B. 2013. *El gobierno de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

RAZ J. 1975. *Pratical Reason and Norms*, 2 ed., Oxford, Oxford Univerisity Press, 1999.

ROSS A. 1968. *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul, 1968.

ROVERSI C. 2011. *Regolare e costituire: sul carattere tecnico delle regole*, in «Analisi e Diritto», 2011, 271 ff.

ROVERSI C. 2012. *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012.

SAEED J.I. 1997. *Semantics*, 2 ed., Oxford, Blackwell, 2003.

SAINSBURY M. 1996. *Concepts Without Boundaries*, in KEEFE R., SMITH P. (eds.), *Vagueness: A Reader*, Cambridge, MIT, 1996, 251 ff.

SCHAUER F. 1991. *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

SEARLE J. 1969. *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

SEARLE J. 1995. *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, 1995.

TUOMELA R. 2003. *Collective Acceptance, Social Institutions, and Social Reality*, in «American Journal of Economics and Sociology», 62, 2003, 123 ff.

VON WRIGHT G.H. 1963. *Norm and Action*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963.

WIGGINS D. 1971. *On Sentence-Sense, Word-Sense and Difference of Word-Sense*, in STEINBERG D., JAKOBOVITS L. (eds.), *Semantics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, 14 ff.

WRÓBLEWSKI J. 1989. *Contemporary Models of the Legal Sciences*, Lodz, Wydawnictwo, 1989.

ZORRILLA D. 2007. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

ESISTE UN DIRITTO GENERALE ALL'OBIEZIONE DI COSCIENZA?

FABRIZIO **MASTROMARTINO**

&dq

Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?

Is there a General Right to Conscientious Objection?

FABRIZIO MASTROMARTINO

Assegnista di ricerca di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.
E-mail: fabrizio.mastromartino@uniroma3.it

ABSTRACT
Nel testo si riflette criticamente sulla proposta, avanzata da autori di diverso orientamento etico-politico, secondo cui nell'ordinamento costituzionale dovrebbe trovare riconoscimento giuridico un diritto "generale" all'obiezione di coscienza. Dopo aver ricostruito la posizione di chi teorizza l'"esistenza" di questo diritto – direttamente azionabile di fronte al giudice anche in assenza di espresse previsioni di legge che ne autorizzino e regolino l'esercizio – si formulano alcune obiezioni che si concentrano grosso modo attorno a tre questioni fondamentali: 1) la problematica indeterminatezza della libertà di coscienza, di cui il diritto all'obiezione è modalità di esercizio; 2) l'opinabile sovrapposizione del diritto all'obiezione alla questione della legittimità costituzionale degli obblighi di legge contro cui si rivolge; 3) l'inevitabile incertezza giuridica che risulterebbe dal riconoscimento del diritto all'obiezione attraverso la sua diretta applicazione giudiziaria.

The paper critically reflects on the proposal, put forward by authors of different ethical-political orientation, according to which a "general" right to conscientious objection should be recognized by the constitutional State. After having reconstructed the conception of those who theorize the "existence" of that right – which could be set off before the judge even in the absence of legal provisions authorizing and regulating its exercise – some objections are formulated. They focus roughly around three fundamental questions: 1) the problematic indeterminacy of freedom of conscience, whose the right to conscientious objection is a mode of operation; 2) the questionable overlapping of the right to conscientious objection with the issue of constitutional legitimacy of the legal obligations against which it is addressed; 3) the inevitable legal uncertainty that would result from the recognition of the right to conscientious objection through its direct judicial application.

KEYWORDS
Obiezione di coscienza, costituzionalismo, pluralismo, conflitto tra diritti, controllo di costituzionalità

Conscientious objection, constitutionalism, pluralism, conflict between rights, constitutional review

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?

FABRIZIO MASTROMARTINO

1. *Premessa: due precisazioni preliminari* – 2. *Un inquadramento generale del problema* – 3. *Contro l'obiezione di coscienza come diritto generale* – 3.1. *L'obiezione come conflitto tra diritti* – 3.2. *Alcune osservazioni critiche* – 3.2.1. *L'insostenibile indeterminatezza della libertà di coscienza* – 3.2.2. *L'inopportuna funzione istituzionale del diritto generale all'obiezione* 3.2.3. *L'inevitabile incertezza della via giudiziaria all'obiezione* – 4. *Conclusioni*.

1. *Premessa: due precisazioni preliminari*

Mi pare opportuno iniziare con due precisazioni preliminari, che sono rivolte soprattutto – ma non solo – a chi non conosce la discussione in corso sul tema oggetto di questo lavoro.

Cosa vuol dire, anzitutto, "diritto *generale* all'obiezione di coscienza"? Mentre è abbastanza ovvio a cosa *non* si riferisce l'espressione "generale" quando è predicata di un diritto soggettivo, è forse meno ovvio a cosa si riferisca, per così dire, in positivo.

È abbastanza ovvio – anche se non del tutto scevro di problematicità – che "generale" non stia a indicare il carattere assoluto del diritto di cui si predica. La stragrande maggioranza dei diritti – se non tutti i diritti (forse con la sola eccezione di pochissimi diritti d'immunità[1]) – incontrano limiti, essendo suscettibili di specifiche limitazioni in rapporto a certe loro modalità di esercizio[2]. Questo è ormai considerato abbastanza pacifico. La precisazione però mi pare opportuna perché l'equivoco è comunque in agguato nel caso del diritto all'obiezione di coscienza. Per due ragioni.

Intanto, tipicamente il diritto all'obiezione di coscienza, e in particolare il diritto di cui è concettualmente una specificazione – la libertà di coscienza –, è proprio *anche* un diritto d'immunità. In quanto tale – si potrebbe sostenere – esso mal si presta a limitazioni: si pensi al caso in cui un medico obiettore venga costretto a praticare un aborto non essendo presenti medici non obiettori nella struttura ospedaliera cui si è rivolta la donna per interrompere la propria gravidanza; non a caso, la L. 194/1978 prevede che il medico, ancorché obiettore, non possa

[1] Secondo la terminologia proposta da FERRAJOLI 2007, 645, per cui essi «consistono unicamente in aspettative di non lesioni e non anche in facoltà, come i diritti alla vita, all'integrità, l'*habeas corpus*» ecc. Secondo la classica tassonomia hohfeldiana, si tratta di diritti nel senso di "pretese", il cui correlativo logico, nel caso specifico, è un dovere di omissione di certi comportamenti in capo a soggetti diversi dal titolare del diritto. Cfr. HOHFELD 1923.

[2] Da ultimo PINO 2017, specie cap. 5.

rifiutare di eseguire l'intervento *unicamente* nel caso-limite in cui la prosecuzione della gravidanza comporti un rischio imminente per la vita stessa della donna[3].

Ma soprattutto l'equivoco è favorito dalla natura del tutto peculiare della libertà di coscienza. Essa rinvia ai convincimenti morali di ciascuno, la propria coscienza appunto, qualcosa di fatto ineffabile, che a prima vista può motivare una tale varietà di obiezioni da apparire incontenibile. In altri termini: se non sempre è facile individuare limiti ai quali sottoporre la libertà di espressione (esempio preferito da chi intende rendere conto della potenzialità conflittuale dei diritti), sembra semplicemente impossibile individuare precisi limiti intesi alla determinazione del contenuto, e della portata, della libertà di coscienza (ma sul punto si tornerà più avanti[4]).

Dunque, "generale" non vuole dire "assoluto". Uso questa espressione, invece, nella sua accezione più tecnica: sta a indicare che il diritto all'obiezione di coscienza è un diritto direttamente azionabile di fronte al giudice anche in assenza di espresse previsioni di legge che ne autorizzino e regolino l'esercizio[5]. In altre parole, un diritto generale all'obiezione di coscienza, se vi fosse, autorizzerebbe a sottrarsi a un obbligo giuridico anche nel caso in cui il suo rifiuto, in cui si esplica l'obiezione, non sia espressamente autorizzato dalla legge.

Chiarito questo, mi sembra necessaria una seconda precisazione: cosa vuol dire chiedersi – come farò in questo mio intervento – se un diritto generale all'obiezione di coscienza, inteso nei termini suddetti, *esiste*?

Chi ha teorizzato la sua esistenza ha osservato che, ad oggi, esso non ha trovato riconoscimento in nessun ordinamento giuridico: a fronte del non esiguo numero di specifiche ipotesi di obiezione espressamente sancite da norme costituzionali o legislative in molti ordinamenti, non esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza esercitabile, come tale, all'infuori delle specifiche ipotesi giuridicamente stabilite[6].

Ebbene, il discorso che svolgerò non è mirato a mettere in discussione questa affermazione, né a precisarla. È questa una questione dottrinaria (diciamo di interpretazione) circa l'esistenza di questo diritto nel "sistema" delle fonti (inteso nel suo senso più ampio). Ciò detto, la questione non è affatto priva di interesse: si pensi, in particolare, all'esperienza spagnola, ma anche a certe vicende giurisprudenziali che hanno interessato l'ordinamento italiano[7]. Intendo, invece, affrontare

[3] Cfr. L. 194/1978, art. 9, quinto cpv.: «L'obiezione di coscienza non può essere invocata dal personale sanitario, ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo».

[4] V. § 3.2.1.

[5] Cfr. in questa accezione: VIOLA 2009, 184 s.; GASCÓN ABELLÁN 2010, 147; SAPORITI 2014, 111-113.

[6] Per tutti, CHIASSONI 2016.

[7] Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, cfr., in particolare, TCE 145/2015 che, in assenza di una specifica previsione legislativa in materia, ha annullato la multa inflitta al titolare di una farmacia di Siviglia che, per motivi di coscienza, non aveva reso disponibile alla vendita la cosiddetta "pillola del giorno dopo". La decisione ha suscitato un intenso dibattito, di cui qui non è possibile rendere conto. Secondo alcuni, con questa sentenza il Tribunale avrebbe riconosciuto di fatto un diritto generale

una questione diversa: precisamente, se sia preferibile che un diritto generale all'obiezione di coscienza trovi riconoscimento giuridico, e/o si affermi nella cultura giuridica presente, oppure no.

L'impostazione che propongo – che è dichiaratamente normativa – richiede di concentrarsi direttamente sulla posta in gioco della questione dell'obiezione di coscienza chiedendosi: quale si vuole che sia la funzione dell'obiezione di coscienza nell'ordinamento costituzionale?

Proverò a mostrare che chi teorizza l'esistenza di un diritto generale all'obiezione, assegnandole una funzione assai più ampia di quella – di fatto residuale – che ad oggi le è giuridicamente riconosciuta, antepone (a mio avviso indebitamente) il valore della giustizia nel caso concreto a quello della certezza giuridica. Il dissenso che esprimerò, contro questa posizione, è, in fondo, tutto qui: riguarda il diverso apprezzamento dei prevedibili effetti che la garanzia del diritto generale all'obiezione potrebbe determinare sui principi di certezza del diritto e della separazione dei poteri.

Posta la questione in questi termini, sono consapevole del fatto che per affrontarla occorrerebbe probabilmente fare i conti con temi di così gran portata da far apparire l'impresa impossibile. Preliminarmente bisognerebbe rispondere a domande come: qual è il senso oggi di questi principi? Come si adattano davanti a nuove esigenze di tutela dei diritti, come quella richiesta per l'obiezione di coscienza?

Ma il mio obiettivo è molto più modesto e lo spazio a mia disposizione limitato. Organizzerò il mio intervento in due parti: nella prima parte (§ 3.1) illustrerò, in sintesi, la posizione di chi teorizza l'esistenza di un diritto generale all'obiezione; nella seconda parte (§ 3.2 e relativi sottoparagrafi) avanzerò alcune obiezioni provando a metterne in luce alcuni problemi che credo motivino, se congiuntamente considerati, a guardare con più scetticismo alla funzione che l'obiezione potrebbe, o dovrebbe, assumere in un ordinamento costituzionale.

Prima di svolgere questa analisi, mi sembra utile premettere un inquadramento complessivo del tema, richiamando alcuni profili di carattere generale. Vi accenno, sommariamente, nel paragrafo che segue per lasciarli, per così dire, sullo sfondo del discorso che svolgerò: in alcuni punti verranno inevitabilmente in rilievo; meglio dunque averli presente sin dall'inizio.

all'obiezione di coscienza, attraverso un *overruling* della sua giurisprudenza. Secondo altri – con cui si concorda – la decisione ha una portata assai più ridotta, avendo il Tribunale legittimato il farmacista – senza previa interposizione legislativa – a esercitare l'unica ipotesi di obiezione di coscienza, quella all'aborto, che il Tribunale ha sempre ritenuto implicita nel contenuto dell'art. 16, comma 1, Cost. («Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»), la quale obiezione, pertanto, può essere esercitata anche in assenza di un'espressa previsione di legge che la statuisca. Cfr., per le due opinioni, rispettivamente: *Voto particular* della giudice A. Asua Batarrita, 8; GÓMEZ ABEJA 2016, § 6. Per una precisa ricognizione di alcuni casi di riconoscimento giurisprudenziale del diritto all'obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano, si veda PARIS 2011, 263-301.

2. *Un inquadramento generale del problema*

Il tema dell'obiezione di coscienza è stato variamente inquadrato entro temi più o meno generali. Mi limito qui a passare in rassegna quelli più rilevanti, provando a mettere in evidenza come il rapporto tra diritto e obiezione si presenti in tutti i casi problematico.

Secondo un'impostazione classica, l'obiezione è stata letta nel prisma del rapporto tra società e individuo. In questa prospettiva, se l'individuo, nella sua singolarità, è portato ad anteporre «le ragioni della sua libertà di coscienza», la società paventa che la loro tutela, attraverso il riconoscimento dell'obiezione, possa comportare l'attenuazione dei vincoli sociali[8]. Dal punto di vista del diritto, che è strumento finalizzato tipicamente proprio all'organizzazione sociale, l'obiezione, esentando da obblighi (di solidarietà) imposti dalla legge, mette in discussione «l'idea di reciprocità tra i membri della comunità» che «richiede che chiunque beneficia di un contratto sociale faccia la propria parte»[9]. Tradizionalmente l'obiezione è dunque guardata con sospetto dal diritto in quanto potenziale elemento di disgregazione sociale.

Proseguendo su questo terreno, l'obiezione sembra portare sempre con sé il pericolo che l'ordinamento stesso possa non reggere alla forza di resistenza che essa vi oppone. A rischio sarebbe la «conservazione dell'unità dell'ordinamento»[10], incrinata, se non del tutto compromessa, dalla primazia che il riconoscimento dell'obiezione assegna all'autonomia morale dell'individuo – la quale si esplica nelle ragioni della propria coscienza – sull'eteronomia giuridica propria del diritto. In altri termini, la questione che si pone è: può il diritto sopportare la deroga rappresentata dall'obiezione, in favore di obblighi che l'individuo sente in coscienza, alla supremazia che il diritto autoritativamente reclama[11]? Là dove poi l'obiezione sia concepita non già come eccezione, appunto in deroga alla legge, ma come una delle regole fondative dell'organizzazione sociale, cosa rimane della cosiddetta obbligatorietà del diritto?

All'opposto, secondo una prospettiva più vicina all'odierna cultura giuridica e politica, si è insistito, con ottime ragioni, sul ruolo essenziale che l'obiezione può svolgere per la garanzia del pluralismo in società complesse come quelle attuali, nelle quali il pluralismo è non solo un fatto incontestabile, e non reversibile, ma è guardato anche come un valore da perseguire e dunque da proteggere. È stato sostenuto che senza il diritto all'obiezione di coscienza il pluralismo rischia di essere una formula vuota[12], e che un eventuale suo totale disconoscimento risulterebbe oggi semplicemente

[8] Cfr. DI COSIMO 2000, 21.
[9] PAPAYANNIS 2008, 55.
[10] DI COSIMO 2000, 54, nt. 61.
[11] Ragiona intorno alla supremazia pretesa dal diritto PINO 2016, 6.
[12] Cfr. PAPAYANNIS 2008, 81.

«difforme dalla logica delle democrazie pluraliste»[13].

Ora, se questo probabilmente è vero, per altro verso è nondimeno innegabile che il rapporto tra obiezione e pluralismo, inteso come rapporto strumentale tra mezzo e fine, non è immune da problematicità. La valutazione degli effetti del riconoscimento e dell'esercizio dell'obiezione, in vista del valore del pluralismo, dipende infatti con tutta evidenza dalla consistenza numerica del fenomeno: finché gli obiettori costituiscono una minoranza potenzialmente non suscettibile di compromettere il bene giuridico protetto dall'obbligo di legge, il pluralismo trova senza dubbio realizzazione proprio attraverso la garanzia dell'obiezione[14]; ma se gli obiettori diventano maggioranza (magari formando anche ben più della maggioranza assoluta, come da qualche anno avviene, in Italia, in ambito medico-sanitario rispetto all'aborto), la garanzia dell'obiezione – con paradosso solo apparente – finisce per violare il pluralismo, perché favorisce l'interesse del solo obiettore pregiudicando di fatto l'interesse del titolare del diritto protetto dall'obbligo di legge[15].

Se non altro per questa ragione – peraltro evidentemente non irrelata ai potenziali effetti socialmente e giuridicamente disgregativi intrinseci all'obiezione – l'obiezione di coscienza mi pare un istituto cui guardare con misurata cautela, anche, e direi soprattutto, se assumiamo un punto di vista laico.

Stefano Rodotà, in un libro che più di altri stimolò una vivace discussione pubblica (*Perché laico*), esprimeva con fermezza un certo scetticismo, se non vera e propria ostilità, verso l'obiezione, quantomeno con specifico riferimento al contesto italiano. Qui da noi, scriveva Rodotà, le gerarchie cattoliche hanno promosso una «pericolosa cultura dell'obiezione» volta a realizzare un «progetto politico» – che Rodotà non esitava a giudicare "eversivo" – mirato a usare l'obiezione per «sostituire la tavola dei valori costituzionali con una diversa, strettamente dipendente dall'adesione a un credo»[16]. A testimoniarlo, scriveva Rodotà, sta un documento della Pontificia Accademia per la vita (ormai di oltre dieci anni fa), che invita tutti i credenti, in particolare «medici, infermieri, farmacisti e personale amministrativo, giudici e parlamentari ed altre figure professionali direttamente coinvolte nella tutela della vita umana individuale» a ricorrere all'obiezione di fronte a obblighi di legge che mettano in pericolo la vita[17].

[13] MANTOVANI, in CANESTRARI 2011, 390.

[14] Al riguardo, appare illuminante quanto scriveva RODOTÀ 1993, 58 s.: «Attraverso l'obiezione di coscienza il conflitto viene superato senza compromesso, ma con il rispetto e il mantenimento delle diverse posizioni presenti, senza che ad alcuna di esse sia attribuita una condizione di supremazia. [...] Nessuno degli interessi in campo viene sacrificato, nessuno degli interessi pretende di imporsi a tutti gli altri. In questa prospettiva il diritto all'obiezione si presenta come strumentale alla realizzazione del "diritto alla diversità"».

[15] VERONESI, in CANESTRARI 2011, 404. Come ben sottolinea PICIOCCHI 2016, 125, «l'esistenza stessa [dell'obiezione di coscienza] [...] dipende dalla sua "sostenibilità" [...]: se le diverse identità devono convivere, esse debbono avere tutte la [stessa] possibilità di esistenza».

[16] Cfr. RODOTÀ 2010, 32 e 36 s.

[17] Cfr. Pontificia Academia pro vita, *Dichiarazione finale*, 15 marzo 2007, § 6, in SGRECCIA, LAFFITTE 2008, 7. Si confronti questa dichiarazione con le parole espresse da Pio XII nel radiomessaggio natalizio

Con l'eccezione di posizioni, come quella che esprimeva Rodotà, disilluse rispetto al valore taumaturgico dell'obiezione (soprattutto quando venga brandita come arma politica), oggi essa sembra assumere una funzione sempre più ampia nelle nostre società plurali. La progressiva diffusione di una cosiddetta "cultura dell'obiezione" – una cultura cioè che guarda perlopiù con favore all'obiezione – si è venuta a determinare per effetto di due fattori, tra loro connessi.

In primo luogo, per una singolare convergenza: quella tra la cultura cattolica, al cui centro sta il principio personalista (che è ormai il principio che innerva la nostra cultura costituzionale), e la cultura liberale (e laica), che interpreta il valore della libertà come «autonomia dell'individuo rispetto allo Stato»[18].

In secondo luogo, questa convergenza, inevitabilmente precaria, appare diretta conseguenza del radicamento del pluralismo, fatto e valore che forse più di tutti contraddistingue le nostre società complesse[19]. Mi pare si possa sostenere che quanto più la società si pluralizza, tanto più l'obiezione assume centralità, venendo a costituire una delle sue «regole elementari» perché a tutela di tutti[20]. Sia che la società evolva verso una più marcata laicità che verso un ripiegamento sui valori della tradizione – che trovano spesso fondamento nella morale religiosa – le minoranze che ne risultano cercano riparo sotto il versatile ombrello rappresentato dall'obiezione.

3. *Contro l'obiezione di coscienza come diritto generale*

Tenendo sullo sfondo questi profili generali, tenterò ora di dare una risposta alla domanda che mi sono posto: che funzione deve assolvere l'obiezione di coscienza nell'ordinamento costituzionale? Per rispondere, prima presenterò sinteticamente la tesi che guarda al diritto all'obiezione come a un diritto generale, poi rivolgerò contro di essa alcune osservazioni critiche.

3.1. *L'obiezione come conflitto tra diritti*

Tradizionalmente, l'obiezione – che si usa identificare nel rifiuto, opposto per motivi di coscienza, di osservare un precetto giuridico che si è tenuti a obbedire[21] – è stata rappresentata come la manifestazione di un conflitto tra due idee che spingono l'individuo in direzioni opposte e inconciliabili[22]. Il conflitto avvertito in

trasmesso il 23 dicembre 1955: «Un cittadino cattolico non può appellarsi alla propria coscienza per rifiutar di prestare i servizi e adempiere i doveri fissati per legge». L'estratto è citato da LALLI 2011, 32.

[18] Cfr. DI COSIMO 2000, 17.

[19] GASCÓN ABELLÁN 2010, 144.

[20] PAPAYANNIS 2008, 55.

[21] Per tutti, PALAZZO 1979, 539.

[22] Cfr. KELSEN 1945, 381.

coscienza è il presupposto dell'obiezione e in esso l'obiezione trova la propria legittimazione. È questo un conflitto del tutto peculiare. Consistendo infatti nel contrasto tra l'azione richiesta dalla legge e quella – a questa incompatibile – pretesa dalla coscienza, esso si risolve nella collisione tra doveri di diversa natura, un obbligo giuridico e un obbligo morale[23].

Oggi, questo conflitto viene rappresentato diversamente attraverso un'originale ridefinizione dell'obiezione di coscienza. In una prospettiva costituzionale, si sostiene, l'obiezione va compresa come modalità di esercizio della libertà di coscienza. Questa, oltre a includere la libertà di pensiero (la libertà di formarsi autonomamente i propri convincimenti interiori), possiede una dimensione esterna, che si identifica nel «diritto a non essere costretti a tenere comportamenti in contrasto con i dettami della propria coscienza»[24].

Il conflitto nel quale trova origine l'obiezione può allora essere guardato come un conflitto tra la libertà di coscienza del singolo, che è un diritto costituzionalmente protetto, e il diritto alla cui tutela è finalizzato l'obbligo di legge[25]. Da antinomia impropria, esito dello scontro tra l'eteronomia giuridica e l'autonomia morale, il conflitto viene così trasformato in una vera e propria incompatibilità normativa che si esplica in un conflitto tra diritti[26]. L'antinomia si manifesta nel contrasto tra una norma superiore – costituzionale, che stabilisce la libertà di coscienza – e una norma di rango inferiore – legislativo, che stabilisce l'obbligo di legge. Il conflitto si realizza tra due diritti equiordinati (posti cioè sul medesimo livello normativo): la libertà dell'obiettore di sottrarsi a un obbligo incompatibile con i propri convincimenti interiori e il diritto del soggetto sul quale ricade la posizione correlativa al dovere imposto dalla legge (per esempio il diritto all'autodeterminazione della donna, se prendiamo il caso dell'aborto)[27].

[23] SAPORITI 2014, 104, ha chiamato questa incompatibilità "antinomia impropria".

[24] MUSSELLI 1994, 216. Cfr. anche DI COSIMO 2000, 3, che similmente identifica la dimensione esterna della libertà di coscienza nel «diritto di comportarsi in coerenza con le proprie convinzioni di coscienza».

[25] Cfr. PRIETO SANCHÍS 2006, 264 s. e 269: «Concebir la objeción como una manifestación del derecho fundamental a la libertad de conciencia tan sólo supone que las distintas formas o modalidades de objeción no reguladas [...] deben ser tratadas como un caso de conflicto entre el derecho fundamental y el deber jurídico cuyo cumplimiento se rehúsa». Cfr. anche GASCÓN ABELLÁN 2010, 9 s.: «El caso habrá de ser considerado como un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, como un problema de colisión entre el derecho individual y los valores protegidos por el deber jurídico en cuestión».

[26] Così anche NAVARRO-VALLS, MARTÍNEZ-TORRÓN 2011, 33.

[27] Per meglio apprezzare la profondità del conflitto innescato dall'obiezione, si possono utilmente rappresentare i diritti contrapposti come diritti d'immunità, nel senso specificato nella nt. 1: nel caso dell'aborto, il conflitto è tra il diritto d'immunità della donna, a non essere costretta a portare avanti una gravidanza indesiderata, e il diritto d'immunità dell'obiettore, a non essere costretto ad agire in modo incompatibile con i propri convincimenti interiori. Nel caso delle scelte di fine vita, il conflitto è tra il diritto d'immunità del paziente, a non essere costretto a trattamenti sanitari non voluti, e l'analogo diritto d'immunità dell'obiettore, ecc. Presentare il diritto all'obiezione di coscienza secondo l'una o le altre posizioni giuridiche soggettive di cui è composto (in quanto macro-diritto) spesso si rivela un'operazione

Questa riformulazione del diritto all'obiezione rompe radicalmente con la concezione tradizionale. Intendere l'obiezione nei termini di un conflitto tra diritti comporta, infatti, una vera e propria inversione del percorso argomentativo con cui si valuta la legittimità del riconoscimento giuridico dell'obiezione. Invece che apprezzare l'opportunità di prevedere una clausola di coscienza a parziale limitazione dell'esercizio del diritto protetto dall'obbligo di legge, si interpreta, all'opposto, l'obbligo giuridico come un limite all'esercizio della libertà di coscienza, di cui occorre valutare, secondo le circostanze, la legittimità[28].

È evidente il capovolgimento concettuale che ne risulta. Se è l'obiezione, e non l'obbligo di legge, a possedere una legittimità *prima facie* (essendo modalità di esercizio di un diritto costituzionale, la libertà di coscienza)[29], la natura essenzialmente derogatoria dell'obiezione svanisce: non è più l'obiezione a costituire l'eccezione; l'obiezione diviene la regola, l'obbligo imposto dalla legge il limite che in circostanze eccezionali ne circoscrive l'applicazione[30].

Secondo questo nuovo modo di intendere l'obiezione, a confermarne la legittimità – che è solo costituzionalmente presunta – non sarà tanto il legislatore ma il giudice. In particolare, si sostiene che là dove nuove istanze obiettorie non incontrino risposta da parte del legislatore la via giudiziaria appare «l'unica strada per la giustificazione giuridica» dell'obiezione[31]. I giudici potranno agire in sostituzione di un legislatore spesso inerte, dando riconoscimento a nuove forme di obiezione sulla base di presupposti normativi ricavabili dai principi costituzionali. Le nuove ipotesi così ricavate, che non essendo legislativamente statuite si presentano di fatto *contra legem*, potranno qualificarsi *secundum ius* o, con espressione più comprensibile, semplicemente *secundum constitutionem.*

L'impostazione tradizionale, si sostiene, sconta il limite di risultare incompatibile con le pretese del costituzionalismo dei diritti, perché si preclude la possibilità di prendere sul serio la libertà di coscienza come diritto costituzionale, finendo per contemplare le obiezioni non espressamente riconosciute dalla legge – pur

non neutrale. Cfr. MEANEY, CASINI, MIDOLO, SPAGNOLO 2016, 649, dove il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza è qualificato come diritto sociale per accreditare la sua svalutazione a vantaggio del diritto all'obiezione di coscienza: secondo gli autori, «the right to access healthcare is clearly a second generation positive right, since the emphasis is on equality of access, while not being coerced into performing a procedure that goes against one's conscience is a first generation negative right».

[28] GASCÓN ABELLÁN 2010, 146.

[29] GASCÓN ABELLÁN 2010, 152, parla di «presunción *iuris tantum* de legitimidad constitucional para quien actúa por motivos de conciencia». Si legga anche KRISKOVICH DE VARGAS 2015, 106, secondo cui «la objeción de conciencia debe perder su trasfondo de ilegalidad más o menos consentida, produciéndose una inversión de la prueba, de modo que su legitimidad constituiría un a priori, salvo que se demuestre lo contrario caso por caso en el ámbito jurisprudencial». Di «inversione dell'onere della prova» parlava già GUERZONI 1991, 192.

[30] MANTOVANI, in CANESTRARI 2011, 397.

[31] Cfr. PRIETO SANCHÍS 2006, 269.

sempre manifestazioni esteriori della libertà di coscienza – semplicemente come condotte anti-giuridiche, violazioni della legge da sanzionare senza esitazioni[32].

Secondo i fautori del diritto generale all'obiezione, prendere sul serio la libertà di coscienza significa invece «liberare l'obiezione di coscienza dalla presa (*grip*) del legislatore»[33], anche a costo di sacrificare la certezza giuridica che solo la legge, e non certo la giurisprudenza, è potenzialmente idonea a realizzare.

A questo scopo, è stato proposto di ampliare radicalmente la funzione dell'obiezione, cui oggi in effetti è assegnato un ruolo affatto residuale (basti pensare che, per esempio, nella nostra storia repubblicana sono state statuite dalla legge soltanto quattro ipotesi di obiezione[34]).

Nei pochi casi nei quali l'obiezione sia espressamente autorizzata in deroga all'obbligo di legge (obiezione *secundum legem*), la sua finalità si esaurisce nella difesa dell'integrità morale dei singoli obiettori[35]. In tutti gli altri casi, in cui la legge disponga obblighi che incidono sulla "sfera d'inviolabilità personale" degli individui senza prevedere una clausola di coscienza che li autorizzi a sottrarsi all'obbligo imposto, si propone che l'obiezione travalichi l'angusto recinto nel quale è stata finora confinata, per assumere le funzioni di un congegno istituzionale strumentale non già solo a difendere la libertà di coscienza degli obiettori ma anche a delegittimare la legge contro cui è diretta la loro obiezione. Chi ritenga di essere leso nella propria libertà di coscienza, avrebbe diritto ad adire un giudice (per esempio con procedura d'urgenza, *ex* art. 700 cpc.) per richiedere l'annullamento della legge o, *subordinatamente*, il riconoscimento del proprio diritto all'obiezione di coscienza (che possiamo qualificare *secundum constitutionem*)[36]. In questo modo, l'obiezione verrebbe a integrare i contro-poteri in cui consistono le garanzie costituzionali e a svolgere una funzione importante allorché queste si rivelino inefficaci[37].

3.2. *Alcune osservazioni critiche*

Questa riformulazione dell'istituto dell'obiezione, nonché l'originale ridefinizione della sua funzione nell'ordinamento costituzionale, mi pare prestino il fianco ad alcune critiche. Credo che i loro sostenitori ne sottostimino le implicazioni. Prima

[32] GASCÓN ABELLÁN 2010, 154.
[33] CHIASSONI 2016, 43.
[34] Sulle quali, v. § 3.2.2.
[35] Cfr. GASCÓN ABELLÁN 1990, 85 e 217. Cfr. anche, GASCÓN ABELLÁN 2010, 145, dove si afferma che «por objeción de conciencia cabe entender el incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia contrario al comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando o al menos no persiguiendo de forma inmediata una estrategia de cambio político o jurídico, ni tampoco siquiera la búsqueda de adhesiones».
[36] Cfr. CHIASSONI 2016, 38.
[37] CHIASSONI 2016, 40.

di considerarne alcune, esplicito la critica di fondo che mi sembra possa dirigersi contro questo nuovo modo di intendere l'obiezione di coscienza.

Ritengo che l'elevazione dell'obiezione di coscienza a diritto fondamentale che prevale *prima facie* sull'obbligo di legge – che dell'obiezione comporta la rappresentazione come regola e non più come eccezione così invertendo il percorso argomentativo della giustificazione – rischi di dissolvere, o comunque di pregiudicare seriamente, l'eteronomia delle regole giuridiche, alla quale, con l'esercizio pregiudizialmente legittimo dell'obiezione, pretende sostituirsi l'autonomia morale del singolo individuo. In altri termini, un ordinamento in cui si dovesse riconoscere un diritto all'obiezione dotato di così ampia portata segnerebbe una pericolosa regressione a un modello giuridico in cui la distinzione tra diritto e morale tornerebbe ad essere radicalmente controversa (drammatizzando ulteriormente la sempre viva controversia sulla distinzione). Torna alla mente l'ormai classico avvertimento formulato da Hart oltre mezzo secolo fa: il rischio è che l'autorità del diritto finisca per dissolversi negli ideali di giustizia di ciascuno[38], o – possiamo oggi aggiungere – nei convincimenti etico-politici dei giudici.

Voglio ora sollevare alcune questioni, esaminando più nel dettaglio la proposta criticata. Le osservazioni critiche che esprimerò si concentrano grosso modo attorno a tre punti fondamentali: 1) la problematica indeterminatezza della libertà di coscienza, di cui il diritto all'obiezione è modalità di esercizio; 2) l'opinabile sovrapposizione dell'obiezione alla questione della legittimità costituzionale degli obblighi di legge contro cui si rivolge; 3) l'inevitabile incertezza giuridica che risulterebbe dal riconoscimento del diritto all'obiezione attraverso la sua diretta applicazione giudiziaria.

3.2.1. *L'insostenibile indeterminatezza della libertà di coscienza*

Chi sostiene questa rappresentazione dell'obiezione spesso è consapevole delle implicazioni che comporta sotto il profilo della certezza giuridica. La libertà di coscienza, nella sua dimensione esterna, si presenta come un diritto d'immunità da obblighi di legge che impongano comportamenti incompatibili con i propri convincimenti interiori. Così intesa, rappresenta una "clausola aperta" che potenzialmente offre copertura giuridica a un numero indefinito di azioni[39]: sembra infatti impossibile compilare un «elenco chiuso ed esaustivo delle modalità di esercizio della libertà di coscienza» comprensivo di tutte le condotte che potrebbero qualificarsi come manifestazioni esteriori dei convincimenti di qualcuno[40].

[38] Cfr. HART 1958.
[39] Cfr. PRIETO SANCHÍS 2006, 261.
[40] PRIETO SANCHÍS 2006, 262.

Si è dunque provato a ipotizzare criteri idonei alla delimitazione dell'ambito di applicazione della libertà di coscienza. Sulla scorta di un'indicazione – per la verità piuttosto laconica – della Corte costituzionale italiana, secondo la quale non "qualsiasi imperativo morale" può formare "motivi di coscienza" idonei a giustificare l'obiezione[41], c'è chi ha richiamato la «tutela essenziale della dignità della persona», affermando, per esempio, che i convincimenti in materia elettorale (la preferenza tra sistemi proporzionali o maggioritari), non avendo riguardo al valore della dignità individuale, non costituiscono motivi di coscienza idonei a legittimare l'obiezione[42].

Altri, su una linea di ragionamento simile, hanno sostenuto che il requisito fondamentale del diritto all'obiezione sta nell'esistenza di un conflitto tra due interessi di rilievo costituzionale: un conflitto componibile in via interpretativa, tale che nessuno dei due interessi venga del tutto sacrificato allo scopo di garantire l'altro[43]. A questo proposito si è osservato che, là dove l'obiezione è giuridicamente riconosciuta, essa «non opera una scelta totale a favore dell'obiettore di coscienza [...], ma riconosce che la sua istanza è accettabile a certe condizioni ed entro certi limiti»[44].

Altri ancora, infine, hanno tentato, secondo un percorso diverso ma affine, di meglio precisare il criterio per l'individuazione di questi limiti, richiamando il cosiddetto "principio del danno" nella sua interpretazione liberale più accreditata. Secondo questa prospettiva, l'obiezione sarebbe sempre giustificata allorché la legge imponga obblighi nella «sfera d'inviolabilità degli individui» (*space of individual inviolability)*[45]: ciò che farebbe del diritto all'obiezione di coscienza non già un diritto "assoluto", pericolosamente non bilanciabile di fronte alla forza di resistenza opposta da altri diritti, bensì un diritto "relativo" (come sono pressoché tutti i diritti), essendo suscettibile di limitazione in applicazione di un principio, il principio del danno, funzionale a distinguere le condotte idonee a formare oggetto di obiezione dalle condotte qualificabili come illegittime modalità di esercizio della libertà di coscienza in quanto lesive di interessi o diritti altrui[46].

Ora, a me pare che nessuno di questi criteri sia idoneo a identificare precisi limiti entro cui contenere la naturale propensione della libertà di coscienza all'espansione del proprio raggio d'azione. Non sembra esserlo la dignità umana, valore evanescente e inafferrabile, riempito dagli interpreti dei contenuti normativi più diversi, talora persino opposti e tra loro inconciliabili[47]. Troppo vago è poi

[41] Cfr. Corte cost. 422/1993, *Considerato in diritto*, § 3.
[42] TURCHI 2010, 43, nt. 130.
[43] Cfr. MANTOVANI, in CANESTRARI 2011, 398.
[44] CARDIA 2009, 6.
[45] CHIASSONI 2016, 37 s.
[46] CHIASSONI 2016, 41.
[47] Sull'incerto contenuto della dignità e, in particolare, sulle sue opposte accezioni (dignità soggettiva/oggettiva), si vedano almeno: RESTA 2010; CRICENTI 2017.

il rinvio a interessi costituzionalmente protetti, come se gli interessi di cui le costituzioni tengono conto fossero tutti analogamente importanti e non ve ne fossero alcuni da ritenersi più fondamentali, a seconda della posizione etico-politica assunta di volta in volta dall'interprete. Ma nemmeno il principio del danno sembra poter servire da parametro incontrovertibile allo scopo di circoscrivere l'ambito di applicazione della libertà di coscienza. Anch'esso si presta a molteplici letture da cui inevitabilmente non possono che discendere altrettante differenti indicazioni circa i casi in cui l'obiezione potrebbe ritenersi legittima[48].

Per concludere sul punto, si potrebbe infine aggiungere che – proprio in considerazione del suo contenuto normativo, come ho appena detto massimamente indeterminato – la dimensione esteriore della libertà di coscienza sembra configurare un conflitto tra diritti per così dire *sui generis*. Basti confrontarlo con il caso, secondo alcuni paradigmatico, del conflitto tra la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto alla riservatezza. Il fatto che tale conflitto sia stato risolto dalla giurisprudenza che, contemperando i due diritti in conflitto, ha stabilito limiti sufficientemente precisi a quelle modalità di esercizio della libertà di espressione suscettibili di scontrarsi con il diritto alla riservatezza (i «limiti dell'interesse pubblico sociale dei fatti riferiti o criticati, della verità storica di tali fatti, della correttezza del linguaggio, della continenza delle modalità espressive»[49]), non prova nulla rispetto al conflitto che può interessare la libertà di coscienza: i limiti entro cui possono realizzarsi le sue modalità di esercizio, e che potrebbero giustificare l'esenzione obiettoria, appaiono assai più difficilmente ipotizzabili con la necessaria precisione.

3.2.2. *L'inopportuna funzione istituzionale del diritto generale all'obiezione*

La proposta che sto criticando è per molti versi attraente, se non altro perché, almeno apparentemente, allarga le garanzie dei diritti (le allarga da un lato ma, tutelando l'obiettore, le restringe dall'altro riducendo le concrete possibilità di esercizio del diritto protetto dall'obbligo di legge). Assegnando all'obiezione una funzione "istituzionale" mi pare, però, sovrapporre, finendo indebitamente per confonderle, due questioni che credo debbano rimanere distinte, e i cui reciproci rapporti appaiono piuttosto incerti: la questione dell'obiezione di coscienza, appunto, e la questione della legittimità costituzionale della legge.

Per analizzarne il rapporto consideriamone le "interazioni" prendendo in esame le due situazioni sopra distinte (v. § 3.1.): l'obiezione *secundum legem* e l'obiezione *secundum constitutionem* (o diritto generale all'obiezione di coscienza).

[48] Si veda, da ultimo, MANIACI 2017.
[49] MANTOVANI, in CANESTRARI 2011, 397.

Rispetto alla prima situazione, se vi fosse un rapporto così stretto tra legittimità dell'obiezione e illegittimità costituzionale della legge, potremmo dire che la previsione di una clausola di legge che autorizzi l'obiezione sia «prova del fatto che la stessa legge, *in assenza della clausola*, sarebbe costituzionalmente illegittima»[50]: in altri termini, la previsione dell'obiezione sarebbe – in alcuni casi – costituzionalmente dovuta; non si presenterebbe, cioè, come l'esito di una scelta libera da parte del legislatore, essendo la previsione della clausola condizione necessaria della non illegittimità costituzionale della legge[51]. Ma è sempre così? Proviamo a verificarlo considerando le diverse ipotesi di obiezione previste dalla legge nell'ordinamento italiano.

Si può convenire che lo sia in relazione alla L. 194/1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza. Se non altro, è indubbio che la clausola di coscienza (art. 9) sia stata ritenuta scelta costituzionalmente vincolata quando la legge fu emanata[52].

Già diverso appare il caso del servizio di leva militare[53]. Qui, all'opposto, è certo il contrario: il costituente, stabilendo all'art. 52 che «la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino» e che «il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge», non riteneva affatto dovuta la possibilità dell'obiezione; anzi sembrava escluderne perfino la legittimità costituzionale[54]. Oggi, la sua doverosità costituzionale appare ancora incerta[55], mentre sicura è la non illegittimità costituzionale dell'obiezione – introdotta dalla L. 772/1972 – che la Corte costituzionale

[50] CHIASSONI 2016, 43, nt.

[51] SPADARO 2008, 75, ha distinto due profili di costituzionalità suscettibili di controllo da parte dei giudici delle leggi: quello «della ingiustificata *previsione* del diritto di obiezione» e quello «della ingiustificata *omissione* della previsione di tale diritto».

[52] Oggi, per altro verso, essendo l'obiezione di fatto regola e non più eccezione (per l'altissima percentuale di obiettori tra il personale medico-sanitario), si potrebbe ipotizzare di eccepire la costituzionalità della legge perché non prevede idonee garanzie per il servizio d'interesse generale che, sulla carta, pretende assicurare. Analogamente, LIBERALI 2017a, 673. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sanzionato la Polonia, avendo ravvisato gravi inadempienze nelle modalità di applicazione delle leggi polacche in materia di interruzione di gravidanza alla luce dei principi convenzionali. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *R.R. v. Poland*, 26 maggio 2011, §§ 206 e 187): «States are obliged to organize the health services system in such a way as to ensure that an effective exercise of the freedom of conscience of health professionals in the professional context does not prevent patients from obtaining access to services to which they are entitled under the applicable legislation [...]. While a broad margin of appreciation is accorded to the State as regards the circumstances in which an abortion will be permitted in a State, once that decision is taken the legal framework devised for this purpose should be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention». Sulla giurisprudenza più recente della Corte EDU in tema di obiezione di coscienza, si vedano VALENTE 2016 e MADERA 2017.

[53] In Italia, la leva obbligatoria è stata sospesa con il Decreto Legge n. 115 del 30 giugno 2005.

[54] Cfr. PARIS 2011, 303.

[55] Per quanto affermata con vigore da chi si batté per il suo riconoscimento legislativo: cfr., per esempio, PANNELLA 1994, 12, il quale denunciava perentoriamente che «da venticinque anni non si vota una legge che la Costituzione esige».

ha accertato dichiarando il servizio civile sostitutivo, al pari del servizio militare armato, una forma di adempimento del dovere di "difesa della Patria" stabilito in Costituzione[56].

Riguardo poi alla L. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA), la tesi appare ancora più opinabile. È opinabile, in particolare, perché non pare per nulla evidente la necessità della clausola di coscienza nell'ambito di una legge che: disciplina l'applicazione di tecniche finalizzate alla procreazione e non alla soppressione della vita umana; prevede (*rectius* prevedeva, prima della sua parziale riscrittura ad opera della Corte costituzionale) una tale quantità di divieti che lo spazio di esercizio dell'obiezione, se vi era, appariva davvero residuo; riconosce irrazionalmente l'obiezione anche al personale medico che eserciti in strutture private che hanno come finalità esclusiva quella di provvedere proprio alla pratica della PMA.

Sin dalla discussione che ne ha preceduto l'entrata in vigore, d'incerta identificazione è apparso il "contenuto" del conflitto di coscienza avvertito dal potenziale obiettore rispetto agli obblighi stabiliti dalla legge. Tanto che si è ritenuto di dover ricercare la giustificazione della previsione dell'obiezione «nella tutela della coscienza ispirata a certe convinzioni morali attinenti la "dignità della procreazione", soprattutto sotto il profilo del rapporto fra procreazione e comportamento sessuale»: un "valore", questo, di dubbia rilevanza costituzionale[57].

È certamente vero che, a seguito di alcune pronunce della Corte costituzionale (in particolare: Corte cost. 151/2009 e 96/2015), la clausola di coscienza oggi sembra più giustificata che in passato, essendo venuto meno il carattere assoluto che la legge originariamente attribuiva alla tutela dell'embrione (per effetto dell'annullamento dell'obbligo di limitare a tre il numero massimo di embrioni producibili, per un unico e contemporaneo impianto, e del riconoscimento della liceità della diagnosi preimpianto a tutela del consenso informato della coppia[58]). L'ambito di applicazione dell'art. 16, che stabilisce la clausola di coscienza, sembra aver assunto un margine non più irrilevante. Sia per il mancato impianto degli embrioni cosiddetti "residuali" (e la loro crioconservazione) sia per la diagnosi preimpianto (che, per la sua natura invasiva, comporta un rischio per la salute dell'embrione) si presentano, infatti, problematiche di coscienza simili a quelle che riguardano l'interruzione di gravidanza in una fase precedente al suo inizio[59]. Peraltro, va sot-

[56] Cfr. Corte cost. 164/1985, *Considerato in diritto*, § 6: «La legge che, con il dare riconoscimento e, quindi, ingresso all'obiezione di coscienza, ha previsto per gli obbligati alla leva la possibilità di venire ammessi a prestare, in luogo del servizio militare armato, servizio militare non armato o servizio sostitutivo civile, non si traduce assolutamente in una deroga al dovere di difesa della Patria, ben suscettibile di adempimento attraverso la prestazione di adeguati comportamenti di impegno sociale non armato».

[57] Cfr. PARIS 2011, 152.

[58] Su questi temi, cfr. D'AVACK 2016, specie 142-157.

[59] Cfr. LIBERALI 2017, 384-389.

tolineato che in entrambi i casi l'eventuale condotta obiettoria troverebbe origine, paradossalmente, in una "sintesi valoriale" che la Corte ha giudicato incompatibile con il dettato costituzionale: il valore assoluto della vita umana prenatale[60].

Tutto questo, a me pare, prova solo la forte opinabilità della tesi qui criticata, che sembra chiaramente smentita, infine, dalla previsione di una clausola di coscienza nell'ambito della sperimentazione animale (L. 413/1993). Per quanto sia innegabile che la tutela della vita e della salute degli animali non-umani possa trovare fondamento costituzionale, non sembra che essa goda di un riconoscimento così elevato da rendere costituzionalmente dovuta la previsione dell'obiezione per chi rifiuti, persino nell'ambito di centri di ricerca privati, di praticare la sperimentazione[61]: una legge sulla sperimentazione animale che non avesse previsto alcuna clausola di coscienza davvero avrebbe dovuto ritenersi incostituzionale?

Rispetto alla seconda situazione sopra distinta, l'obiezione *secundum constitutionem*, se vi fosse un rapporto così stretto tra legittimità dell'obiezione e illegittimità costituzionale della legge, potremmo dire, seguendo Pierluigi Chiassoni, che l'obiezione *secundum constitutionem* consiste nell'esercizio della libertà di coscienza «contro leggi costituzionalmente illegittime»[62].

Ma questa tesi mi sembra esprimere nulla più che una tautologia: trattandosi di obiezione *secundum constitutionem*, la legge contro cui essa è rivolta, per il solo fatto che non prevede alcuna clausola di coscienza, è pregiudizialmente guardata come incostituzionale. Sconta, in altri termini, una presunzione di illegittimità per effetto della presunzione di legittimità che a sua volta possiede, in ipotesi, proprio l'obiezione. Tuttavia il problema è proprio questo: l'accertamento della illegittimità costituzionale della legge nella parte in cui non prevede la clausola di coscienza.

In altri termini, a me pare che il punto debole della proposta qui criticata sia di presupporre l'idea (erronea) per la quale la valutazione dell'incostituzionalità di una legge è qualcosa di tendenzialmente incontroverso, quantomeno nei casi in cui la legge, non prevedendo una clausola di coscienza, sia da ritenersi lesiva della "sfera d'inviolabilità personale" degli individui. Ma davvero, in questi casi (e si potrebbe chiedere: quali?), le pronunce che invalidassero leggi "nella parte in cui non prevedono" clausole di coscienza potrebbero qualificarsi "a rime obbligate"?

3.2.3. *L'inevitabile incertezza della via giudiziaria all'obiezione*

Chi teorizza il diritto generale all'obiezione di coscienza guarda al bilanciamento tra gli interessi sottostanti ai diritti in conflitto non già come l'esito di una «decisione autoritaria (per quanto democratica)», che si esprime nella legge, ma come la

[60] PARIS 2011, 153.
[61] Analogamente PARIS 2011, 309 s.
[62] CHIASSONI 2016, 58.

conclusione di "un'argomentazione razionale", che si esprime nella sentenza giudiziaria[63]. La via giudiziaria – si sostiene – appare l'unica percorribile in particolare quando il legislatore – per volontà espressa o semplicemente per inerzia – non accolga nuove istanze obiettorie, sebbene queste siano poste a tutela di beni giuridici di rilevanza costituzionale.

È questa un'indicazione ad oggi chiaramente respinta dalle corti apicali, almeno se consideriamo il contesto italiano. La nostra Corte costituzionale, per quanto in una decisione non proprio recente (467/1991), ha affermato che «la sfera [...] della coscienza individuale rappresenta [...] un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)»[64]. Non potendo ritenersi la sua protezione né illimitata né incondizionata[65], la Corte ha dichiarato che spetta al legislatore bilanciare la libertà di coscienza «con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale» allo scopo di «graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale»[66].

Il medesimo orientamento è stato espresso, di recente, dal massimo giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato, nel parere sul decreto istitutivo dei registri per le unioni civili, ha ricordato come il Parlamento – nella discussione del disegno di legge cosiddetto "Cirinnà"[67] – abbia respinto un emendamento che autorizzava l'obiezione di coscienza per i sindaci alla celebrazione e alla registrazione dell'unione. I giudici amministrativi ne hanno desunto la "volontà contraria" del Parlamento, che il Consiglio di Stato ha affermato essere «non aggirabile in alcun modo nella fase di attuazione della legge»[68]. Il senso del parere è evidente: se l'introduzione della possibilità dell'obiezione è preclusa al *governo* nella fase di definizione dei regolamenti di attuazione della legge, a maggior ragione sarà preclusa ai *giudici* nella fase della sua applicazione.

Da parte di alcuni, si cerca di contrastare questa impostazione del problema, che riserva all'intervento legislativo la previsione di specifiche ipotesi di obiezione,

[63] Cfr. PRIETO SANCHÍS 2006, 269.
[64] Corte cost. 467/1991, *Considerato in diritto*, § 4.
[65] Corte cost. 43/1997.
[66] Corte cost. 467/1991, *Considerato in diritto* § 4.
[67] Poi divenuto, con l'approvazione delle Camere, L. 76/2016.
[68] Cfr. Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, 21 luglio 2016 n. 1695: «In un sistema costituzionale e democratico [...] è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge. Allorquando il Legislatore ha contemplato (si pensi all'obiezione di coscienza in materia di aborto o di sperimentazione animale) l'apprezzamento della possibilità, caso per caso, di sottrarsi ad un compito cui si è tenuti (ad esempio, l'interruzione anticipata di gravidanza), tale apprezzamento è stato effettuato con previsione generale e astratta, di cui il soggetto "obiettore" chiede l'applicazione». Sul tema si veda GRANDI 2017.

aggredendola alla radice. All'idea della necessità dell'interposizione legislativa si contesta di essere tributaria della concezione per la quale lo Stato rappresenta la «fonte unica di ogni diritto e dovere»[69].

A questa critica si può, intanto, replicare che, per quanto sia ovvio che i diritti (e i doveri) trovino fondamento in valori esterni al diritto (che peraltro il diritto, con le costituzioni del secondo dopoguerra, ha incorporato assorbendo la gran parte delle istanze di giustizia teorizzate e rivendicate negli ultimi secoli[70]), da dove mai potrebbero promanare i diritti e i doveri – quantomeno primariamente – se non dallo Stato?

Ma, al di là di questo, la questione è mal posta: l'interposizione legislativa appare infatti tendenzialmente indispensabile se si vuol evitare che vengano a determinarsi zone d'ombra d'incertezza giuridica nell'ordinamento. Basti considerare la notevole complessità che caratterizza la valutazione della (presunta) legittimità di una condotta obiettoria non espressamente prevista, né dunque autorizzata, dalla legge.

Come precisamente riassume Davide Paris:

> «Di fronte al rifiuto di adempiere un obbligo giuridico il giudice dovrebbe [...] escluderne l'illegittimità [...] quando constati che, nel caso concreto, la condotta è dettata da un profondo e cogente convincimento interiore, non esprime un bilanciamento di valori incompatibile con i supremi principi dell'ordinamento, non ha apportato alcun pregiudizio, o comunque un pregiudizio di minima entità, al bene giuridico tutelato dalla norma che qualifica come doveroso il comportamento rifiutato e non ha dato luogo a situazioni di irragionevole disuguaglianza»[71].

È evidente che, se non altro nella gran parte dei casi, difficilmente si potrà fare a meno di un intervento legislativo. Appare, anzitutto, molto discutibile ritenere opportuno – o peggio preferibile – che sia il singolo giudice a delimitare in concreto la tutela della libertà di coscienza, anche in considerazione dell'enorme margine di discrezionalità che inevitabilmente accompagnerebbe la sua valutazione in forza dell'insopprimibile indeterminatezza del suo ambito di applicazione. Ma, soprattutto, unicamente il legislatore, provvedendo a una disciplina quanto più possibile dettagliata dell'ipotesi obiettoria, può «farsi carico delle conseguenze dell'esercizio dell'obiezione di coscienza sulle finalità perseguite dalla legge e delle possibili situazioni di disuguaglianza che possono presentarsi a seguito del suo riconoscimento»[72]. Insomma, l'obiezione di coscienza appare un diritto la cui

[69] Per tutti, MANTOVANI, in CANESTRARI 2011, 390 s.
[70] Cfr. *ex multis* CELANO 2006, 1083.
[71] PARIS 2011, 267.
[72] PARIS 2011, 312 s.

determinazione dipende ben più dalla sua attuazione legislativa che dalla sua (diretta) applicazione giudiziaria[73].

Potrebbe esserne prova il caso, recentissimo, dell'obiezione di coscienza nell'ambito della L. 219/2017 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" (in vigore dal 22 dicembre 2017).

La legge sembra non aver riconosciuto il diritto di obiezione di coscienza per il personale medico-sanitario: il comma 6 dell'art. 1 dispone, infatti, che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

Assumiamo, dunque, che dalla legge non possa ricavarsi alcuna specifica ipotesi obiettoria, come già sostiene una parte della dottrina a "prima lettura"[74]. Ci si può chiedere se la previsione dell'obiezione sia invece costituzionalmente dovuta. Ebbene, se, da un lato, pare indubbio che la richiesta del paziente di rifiutare o di interrompere un trattamento possa determinare un contrasto con le ragioni di coscienza del medico, potendo derivare dal rispetto della volontà del paziente in certi casi anche la sua morte, d'altro lato è altrettanto innegabile che, diversamente dal caso dell'aborto, rispettare la volontà del paziente non significhi procurare un danno irreversibile a qualche soggetto *terzo* (com'è il concepito), bensì dare seguito a una scelta autonoma del paziente che si assume la responsabilità delle conseguenze della sua richiesta sulla *propria* vita[75].

Ma ipotizziamo pure che anche in questo caso, nonostante questa differenza palese, si ritenga l'obiezione di coscienza meritevole di protezione giuridica. In assenza di una sua specifica tutela di legge (è questa la nostra ipotesi di partenza), è auspicabile che sia il "giudice" a provvedere a darvi riconoscimento giuridico?

È ben possibile che la Corte costituzionale, allorché sia chiamata a pronunciarsi sulla questione, dichiari la legge incostituzionale nella parte in cui non prevede una specifica clausola di coscienza. Tuttavia, è assai più probabile che eventuali richieste obiettorie che dovessero manifestarsi nella prassi applicativa della legge possano essere ragionevolmente "evase" attraverso un'adeguata organizzazione

[73] Come esattamente conclude PARIS 2011, 323, «l'obiezione di coscienza è [...] un diritto il cui formante legislativo prevale nettamente su quello giurisprudenziale».

[74] Per alcuni primi commenti in tal senso, cfr. LIBERALI 2017b e PARIS 2018. Di diverso avviso D'AVACK 2018, § 3.10, secondo cui il secondo periodo dello stesso comma 6, art. 1 – «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali» – deve interpretarsi nel senso che «il riconosciuto diritto del medico "di non avere obblighi professionali" *è scontato* se le richieste sono riferite a trattamenti *contra legem*, discutibile se le richieste sono contrarie alla deontologia professionale e si traduce in obiezione se i trattamenti sanitari richiesti sono suscettibili di essere considerati in forza dell'art. 22 del codice deontologico o considerati in base al valore non solo scientifico, ma anche morale che questi rappresentano».

[75] Analogamente PARIS 2011, 308.

interna delle strutture sanitarie[76]. Quand'anche dovesse poi risultare impossibile un accomodamento delle individuali istanze degli obiettori, né la Corte costituzionale né – *a fortiori* – il giudice ordinario potrebbero intervenire efficacemente senza rischiare che, così riconoscendo l'obiezione, risulti invertito il rapporto di prevalenza (e di preferenza) tra il diritto protetto dall'obbligo di legge e il diritto all'obiezione di coscienza di chi ad esso intenda sottrarsi[77]. Per evitare questo pericolo, appare condizione necessaria – ancorché non sufficiente, come testimonia in modo eclatante l'applicazione della L. 194/1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza[78] – la predisposizione di una disciplina giuridica quanto più possibile dettagliata e stringente che, avendo riguardo alle fondate ragioni della coscienza degli obbiettori, non perda di vista le finalità primarie della legge.

4. *Conclusioni*

L'idea del diritto generale all'obiezione di coscienza ha alle spalle una concezione pessimista della politica e una concezione ottimista della giurisdizione. Nasce dalla rassegnata constatazione della bancarotta della politica in nome di una smisurata fiducia nella giurisdizione come unico potere buono in grado di interpretare, peraltro auspicabilmente in modo univoco, le domande di giustizia dei cittadini sotto il manto incontenibile della libertà di coscienza.

[76] PARIS 2018, 35. È questa, tuttavia, una soluzione che appare difficilmente realizzabile in rapporto al personale di strutture sanitarie private di proprietà di enti ecclesiastici. A questo proposito, potrebbe rilevarsi uno specifico profilo di incostituzionalità della legge, là dove – al comma 9 dell'art. 1 – essa prevede che «ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale». Lo sottolinea D'AVACK 2018, § 3.10, che ricorda che queste strutture «sebbene soggette alle leggi dello Stato, godono della tutela delle loro finalità, da intendersi indirizzate al rispetto dei precetti della dottrina cattolica, così come recita l'art. 7, comma 4, dell'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana in modifica al Concordato lateranense (14 febbraio 1984)».

[77] Cfr. la L. 194/1978 che, appunto, istituisce un rapporto di prevalenza (e preferenza) a favore dell'autodeterminazione della donna (nei limiti stabiliti dalla legge) rispetto al diritto all'obiezione di coscienza del personale medico-sanitario. L'art. 9, dopo aver riconosciuto il diritto all'obiezione, dispone altresì che «gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare [...] l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti»: la tutela del diritto all'obiezione di coscienza del personale medico-sanitario non può quindi pregiudicare il servizio d'interesse generale che le strutture cui la donna si rivolge sono tenute «in ogni caso ad assicurare». Cfr., da ultimo, BURATTI 2017. È precisamente questo rapporto di preferenza che giustifica l'idea che l'obbligo di legge costituisca la regola, rispetto alla quale l'obiezione deve rimanere l'eccezione. Ha insistito, da ultimo, sulla questione D'AMICO 2017, 352.

[78] La quale, oltre a non prevedere idonee garanzie dell'obbligo di legge, possiede peraltro, come è noto, un vizio d'origine: la mancata previsione di un onere, a carico dell'obbiettore, sostitutivo della prestazione principale. Cfr., da ultimo, TALINI 2017, 14. L'obiettore potrebbe essere preposto, per esempio, alle attività dei Consultori familiari, all'educazione sessuale dei giovani fatta nelle scuole e alla prevenzione delle gravidanze indesiderate o ad altre, e consimili, attività compatibili con le ragioni della sua coscienza. Per questa proposta, cfr. Cembrani 2016, 16.

Non può sfuggire che, per effetto della straordinaria indeterminatezza del contenuto normativo della libertà di coscienza, l'idea del diritto generale all'obiezione di fatto trasferisce ai giudici la discrezionalità propria della funzione legislativa, che rimane, e deve rimanere, distinta dalla funzione giurisdizionale in quanto *iuris-dictio*. Per quanto sia ormai pacifico che il giudice non si limita meccanicamente a dire il diritto, ma lo interpreti variamente spesso specificando, precisando e, se del caso, integrando il suo contenuto normativo (ciò che comunque ha suscitato la legittima reazione di chi, contro l'idea che la giurisprudenza possa svolgere una funzione creativa, si ostina a difendere la separazione dei poteri[79]), pare davvero eccessivo riconoscere al giudice il compito di dichiarare, quando ve ne siano i presupposti, ciò che il diritto dice – l'obbligo di legge – e, *insieme*, il suo contrario – la condotta obiettoria – così legittimando l'esenzione dagli obblighi stabiliti dalla legge.

Chi invita a esaltare la funzione che l'obiezione potrebbe svolgere in società democratiche pluraliste deplora il fatto che, «finora, l'obiezione di coscienza è stata una Cenerentola dell'ingegneria costituzionale»[80]. Ecco speriamo non lo sia davvero però: Cenerentola, infatti, alla fine della storia sposa il principe e diventa principessa, anzi perfino regina. Che l'obiezione possa assurgere a una tale centralità credo non vada favorito ma piuttosto scongiurato.

[79] Da ultimo FERRAJOLI 2016.
[80] CHIASSONI 2016, 48.

Riferimenti bibliografici

BURATTI A. 2017. *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2017, 357 ss.

CANESTRARI S. 2011. (ed.), *Opinioni a confronto. L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in «Criminalia. Annuario di scienze penalistiche», 2011, 387 ss.

CARDIA C. 2009. *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», maggio 2009, 1 ss.

CELANO B. 2006. *Principi, regole, autorità. Considerazioni su M. Atienza, J. Ruiz Manero, Illeciti atipici*, in «Europa e diritto privato», 3, 2006, 1061 ss.

CEMBRANI F. 2016. *Il Comitato europeo dei diritti sociali, lo stato di attuazione della legge italiana sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza e la sostenibilità pubblica dell'obiezione di coscienza*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 27, settembre 2016, 1 ss.

CHIASSONI P. 2016. *Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2, 2016, 23 ss.

CRICENTI G. 2017. *I giudici e la bioetica*, Roma, Carocci, 2017.

D'AMICO M. 2017. *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2017, 350 ss.

D'AVACK L. 2016. *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Torino, Giappichelli, 2016.

D'AVACK L. 2018. *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Giappichelli, Torino 2018.

DI COSIMO G. 2000. *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, Giuffrè, 2000.

FERRAJOLI F. 2007. Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, voll. 3, Roma-Bari, Laterza, 2007.

FERRAJOLI F. 2016. *Contro la giurisprudenza creativa*, in «Questione giustizia», 4, 2016, 13 ss.

GASCÓN ABELLÁN M. 1990. *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1990.

GASCÓN ABELLÁN M. 2010. *El estatuto jurídico de la objecion de conciencia y los problemas que plantea*, in «Parlamento y Constitución», 13, 2010, 143 ss.

GÓMEZ ABEJA L. 2016. *El Tribunal constitucional ante el conflicto de conciencia del farmacéutico: una solución de compromiso a gusto de nadie*, in «Revista de derecho constitucional europeo», 25, 2016, 1 ss.

GRANDI F. 2017. *Unione civile e obiezione di coscienza*, in «GenIUS», 1, 2017, 15 ss.

GUERZONI L. 1991. *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione*, in BOTTA R. (ed.), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1991, 163 ss.

HART H.L.A. 1958. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in HART H.L.A., *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di FROSINI V., Milano, Giuffrè, 1964, 107 ss. (ed. or. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 4, 1958, 493 ss.)

HOHFELD W.N. 1923. *Fundamental Legal Conceptions*, W.W. Cook (ed.), New Haven, Yale University Press, 1964.

KELSEN H. 1945. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 6ª ed., RCS, 2000 (ed. or. *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, trad. it. di S. Cotta, G. Treves).

KRISKOVICH DE VARGAS E.A. 2015. *La objeción de conciencia como derecho umano fundamental: en materia de bioética y bioderecho*, Roma, Libreria Editrice Vaticana, 2015.

LALLI C. 2011. *C'è chi dice no. Dalla leva all'aborto. Come cambia l'obiezione di coscienza*, Milano, Il Saggiatore, 2011.

LIBERALI B. 2017a. *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017.

LIBERALI B. 2017b. *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in «Rivista di Diritti comparati», 3, 2017, 1 ss.

MANIACI G. 2017. *Come interpretare il Principio del danno*, in «Ragion pratica», 1, 2017, 141 ss.

MEANEY J., CASINI M., MIDOLO E., SPAGNOLO A.G. 2016. *The human rights to life and conscience and resolving conflicts of human rights*, in «Medicina e morale», 5, 2016, 633 ss.

MUSSELLI L. 1994. *Libertà religiosa e di coscienza*, Torino, UTET, 1994.

PADOVANI T. 1987. *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987.

PALAZZO F.C. 1979. *Obiezione di coscienza*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1979, 539 ss.

PANNELLA M. 1994. *Diario di un digiuno. 1972: diritto civile all'obiezione di coscienza*, Venezia, Editoria universitaria, 1994.

PAPAYANNIS D.M. 2008. *La objecion de conciencia en el marco de la razón publica*, in «Revista Jurídica de la Universidad de Palermo», 9, 2008, 55 ss.

PARIS D. 2011. *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, Passigli, 2011.

PARIS D. 2018. *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 1, 2018, 31 ss.

PICIOCCHI C. 2016. *Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo*, in «BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto», 1, 2016, 115 ss.

PINO G. 2016. *Diritto e morale*, in BONGIOVANNI G., PINO G., ROVERSI C. (eds.), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino, Giappichelli, 2016, 3 ss.

PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 2017.

PRIETO SANCHÍS L. 2006. *Libertad y obieción de conciencia*, in «Persona y derecho», 54, 2006, 259 ss.

RESTA G. 2010. *La dignità*, in RODOTÀ S., TALLACCHINI M. (eds.), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, 259 ss.

RODOTÀ S. 1993. *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 1993, 55 ss.

RODOTÀ S. 2010. *Perché laico*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

SAPORITI M. 2014. *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Milano, Giuffrè, 2014.

SGRECCIA E., LAFFITTE J. (ed.) 2008. *La coscienza cristiana a sostegno del diritto alla vita. Atti della tredicesima assemblea della Pontificia Accademia per la vita*, Roma, Libreria editrice vaticana, 2008.

SPADARO A. 2008. *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radice "religiose" dello Stato "laico"*, Torino, Giappichelli, 2008.

TALINI S. 2017. *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in «Rivista AIC», 2, 2017, 1 ss.

TURCHI V. 2010. *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», ottobre 2010, 1 ss.

VALENTE V. 2016. *Tutela della coscienza, tra* freedom to resign *e indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 24, luglio 2016, 1 ss.

VIOLA F. 2009. *L'obiezione di coscienza come diritto*, in «Diritto e questioni pubbliche», 9, 2009, 169 ss.

TAVOLA ROTONDA SU TARELLO

TARELLO, GIUSREALISMO E CONTESTUALISMO

MAURO **BARBERIS**

&dq

Tarello, giusrealismo e contestualismo

Tarello, Legal Realism and Contextualism

MAURO BARBERIS

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Trieste.
E-mail: barberis@units.it

ABSTRACT
La metodologia di Tarello solleva il dilemma della specializzazione: sino a che punto una teoria del diritto realistica e antiformalistica può avvalersi delle conoscenze desunte da altre discipline, come storia, sociologia, economia? Esaminando l'esempio degli scritti di Tarello sull'ordinamento giuridico, la risposta qui fornita è la seguente. Forse, la teoria del diritto può mantenere la propria specificità solo adottando una posizione contestualista: ossia, praticando l'analisi del discorso giuridico usato in specifici contesti, e divenendo (più) consapevole delle implicazioni pratiche della stessa teoria.

Tarello's realistic and anti-formalistic methodology raises the dilemma of specialization: to what extent can a realistic and anti-formalistic theory of law make use of the knowledge drawn from other disciplines, such as history, sociology, economics? Examining the example of Tarello's writings on the legal order (*ordinamento giuridico*), the answer given here is as follows. Perhaps, the theory of law can maintain its specificity only by adopting a contextualist position: that is, by practicing the analysis of the legal discourse used in specific contexts, and becoming (more) aware of the practical implications of the theory itself.

KEYWORDS
Teoria del diritto, metodologia, realismo giuridico, antiformalismo

Theory of law, methodology, legal realism, antiformalism

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Tarello, giusrealismo e contestualismo

MAURO BARBERIS

Gli interventi che mi hanno preceduto, e forse anche quelli che seguiranno, partono dalla ricchissima aneddottica tarelliana – un autentico genere letterario, ormai – e per non essere da meno lo farà anche il mio. Si discute a volte se quella di Genova sia una scuola, come se esserlo potesse considerarsi un difetto. Ma persino se lo fosse, e non lo è, resterebbe difficile negare che i Genovesi siano una scuola, tanto in base a qualsiasi definizione possibile di "scuola", quanto – per usare uno stilema ridondante – in base all'esperienza empirica.

La mia esperienza fu questa. Quando li conobbi, i genovesi erano una tribù accademica distinta da tutte le altre già per i suoi usi e costumi. Nessuno aveva figli; tutti, o quasi, fumavano pestilenziali Gauloises; a certi esami estivi, senza essersi messi d'accordo prima, ognuno veniva vestito in un elegante completo color canapa; tutti, finiti gli esami, prendevamo un Campari Soda, tranne Silvana Castignone, che prendeva un Aperol. Ecco, se c'era una divergenza teorica, allora, si limitava a questo: la scelta degli aperitivi.

Quel che ci unisce, in effetti, è sempre stato l'approccio realista *e* antiformalista: aggettivi con molti sensi, già analizzati da Tarello, ma che qui farò spericolatamente coincidere. "Realismo" e "antiformalismo", qui, indicheranno un approccio allo studio del diritto che: 1) in positivo, non disdegna gli strumenti di discipline extragiuridiche (come storia, sociologia, antropologia, economia, politologia, linguistica, teoria dei giochi...); 2) in negativo, guarda con sospetto alla pretesa di perseguire obiettivi teorico-giuridici "puri".

Tarelliano viscerale, non solo ho sempre adottato questo approccio, ma ho sempre manifestato diffidenza verso la deriva formalistica, normativistica e kelseniana impressa alla Scuola genovese dall'incontro con la Scuola di Buenos Aires. Agli inizi, rivendicavo un approccio antiteorico del tutto simile a quello rigidamente analitico coltivato da Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni e Giovanni Battista Ratti. Poi mi sono convertito all'idea che l'analisi del linguaggio, benché indispensabile alla teoria, non debba pretendere di sostituirla.

Da allora ho fatto abbastanza teoria, con i più diversi compagni di strada (evoluzionisti, ermeneutici, pragmatisti, costituzionalisti...), da indurmi a etichettare la teoria "impura" che prediligo come "realmente realistica". Una teoria, cioè, che non si dichiara empirica solo per distinguersi da filosofie più o meno "metafisiche", ma al fine di usare conoscenze empiriche (storiche, economiche, linguistiche...). Qui,

peraltro, non ci si può nascondere l'esistenza di un problema, che chiamerò dilemma della specializzazione.

Ai tempi di Tarello, un filosofo del diritto che volesse progredire nella carriera, almeno dalle nostre parti, doveva scrivere un libro storico e uno teorico. Allora non era così eccezionale, voglio dire, essere giurista e teorico e sociologo e storico, come lo era lui. Certo, poi lui stesso chiedeva specializzazione agli allievi, anche per comporre quel mosaico che sono le prime annate dei *Materiali*; di più, lui stesso si sforzava di rispettare le specializzazioni, calandosi di volta in volta, camaleonticamente, nei panni di vari specialisti.

Così Tarello riuscì quasi sempre a evitare i rischi della tuttologia (tutti si occupano di tutto, beninteso al prezzo di formulare solo vaghe generalità) e del benaltrismo (si eludono i problemi di volta in volta discussi assumendo che le cose importanti siano sempre altre). Eppure anche lui fu colpito dal dilemma della specializzazione, che potrebbe formularsi così, nei termini dell'opposizione fra volpi e ricci: sapere male un po' di tutto, oppure sapere bene una cosa soltanto, magari neppure così grande, e nota solo a noi.

Per fare un solo esempio, ma abbastanza conosciuto da non aver bisogno di citazioni, a Tarello capitò di tenere una relazione sul tema dell'ordinamento giuridico, e di uscirsene affermando l'inutilità dell'espressione, inesistente o intraducibile in altre lingue, e a suo dire usata da Santi Romano, Hans Kelsen e Norberto Bobbio soprattutto al fine, ideologico, di "occultare le contraddizioni". Subito Bobbio lo tacciò di irrazionalismo, poi gli chiese: se teorici pluralisti occultano le contraddizioni, cosa mai faranno i teorici monisti?

Tarello aveva torto, e Bobbio ragione, sotto molti profili. Intanto, una cosa è giocare al gioco della teoria, un'altra a quello della caccia delle ideologie, o della storia delle idee. Poi, era già noto all'inventore della nozione stessa di *Werfreiheit*, Max Weber, che nelle scienze sociali tutte le teorie sono orientate a valori, sicché risulta stucchevole accusare di ideologicità le teorie che non ci piacciono. Infine, dev'essere pur possibile giocare al gioco della teoria, senza risalire al livello della meta-teoria, o della meta-meta-teoria, o ancora più in su.

Eppure, da un lato, Tarello avrebbe potuto ammettere che tutta l'ideologicità delle operazioni di Romano, Bobbio e Kelsen si risolveva proprio nella pretesa di fare della teoria "pura", meramente giuridica, elevando il livello di astrazione del discorso dottrinale sino a rendere possibile *qualsiasi* interpretazione ideologica. D'altro lato, avrebbe potuto insistere che teorie formaliste come quella di Romano devono proprio alla loro "purezza" giuridica la compatibilità con interpretazioni tanto liberali quanto fasciste.

Volendo, per una volta, essere caritatevole con gli amici, invece che con i nemici, dirò allora che persino nella caccia alle ideologie si manifesta il *contestualismo* di Tarello: l'«esigenza che pare (almeno a me) la più importante: [...] chiarire (prima di ogni altro discorso) chi usa una parola, e quando, e a qual fine, e

a quali condizioni, e in quale compagnia» (*Diritto, enunciati, usi*, Bologna, il Mulino, 1974, 87). Con la precisazione che "contestualismo", oggi, evoca sia la pragmatica linguistica sia il pragmatismo teorico.

Dopo la svolta pragmatica in linguistica, cioè, suona ovvio osservare che il linguaggio può considerarsi solo come discorso in uso. Meno ovvio, forse, è notare che lo stesso vale anche per il discorso teorico: il quale, lungi dal poter mai rispecchiare semplicemente la realtà contribuisce sempre a cambiarla. È questa la vera eredità del giusrealismo storico, specie statunitense: non l'ossessione avalutativa di ascendenza scandinava, semmai la consapevolezza dell'orientamento pratico di ogni teoria, per quanto "pura" o avalutativa.

Penso alla teoria del diritto in genere, che può attingere all'avalutatività solo divenendo consapevole dei propri presupposti e conseguenze normative. Concetti, problemi e teorie giuridiche acquistano senso solo nel contesto di situazioni del diritto quali – per stilizzarle *à la* Maurizio Fioravanti – gli stati giurisdizionale, legislativo e costituzionale. Il problema della validità, ad esempio, acquista senso solo nello stato legislativo, e solo nello stato costituzionale la validità deve rigorosamente distinguersi dall'esistenza o vigenza.

Ma penso pure alla teoria dell'interpretazione, e in particolare al suo cuore, l'interpretazione giudiziale, che è duplicemente contestuale. Per la selezione del tema, intanto: teorici di *common law*, tradizionalmente, non si pongono problemi tipicamente continentali come quello della scienza giuridica. Per il suo stesso oggetto, poi: mentre l'*adjudication* di *common law* è più orientata ai fatti del caso e dunque al *contesto* propriamente detto, l'interpretazione della legge, ordinaria e costituzionale, è più orientata al testo e al suo *cotesto*.

CONSIDERAZIONI APOLOGETICHE DI UN DOTTRINARIO GENOVESE

PIERLUIGI **CHIASSONI**

&dq

Considerazioni apologetiche di un dottrinario genovese

Apologetic Remarks of a Genoese Scholar

PIERLUIGI CHIASSONI

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova.
E-mail: pierluigi.chiassoni@unige.it

ABSTRACT
In omaggio all'opera teorica di Giovanni Tarello, lo scritto considera, e rigetta, tre critiche mosse da Luigi Ferrajoli: la critica della concezione tarelliana della teoria del diritto, la critica della teoria tarelliana dell'interpretazione giuridica, la critica della teoria tarelliana del realismo giuridico.

As a way of honouring the theoretical work of Giovanni Tarello, the paper considers, and rejects, in turn, three critiques launched by Luigi Ferrajoli: the critique of Tarello's meta-legal theory, the critique of Tarello's theory of legal interpretation, and, finally, the critique of Tarello's theory of legal realism.

KEYWORDS
Giovanni Tarello, teoria del diritto, interpretazione giuridica, realismo giuridico

Giovanni Tarello, legal theory, legal interpretation, legal realism

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Considerazioni apologetiche di un dottrinario genovese

PIERLUIGI CHIASSONI

1. *Aporie nell'opera di Tarello?* – 2. *Una concezione depauperante e irrazionalistica della teoria del diritto?* – 3. *Una falsa concezione dell'interpretazione giuridica?* – 4. *Un realismo insidioso?*

> «io sono un settatore della purificazione della *teoria*, ma ritengo [...] che negli studi giuridici il campo della *teoria* (in quanto contrapposta alle dottrine ed alle ideologie [...]) vada spostato indietro, e cioè nelle sedi delle metodologie dell'analisi lessicale, delle metodologie dell'analisi storica delle istituzioni e della cultura giuridica, delle metodologie della sociologia».
> (TARELLO 1975a)

1. *Aporie nell'opera di Tarello?*

Nel saggio *Giovanni Tarello a 30 anni dalla sua scomparsa*[1], scritto per questa Tavola rotonda, Luigi Ferrajoli sostiene che l'opera di Tarello, accanto a meriti notevolissimi e indubitabili, presenti altresì dei gravi difetti, nella forma di "aporie" e di "fallacie ideologiche"[2]. Ferrajoli ritiene, in particolare, che i difetti attengano a tre aspetti del pensiero tarelliano: la concezione della teoria del diritto (la meta-teoria del diritto), la teoria dell'interpretazione giuridica, il realismo giuridico.

Il mio contributo a questa Tavola rotonda consisterà in una difesa dell'opera di Tarello. Non già, si badi, per (stanco) adempimento di un dovere d'ufficio, ma da convinto dottrinario. Sosterrò che le critiche di Ferrajoli sono infondate: il frutto, a ben vedere, di fraintendimenti. Così facendo, suggerirò che le idee di Tarello in tema di teoria del diritto, teoria dell'interpretazione, e realismo, lungi dall'essere accantonate, dovrebbero fare parte dell'insieme di assunti, credenze e atteggiamenti che presiede alle quotidiane investigazioni giusfilosofiche di tutti noi.

2. *Una concezione depauperante e irrazionalistica della teoria del diritto?*

Il primo aspetto dell'opera di Tarello che Ferrajoli trova seriamente difettoso è costituito, come accennavo, dalla concezione della teoria del diritto. Secondo Ferrajoli, questa sarebbe, al tempo stesso, depauperante e irrazionalistica.

[1] FERRAJOLI 2018.

[2] «[I]ntendo *mostrare* [scrive Ferrajoli] come gli approcci di Tarello, sicuramente originali ed estremamente fecondi, *rischiano paradossalmente*, a causa della loro *assunzione come esclusivi e alternativi* rispetto a quelli tradizionali, *di dar vita ad altrettante aporie o fallacie ideologiche*» (FERRAJOLI 2018, 4, corsivi miei).

La concezione tarelliana sarebbe anzitutto depauperante. Essa propone, infatti, un modo di fare teoria del diritto fortemente impoverito, per il quale:

1. la teoria del diritto si deve limitare all'«analisi degli usi linguistici dei giuristi», alla «teoria dell'interpretazione», e «più in generale», alla teoria «delle tecniche e delle forme dei ragionamenti» giudiziali, in funzione della «caccia alle ideologie» dei giuristi e dei giudici;

2. la teoria del diritto non deve essere altresì teoria costruttiva, ovverosia dedita all'elaborazione («costruzione»), mediante «definizioni stipulative», di «un sistema di concetti» (di un «apparato concettuale») «idoneo a dar conto delle strutture di qualunque ordinamento giuridico» e «dotato di capacità esplicativa dei fenomeni giuridici» (FERRAJOLI 2018, 209 f.);

3. la teoria del diritto non deve svolgere alcun ruolo «critico e progettuale», come quello che invece potrebbe svolgere, ad esempio, se prendesse «sul serio» il diritto delle democrazie costituzionali contemporanee, mettendo in luce la strutturale presenza «delle lacune e delle antinomie», identificandole alla luce dei «princìpi costituzionali», e indicando le tecniche più idonee per la loro «soluzione» (FERRAJOLI 2018, 212).

La concezione tarelliana sarebbe, inoltre, irrazionalistica: nelle parole di Norberto Bobbio, che Ferrajoli cita, «una forma bella e buona di irrazionalismo» (FERRAJOLI 2018, 210). Negando che la teoria del diritto possa svolgere anche un ruolo costruttivo, e sottoponendo la teoria del diritto formale e strutturale di stampo kelseniano a una critica distruttiva, la concezione tarelliana ha demolito «il vecchio edificio sinora costruito *senza lasciarci intravedere neppure il disegno del nuovo*», con il risultato di promuovere la «*dissoluzione di ogni tentativo di costruire una qualsiasi teoria*» (FERRAJOLI 2018, 210, che cita nuovamente parole di Bobbio, corsivo mio).

A prova della "estraneità" e della "diffidenza" di Tarello rispetto alla concezione costruttiva della teoria giuridica (che poi altro non è se non la concezione esemplificata dalla «tradizionale teoria del diritto»), e del suo favore per una teoria fortemente depauperata, distruttiva, dagli esiti irrazionalistici, Ferrajoli adduce tre esempi. Il primo esempio è costituito dall'analisi tarelliana di "obbligo"; in essa, osserva Ferrajoli, Tarello omette accuratamente di fornire una definizione qualsivoglia del termine chiave della sua indagine. Il secondo esempio è costituito dalla ("polemica e provocatoria") proposta tarelliana di "espungere" la locuzione "positivismo giuridico" dal discorso della teoria e storiografia giuridica. Il terzo esempio è costituito, infine, dalla ("polemica e provocatoria") proposta tarelliana di "usare il meno possibile" la locuzione "ordinamento giuridico", e dalla sua critica delle concezioni ordinamentali del diritto di Santi Romano, Hans Kelsen e Norberto Bobbio (FERRAJOLI 2018, 209 s.).

L'argomentazione di Ferrajoli appare popolata di fallacie. Mi limiterò a metterne in luce cinque. Si tratta, come vedremo subito, della fallacia d'indebita

generalizzazione, della fallacia degli esempi irrilevanti e controproducenti, della fallacia della falsa autorità (o del falso testimone), e infine delle fallacie dell'indebita identificazione e del cattivo samaritano. Nel darne conto, mi sarà possibile formulare alcune considerazioni utili a meglio comprendere la posizione tarelliana.

1. *Indebita generalizzazione*[3]. L'argomentazione di Ferrajoli incorre, anzitutto, in una fallacia d'indebita generalizzazione. La fallacia – presente, a onor del vero, in un ragionamento di Norberto Bobbio che Ferrajoli cita con approvazione – consiste in questo: dal rigetto di *un certo modo* di fare teoria del diritto – la teoria del diritto formale e strutturale alla maniera di Kelsen e di Bobbio – non segue il rigetto di *qualunque modo* di fare teoria del diritto (la «dissoluzione di ogni tentativo di costruire *qualsiasi* teoria»[4]), a meno di ritenere, si badi, che la teoria formale-strutturale, così come elaborata da Kelsen, Bobbio e i loro seguaci, sia l'unica forma di teoria del diritto (costruttiva) praticabile (che può e deve essere praticata). In tale caso, peraltro, il ragionamento sarebbe inficiato da una diversa fallacia: la fallacia d'indebita identificazione, di cui dirò tra poco.

Con ciò, si noti, l'accusa d'irrazionalismo, che Ferrajoli rivolge alla concezione tarelliana della teoria del diritto, mutuandola da Bobbio, viene almeno in parte a cadere[5]. Sul punto tornerò occupandomi di altre fallacie nella critica di Ferrajoli all'opera di Tarello.

2. *Esempi irrilevanti e controproducenti*. L'argomentazione di Ferrajoli incorre, in secondo luogo, in una fallacia per uso di esempi irrilevanti e controproducenti. Gli esempi della critica tarelliana della locuzione "positivismo giuridico", dell'analisi tarelliana di "obbligo", e della critica tarelliana della locuzione "ordinamento giuridico" sono irrilevanti come prove del rigetto, da parte di Tarello, di una concezione costruttiva della teoria del diritto. Sono inoltre, e al tempo stesso, controproducenti, perché forniscono prova in favore della conclusione opposta.

Nel proporre l'espunzione della locuzione "positivismo giuridico" dal discorso teorico e storiografico, Tarello non nega, anzi afferma, che, ad esempio, in sede di "teoria" e di "storiografia giuridica", ci si possa occupare della «dottrina della separazione dei poteri»[6]. Nega, però, che sia proficuo fare una teoria o una storia "*del* positivismo giuridico", come se ci fosse *una* cosa (e *una*, e *cosa*), il positivismo giuridico, che invece non c'è.

Nella sua articolata analisi di "obbligo", Tarello presuppone una (robusta) teoria del diritto: in particolare, una (robusta) teoria delle norme giuridiche, che intende come significati di "enunciati normativi", significati identificati sulla base

[3] Questa fallacia è anche denominata fallacia dell'accidente converso o della generalizzazione affrettata: cfr. COPI 1964, 81.

[4] BOBBIO 1975, 93.

[5] La replica di Tarello alle critiche di Bobbio (e del "capzioso Gavazzi") può leggersi in TARELLO 1975b, 236 s.

[6] TARELLO 1974, 88.

di «diaframmi e di filtri costituiti da dottrine, ideologie, modi di pensare ...»[7]. Ora una teoria siffatta è, con tutta evidenza, il frutto di una concezione non nichilistica, non puramente distruttiva, della teoria del diritto. Essa, al contrario, offre al giurista un apparato di concetti in funzione esplicativa, in linea con i postulati della teoria costruttiva. Permette inoltre al giurista che se ne serva di cogliere gli eventuali difetti delle "teorie dell'obbligo giuridico": ad esempio, della teoria del malcapitato Hart, che Tarello bolla di «analisi insoddisfacente, parziale e storicamente condizionata», e dunque, in virtù del fatale "effetto Mida"[8], di essere "dottrina": di essere «cioè in un certo modo una ideologia»[9].

Nel proporre, infine, di usare il meno possibile la locuzione "ordinamento giuridico" e nel sottoporre a critica le teorie ordinamentali di Santi Romano, Kelsen, e Bobbio, Tarello non è per nulla animato – come sostiene Bobbio – da un furore iconoclasta irrazionalistico e fine a sé stesso. Naturalmente, il gusto di *épater les théoriciens* c'è, ed è fortissimo. È però sufficiente leggere le prime due pagine del saggio (incriminato) di Tarello, per rendersi conto della poderosa macchina teorica (frutto di teoria costruttiva!) che permette a uno studioso, a uno solo, di vedere quello che gli altri allora non vedevano (di non starsene delle "norme" come "elementi degli ordinamenti giuridici"), di squarciare il velo che ottenebrava la loro percezione del diritto, e che li conduceva a confondere proprietà posticce, artificiose e soggettive (*a parte subiecti*), con proprietà *essenziali* della *cosa* diritto[10].

In conclusione: gli esempi addotti da Ferrajoli per provare la ripugnanza di Tarello per la teoria costruttiva, non soltanto sono irrilevanti in vista di tale fine, ma, paradossalmente, accreditano la conclusione opposta. Essi mettono in luce, infatti, che la battaglia di Tarello non era contro il modo costruttivo di fare teoria del diritto in assoluto, bensì contro le cattive teorie "costruttive": le pseudo-teorie, le dottrine (consapevoli o inconsapevoli) camuffate da teorie, incomplete, fuorvianti e fatalmente ideologiche. Su questo punto tornerò ancora, trattando della fallacia del cattivo samaritano.

3. *Falsa autorità (o Falso testimone)*. A supporto della tesi per cui la metateoria tarelliana non contempla un ruolo costruttivo per la teoria del diritto, Ferrajoli si serve, altresì, dell'autorità di un passo di Mauro Barberis (che a sua volta cita un passo di Tarello, quello da me qui citato in epigrafe), adducendolo come prova schiacciante della «"svalutazione di principio" della teoria generale del diritto» (FERRAJOLI 2018, 210). Sfortunatamente, così facendo, Ferrajoli incorre nella fallacia della falsa autorità o, se si vuole, del falso testimone. Nel suo scritto, Barberis offre una lettura palesemente a-contestuale del passo di Tarello: una lettura che, nuovamente, gli

[7] TARELLO 1974, 281.
[8] TARELLO 1975b, 234.
[9] TARELLO 1974, 283.
[10] TARELLO 1975a, 49 s.

ascrive una posizione "anti-teorica" nei confronti della teoria del diritto *tout-court*. Così facendo, però, Barberis omette di porre in luce che l'atteggiamento "anti-teorico" di Tarello non aveva carattere universale; che, al contrario, Tarello lanciava i suoi strali acuminati all'indirizzo di un particolare modo di fare teoria del diritto, erede, sovente inconsapevole, del concettualismo germanico ottocentesco[11].

4-5. *Indebita identificazione e Cattivo samaritano*. L'argomentazione di Ferrajoli appare viziata, ancora, da una fallacia (che chiamerò) di indebita identificazione. Ferrajoli, come si è visto, identifica la teoria del diritto costruttiva con la teoria del diritto tradizionale. Così facendo, ha buon gioco nel sostenere che Tarello, rigettando il modo tradizionale di fare teoria del diritto, rigetti la concezione costruttiva della teoria del diritto. Le cose però, dal punto di vista della teoria e metateoria tarelliana, non stanno così. Ferrajoli, però, non sembra essersene dato conto, essendo incorso in un'altra (e per questo inventario, ultima) fallacia: la *fallacia del cattivo samaritano*.

Lo spirito del cattivo samaritano impedisce a Ferrajoli di vedere ciò che un buon samaritano avrebbe invece percepito con chiarezza. Ebbene, ecco.

Primo, Tarello rigetta le teorie generali di Santi Romano, Kelsen e Bobbio non già poiché sono teorie *costruttive* di apparati di concetti. Bensì, poiché, a un attento esame, esse si rivelano essere teorie ideologicamente ispirate e condizionate: pseudo-teorie che pretendono di dare conto di presunte "proprietà essenziali della realtà del diritto", ma che, a ben vedere, alla luce della storia della cultura giuridica, danno conto, in realtà, delle proprietà che un settore del pensiero giuridico di una certa epoca reputa "essenziali", vuoi per l'adesione a ideologie razionalistiche del diritto, vuoi per altre esigenze pratiche.

Secondo, Tarello teorizza e pratica la teoria costruttiva, intendendola precisamente come teoria che, per riprendere le parole di Ferrajoli, mediante definizioni stipulative elabora apparati di concetti dotati di capacità esplicativa dei fenomeni giuridici. Lo stesso Ferrajoli menziona la distinzione tarelliana tra enunciazione prescrittiva, enunciato prescrittivo e significato di un enunciato prescrittivo, la quale costituisce la base terminologica e concettuale di una teoria delle "norme giuridiche" dotata di una forte carica innovativa, come lo stesso Ferrajoli riconosce.

Terzo, nella concezione della teoria del diritto di Tarello non c'è nulla che si opponga a un'attività critica e progettuale come quella che Ferrajoli propugna, e svolge, prendendo sul serio il diritto delle democrazie costituzionali contemporanee. Semplicemente, dal punto di vista della meta-teoria tarelliana, il compito critico e progettuale non appartengono alla teoria del diritto (a-valutativa e "descrittiva"), bensì alla politica del diritto, nelle dimensioni dell'alta dogmatica dei concetti giuridici confacenti a uno stato costituzionale e dell'alta ingegneria costituzionale.

[11] TARELLO 1975b, 234 s., 236 s.; TARELLO 1974, Parte II (cap. VI).

3. *Una falsa concezione dell'interpretazione giuridica?*

Alla teoria tarelliana dell'interpretazione giuridica Ferrajoli muove due critiche, tra loro concatenate. La prima critica sostiene che la teoria tarelliana offre una falsa concezione della natura dell'interpretazione. La seconda critica sostiene che la teoria tarelliana, offrendo quella falsa concezione della natura dell'interpretazione, favorisce (ancorché in modo inintenzionale) la diffusione della fallacia della creatività dell'interpretazione (giudiziale), secondo cui è fatale, e legittimo, che i giudici creino diritto.

Perché mai la concezione tarelliana della natura dell'interpretazione sarebbe falsa? Ferrajoli sostiene questa tesi sulla base di un ragionamento del seguente tenore.

1. Tarello (con i suoi allievi e seguaci) sostiene che "l'interpretazione" (aggiungo io: giudiziale, dottrinale o ufficiale) ha carattere volitivo. È, in termini kelseniani, un atto di volontà.

2. Nel sostenere che l'interpretazione ha natura volitiva e decisionale, Tarello rigetta sia la tesi secondo cui l'interpretazione ha natura conoscitiva, sia la tesi secondo cui l'interpretazione ha natura creativa.

3. Il rigetto della tesi della natura conoscitiva dell'interpretazione dipende dall'adesione a una teoria della conoscenza giuridica, e della conoscenza in generale, secondo cui un'attività conoscitiva è un'attività scevra da decisioni e volizioni. Dimodoché l'interpretazione giuridica, essendo volizione, non è, né può essere, conoscenza (cognizione).

4. La teoria della conoscenza giuridica, e della conoscenza in generale, come attività scevra da decisioni e volizioni è, però, falsa ("insostenibile"): «la conoscenza empirica [afferma Ferrajoli] è sempre [...] una conoscenza relativa e opinabile, e implica sempre, perciò, un momento decisionale e volitivo» (FERRAJOLI 2018, 215).

5. Ne consegue che la concezione tarelliana della natura dell'interpretazione giuridica, secondo cui essa sarebbe volitiva e non conoscitiva, è falsa.

6. Occorre pertanto rigettare la teoria di Tarello (e dei realisti genovesi), sostituendola con una teoria secondo cui: «l'attribuzione di un significato a un testo normativo, pur essendo certamente un atto di volontà, ovvero una decisione, non ne toglie il carattere cognitivo, a meno che il significato attribuito non sia ad esso attribuibile perché prodotto di un'indebita creazione» (FERRAJOLI 2018, 215).

Con ciò, Ferrajoli vuole apparentemente dire questo. L'interpretazione è l'attività che consiste nell'attribuire un significato a un enunciato normativo, in esito a una decisione che consiste nella scelta di uno dei significati attribuibili all'enunciato in virtù delle "regole linguistiche e semantiche del contesto". L'interpretazione è, dunque, attività conoscitiva perché la decisione, ancorché inevitabile, presuppone nondimeno la conoscenza (l'accertamento) dei significati che formano la cornice dei significati possibili dell'enunciato normativo interpretato.

Se le cose stanno così, però, la critica di Ferrajoli alla concezione tarelliana della natura volitiva dell'interpretazione appare il frutto di un fraintendimento. Invero, com'è noto, e può peraltro dimostrarsi *per tabulas*, Tarello (nel passo citato da Ferrajoli), e, in modo ancora più chiaro, Guastini[12], adottano *esattamente* quella concezione: distinguendo, naturalmente, il momento della decisione da quello della cognizione. A differenza di Ferrajoli, tuttavia, Tarello (e Guastini) mettono in luce come la cornice possa essere assai ampia, ben al di là dei significati strettamente linguistici delle disposizioni. La cornice, inoltre, è una variabile dipendente degli esperimenti ermeneutici degli interpreti, i quali possono congetturare significati, "conformi alle regole linguistiche e semantiche del contesto", che Ferrajoli non esiterebbe a considerare "creativi".

4. *Un realismo insidioso?*

L'ultima critica di Ferrajoli al pensiero di Tarello concerne il realismo giuridico. La critica può così formularsi:

1. il realismo giuridico, con la sua pretesa di essere il solo approccio scientifico allo studio del diritto, comporta il rigetto del normativismo e favorisce, ancorché inconsapevolmente, la "fallacia realistica" (secondo cui, tutto ciò che, nel mondo del diritto, accade, "deve accadere");

2. la teoria del diritto di Tarello è una teoria realistica;

3. dunque, la teoria del diritto di Tarello favorisce, ancorché inconsapevolmente, la "fallacia realistica";

4. se si vuole evitare di favorire vuoi la fallacia realistica, vuoi la fallacia normativistica (secondo cui, tutto ciò che, nel mondo del diritto, "deve accadere", accade), occorre rigettare sia le teorie puramente realiste, sia le teorie puramente normativiste, e adottare invece una teoria mista, che, combinando realismo e normativismo, indaga il diritto e in quanto insieme di "fatti", e in quanto insieme di "norme", e sola può dare conto del fenomeno della «divaricazione tra norme e fatti», e fare comprendere «non solo la validità e l'effettività, ma anche l'invalidità e l'ineffettività conseguenti a lacune e antinomie» (FERRAJOLI 2018, 217).

Anche quest'ultima critica è meritevole di rigetto.

1. Il realismo di Tarello non è un realismo convenzionale. Sfugge alla tradizionale dicotomia realismo/normativismo. Si pone al di fuori sia del coro degli ingenui cantori delle norme, sia del coro degli ingenui cantori dei fatti. La posizione di Tarello, come suggerisce la sua teoria delle norme giuridiche, più volte evocata in queste pagine apologetiche, è una posizione di *normativismo*

[12] Cfr. p.e. GUASTINI 2011, 393-397.

ermeneutico. Vi sono norme; queste sono però il prodotto di operazioni di manipolazione di enunciati normativi, da parte di giudici, giuristi, funzionari o avvocati, dipendenti da ideologie, costruzioni, atteggiamenti, interessi, e credenze.

2. Dal punto di vista del realismo tarelliano, non c'è alcuno spazio vuoi per la fallacia normativistica, vuoi per la fallacia realistica. Dal punto di vista di uno scienziato del diritto tarelliano, registrare che, poniamo, un certo giudice ha manipolato un certo insieme di enunciati normativi in un certo modo, giungendo a un certo risultato, non comporta affatto di attribuire una qualche "legittimità" a quella manipolazione. Naturalmente l'investigatore, il giurista-sociologo, dovrà anche registrare come, nella cultura giuridica del tempo, quella manipolazione sia avvertita e qualificata, se sia o no tollerata, apprezzata, censurata. Il problema della legittimità (e della legittimazione) resta interamente al di fuori delle mura, lineari ma poderose, del realismo tarelliano.

Riferimenti bibliografici

BOBBIO N. 1975. *Intervento*, in ORECCHIA R. (ed.), *Il diritto come ordinamento. Atti del X Congresso Nazionale di Filosofia Giuridica e Politica*, Milano, Giuffrè, 1975.

COPI I. 1964. *Introduzione alla logica*, Bologna, il Mulino, 1964.

FERRAJOLI L. 2018. *Giovanni Tarello a 30 anni dalla sua scomparsa*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 18, 1, 2018, 201 ss.

GUASTINI R. 2011. *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.

TARELLO G. 1974. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974.

TARELLO G. 1975a. *Il diritto come ordinamento*, in ORECCHIA R. (ed.), *Il diritto come ordinamento. Atti del X Congresso Nazionale di Filosofia Giuridica e Politica*, Milano, Giuffrè, 1975, 49 ss.

TARELLO G. 1975b. *Replica*, in ORECCHIA R. (ed.), *Il diritto come ordinamento. Atti del X Congresso Nazionale di Filosofia Giuridica e Politica*, Milano, Giuffrè, 1975, 234 ss.

IL PENSIERO INNOVATORE DI GIOVANNI TARELLO.
TRE QUESTIONI LASCIATE APERTE ALLA SCUOLA GENOVESE

LUIGI **FERRAJOLI**

&dq

Il pensiero innovatore di Giovanni Tarello.
Tre questioni lasciate aperte alla scuola genovese

Giovanni Tarello's Innovative Thought
Three Issues He Left Open for the Genoese School

LUIGI FERRAJOLI

Professore emerito di Filosofia del diritto, Università Roma Tre
E-mail: luigi.ferrajoli@uniroma3.it

ABSTRACT
Dell'opera di Giovanni Tarello possono distinguersi due filoni: quello dell'indagine storiografica e dell'analisi delle dottrine dei giuristi e quello della filosofia del linguaggio giuridico, accomunati da un unico, originale approccio allo studio del diritto, il realismo giuridico analitico,. Rispetto a questo approccio, divenuto un connotato identitario della scuola di Tarello (la scuola genovese), si sollevano nel testo tre questioni: la concezione della teoria del diritto, orientata all'analisi degli usi linguistici e dei ragionamento dei giuristi, più che all'elaborazione dei concetti teorico-giuridici secondo il modello metateorico kelseniano e bobbiano; la natura, se creativa o cognitiva, dell'interpretazione; le insidie ideologiche, infine, del realismo giuridico.

Of the work of Giovanni Tarello two strands can be distinguished: that of historiographical survey and analysis of lawyers' doctrines and that of philosophy of legal language, each united by a single, original approach, to the study of law, analytical legal realism. With respect to this approach, which is an identifying characteristic of the school of Tarello (the Genoese school), three issues are raised in the paper: the conception of the theory of law, oriented to the analysis of linguistic usages and lawyers' reasoning rather than to the elaboration of legal concepts according to the metatheoretical model of Kelsen and Bobbio; the nature, whether creative or cognitive, of legal interpretation; finally, the ideological pitfalls of legal realism.

KEYWORDS
Realismo giuridico, teoria del diritto, interpretazione giuridica, filosofia analitica.

Legal realism, theory of law, legal interpretation, analytic philosophy.

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Il pensiero innovatore di Giovanni Tarello. Tre questioni lasciate aperte alla scuola genovese

LUIGI FERRAJOLI

1. *Due filoni di ricerca nell'opera di Giovanni Tarello* – 1.1. *La filosofia del diritto come meta-giurisprudenza* – 1.2. *Un approccio gius-realistico e gius-analitico* – 2. *Tre questioni, soprattutto per i tarelliani* – 2.1. *Sulla teoria del diritto* – 2.2. *Sulla cosiddetta "creatività" della giurisdizione* – 2.3. *Le insidie del realismo giuridico*.

1. *Due filoni di ricerca nell'opera di Giovanni Tarello*

Ho conosciuto Giovanni Tarello nei primi anni Sessanta. L'aspetto della sua personalità di studioso che fin dall'inizio mi impressionò maggiormente, oltre alla sua straordinaria intelligenza e alla sua sterminata cultura, fu il suo atteggiamento critico, fino al sarcasmo e al fastidio, nei confronti della cultura giuridica accademica e, in particolare, nei confronti della tradizionale filosofia del diritto italiana di stampo idealistico o spiritualistico. Lo infastidivano, soprattutto, i conformismi e gli auto-compiacimenti della scienza giuridica. Ricordo il suo giudizio sferzante su Giuseppe Capograssi, il cui successo presso i giuristi, diceva, era dovuto essenzialmente all'apologia incrociata, fino all'adulazione e all'esaltazione reciproca, che Capograssi faceva della dottrina giuridica – l'esperienza del diritto, il suo sviluppo storico attraverso la prassi eccetera – e che veniva ampiamente ricambiata dall'apologia, non meno retorica e declamatoria, che di Capograssi veniva fatta dai giuristi. Anche per Tarello, come per Capograssi, l'oggetto privilegiato della riflessione filosofico-giuridica era e doveva essere la scienza giuridica positiva. Ma il suo atteggiamento e il ruolo da lui svolto erano diametralmente opposti: consistevano nella critica talora sferzante e, come allora si diceva, demistificatoria da lui svolta nei confronti delle dottrine giuridiche, cioè nello svelare le ideologie giuridiche ad esse retrostanti e nello «sgonfiare palloni teorici», come ha scritto Norberto Bobbio ricordandolo all'indomani della sua scomparsa, «che per essere diventati troppo pesanti non volano più»[1].

Era perciò inevitabile l'incontro di Tarello con la scuola gius-analitica di teoria del diritto che veniva formandosi negli anni Sessanta intorno a Norberto Bobbio e che era composta – come egli scrisse in un intervento ricordato da Bobbio su di una relazione di Uberto Scarpelli a un seminario del 1968 sulla teoria del diritto

[1] BOBBIO 1987, 306.

(uno dei seminari torinesi che si svolgevano il 19 marzo e che perciò chiamavamo di San Giuseppe) – «da coloro che non fanno quello che fanno di solito altri due gruppi di filosofi del diritto, i moralisti e i metafisici»[2]. Sempre, del resto, in quasi tutti i nostri incontri e convegni, Giovanni svolgeva il ruolo del guastafeste e dell'agente provocatore. Ricordo come fosse ieri i suoi scontri con Uberto Scarpelli.

Direi che nell'intensa biografia scientifica di Tarello si possono distinguere due filoni di ricerca, corrispondenti a due approcci diversi alla fenomenologia del diritto e alla cultura giuridica: il filone della ricerca giuridica e storiografica, con un approccio di tipo analitico-realista, e il filone dell'analisi del linguaggio giuridico con un approccio, di nuovo, di tipo analitico e realista. Due filoni distinti, ma in realtà connessi e intrecciati, il primo come verifica empirica e banco di prova del secondo.

1.1. *La filosofia del diritto come meta-giurisprudenza*

Il primo filone è quello della filosofia del diritto concepita e praticata come "meta-giurisprudenza", cioè come «analisi linguistica, storiografica e sociologica delle dottrine dei giuristi»[3]. Il lavoro più significativo e più noto di questo approccio è il libro del 1967 *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*[4], «una sorta di manifesto della meta-giurisprudenza tarelliana», come è stato chiamato da Riccardo Guastini e da Giorgio Rebuffa[5], nel quale Tarello, ha scritto Norberto Bobbio, mostra «la sua eccezionale capacità di combinare analisi teorica e ricerca empirica»[6]. Ma si ricordino anche i quattro importanti saggi degli anni Settanta sul processo civile, raccolti nel libro *Dottrine del processo civile* curato anch'esso da Guastini e Rebuffa[7]. Si manifestava, in questa concezione della filosofia del diritto, il realismo giuridico di Tarello, maturato fin dalla sua prima, importante monografia del 1962 su *Il realismo giuridico americano*[8]. Come ha ricordato Silvana Castiglione, questo approccio realistico, secondo le parole dello stesso Tarello, era diretto a far sì che «gli operatori del diritto facciano in modo consapevole ciò che essi farebbero comunque»[9].

È sulla base di questa concezione della filosofia del diritto che prende forma il programma tarelliano di una rifondazione della storiografia della cultura giuridica

[2] BOBBIO 1987, 308.
[3] Così GUASTINI, REBUFFA 1988, 7.
[4] TARELLO 1967b.
[5] GUASTINI, REBUFFA 1988.
[6] BOBBIO 1987, 311.
[7] TARELLO 1989.
[8] TARELLO 1962. La prima monografia di Tarello, un anno dopo la laurea, è TARELLO 1957.
[9] CASTIGLIONE 1989, 17.

quale si manifesta nel bellissimo volume *Storia della cultura giuridica*[10], il cui sottotitolo, *Vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, segnala l'ampiezza e l'ambizione del progetto di studio e, per altro verso, nella fondazione della rivista *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Come nei libri sul diritto sindacale e sul diritto processuale civile, l'oggetto e lo scopo di questo programma consistono essenzialmente nel mostrare come il diritto positivo non sia il frutto soltanto della legislazione, ma anche, e forse in misura ancor maggiore, della dottrina e della scienza giuridica, cui si devono la costruzione degli istituti, delle categorie e degli strumenti interpretativi attraverso i quali si organizza ed opera il diritto positivo.

1.2. *Un approccio gius-realistico e gius-analitico*

Il secondo filone di studi e di ricerche di Giovanni Tarello è quello della filosofia del linguaggio giuridico, sulla base di un approccio gius-realistico e insieme analitico. I libri più importanti di questo secondo filone di studi sono *Diritto, enunciati, usi*, del 1974, che raccoglie una rilevante mole di scritti del decennio precedente e *L'interpretazione della legge* del 1980[11]. Il contributo tarelliano più rilevante alla teoria del diritto è la distinzione tra enunciazione (o atto prescrittivo), enunciato (o segno precettivo) e significato prescrittivo (o prescrizione o norma)[12]. Questa concezione della norma come "significato", e dunque come "prodotto" anziché come "oggetto" dell'interpretazione e delle manipolazioni dei giuristi, è alla base della teoria dell'interpretazione giuridica di Giovanni Tarello e del conseguente ruolo pragmatico da lui assegnato alla scienza giuridica[13]. L'originalità della teoria di Tarello non è tanto nella tesi, scontata, della pluralità di significati associabili alle norme e sostenuta, tra gli altri, da Hans Kelsen, quanto piuttosto nella concezione delle norme come un *posterius* anziché come un *prius* rispetto all'interpretazione e nelle implicazioni epistemologiche che ne derivano in ordine alla natura creatrice, e

[10] TARELLO 1976. Ma si ricordino anche i lavori storiografici giovanili: TARELLO 1964; TARELLO 1969a; TARELLO 1969b.

[11] TARELLO 1974b; TARELLO 1980.

[12] TARELLO 1968; TARELLO 1980, par. 5, 38 e parr. 14-15, 105-108. La distinzione, assolutamente fondamentale, è stata ripresa più volte dagli allievi di Tarello e, in particolare, da Riccardo Guastini, da Paolo Comanducci, da Mauro Barberis e da Pierluigi Chiassoni. La distinzione precisa e meglio chiarisce distinzioni analoghe: *a*) quella tra "atto normativo" (o "fonte" o "disposizione") e "contenuto dell'atto" o "norma", formulata da CRISAFULLI 1959; CRISAFULLI 1964; CRISAFULLI 1968; *b*) quella tra "norme" (*norm*) e "formulazioni normative" (*norm formulation*), le prime quali significati delle seconde e le seconde quali segni delle prime, operata da VON WRIGHT 1963, cap. VI, par. 1, 141 s.; *c*) quella tra "direttive" (*directives*) quali "contenuti di significato" e «forme linguistiche in cui (esse) sono espresse» (*linguistic form which expresses a directive*), formulata da ROSS 1968, par. 9, 89. Si ricordi anche la nozione kelseniana di "norma" come "senso di un atto" normativo: «la norma è il senso di un atto con cui si prescrive, si permette o, in particolare, si autorizza un certo comportamento» (KELSEN 1960, 14). La distinzione, del resto, è un'acquisizione elementare della prima filosofia del linguaggio: mi limito a ricordare MORRIS 1938, II, par. 2, 10-17.

[13] Si vedano, oltre agli scritti citati nella nota che precede, TARELLO 1966a; TARELLO 1971; TARELLO 1980 capp. I e II; GUASTINI 1989.

quindi in senso lato "politica", dell'attività giuridico-interpretativa così della giurisprudenza come della dottrina giuridica.

Di qui il nesso tra i due filoni d'indagine qui distinti dell'opera di Tarello, corrispondenti in realtà ad un unico, originale approccio allo studio del diritto: quello del realismo giuridico analitico. La concezione della scienza giuridica come "politica del diritto" e della filosofia e della teoria del diritto come meta-giurisprudenza e meta-scienza del diritto trova il suo banco di prova nella storia della cultura giuridica e delle operazioni manipolative da questa compiute, e conferisce quindi rilevanza meta-teorica alla storiografia della cultura giuridica[14]. A loro volta, gli studi empirici e quelli storiografici sul diritto positivo valgono a confermare la concezione realistica dell'interpretazione e l'idea della pratica giuridica come diritto vivente e del diritto vivente come diritto giudiziario.

2. *Tre questioni, soprattutto per i tarelliani*

A questo punto voglio sollevare tre questioni, che riguardano non solo l'opera e il pensiero di Giovanni Tarello, ma anche l'identità della sua scuola – la scuola genovese – che certamente ha ereditato gran parte della concezione tarelliana del diritto e della scienza giuridica. La prima questione riguarda la concezione della teoria del diritto; la seconda riguarda la natura, se creativa o cognitiva, dell'interpretazione; la terza, che ho sollevato più volte, riguarda le insidie del realismo giuridico. Sono tre questioni relative tutte a concezioni e a temi fondamentali dei nostri studi, in ordine alle quali intendo mostrare come gli approcci di Tarello, sicuramente originali ed estremamente fecondi, rischino paradossalmente, a causa della loro assunzione come esclusivi e alternativi rispetto a quelli tradizionali, di dar vita ad altrettante aporie o fallacie ideologiche.

2.1. *Sulla teoria del diritto*

Cominciamo dalla prima questione. Tarello propone un approccio originale allo studio dei fenomeni giuridici e una teoria realistica del diritto di straordinario interesse ed attualità. La questione che intendo sollevare riguarda lo statuto metateorico di tale approccio e della connessa teoria realistica del diritto. Può parlarsi, a proposito di tale teoria, di una teoria del diritto nel senso kelseniano o bobbiano, cioè della teoria del diritto come apparato di concetti – "puro", come

[14] Come ha scritto BOBBIO 1987, 314, l'opera storica di Tarello «corre parallelamente all'opera teorica, e in qualche modo la integra e integrandola la giustifica. Lo storico e il filosofo si danno la mano. Si presuppongono reciprocamente. La teoria permette alla ricerca storica di non essere soltanto una congerie di dati grezzi; e la storia consente alla teoria di verificare la validità e la convenienza dei concetti proposti».

dice Kelsen, o "formale" come dice Bobbio – in grado di dar conto, in forza della sua capacità esplicativa e della sua portata empirica, di qualunque sistema giuridico e, in particolare, degli odierni ordinamenti e del loro funzionamento? E se, come pare evidente, la risposta a questa domanda è negativa, l'approccio inaugurato e raccomandato da Tarello – questa è la domanda che oggi intendo rivolgere ai tarelliani – viene proposto come esclusivo ed esaustivo, oppure lascia spazio, e quale spazio, all'approccio tradizionale?

Certamente la distinzione tra norma, enunciato normativo ed enunciazione normativa, in forza della quale le norme "non hanno" un significato, ma "sono" esse stesse significati – precisamente i significati attribuiti ai testi normativi dagli interpreti – è un'acquisizione essenziale della teoria del diritto, della quale mi sento anch'io debitore nei confronti di Tarello avendola assunta in *Principia iuris* come corollario di uno dei suoi postulati[15]. A partire da questa tesi, tuttavia, Tarello propone un modello di teoria del diritto essenzialmente come analisi degli usi linguistici dei giuristi e, insieme, come teoria dell'interpretazione e più in generale delle tecniche e delle forme dei ragionamenti dei giudici. Non sembra interessato, invece, alla teoria del diritto quale teoria degli ordinamenti giuridici, che non si occupa di ciò che stabilisce il diritto (ciò che è compito delle discipline giuridiche positive) e neppure di come funziona in concreto il diritto (ciò che è compito della sociologia del diritto), ma costruisce tramite definizioni stipulative un sistema di concetti – come validità, effettività, atto precettivo, soggetto, persona giuridica, cosa, beni e simili – idoneo a dar conto delle strutture di qualunque ordinamento.

Un esempio significativo di questa concezione e di questa pratica tarelliana della teoria del diritto come meta-scienza giuridica è il suo saggio sull'obbligo[16], nel quale Tarello non propone una definizione dell'obbligo come termine della teoria del diritto – come sarebbe, per esempio, la banale equivalenza di "obbligo" con "non permesso dell'omissione" o "divieto dell'omissione" – ma sviluppa un'interessante analisi linguistica *a*) degli usi legislativi, giurisprudenziali e dottrinari di "obbligo" negli enunciati di precetti, o nelle asserzioni meta-linguistiche relative a precetti; *b*) degli impieghi di "obbligo" come termine connettivo o come termine connotativo; *c*) dei conflitti tra obblighi a seconda che questi siano riferiti a un medesimo sistema normativo o a sistemi normativi diversi; *d*) degli usi assoluti e degli usi relativi, nonché di quelli semplici e di quelli complessi di "obbligo"; *e*) delle motivazioni

[15] FERRAJOLI 2007, vol. I, par. 8.1, 416, dove la tesi che le norme sono significati prescrittivi figura come teorema T8.5, derivato dalla nozione di norma come regola (T8.1) e da quella di regola come significato (associabile a un segno) (P6).

[16] TARELLO 1974a, dove vengono utilizzati tre testi precedenti: TARELLO 1966b, che è l'intervento di Tarello al 2° seminario di Bellagio del 1965, aperto da una relazione di Hart; TARELLO 1966c, dove viene sviluppato il testo che precede; TARELLO 1967a, che è la relazione introduttiva al seminario di San Giuseppe svoltosi a Torino in vista del congresso mondiale di Filosofia del diritto svoltosi poi a Gardone dal 9 al 13 settembre 1967, nel quale Norberto Bobbio avrebbe svolto la relazione sul primo tema *Essere e dover essere nella scienza giuridica*.

tecniche o ideologiche alla base della loro ottemperanza: tutto, in breve, fuorché una definizione e un'analisi del concetto di "obbligo" entro una teoria del diritto quale apparato concettuale dotato di capacità esplicativa dei fenomeni giuridici.

Non meno sintomatica dell'estraneità/diffidenza di Tarello nei confronti della teoria del diritto nel senso suddetto è la critica, da lui svolta nella relazione introduttiva al congresso filosofico-giuridico di Bari del 1974, della nozione di "ordinamento giuridico", della quale egli propose puramente e semplicemente l'abbandono[17]; cosa, del resto, che aveva già fatto, con il medesimo intento polemico e provocatorio a proposito del concetto di "positivismo giuridico"[18]. Norberto Bobbio stigmatizzò duramente questo atteggiamento: «Tarello», affermò nel suo intervento, «demolisce il vecchio edificio sinora costruito senza lasciarci intravedere neppure il disegno del nuovo»; e aggiunse: «l'esito cui giunge la critica di Tarello» è la «dissoluzione di ogni tentativo di costruire una qualsiasi teoria» e perciò «una forma bella e buona di irrazionalismo»[19].

Qual è, allora, l'atteggiamento di Tarello nei confronti della teoria del diritto di tipo kelseniano e bobbiano? Nel fascicolo dei *Materiali* di trenta anni fa, Mauro Barberis caratterizzò giustamente quella che ho chiamato l'estraneità di Tarello alla tradizionale teoria del diritto come "atteggiamento antiteorico", giustificando questo giudizio con svariati elementi: «dall'attitudine antimentalistica e anticoncettualistica alla visione pragmatico-strumentalistica del linguaggio; dalle premesse relativistiche agli esiti socializzanti; dal privilegio conferito alla descrizione sulla ricostruzione teorica alla prospettiva terapeutico-demistificante»[20]. E Riccardo Guastini parlò, nello stesso fascicolo, di «stile decostruttivo di Tarello»[21]. Non solo. Fu lo stesso Tarello, ricorda Barberis, che formulò una «svalutazione di principio» della teoria generale del diritto proprio in occasione del congresso barese del 1974. Replicando alla critica di Bobbio, egli disse di ritenere che «negli studi giuridici il campo della teoria (in quanto contrapposta alle dottrine e alle ideologie) [...] vada spostato all'indietro, e cioè nelle sedi delle metodologie dell'analisi lessicale, delle metodologie dell'analisi storica delle istituzioni e della cultura giuridica, delle metodologie della sociologia»[22]. Insomma lo spazio della teoria, nel senso kelseniano e bobbiano, letteralmente scompare, nella metateoria

[17] TARELLO 1975a; TARELLO 1975b.

[18] TARELLO 1966d, rist. TARELLO 1967c e ripreso in TARELLO 1974b.

[19] BOBBIO 1974, 91 e 93.

[20] BARBERIS 1987, 318. «Designo in questi termini», aggiunge Barberis, «una concezione pragmatica, critica e anti-ricostruttiva dell'analisi linguistica applicata al diritto». Ma si veda l'intero par. 4 di questo saggio (BARBERIS 1987, 338-348), dove Barberis illustra l'atteggiamento anti-teorico di Tarello assumendo anch'egli, come suo testo rappresentativo, la già citata relazione di TARELLO (1975a) al X Congresso di Filosofia del diritto del 1974.

[21] GUASTINI 1987.

[22] In ORECCHIA 1975, 237. Giustamente BARBERIS 1987, 348, osserva come con queste parole «Tarello sembra cercare una fondazione epistemologica alla pratica della caccia alle ideologie»: pratica, aggiunge Barberis, che ha in se stessa la sua giustificazione e non ha bisogno di nessuna fondazione epistemologica.

tarelliana, sostituito da quelli, certamente non meno importanti ma diversi, della metodologia, della storiografia e della sociologia della conoscenza.

Ebbene, a me pare che l'opera di Tarello, non diversamente del resto da quella di altri grandi filosofi del diritto, come Ronald Dworkin e Robert Alexy, abbia contribuito a un processo di sostanziale espulsione, o quanto meno di marginalizzazione della teoria del diritto nel senso kelseniano – a mio parere della teoria del diritto *tout court* – praticamente scomparsa o comunque emarginata dagli studi odierni di filosofia del diritto, anche di filosofia gius-analitica, non solo in Italia ma anche in Spagna.

Vengo così a una questione di fondo, che riguarda in generale lo stato delle nostre discipline. La filosofia analitica del diritto nacque in Italia – si pensi solo all'insegnamento di Bobbio – dall'opzione congiunta per la filosofia del linguaggio e per la teoria generale del diritto di Hans Kelsen. Oggi, al contrario, la filosofia gius-analitica delle attuali generazioni è orientata in direzioni completamente diverse, prevalentemente in direzione della giurisdizione: alla teoria dell'interpretazione, alla teoria dell'argomentazione, al ragionamento morale e a quello giuridico, ai rapporti tra diritto e morale.

Io credo che dovremmo interrogarci e riflettere su questa mutazione degli interessi e dell'oggetto di studi della filosofia e della teoria del diritto. Mi domando – e domando soprattutto agli allievi di Tarello – se il programma tarelliano di una filosofia e di una teoria del diritto come meta-giurisprudenza e meta-scienza del diritto volte all'analisi degli usi linguistici dei giuristi, che indubbiamente suggerisce un approccio critico estremamente fecondo oltre che originale allo studio del diritto, non sia stato trasformato, dallo stesso Tarello e poi dalla sua scuola e in particolare da Riccardo Guastini, in una concezione metateorica della teoria del diritto al tempo stesso esaustiva ed esclusiva che riduce la teoria del diritto a una sorta di teoria e di sociologia della conoscenza giuridica, così togliendo spazio alla teoria del diritto quale apparato di concetti nel tradizionale senso kelseniano e bobbiano. Mi domando, in altre parole, se la scuola genovese non abbia identificato la teoria del diritto con il programma, formulato dal maestro, di una meta-giurisprudenza analitica, indubbiamente di estremo interesse e importanza ma certo non identificabile con la tradizionale teoria del diritto: se non abbia fatto, in altre parole, qualcosa di simile a ciò che ha fatto per esempio Manuel Atienza, che dall'idea del diritto come argomentazione, sicuramente feconda per intendere la natura del diritto vivente, è pervenuto all'idea della teoria del diritto come teoria dell'argomentazione. Naturalmente è legittimo chiamare "teoria del diritto" teorie o approcci o programmi di questo tipo. Resta aperta la questione di quale spazio e quale ruolo rimangano – se rimangono – alla teoria del diritto come teoria formale o strutturale nel senso di Kelsen e di Bobbio, cioè quale apparato sistematico di concetti costruito dal teorico mediante assunzioni stipulative in grado di dar conto

degli ordinamenti vigenti, di criticarne le interne antinomie e lacune e di prefigurarne i futuri sviluppi.

Non si tratta, si badi, di una questione accademica. Ho l'impressione, al contrario, che queste riduzioni della teoria del diritto a teoria dell'interpretazione, o a meta-teoria della scienza giuridica, o a meta-giurisprudenza, o anche a teoria dell'argomentazione siano un riflesso della più generale crisi del rapporto della cultura giuridica con i nostri sistemi politici. Ho sempre pensato, infatti, che la teoria del diritto forma una necessaria premessa della teoria della democrazia, in forza della relazione isomorfica tra le strutture formali del diritto indagate dalla teoria del diritto e le strutture dei sistemi politici; in particolare, tra le strutture dei nostri ordinamenti, nei quali le condizioni di validità delle leggi sono subordinate non più solo all'osservanza delle norme sulla loro produzione ma anche alla loro coerenza con i principi costituzionali in tema di uguaglianza e diritti fondamentali e, dall'altro, le strutture odierne delle nostre democrazie, la cui legittimazione politica è determinata non più solo dalle forme rappresentative della produzione normativa, ma anche dal rispetto dei limiti e dei vincoli sostanziali imposti alla maggioranza dei rappresentanti dai principi e dai diritti costituzionalmente stabiliti.

Temo perciò che l'attuale disinteresse dei nostri studi per la teoria del diritto sia il risultato acritico e irriflesso della crisi in atto delle nostre democrazie costituzionali; che esso sia il prodotto da un lato della sfiducia nell'elaborazione dell'apparato concettuale della teoria del diritto come guida alla costruzione dell'artificio giuridico-istituzionale nel quale consistono le nostre democrazie e, dall'altro, del tramonto del linguaggio del diritto come linguaggio della politica, sostituito interamente dal linguaggio dell'economia; che insomma questa marginalizzazione della teoria del diritto corrisponda a un'abdicazione del ruolo critico e progettuale da essa suggerito alle discipline giuridiche positive. Giacché è proprio questo duplice ruolo, critico e progettuale, che a mio parere dovrebbe essere promosso da una teoria del diritto che prenda sul serio il diritto delle odierne democrazie costituzionali: in primo luogo il ruolo critico nei confronti del diritto vigente, quale sistema di concetti e di asserti in grado di dar conto, grazie all'incorporazione nel proprio apparato teorico della logica deontica, delle sue antinomie e delle sue lacune, e perciò di far svolgere alla nozione di "ordinamento" un ruolo esattamente opposto a quello, rimproveratole da Tarello, di "occultare", dietro un termine apparentemente tecnico e formale, l'ideologia dell'unità, della coerenza e della completezza del diritto positivo[23]; in secondo luogo il ruolo progettuale, grazie alla relazione isomorfica tra le strutture giuridiche e quelle politiche degli ordinamenti, delle tecniche di soluzione delle

[23] Nei saggi citati nella nota 17.

antinomie e delle lacune ricorrenti nel diritto positivo rispetto ai suoi principi costituzionali[24].

2.2. *Sulla cosiddetta "creatività" della giurisdizione*

La seconda questione che intendo sollevare riguarda la concezione tarelliana dell'interpretazione come ascrizione di significati a enunciati normativi da parte dell'interprete. Mi domando quanto questa concezione, che è diventata un'importante acquisizione della cultura giuridica e che, ripeto, condivido, abbia favorito l'idea, oggi dominante, della natura creativa dell'interpretazione e dell'applicazione della legge.

Qui occorre anzitutto chiarire cosa intendiamo con "creazione" di diritto da parte della giurisdizione, ovvero con "interpretazione creativa". Io credo che dobbiamo distinguere due sensi di questa espressione. In un primo senso, banale e scontato, è in effetti "creazione" qualunque attribuzione di significati a un testo normativo, inevitabilmente più o meno discrezionale. In questo primo senso tutte le interpretazioni sono "creative". In un secondo senso, invece, con "interpretazione creativa" si intende, come scrive Tarello,

> «l'esito dell'attività dell'interprete che consiste nell'individuazione di una norma, la quale *non può essere considerata uno dei significati attribuibili* – secondo le regole linguistico-semantiche del contesto sociale, culturale e organizzativo in cui l'interprete opera – a un enunciato o a una combinazione di enunciati del discorso legislativo»[25] (corsivo mio).

[24] In una nota – la nota 5, pagina 112 – di un saggio critico dedicatomi nel suo recente volume, GUASTINI 2017, Riccardo Guastini ha osservato, a proposito dell'uso da me fatto, in FERRAJOLI 2007, delle tesi della logica deontica: «Purtroppo Luigi Ferrajoli non chiarisce quali valori logici abbiano le norme, sicché la sua logica deontica resta priva di fondamento concettuale». Ha poi aggiunto – in risposta a una mia lettera nella quale replicavo che io non ho affatto una "mia" logica deontica, ma semplicemente ho incorporato nella teoria, mediante il postulato P1 e le prime dieci definizioni, talune tesi elementari della logica deontica assumendole come altrettante tesi teoriche – che «l'idea che la logica deontica sia "una parte di una teoria empirica" mi pare un non senso». Mi sembra che questo breve scambio di critiche reciproche abbia fatto emergere nella maniera più chiara la sostanza delle nostre divergenze e, aggiungo, le ragioni delle nostre incomprensioni. Premesso che la scelta dei postulati di una teoria assiomatizzata è rimessa alla libera scelta del teorico, il "senso" dell'assunzione di P1 («Se di qualcosa non è permessa la commissione, allora ne è permessa l'omissione») come prima tesi intuitivamente evidente della teoria, e con esso delle altre tesi della deontica come tesi teoriche, è legato precisamente, come ho cercato di chiarire in FERRAJOLI 2007, 114-120, alla necessità di tale assunzione entro qualunque teoria del diritto positivo: per consentire alla teoria di dar conto delle possibili antinomie e lacune che inevitabilmente ricorrono in qualunque sistema di diritto positivo a causa, precisamente, del suo carattere dinamico, cioè del fatto che in esso le norme non sono dedotte bensì prodotte da atti precettivi e possono perciò indebitamente ricorrere anche se in contraddizione con – o non ricorrere anche se implicate da – norme ad esse sovraordinate. Sotto questo aspetto, può ben dirsi che P1 e le tesi della deontica sono davvero i principi teorici fondamentali (*iuris tantum*, come li ho chiamati) di qualunque teoria del diritto positivo, la cui mancata esplicitazione è, non a caso, all'origine di gran parte delle aporie che ho rilevato nella teoria kelseniana in FERRAJOLI 2016a. Per una risposta più ampia e argomentata all'intervento sopra ricordato di Riccardo Guastini, rinvio a FERRAJOLI 2018a.

[25] TARELLO 1980, 36 s.

Come ho sostenuto più volte, entrambi questi usi sono criticabili, essendo "interpretazione creativa", a mio parere, una contraddizione in termini, dato che dove c'è creazione non c'è interpretazione e dove c'è interpretazione non c'è creazione[26]. È perciò criticabile come illegittimo l'uso di "interpretazione creativa" nel secondo senso suddetto, che non consiste nell'interpretazione e nell'applicazione della legge bensì nell'illegittima produzione di nuovo diritto in violazione della separazione dei poteri e della soggezione dei giudici alla legge. Ma è criticabile come fuorviante anche l'uso di "interpretazione creativa" nel primo dei significati sopra distinti, che non consente di identificare il confine tra *legittima interpretazione*, sia pure discrezionale e opinabile, del diritto esistente, che consiste in quella specifica conoscenza empirica ammessa da un oggetto linguistico quale è il diritto positivo, e *creazione illegittima* di nuovo diritto, finendo così per legittimare il creazionismo giudiziario nel secondo senso e per delegittimare la sua critica come non pertinente[27].

Anche Tarello raccomanda, per ragioni di "terapia linguistica", di evitare l'uso di un simile termine, come del resto anche quello di altre espressioni come "interpretazione dichiarativa", "interpretazione estensiva", "interpretazione restrittiva" o "interpretazione abrogante[28]. Ma lo fa per una preoccupazione esattamente opposta a quella da me espressa: per sottolineare la sua concezione dell'interpretazione come attività volitiva, e perciò creativa, anziché cognitiva. «Si tratta di espressioni», egli scrive, «le quali suggeriscono che – e il cui uso implicitamente si ispira alla credenza che – il discorso legislativo abbia un significato proprio e principale, indipendente dalle attività interpretative degli utenti»[29]. Insomma, Tarello nega che l'interpretazione della legge consista in un'attività in qualche

[26] Rinvio a FERRAJOLI 2016b; FERRAJOLI 2016c; FERRAJOLI 2016d.

[27] A scanso di equivoci, è bene precisare che la tesi del carattere cognitivo della giurisdizione e del ruolo del sillogismo nell'applicazione giudiziaria della legge non vuol dire affatto che la conoscenza e il ragionamento giudiziario si riducano al sillogismo, come talora mi viene contestato; da ultimo da PINO 2018 e da BARBERIS 2017, 194, che richiamando le mie tesi sostiene che «il sillogismo giudiziario – sia pure per nobili ragioni di garanzia dei diritti degli imputati – distorce la raffigurazione del ragionamento giudiziario presentandolo come deduzione a partire da norme». Come invece ho più volte sostenuto (per esempio in FERRAJOLI 2016d, 30-32), il sillogismo è solo la forma della conclusione del ragionamento giudiziario, cioè il suo momento più banale pur se indispensabile, e non certo il ragionamento medesimo, le cui premesse sono affidate all'argomentazione interpretativa (per quanto riguarda l'individuazione delle norme da applicare) e all'argomentazione probatoria (per quanto riguarda i fatti da qualificare), cioè a due attività cognitive che comportano entrambe altrettante decisioni, la prima sulla verità giuridica (sempre opinabile) e la seconda sulla verità fattuale (sempre probabilistica), e che, come scrive Pino, rappresentano gran parte – direi la sola parte realmente impegnativa e problematica – del ragionamento giudiziario. In FERRAJOLI 1989, cap. I, par. 5.2, 38-41, come ho ricordato in FERRAJOLI 2016a, 152, nt. 233, ho scomposto il ragionamento giudiziario in tre sillogismi, dei quali solo i primi due consistono in argomentazioni a sostegno delle loro conclusioni – l'una consistente nella premessa fattuale ("Tizio, sulla base delle conferme dell'ipotesi accusatoria offerta dalle prove P, ha commesso il fatto F") e l'altra nella premessa giuridica ("il fatto F, sulla base della norma N1 frutto d'interpretazione, configura il reato G") – e solo l'ultimo ("Tizio ha commesso il reato G e sulla base della norma N2 è punito con la sanzione S") è puramente deduttivo.

[28] TARELLO 1980, 37.

[29] TARELLO 1980, 37 s.

senso cognitiva, oltre che volitiva e decisionale. Ma neppure arriva a qualificarla come attività creativa.

Domando allora: l'attività dell'interprete dei testi giuridici è creativa o cognitiva? Giacché *tertium non datur*. So bene che ai genovesi ripugna l'idea che l'interpretazione consista in un'attività in qualche senso cognitiva. Ma io credo che questa resistenza o ripugnanza dipenda da due ragioni: dal timore di ridurre l'indubbia originalità della tesi del loro maestro e, soprattutto, da una loro concezione semplicemente insostenibile della conoscenza giuridica, anzi della conoscenza in generale, da essi intesa come pura descrizione o asseverazione, suscettibile di essere qualificabile come oggettivamente vera o falsa. Al contrario, la conoscenza empirica – sia essa di tipo scientifico, o storiografico, o diagnostico, o giudiziario – è sempre, al pari della verità delle tesi empiriche, una conoscenza relativa e opinabile, e implica sempre, perciò, un momento decisionale e volitivo. Le sole conoscenze che non ammettono decisioni, se non nella scelta dei loro assiomi, sono la logica e la matematica, le cui tesi sono, rispetto alle loro premesse e in ultima analisi agli assiomi, assolutamente vere semplicemente perché rispetto ad essi tautologiche. Di qui la necessità di distinguere tra creatività illegittima, non consistente in conoscenze ma in invenzioni, e l'inevitabile e perciò legittima dimensione decisionale o volitiva di qualunque conoscenza empirica, inclusa la cognizione giudiziaria.

Aggiungo che la distinzione sembra implicitamente suggerita dallo stesso Tarello allorquando parla, nel passo qui citato, di "significati attribuibili" al testo legislativo, cioè di quella che Kelsen chiama la cornice dei possibili significati del testo normativo. Distinguere tra significati attribuibili e significati non attribuibili a un testo normativo equivale infatti a dire che tale testo non è affatto muto; che non qualunque significato gli è legittimamente attribuibile; che esso ha, per l'appunto, uno o più significati ad esso attribuibili ad opera dell'interpretazione, e non anche i significati ad esso non attribuibili e perciò frutto di invenzione o di creazione. Insomma, l'attribuzione di un significato a un testo normativo, pur essendo certamente un atto di volontà, ovvero una decisione, non ne toglie il carattere cognitivo, a meno che il significato attribuito non sia ad esso attribuibile perché prodotto di un'indebita creazione. Non solo. Negare il carattere cognitivo della giurisdizione nel moderno stato di diritto e affermarne il carattere creativo vuol dire smarrirne, sul piano storiografico, il tratto distintivo rispetto alla creatività, quale fonte di diritto, dell'*interpretatio* nel diritto giurisprudenziale premoderno, più volte sottolineata con forza dallo stesso Tarello[30].

[30] TARELLO 1976, 67-69; TARELLO 1980, 1-11. Nello stesso senso, BARBERIS 2017, 18, 55 e 178, secondo il quale «nello stato legislativo continentale, dopo la codificazione, l'*interpretatio* cessò di essere fonte del diritto e divenne mera attribuzione: attribuzione di significato a testi da parte di dottrina e giurisprudenza».

2.3. *Le insidie del realismo giuridico*

Infine la terza questione, quella del realismo giuridico, che ho già sollevato nel saggio che recentemente ho dedicato all'opera di Riccardo Guastini in occasione dei suoi settanta anni[31].

Tarello ha avuto indubbiamente il grande merito di introdurre in Italia il realismo giuridico e di mostrare, con tutta la sua produzione, la fecondità dell'approccio realistico sia alle indagini critiche sulla dottrina giuridica e sulla giurisprudenza, sia alla storiografia del diritto e della cultura giuridica. La cultura giuridica italiana degli anni Sessanta e Settanta, e in gran parte anche quella odierna, era viziata da una sorta di fallacia normativistica, suggerita dal metodo tecnico-giuridico: cioè dall'idea che il diritto si identifica con le norme vigenti, e non anche con quanto di fatto accade, cioè con la loro concreta applicazione e talora violazione, e la scienza giuridica consiste unicamente nella loro analisi, esplicazione e sistemazione. Tarello promuove al contrario, con i suoi scritti ed anche con il suo impegno nella fondazione della rivista *Sociologia del diritto*, una cultura giuridica interessata al *law in action*, ben più che al *law in book*, al diritto vivente e non solo al diritto vigente.

Si tratta chiaramente di un contributo fondamentale, oggi pacificamente acquisito ma niente affatto scontato negli anni Sessanta e Settanta. Mi domando tuttavia quanto la concezione realistica del diritto – non solo quella di Giovanni Tarello e della sua scuola, ma in generale qualunque concezione gius-realistica –, unitamente all'ossessione per la natura descrittiva della scienza, non rischi di favorire una fallacia opposta a quella normativistica: quella che ho chiamato "fallacia realistica", consistente nell'appiattimento della teoria e della scienza del diritto sulla descrizione dell'esistente, parallelo all'appiattimento della validità delle norme giuridiche sulla loro esistenza e/o sulla loro concreta effettività. Con il risultato, come ho scritto altre volte, di una sorta di legittimazione incrociata: della teoria (descrittiva) da parte della realtà (descritta), cioè di ciò che dicono e fanno i giudici e, più in generale, di come funzionano in concreto i sistemi giuridici, e, per altro verso, della realtà del diritto, (descritta) insieme alle sue pratiche illegali o incostituzionali, da parte della (descrizione offertane dalla) teoria. L'insidia più grave del realismo – non solo nella scienza giuridica, ma anche nella scienza economica e in quella politica – è insomma una sorta di naturalizzazione della realtà, e perciò la confusione di ciò che accade con ciò che è giuridicamente valido o politicamente inevitabile o economicamente giustificato che accada.

Una teoria consistente del diritto deve invece guardarsi da entrambe le fallacie, da quella normativistica come da quella realistica, e non deve essere, perciò, né

[31] FERRAJOLI 2018b.

esclusivamente normativistica né esclusivamente realistica, dovendo essere l'una e l'altra cosa insieme. Non deve, in altre parole, guardare esclusivamente alle norme o esclusivamente ai fatti, identificando il diritto solo con le prime o solo con i secondi, ma deve guardare alla divaricazione tra norme e fatti, distinguendo sempre tra validità (e invalidità) e vigore (o esistenza), e tra vigore ed effettività (o ineffettività). Normativismo e realismo, infatti, non sono, a mio parere, approcci tra loro alternativi alla conoscenza del diritto, bensì due punti di vista – l'uno rivolto al dover essere del diritto espresso dall'universo linguistico delle norme, l'altro al suo essere effettivo costituito dall'universo extra-linguistico dei fatti e degli atti – entrambi essenziali per comprenderne non solo la validità e l'effettività, ma anche l'invalidità e l'ineffettività conseguenti ad antinomie o a lacune[32].

[32] Rinvio, su questa doppia interpretazione semantica, normativistica e realistica, della teoria del diritto, a: FERRAJOLI 1983; FERRAJOLI 2007, I, par. 3, 12-15; FERRAJOLI 2011, par. 14.1.3, 239-248; FERRAJOLI 2016a, par. 4.3, 80-88.

Riferimenti bibliografici

BARBERIS M. 1987. *Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1987, 317 ss.

BARBERIS M. 2017. *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017.

BOBBIO N. 1974. *Intervento*, in ORECCHIA R. (ed.), *Il diritto come ordinamento/Informazione e verità nello Stato contemporaneo. Atti del X Congresso nazionale di Filosofia del diritto, Bari, 3-5 ottobre 1974*, Milano, Giuffrè, 1975, 91 ss.

BOBBIO N. 1987. *Ricordo di Giovanni Tarello*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1987, 303 ss.

CASTIGLIONE S. 1989. *Introduzione*, in CASTIGLIONE S. (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, il Mulino, 1989.

CRISAFULLI V. 1959. *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 238 ss.

CRISAFULLI V. 1964. *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 195 ss.

CRISAFULLI V. 1968. *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 925 ss.

FERRAJOLI L. 1983. *La semantica della teoria del diritto*, in SCARPELLI U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, 115 ss.

FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 11 ed., Roma-Bari, Laterza, 2018.

FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol., Roma-Bari, Laterza, 2007.

FERRAJOLI L. 2011. *Intorno a 'Principia iuris'*, in DI LUCIA P. (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Led, 2011, 235 ss.

FERRAJOLI L. 2016a. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

FERRAJOLI L. 2016b. *Argumentación interpretativa y argumentatación equitativa. Contra el creacionismo judicial*, in «Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico», 20, 2016, 64 ss.

FERRAJOLI L. 2016c. *Contro la giurisprudenza creativa*, in «Questione giustizia», 4, 2016, 13 ss.

FERRAJOLI L. 2016d. *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in «Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica», 2, 2016, 23 ss.

FERRAJOLI L. 2018a. *La logica nel diritto. Una risposta a Riccardo Guastini*, in «Analisi e diritto 2018», in corso di pubblicazione.

FERRAJOLI L. 2018b. *Fonti e norme nell'opera di Riccardo Guastini. Le insidie del realismo*, in CHIASSONI P., COMANDUCCI P., RATTI G.B. (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Madrid-Barcellona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2018, in corso di pubblicazione.

GUASTINI R. 1987. *Questione di stile*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1987, 479 ss.

GUASTINI R. 1989. *Giovanni Tarello giurista*, in CASTIGLIONE S. (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, il Mulino, 1989, 125 ss.

GUASTINI R. 2017. *Discutendo*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

GUASTINI R., REBUFFA G. 1988. *Introduzione*, in TARELLO G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, 3 ss.

KELSEN H. 1960. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, 2 ed., riveduta e ampliata, Wien, Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).

MORRIS CH. 1938. *Lineamenti di una teoria dei segni*, Torino, Paravia, 1954 (ed. or. *Foundation of a Theory of Signs*, Chicago, Chicago University Press, 1938, tr. it. di F. Rossi Landi).

ORECCHIA R. (ed.) 1975. *Il diritto come ordinamento/ Informazione e verità nello Stato contemporaneo. Atti del X Congresso nazionale di Filosofia del diritto, Bari, 3-5 ottobre 1974*, Milano, Giuffrè, 1975.

PINO G. 2018. *Tre aporie (e qualche perplessità) nell'opera di Luigi Ferrajoli*, in DI LUCIA P., PASSERINI GLAZEL L. (eds.), *Il "dover essere" del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, in corso di pubblicazione.

ROSS A. 1968. *Direttive e norme*, Milano, Edizioni di Comunità, 1978 (ed. or. *Directives and Norms*, London, Routledge, 1968, tr. it. di M. Jori).

TARELLO G. 1957. *Sul problema della crisi del diritto*, Torino, Giappichelli, 1957.

TARELLO G. 1962. *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962.

TARELLO G. 1964. *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Occam*, Milano, Giuffrè, 1964.

TARELLO G. 1966a. *Il 'problema dell'interpretazione': una formulazione ambigua*, in ID. , *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, 389 ss.

TARELLO G. 1966b. *"Obbligo" e "conflitto di obblighi"*, in «Rivista di Filosofia», 57, 1966, 214 ss.

TARELLO G. 1966c, *Appunti su "obbligo"*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 20, 1966, 217 ss.

TARELLO G. 1966d. *Intervento* nella Tavola rotonda sul positivismo giuridico, in «Il politico», 4, 1966, 822 ss.

TARELLO G. 1967a. *Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi*, in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 44, 1967, 419 ss.

TARELLO G. 1967b. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1967.

TARELLO G. 1967c. *Intervento*, in *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Quaderni de «Il politico», Milano, Giuffrè, 1967.

TARELLO G. 1968. *Introduzione al linguaggio precettivo*, in ID. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, 135 ss.

TARELLO G. 1969a. *Scuola dell'esegesi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVI, Torino, UTET, 1969, 819 ss.

TARELLO G. 1969b. *Le ideologie della codificazione. Dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica. Dispensa I, Anno Accademico 1968-1969*, Genova, CLU, 1969.

TARELLO G. 1971. *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in ID., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, 403 ss.

TARELLO G. 1974a. *Su 'obbligo'*, in ID., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, 273 ss.

TARELLO G. 1974b. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974.

TARELLO G. 1975a. *Il diritto come ordinamento*, in ORECCHIA R. (ed.), *Il diritto come ordinamento/ Informazione e verità nello Stato contemporaneo. Atti del X Congresso nazionale di Filosofia del diritto, Bari, 3-5 ottobre 1974*, Milano, Giuffrè, 1975, 49 ss.

TARELLO G. 1975b. *Prospetto per la voce "Ordinamento giuridico" di una enciclopedia*, in «Politica del diritto», 6, 1975, 73 ss.

TARELLO G. 1976. *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976.

TARELLO G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

TARELLO G. 1989. *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, il Mulino, 1989.

VON WRIGHT G.H. 1963. *Norma e azione. Un'analisi logica*, Bologna, il Mulino, 1989 (ed. or. *Norm and Action. A Logical Inquiry*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, trad. it. di A. Emiliani).

LA DISTINZIONE FRA DISPOSIZIONE E NORMA NELLA TEORIA GIURIDICA DI TARELLO

VITTORIO **VILLA**

&dq

La distinzione fra disposizione e norma nella teoria giuridica di Tarello

The Distinction Between Legal Sentence and Norm in Tarello's Legal Theory

VITTORIO VILLA

Ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo.
E-mail: vittorio.villa@unipa.it

ABSTRACT
Questo paper è dedicato alla distinzione fra enunciato-disposizione e significato-norma, sviluppata da Giovanni Tarello negli anni Sessanta. Cerco di mostrare che da questa distinzione possono derivarsi delle implicazioni molto interessanti, non solo "all'interno" del programma di ricerca di teoria analitica del diritto sviluppato da Tarello e proseguito dalla sua scuola, ma anche "all'esterno" di questo programma. Da quest'ultimo punto di vista, si può sostenere, in primo luogo, che tale distinzione anticipa il cambio di paradigma che porta l'interpretazione giuridica al centro della teoria del diritto; e, in secondo luogo, che essa presuppone implicitamente, contrariamente all'opinione della scuola genovese, la presenza di una *relazione concettuale interna* fra interpretazione e significato.

This paper is dedicated to the distinction between legal sentences and norms, advanced by Giovanni Tarello in the Sixties of the last century. I try to show that many interesting implications can be derived from this distinction. Some of them are *internal* to the research program in analytical legal theory developed by Tarello; some others are *external*, in the sense that they anticipate future developments in legal theory, as, particularly, the change of paradigm that puts interpretation at the heart of legal theory. The last important implication that can be drawn by this distinction is that there is an *internal conceptual relationship* between interpretation and meaning.

KEYWORDS
Disposizione, norma, interpretazione, significato

Legal sentence, norm, interpretation, meaning

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

La distinzione fra disposizione e norma nella teoria giuridica di Tarello

VITTORIO VILLA

1. *Brevi cenni introduttivi* – 2. *La tesi tarelliana su disposizione e norma* – 3. *Gli sviluppi "interni" della distinzione tarelliana* – 4. *Gli sviluppi "esterni" della distinzione tarelliana.*

1. *Brevi cenni introduttivi*

Sono particolarmente lieto di partecipare a questa discussione sull'opera di Giovanni Tarello, pensatore che annovero fra i miei grandi "maestri lontani" (insieme a Bobbio e a Scarpelli), e che ha contribuito in modo fondamentale alla mia formazione di studioso.

Gli interessi di ricerca di Tarello sono stati molto ampi e articolati; il mio breve saggio si occuperà del versante teorico della sua riflessione (il Tarello "teorico del diritto"), e, all'interno di questo, assumerà come oggetto specifico di indagine un aspetto a mio avviso molto importante, che rappresenta, nella concezione tarelliana, il punto in cui la teoria del diritto si incrocia con la teoria dell'interpretazione. È proprio l'interpretazione, infatti, a "costruire" uno degli oggetti fondamentali (le "norme del diritto positivo") della teoria del diritto complessivamente considerata, oggetto che sarà poi tematizzato da quest'ultima, sotto diversi profili e all'interno di vari livelli di discorso.

L'aspetto di cui mi occuperò, molto brevemente, è costituito dalla distinzione tarelliana fra *disposizione* e *norma*. L'indagine si svilupperà nei seguenti passaggi. Nel prossimo paragrafo esaminerò questa distinzione nei termini in cui Tarello stesso l'ha formulata; nel paragrafo terzo cercherò di evidenziare le implicazioni che vengono normalmente fatte derivare da questa tesi, in sede di teoria del diritto e di teoria dell'interpretazione giuridica, per opera soprattutto della sua scuola, e segnatamente di Riccardo Guastini, che è certamente lo studioso che ha maggiormente seguito la strada teorica tracciata dal suo maestro; nel quarto e conclusivo paragrafo sosterrò che le implicazioni della tesi tarelliana sono molto più *far-reaching* di quanto la sua stessa scuola abbia fatto intendere, perché anticipano una svolta teorica all'interno del positivismo giuridico contemporaneo, svolta per opera della quale l'interpretazione giuridica viene posta al centro della teoria del diritto.

2. *La tesi tarelliana su disposizione e norma*

Tarello avanza la sua tesi nel saggio *Il problema dell'interpretazione: una formula ambigua* (TARELLO 1966), nel quale pubblica l'intervento da lui svolto al Convegno della Società italiana di filosofia del diritto (Roma 1965). Questo saggio viene poi ripubblicato nell'ormai classico volume *Diritto, enunciati e usi* (TARELLO 1974). La tesi viene poi ripresentata nel volume *L'interpretazione della legge* (TARELLO 1980), ma senza modifiche particolarmente rilevanti.

Passo adesso a esaminare il contenuto della tesi tarelliana, nella formulazione contenuta nel volume del 1974. Tarello (TARELLO 1974, 393) muove dalla messa in discussione di due tesi per lui screditate, tipiche dell'approccio all'interpretazione praticato dal *formalismo interpretativo*. Secondo queste tesi: i) esiste, in qualche senso, un significato proprio delle norme, precostituito rispetto ai processi con i quali gli operatori giuridici impiegano le norme; ii) la natura stessa della norma impone dei criteri o canoni per la scoperta del significato, sulla scorta dei quali si può discriminare fra un'interpretazione *vera* e un'interpretazione *falsa*.

Tarello ribatte a queste due tesi, sostenendo, per quanto riguarda la prima, che *la norma non ha un significato perché è un significato*. La norma è il significato di un *segmento di linguaggio in funzione precettiva*, contenuto in un documento in lingua (TARELLO 1974, 394), segmento che la filosofia del linguaggio qualifica come *enunciato* e che la teoria del diritto usa denominare *disposizione* (ad esempio, una *disposizione legislativa*). Per Tarello, dunque, la norma non è un *dato* precostituito rispetto all'attività interpretativa di giudici, giuristi e teorici del diritto, ma un *prodotto* del processo interpretativo stesso (TARELLO 1974, 395).

Per quanto riguarda la seconda tesi, Tarello sostiene che l'enunciato-disposizione tollera di solito un certo numero di interpretazioni, tante quante sono le possibili combinazioni dei significati attribuibili (in un dato contesto storico-culturale) ai vocaboli del linguaggio ordinario e ai vocaboli tecnici che compaiono nell'enunciato (TARELLO 1974); ovvero, come si potrebbe pure dire (VILLA 2017, II, 54 e 86), la disposizione sopporta le possibili combinazioni dei significati delle parole dell'enunciato che superano la *soglia di tollerabilità culturale* fissata, in qualche senso, dalla comunità giuridica di riferimento. Ciò vuol dire, sempre secondo Tarello, che di una interpretazione non può mai dirsi che è "vera" o "falsa".

Non si tratta, è bene precisarlo, di una tesi nuova nella nostra dottrina giuridica. Essa è stata introdotta, quantomeno sotto il profilo del lessico, da Vezio Crisafulli (CRISAFULLI 1964) ed è correntemente usata dalla nostra dottrina giuridica, soprattutto nell'ambito del diritto costituzionale, ad esempio per distinguere i vari tipi di sentenze della Corte Costituzionale. Tali usi, tuttavia, non sempre sono contrassegnati da rigore analitico e da una coerente applicazione delle categorie linguistiche adottate. Come fa notare Riccardo Guastini (GUASTINI 2014, 220, in nota), molto spesso nel linguaggio corrente dei giuristi la parola "disposizione" è

usata per denotare commi o interi articoli di testi normativi. In realtà, nella formulazione tarelliana, l'enunciato-disposizione è l'unità minimale del discorso (giuridico), la singola espressione in lingua, di forma compiuta, cui può essere attribuito un significato.

La definizione tarelliana non ha soltanto il pregio di essere perfettamente coerente con le premesse di filosofia del linguaggio adottate, e rigorosa nella sua formulazione; essa, in quanto tesi di teoria analitica del diritto (e non di dogmatica giuridica), ha una portata molto generale, e dunque, non rispondendo a specifici obiettivi settoriali, si presta a un ampio spettro di utilizzazioni e può consentire alcuni sviluppi di una certa importanza.

3. *Gli sviluppi "interni" della distinzione tarelliana*

La distinzione tarelliana rappresenta, come ho detto, un utilissimo strumento esplicativo, innanzitutto perché, come vedremo fra breve, consente di introdurre alcune importanti distinzioni di carattere teorico, e di riformulare, in modo più preciso, alcuni delicati problemi di carattere giusfilosofico, affrontati sinora in modo inadeguato; ma anche perché, ancora più a fondo, è in grado di fornire una risposta, molto più rigorosa, rispetto a quelle tradizionalmente offerte, alla questione del senso in cui l'attività interpretativa ha un carattere "creativo".

In questo paragrafo cercherò di passare in rassegna alcuni di questi possibili sviluppi, che qualificherò come "interni", perché rappresentano estensioni teoriche che si collocano "dentro" la cornice del programma di ricerca tarelliano di teoria analitica del diritto. Nel prossimo paragrafo mi preoccuperò, invece, di esaminare alcuni possibili sviluppi che chiamerò "esterni", perché riguardano implicazioni che si collocano, ben al di là delle intenzioni di Tarello stesso, non solo "all'esterno" del suo programma, in quanto esprimono alcune anticipazioni sugli sviluppi futuri della teoria del diritto, non solo analitica; ma talvolta anche "contro" il suo stesso programma, perlomeno nel modo in cui esso è portato avanti da alcuni suoi allievi, Guastini e Chiassoni.

Per portare alla luce queste implicazioni "interne", può essere utile menzionare quanto dice lo stesso Guastini. In un recente volume (GUASTINI 2017, 203-211) l'autore illustra alcuni importanti esiti teorici della distinzione tarelliana fra enunciato-disposizione e norma-significato. Li passerò brevemente in rassegna.

A) La distinzione consente di duplicare il tradizionale problema della "validità delle norme", che viene sdoppiato in quello della *validità delle disposizioni* e in quello della *validità delle norme*. Il primo senso di validità riguarda la sua dimensione *formale*, e dunque la conformità o meno del modo di produzione della disposizione (ad esempio, legislativa) rispetto allo schema predisposto dalle norme

di grado superiore; il secondo riguarda la dimensione *materiale* della validità, e dunque la compatibilità o meno di una norma, in quanto prodotto interpretativo, rispetto alle norme di grado superiore che ne vincolano il contenuto. Tale distinzione ci fa capire che la validità di una disposizione non comporta la validità di tutte le norme che da essa possono essere ricavate per via di interpretazione, e, viceversa, che la invalidità di una norma non comporta l'invalidità della disposizione da cui essa è tratta. Non può sfuggire l'importanza di questa distinzione per l'esame dei differenti tipi di sentenze (su disposizioni e su norme) che possono essere emesse dalla Corte Costituzionale.

B) La distinzione consente di trasformare i problemi della *chiarezza della legge* e della *certezza del diritto*, normalmente affrontati in modo molto vago e generico, in questioni molto più specifiche, suscettibili di una trattazione molto più rigorosa, e cioè come problemi di *tecnica di redazione di testi legislativi*. Da questo punto di vista, il legislatore dovrebbe ad esempio domandarsi, nell'editare un certo testo legislativo, a quali manipolazioni interpretative esso potrebbe andare incontro; e dovrebbe domandarsi, anche, quale tipo di formulazione legislativa possa offrire minori spazi a manipolazioni interpretative.

C) In accordo con questa distinzione, si può sostenere che tutta l'interpretazione è *creativa*, in quanto le norme sono effettivamente un prodotto dell'interpretazione. Rilevo che questo è in effetti uno dei possibili significati di *creatività dell'interpretazione*, e precisamente il suo senso *debole*, che però nulla ci dice su come l'interpretazione *viene* condotta o su come *dovrebbe essere* condotta. A mio avviso, la nozione di "creatività dell'interpretazione" dovrebbe essere ulteriormente scomposta: ad essa, in realtà, dovrebbero essere attribuiti almeno altri tre sensi, come ho cercato di mostrare nel mio libro sull'interpretazione (VILLA 2012, 189-192).

Mi manca lo spazio, tuttavia, per affrontare tale questione. In ogni caso, il fatto che l'interpretazione sia *strutturalmente creativa* non vuol dire, come invece sostiene Guastini (GUASTINI 2017, 207), che la scelta di attribuire un certo significato a preferenza di altri sia frutto di mera *volizione*, di una variabile delle *preferenze pratiche* dell'interprete. Si può ben ammettere che l'interpretazione abbia sempre uno spazio di creatività, più o meno fisiologico, a seconda dei casi, e non per questo negare che a essa possa anche appartenere una dimensione conoscitiva (VILLA 2012, 195 s.). Come è noto, per Guastini, sulla scia tracciata da Tarello, l'unico spazio conoscitivo che rimane disponibile, nell'ambito dell'interpretazione, è quello che spetta alla teoria dell'interpretazione, in quanto *discorso descrittivo* che si occupa di esaminare come *di fatto*, in un certo contesto istituzionale, gli operatori giuridici interpretano e applicano i documenti normativi. Alla *teoria dell'interpretazione*, come espressione di *conoscenza scientifica genuina*, viene poi contrapposta

l'*ideologia dell'interpretazione*, che si preoccupa, invece, di *suggerire* o *prescrivere* alcune tecniche di interpretazione a scapito di altre (GUASTINI 2017, 205 s.).

Non posso soffermarmi su questo tipo di distinzione fra teoria e ideologia dell'interpretazione, e sui presupposti epistemologici che essa implica. Posso dire soltanto che contesto radicalmente, sul piano epistemologico generale, questa immagine estremamente riduttiva dei discorsi della conoscenza scientifica, a cui fa da contraltare una immagine estremamente allargata, ma anche molto vaga e indifferenziata, di tutti i discorsi (valutativi, prescrittivi ecc.) che si oppongono alla modalità del descrittivo. Ho recentemente caratterizzato questa immagine complessiva come *two baskets theory*, e a quelle pagine rinvio per ogni ulteriore approfondimento (VILLA 2017, 162-168).

4. *Gli sviluppi "esterni" della distinzione tarelliana*

Quelli delineati nel paragrafo precedente sono gli sviluppi della distinzione tarelliana che ho qualificato come "interni". Ma avevo già anticipato, però, che in questa distinzione si poteva scorgere molto di più che alcune possibili estensioni, certo molto importanti (anche se non tutte condivisibili), del programma di ricerca tarelliano di teoria analitica del diritto. Sono anche ipotizzabili, infatti, alcuni sviluppi "esterni", che anticipano delle svolte nella teoria del diritto contemporanea. O che magari vanno contro la direzione di ricerca tracciata dal programma stesso, ben al di là delle intenzioni di colui che ne ha poste le premesse.

Di due di questi sviluppi esterni parlerò adesso, in questo paragrafo finale.

A) Un primo esito che può esser fatto derivare dalla distinzione tarelliana riguarda quella che potremmo chiamare l'anticipazione di un *cambio di paradigma* nella teoria del diritto contemporanea, ben al di là dell'area che potremmo genericamente qualificare come "analitica". In chiave di costruttivismo epistemologico, si potrebbe dire che tale svolta precorre un nuovo modo di ritagliare l'esperienza giuridica. Infatti, con la molto netta affermazione secondo cui *la norma giuridica* (il principale oggetto di studio della scienza giuridica e della teoria del diritto) *è un prodotto dell'interpretazione*, Tarello pone l'interpretazione al centro della teoria del diritto, indica l'oggetto (che però in questo caso è un'attività, una *pratica sociale*, e non una entità statica, normativa o fattuale che sia) cui dedicare le maggiori attenzioni teoriche.

Ebbene, l'interpretazione occupa oggi un posto assolutamente cruciale nella teoria del diritto (VILLA 2012, 2 s.), e rappresenta uno dei principali elementi di quel *turn to practice-based theories* (così BIX 1995, 137) che caratterizza gli approcci teorici degli ultimi decenni. Intendiamoci, la teoria dell'interpretazione ha sempre avuto un posto importante all'interno della teoria giuridica. Non c'è manuale o trattato

di teoria del diritto che non abbia dedicato alcune pagine o un capitolo intero a questo tema. Se, però, prendiamo le grandi teorie del diritto del secolo scorso, notiamo che l'interpretazione viene tutto sommato considerata come un "argomento di settore", sia pure di importanza decisiva. Se, ad esempio, guardiamo all'opera di Hans Kelsen, ci accorgiamo che nella *Dottrina pura del diritto* (KELSEN 1960, cap. VIII), l'interpretazione giuridica è discussa nell'ultimo capitolo, e dunque dopo che sono stati affrontati e risolti, in via pregiudiziale, tutti i problemi che Kelsen considera di carattere fondamentale: i problemi, cioè, legati all'identificazione e all'attribuzione di validità alle norme giuridiche e poi all'inserimento di queste norme all'interno di un sistema che le ricomprenda.

Il discorso non cambia se prendiamo in considerazione l'opera di un altro grande teorico del diritto del secolo scorso, Alf Ross. Anche in *Diritto e giustizia* il capitolo sull'interpretazione è soltanto il quarto (ROSS 1958), e trova posto dopo che, nei capitoli precedenti, l'autore ha affrontato il problema dell'esistenza normativa del diritto (esistenza che per lui non può che essere una "esistenza empirica").

Potrebbe sembrare che per l'altro grande teorico del diritto del secolo scorso, Herbert Hart, le cose vadano in modo diverso. Nella sua prospettiva, in fondo, è già presente l'idea che il diritto sia una *pratica sociale normativa*, e proprio perché, per Hart, le norme giuridiche esistono, in senso proprio, solo in quanto inserite in una *pratica sociale normativa*, in quanto, cioè, vengano interpretate, usate, applicate, menzionate, considerate come base per critiche e giustificazioni, eccetera, da parte dei membri di una comunità di *rule followers*, una parte rilevante dei quali adotta il *punto di vista interno* (HART 1994, 67-70 e 105-108). Eppure nemmeno in Hart, nonostante queste premesse teoriche, è rinvenibile esplicitamente la tesi secondo cui le norme giuridiche sono il prodotto dell'interpretazione, e l'interpretazione stessa finisce per essere collocata in una fase di molto successiva rispetto alla trattazione della tesi secondo cui l'accettazione e l'uso critico della norma sono il *momento costitutivo* per l'esistenza della norma stessa. La nozione di interpretazione sfuma all'interno della *dimensione riflessiva* che Hart considera come un presupposto necessario per l'accettazione della norma. Hart vuole dire che per accettare una norma bisogna conoscerne il significato, ma non tematizza adeguatamente questo punto.

Negli ultimi decenni, invece, un buon numero di trattazioni, che si pongono l'ambizioso obiettivo di presentare una concezione generale, una visione di insieme del diritto, considerano l'interpretazione e l'argomentazione come le idee centrali, il vero e proprio fulcro attorno al quale far ruotare tutta l'indagine (si vedano, a mero titolo di esempio, DWORKIN 1986 e ATIENZA 2006).

Ebbene, Tarello, già nel 1966, aveva esplicitamente teorizzato l'idea secondo cui la norma è il prodotto dell'attività interpretativa, e che di conseguenza non è possibile, per la teoria del diritto e per la scienza giuridica, render conto delle norme di un dato sistema giuridico senza contestualmente "descrivere" (ma io preferirei il termine "ricostruire") le attività interpretative di tipo "manipolatorio"

che da una data disposizione giuridica ricavano una norma (una delle varie possibili norme).

B) Il secondo esito della distinzione tarelliana, per la verità, non è mai è stato riconosciuto dalla sua scuola come derivabile da quella distinzione; al contrario, la teoria dell'interpretazione sviluppata dalla scuola genovese, sulla base delle premesse tarelliane, sostiene una tesi completamente opposta. Io, però, sono convinto che questo secondo esito, a ben guardare, può essere fatto coerentemente derivare dall'assunzione secondo cui la norma è il significato che viene attribuito alla disposizione in sede di interpretazione.

Sostenere questo, infatti, vuol dire affermare che lo scopo dell'interpretazione è produrre significati, e dunque stabilire una connessione affatto peculiare fra interpretazione e significato. Si tratta, come ho già avuto occasione di rilevare (VILLA 2012, 24-26), di una *relazione interna* (BAKER, HACKER 1984, 94-115) fra interpretazione e significato, tale per cui le due nozioni sono *concettualmente* collegate. Non è possibile, dunque, sviluppare definizioni e teorie dell'interpretazione che non richiamino *necessariamente* definizioni e teorie del significato. Non si può avanzare una teoria dell'interpretazione senza, contestualmente, fornire, o quanto meno presuppore implicitamente, una teoria del significato.

Questa a me pare una conseguenza ineluttabile della distinzione tarelliana. Stranamente, però, secondo la scuola genovese, ma soprattutto secondo Guastini (GUASTINI 2008, 468), la teoria dell'interpretazione non ha bisogno di una teoria generale del significato, perché è essa stessa una specifica teoria del significato, l'unica praticabile in ambito giuridico. Mi pare che ciò contrasti con l'impostazione data da Tarello alla sua teoria dell'interpretazione. Non è affatto un caso che nel volume *Diritto, enunciati, usi*, lo studioso, prima delle pagine in cui si occupa di interpretazione, dedichi uno spazio molto ampio all'*analisi del linguaggio in generale*, come premessa all'*analisi del linguaggio precettivo*; e che in questo spazio trovi un'adeguata collocazione anche una teoria generale del significato, che risulta, in una prima fase dell'indagine, sganciata da ogni riferimento al linguaggio precettivo.

Riferimenti bibliografici

ATIENZA M. 2006. *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

BAKER G.P., HACKER P.M.S. 1984. *Scepticism, Rules and Language*, Oxford, Blackwell, 1984.

BIX B. 1995. *Questions in Legal Interpretation*, in MARMOR A. (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 137 ss.

CRISAFULLI V. 1964. *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964.

DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986.

GUASTINI R. 2008. *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, XXXVIII, 463 ss.

GUASTINI R. 2014. *La sintassi del diritto*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2014.

GUASTINI R. 2017. *Discutendo*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

HART H.L.A. 1994. *Il concetto di diritto*, 2 ed. con un poscritto, Torino, Einaudi, 2002 (ed. or. *The Concept of Law*, II ed. with a postscript, Oxford, Clarendon Press, 1994, trad. it. di M.A. Cattaneo).

KELSEN H. 1960. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, trad. it. di M. Losano).

ROSS A. 1958. *Diritto e giustizia*, 2ª ed., Torino, Einaudi, 1990 (ed. or. *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, trad. it. di G. Gavazzi).

TARELLO G. 1966. *Il problema dell'interpretazione: una formula ambigua*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 43, 1966, 351 ss.

TARELLO G. 1974. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974.

TARELLO G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

VILLA V. 2012. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012.

VILLA V. 2017. *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, Giappichelli, 2017.

MONOGRAFICA / 2

CONTEMPORARY AND MULTIDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON LAW AND POLICY EVALUATION

BARBARA GIOVANNA **BELLO**
MONICA **CAPPELLETTI**
E GIORGIO **PINO**

CONTEMPORARY AND MULTIDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON LAW AND POLICY EVALUATION.

AN INTRODUCTION

BARBARA GIOVANNA **BELLO**

&dq

Contemporary and Multidisciplinary Perspectives on Law and Policy Evaluation. An Introduction

BARBARA GIOVANNA BELLO

Postdoctoral Fellow, Università di Milano.
E-mail: barbara.bello@unimi.it

ABSTRACT
Although public policy evaluation, program evaluation and legislative evaluation have often run parallel, they share some common concerns, such as – in a world where evaluation is supposed to influence policy and law makers – questions of social justice and democracy (including equal participation) in the evaluation process, as well as of establishing what kind of rule people are more likely to follow. Without claim of completeness, this introductory note describes some paradigms and approaches emerged in the field of evaluation, while in the last paragraph it provides an overview of the contributions to the monographic part on *Contemporary and multidisciplinary perspectives on law and policy evaluation.*

KEYWORDS
Legislative and policy evaluation, impact assessment, effectiveness, social justice, rule-following

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Contemporary and Multidisciplinary Perspectives on Law and Policy Evaluation. An introduction*

BARBARA GIOVANNA BELLO

1. *Premise* – 2. *Questions of social justice and democracy in evaluation* – 3. *Effectiveness and rule-following* – 4. *Structure of the monographic part.*

1. *Premise*

Public policy evaluation (MARTINI, MO COSTABELLA, SISTI 2006; MARTINI, SISTI 2009), program evaluation (GUBA, LINCOLN 1989; GUBA 1990) and legislative evaluation (FERRARI 2004; PRINA 2016; REHBINDER 1972; ROTTLEUTHNER 1983) have often run parallel without many opportunities to share a common space for reflection. The idea of this brief monographic part, which includes contributions by Luigi Cominelli, Donna Mertens and Koen Van Aeken, originated with the idea of presenting some recent approaches to one or more of these kinds of evaluation in order to stimulate further joint and interdisciplinary debates and see how they can inform each other. There is a great need in many countries to develop such a discussion on both theoretical and practical aspects, and especially in Italy, where the Italian Senate's Impact Evaluation Office (Ufficio Valutazione impatto del Senato) was created by former Senate President Pietro Grasso only in 2017[1], although there had been previous experiences both at the Chamber of Deputies and Senate.

The term "evaluation" itself can be defined in different ways, depending on the disciplines, literature and very different approaches adopted (see at least GUBA, LINCOLN 1989; GUBA 1990; PENNISI 2008; VAN AEKEN 2011a; VAN AEKEN 2011b; VAN AEKEN 2018; for a bottom-up perspective, see BENEDI LAUHERTI 2013; GRIFFITHS 2003; GRIFFITHS 2005; for the counterfactual impact evaluation, see MARTINI, MO COSTABELLA, SISTI 2006).

More generally, even a cursory literature review reveals that, for a long time, there were significantly fewer legislative evaluations and related studies than public policy and program evaluations. As FERRARI (2004, 161) recalls, there was lively interest in the so-called Knowledge and Opinion about Law (KOL) studies in the 1970s and 1980s, but this decreased over time, with some exceptions. Also,

* I am very grateful to the contributors and co-editors for their feedback on the first draft of this introduction.

[1] See also the Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione (Osservatorio AIR), available at: http://www.osservatorioair.it/losservatorio/ (accessed 30 May 2018).

outside the sociology of law, «social science (meta-)interest in laws as a manifestation of policy is meagre. As a result, not much is known about the contents and functioning of *laws* as a whole nor about the content and quality of legislative *evaluations*» (KLEIN HAARHUIS, NIEMEIJER 2009, 419). In more recent times, however, there has been a flourishing of evaluations of regulation and related studies both in Italy and abroad[2].

Although public policies, programs and legislation are very different concepts[3], have specific functions and have often been objects of different disciplines, their evaluation shares some common challenges. Additionally, the studies performed in each field can provide insights in others as well, by possibly contributing to the development of a general theory of societal regulation and by gathering information on how to improve public actions (MADER 1985).

Moreover, public policies, programs and legislation are becoming increasingly intertwined. In many cases, public policies are not directly generated by legislation and, vice versa, the implementation of legislation is not necessarily supported by public policies (REGONINI 2001) or programs realising them. However, in many others, legislation is but one element of, or is linked to, wider public policies. These interventions should also prevent law from remaining merely empty words "in the books" and should foster its implementation and effectiveness. An example of this kind of intervention concerns EU antidiscrimination legislation: in the Green Paper on *Equality and non-discrimination in an enlarged European Union*, the EUROPEAN COMMISSION acknowledged that «the effective implementation of non-discrimination legislation depends on the commitment of national authorities, the active support and involvement of civil society and complementary support for non-legislative measures to combat discrimination» (2004, 7).

Klein Haaruis and Niemeijer examined 75 legislative evaluation reports in various policy areas in the Netherlands between 1998 and 2005. Their review provides interesting insights, revealing that laws very often encompass public management interventions directly addressing executive bodies and aiming at «realizing self-regulation, transparency and autonomy of executive bodies» (KLEIN HAARHUIS, NIEMEIJER, 412). These scholars conclude that «because of their inherent complexity, researchers should consider most laws as policy programmes. The objective of fully understanding their functioning presents evaluators with a number of methodological challenges. An important challenge is to reconstruct the programme theory, that is, how the various interventions in a

[2] See at: http://www.astrid-online.it/ and http://www.osservatorioair.it/losservatorio/ (both accessed 30 May 2018).

[3] Public policies are commonly defined as a «set of linked actions of varying complexity and intensity that is designed to resolve (or attempt to resolve) a public problem» (MARTINI, SISTI 2009, 22; PRINA 2016); depending on the discipline, "program" can be defined as short-term and specific delivery tool of public policy to provide goods and services (cfr. SHADISH, COOK, LEVITON 1991); for the definition of law, see FERRARI 2004.

law were supposed to bring about change in the behaviour of target group members – and to what extent this occurred in practice» (KLEIN HAARHUIS, NIEMEIJER, 420).

In all cases, both institutions and citizens show a growing interest in both evidence-based policy and understanding the consequences, i.e. the effects, of a given policy (SISTI 2006, MERTENS 2018a, PRINA 2016), law (FERRARI 2004, PRINA 2016) or program (GUBA, LINCOLN 1989) on the target groups. Today's complex societies – that are often characterised by legal pluralism, increasing inequalities in the allocation of scarce resources and neoliberal imperatives – confront law and policy makers with as many complex public problems. In this type of scenario, the effectiveness of a given public policy becomes «one ingredient of "good governance"» (SISTI 2006, 11; in the same vein for legislative evaluation see VERSCHUUREN, VAN GESTEL 2009) and its evaluation serves many purposes, such as understanding whether public financial resources were used well or wastefully in past interventions and which policies and programs deserve further investments. As far as law is concerned, in multi-level governance like the European Union (EU), Member States «become co-actors in a multi-level network of law-making where national parliaments and European institutions feeds the quest for a reduction of uncertainties in the legislative process» (VERSCHUUREN, VAN GESTEL 2009, 4). They need to harmonise their national legislation with EU hard law provisions, which coexist with other regional and national pieces of law on subjects ruled out of EU competencies.

In the EU, it is common knowledge that Italy is one of the countries with the highest number of laws (LONGO 2017, 86) and it is obvious that a systematic legislative evaluation would probably serve the purpose to ensure quality of legislation, identify the merely symbolic effects of many laws (HASSEMER 1989) and, on another issue, determine whether existing laws should be amended or new laws be issued. While much effort has been dedicated to ex post evaluation, ex ante evaluation (or impact assessment, see VAN AEKEN 2018, in this Journal) – «that aims at predicting snippets of the future» (VAN AEKEN 2009, 105) – has become popular mainly since the early 2000s. Although many such studies are limited to cost-benefit analyses (VERSCHUUREN, VAN GESTEL 2009), several reasons point to the need to adopt ex ante evaluation more broadly, such as «the growing complexity of legal systems in Europe»; «a growing attention for principles of accountability and good governance»; «a growing fear for regulatory accretion»; and more transparency in the legislative process (all quotations are taken from VERSCHUUREN, VAN GESTEL, 4). The need for ex ante evaluation seems even greater for legislation than for public policies and programs. Indeed, «once a piece of legislation has been enacted, it will be difficult to change it substantially, let alone to totally revoke the draft-Bill, even when [ex post] evaluation shows that the legislation has little or perhaps even an

adverse impact» (VERSCHUUREN, VAN GESTEL 2009, 4). On the contrary, findings about the ineffectiveness of specific public policies or programs could cause policy makers to decide not to finance them in the future. This is particularly true when public policies and programs include a so-called "sunset clause" (CAPPELLETTI 2016), a tool that is not yet very widespread in legislation and that makes further financial support to public policy and programs contingent on the findings of ex post evaluation.

This monographic part identifies two main concerns in evaluation, whether public policy evaluation, program evaluation or legislative evaluation: questions of social justice and democracy in evaluation (§ 1) and the relationship between effectiveness and rule-following (§ 2).

2. *Questions of social justice and democracy in evaluation*

If evidence-based policy and evidence-based law are needed, then evaluations are supposed to influence policy and law makers. In this scenario, the evaluator acquires a relevant political role «even when he does not aspire to it» (CRONBACH 1980, 67). This issue raises questions of social justice and democracy[4], including equal participation in the evaluation process.

As Mertens underlines in her contribution in this Journal, closer cooperation between evaluators and policy makers is needed to make findings accessible, while there is also a need to take human rights and social justice into consideration by including the perspectives of those beneficiaries whose voice is not heard in society. Some of these issues were already discussed in the Eighties by Guba and Lincoln (GUBA, LINCOLN 1989), who introduced a Fourth Generation Evaluation (see also VAN AEKEN's contribution in this Journal) as an alternative route to previous generations characterised by measurement (First Generation Evaluation), description (Second Generation Evaluation) and judgement (Third Generation Evaluation) (GUBA, LINCOLN 1989). As Van Aeken asserts in his contribution, Fourth Generation Evaluators «were committed to "bringing men back in"» (HOMANS 1964, quoted in VAN AEKEN 2018, footnote 10, 297).

Guba and Lincoln enucleate three paradigms[5] that had dominated in the previous generations of evaluations and that they call the positivist (or conventional) paradigm, the post-positivist paradigm, and the critical theory

[4] See also Cominelli's contribution to this Journal, for issues related to the consistency of nudging with democracy.

[5] In his work *Structure of Scientific Revolutions* (1962), Kuhn explains the basic beliefs that guide scientific research, how they are challenged and how they lead to a paradigm shift in the field of natural science. When situations arise that cannot be managed by the existing science paradigm, a scientific revolution occurs, opening the door to a new and more adequate approach.

paradigm. Then, they introduce the constructivist paradigm, proposing a «responsive constructivist» approach (GUBA, LINCOLN 1989, 38; cfr. VAN AEKEN 2011b, who speaks about "interpretivist paradigm") in which parameters and boundaries are negotiated with stakeholders, rather than being determined *a priori*.

In the constructivist paradigm, axiology implies raising participants' awareness and providing different points of view, while its ontology states that reality is socially constructed. Its epistemology does not rely on objectivity (unlike the previous post-positivist paradigm). Instead, knowledge is produced by the interaction between the evaluators and participants, who are considered "equal partners" (GUBA, LINCOLN 1989, 11). In terms of methodology, this paradigm does not dismiss quantitative methods (GUBA, LINCOLN 1989, 42), although qualitative ones are preferred. In a feminist perspective, the constructivist turn has been acknowledged to include «an ontology of becoming» and a «theory of agency» (both in LOCHER, PRÜGL 2001, 111) that become relevant in evaluation as well, by considering stakeholders and participants on an equal footing with evaluators and by exploring the process of social change caused by public policies, programs and laws. Despite that, one of the main objections to constructivism is that, even though it seeks to reconstruct realities by giving voice to people in research and evaluation, it often leaves the understanding of power relations under-theorised, and, in doing so, it does not really challenge existing social structures or openly advocate for change. In this way, constructivism runs the risk of being liberalism «in a new cloth» (LOCHER, PRÜGL, 113), which carries two main consequences: by valuing each and every individual's perspectives, it virtually accepts even the most racist ones, and does not consider power asymmetries in knowledge production.

In Guba and Lincoln's taxonomy, some of these aspects are taken into consideration in what they call the critical theory paradigm or, as Guba himself suggests «ideologically oriented inquiry» (GUBA 1990, 23) that relies on a wide range of theories, «including neo-Marxism, materialism, feminism, Freireism, participatory inquiry, and other similar movements as well as critical theory as well» (GUBA 1990, 23). Although this paradigm aspires «to transform the (real) world by raising consciousness of participants so that they are energized and facilitated towards transformation» (GUBA 1990, 24), its limit is that its subjectivist epistemology still seems to serve a realist ontology (characterising the positivist paradigm of evaluation), or in the best case, a critical realist ontology (typical of the post-positivist paradigm).

Mertens' well-known transformative paradigm[6] relies in part on Guba and Lincoln's critical theory paradigm, in that it explicitly addresses power imbalances

[6] For a schematic description of research and evaluation paradigms, see MERTENS 2010, 11.

and admits aforementioned critical and participatory theories as a theoretical basis. Among the underpinnings of this new paradigm is the idea that «addressing issues of power, discrimination, and oppression can play a key role in redressing inequities» (MERTENS 2009, 3).

This new paradigm emerges «partially because of dissatisfaction with the dominant research paradigm and practices and because of limitations in the research associated with these paradigms that were articulated by feminists, people of color, indigenous and postcolonial peoples, people with disabilities, members of the lesbian, gay, bisexual, transsexual, and queer communities, and others who have experienced discrimination and oppression, as well as other advocates for social justice» (MERTENS 2010, 22; see also MERTENS, WILSON 2012). Many dimensions of diversity should be included in the evaluation in order to assess the effectiveness of policies and programs. Like Guba and Lincoln, Mertens also considers participation to be a crucial aspect in evaluation, but highlights the importance of acknowledging that social positioning generates «various versions of reality» (MERTENS 2010, 11) and that power inequalities should be addressed in order to strengthen less empowered persons' agency even in their co-operation with the researcher/evaluator. Both quantitative and qualitative methods are admitted, including mixed methods that, as the author explains in her contribution to this Journal, have the advantage of «establish[ing] a dialogic relationship along with a deep contextual understanding» (MERTENS 2018b, 255). In this way, evaluation also becomes democratic exercise.

The issue of evaluation – both policy and legislative – as a tool to foster democracy and «the democratic quality of legislation» (VAN AEKEN 2018, 274 , see also DE BENEDETTO ET AL. 2011) also lies at the heart of the contribution of Van Aeken, who explores «the potential roles and practices of "democratic evaluation" in present-day Western liberal democracies» (VAN AEKEN 2018, 273), beyond the meaning that it held in other conceptualisations (e.g., «from "participation" to the more radical notion of "empowerment"» GUBA, LINCOLN 1989, quoted in VAN AEKEN 2018, 273).

It is a fact that in modern democracies, many social actors (e.g., NGOs, experts, lobbies) participate in the law-making process along with political parties within parliaments (PRINA 2016; VAN AEKEN 2018) and civil society's interests don't always prevail over those of economic lobbies. These social dynamics can be counter-balanced by evaluation as an alternative democratic engagement, provided it regains its scientific nature (VAN AEKEN 2018, in this Journal). Another aspect that is still often under-estimated and under-explored is the role of legislative drafters in evidence-based legislation (SEIDMAN, SEIDMAN 2009, see footnote 8 below).

3. *Effectiveness and rule-following*

Another common concern that gains importance when evaluating the effectiveness of public policies, programs and legislation[7] is establishing what kind of rule people are more likely to follow. In the field of legislative evaluation, ROTTLEUTHNER (1983) explains that some of the most interesting aspects explored by studies on legislative effectiveness are questions like why some laws are effective and others are not and why people obey or disobey a law. These questions have been given different answers, for which I recall the rich literature on the topic (AUBERT 1967; FERRARI 2004; GEIGER 1964; ZOPPEI 2017). After decades during which top-down and instrumentalist legislative evaluations prevailed, BENEDI LAHUERTE (2013) explains that rule-following has been analysed from a bottom-up perspective more recently. The scholar herself adopts this approach by relying on Griffiths' social working of law (2005). The main question Griffiths raises is «[u]nder what conditions do people follow a (legislated) rule» (GRIFFITHS 2003, 73). According to this scholar, «there are two critical prerequisites for rule-following: knowledge and interpretation of the applicable facts and knowledge and interpretation of the applicable rules» (GRIFFITHS 2005, quoted in BENEDI LAHUERTA 2013, 4)[8] and the focus must be on rule-following on the "shop floor" of people's social life, as well as on considering how this level of social life is organised.

As part of a thorough theory of social control, Griffiths attemps to articulate an explanatory theory of rule-following (GRIFFITHS 2003, 73) that he deems applicable to «non- "legal" rules» as well (GRIFFITHS 2003, 74). This scholar concedes that the rational "legislate-and-sanction" approach does not persuade every individual who might be influenced by other contextual and contingent factors, and the organisation of social relations on people's "shop floor", including how the law has been mobilized at the local level (BENEDI LAHUERTA 2013, 4). Although, by his own admission, Griffiths does not solve the theoretical question regarding the very concept of "following a rule" (2003, 74) and assumes that «the idea [of "following a rule"] is conceptually coherent and can be empirically operationalized» (GRIFFITHS 2003, 74), he starts from the idea that «social behavior is, to a far greater extent than is often recognized, rule-guided behavior» (GRIFFITHS 2003, 75). According to him, for instance, «the degree to which and the circumstances under which legal rules are followed in bureaucratic behaviour are

[7] For different ways in which effectiveness has been defined, see at least FERRARI 2004; LA SPINA, ESPA 2011; least MARTINI, MO COSTABELLA, SISTI 2006; MADER 1985; MADER 2001; PRINA 2016; REHBINDER 1972; ZOPPEI 2017.

[8] Although Griffiths does not address the issue of drafting, it is worth mentioning that according to Seidman and Seidman, drafters fail to predict behaviours and, therefore, drafting effective laws «lies embedded in the four fall-back methodologies that, the world around, drafters commonly adopt» (SEIDMAN, SEIDMAN 2009, 448).

regarded as dependent above all on the social organization of the bureaucratic shop floor» (GRIFFITHS 2003, 64).

The issue of rule-following, of course, can be addressed from many other and very different perspectives from Griffiths'one. For instance, Cominelli's contribution discusses "nudging" (THALER, SUSTEIN 2009; COMINELLI 2015 and 2018b), in which policy and law making borrow information from behavioural sciences and dismiss the traditional "carrot-and-stick" pattern. In this case the state is the starting point, rather than the social field (as in Griffiths' approach)[9]. In a nutshell, "to nudge" means «to "gently push" or "elbow" someone into doing something» (2018a, 293; see also COMINELLI 2018b). This can happen in several ways: a simple example is the tobacco packaging warning message. The scholar underlines (2015) that this new tactic can be considered a nuanced version of a «libertarian-paternalism approach through incentives/disincentives» (COMINELLI 2015, 225) and paves the way to alternatives to traditional regulation, although it does not imply indiscriminate deregulation. Rather, by uncovering the cognitive framework in which common people take decisions, it seeks to understand human decision-making and influence it. Of course, while behaviourally-informed intervention by law and policy makers has its own advantages, such as its educative potential, it also involves risks since is must not violate individuals' freedom of choice. Governments around the world are relying increasingly on nudging to refine public interventions (ALEMANNO, SIBONY 2017).

4. *Structure of the monographic part*

The three contributors to this monographic section come from different geographic and disciplinary backgrounds. They approach evaluation in a complementary manner that paves the way to further reflections on how policy, program and legislative evaluation can learn from each other.

The collection starts with Donna Mertens' contribution *Transformative Mixed Methods and Policy Evaluation* that explains how transformative mixed methods evaluation can address relevant variables that foster use of evaluation findings for policy making. To explain the application of the transformative framework to policy evaluation, she describes the case of policies related to drug use and mental health in the United States.

The second essay on *Legislative Evaluation as Alternative Democratic Engagement* by Koen Van Aeken zooms on the role of legislative evaluation as a tool to

[9] I am particularly grateful to Koen Van Aeken for his remarks on this point.

reinforce democracy in public decision making, with particular regard to the case of Belgium.

Last but not least, Luigi Cominelli's contribution *Framing Choices to Influence Behaviours: A Debate on the Pros and Cons of "Nudging"* critically discusses the potentialities and constraints of nudging, from the micro-sociological and cognitive point of view.

Despite the small size of this monographic part, as co-editor, I trust that the variety and contemporaneity of the presented approaches will be an interesting starting point for a broader reflection on evaluation and nurturing between policy, program and legislative evaluation. Therefore, I thank Luigi Cominelli, Donna Mertens e Koen Van Aeken and for their contributions and their commitment to this project. I would also like to thank Monica Cappelletti and Giorgio Pino for co-editing, as well as the journal *Diritto e Questioni Pubbliche* (more precisely editors Giorgio Maniaci, Giorgio Pino and Aldo Schiavello as well as Marco Brigaglia) for granting the space for it.

References

ALEMANNO A., SIBONY A.-L. 2017. *Nudge and the Law A European Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2017.

AUBERT V. 1967. *Some Social Functions of Legislation*, in «Acta Sociologica», 10, 1967, 98 ff.

BENEDI LAHUERTA S. 2013, *Untangling the application of the EU Equality Directives at National Level: A Bottom-up approach*, 2, 2013. Available at: http://www.law.leeds.ac.uk/assets/files/events/Benedi-Lahuerta-(2013)-Untangling- the-application-of-the-EU-Equality-Directives.pdf (accessed 16 May 2018).

CAPPELLETTI M. 2016. *Ragionando (ancora) sull'inflazione legislativa: l'esperienza comparata delle sunset rules da strumento di qualità della regolazione a strumento per una legislazione "flessibile"*, in « Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online», 2016, 1 ff.

COMINELLI L. 2015. *Cognizione del diritto. Per una sociologia cognitive dell'agire giuridico*, Milano, Franco Angeli, 2015.

COMINELLI L. 2018a. *Framing Choices to Influence Behaviours: A Debate on the Pros and Cons of "Nudging"*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 18, 1, 2018, 293 ff.

COMINELLI L. 2018b. *Cognition of the Law. Toward a Cognitive Sociology of Law and Behavior*, New York, Springer International Publishing, 2018.

CRONBACH L.J. ET AL. 1980. *Toward Reform of Program Evaluation*, San Francisco (CA), Jossey-Bass Publishers, 1980.

DE BENEDETTO M., MARTELLI M., RANGONE N. 2011. *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011.

EUROPEAN COMMISSION 2004. *Green Paper on Equality and non-discrimination in an enlarged European Union*, Brussels, 2004.

FERRARI V. 2004. *Diritto e società*, Bari, Edizioni Laterza, 2004.

GEIGER TH. 1964. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Newied-Berlin, Luchterhand, 1964.

GRIFFITHS J. 2003. *The Social Working of Legal Rules*, in «The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law», 35, 48, 2003, 1 ff.

GRIFFITHS J. 2005. *An Introduction in Eight Propositions to the Social Working Approach to Legislation*, in ZEEGERS N., WITTEVEEN W., VAN KLINK B. (eds.) *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule Of Law*, Lewiston-Queenston-Lampeter, The Edwin Mellen Press, 2005, 7 ff.

GUBA E.G., LINCOLN Y.S. 1989. *The Fourth Generation Evaluation*, Newbury Park, Sage Publications, 1989.

GUBA E.G. (ed.) 1990. *The Paradigm Dialog*. Newbury Park, Sage Publications, 1990.

HASSEMER W. 1989. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1989, 9, 12, 552 ff.

HOMANS G.C. 1964. *Bringing Men Back in*, in « American Sociological Review», 29, 6, 1964, 809 ff.

KLEIN HAARHUIS C.M., NIEMEIJER B.E. 2009. *Synthesizing Legislative Evaluations. Putting the Pieces Together*, in «Evaluation», 15, 4, 403 ff.

KUHN TH. 1962. *Structure of Scientific Revolutions,* Chicago, University of Chicago Press, 1962.

LA SPINA A., ESPA E. 2011. *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2011.

LOCHER B., PRÜGL E. 2001. *Feminism and Constructivism: Worlds apart or Sharing the Middle Ground?*, in «International Studies Quarterly», 45, 1, 111 ff.

LONGO E., 2017. *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, Giappichelli, 2017.

MADER L. 1985. *L'évaluation legislative*, Lausanne, Payot, 1985.

MADER L. 2001. *The evaluation of the effects: A Contribution to the Quality of Legislation*, in «Statute Law Review», 22, 2, 119 ff.

MARTINI A., MO COSTABELLA L., SISTI M. 2006. *Valutare gli effetti delle politiche pubbliche. Metodi e applicazioni al caso italiano*, Roma, Formez, 2006.

MARTINI A., SISTI M. 2009. *Valutare il successo delle politiche pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2009, 21 ff.

MERTENS D.M. 2009. *Transformative Research and Evaluation*, New York - London, The Guildford Press, 2009.

MERTENS D.M., 2010. *Research and Evaluation in Education and Psychology*, Thousand Oaks, Sage Publications.

MERTENS D.M. 2018a. *Mixed Methods Design in Evaluation*, Thousand Oaks, Sage, 2018.

MERTENS D.M. 2018b. *Transformative Mixed Methods and Policy Evaluation*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 18, 1, 2018, 251 ff.

MERTENS D.M., WILSON A.T. 2012. *Program Evaluation Theory and Practice*, New York, Guilford, 2012.

PENNISI C. 2008. *Per una valutazione civile delle pubbliche amministrazioni*, in «Riv. Rassegna Italiana di Valutazione», 40, 2008, 9 ff.

PRINA F. 2016. *I processi di implementazione delle norme: dai diritti di carta ai diritti sostanziali*, in COTTINO A. (ed.), *Lineamenti di sociologia del diritto*, Bologna, Zanichelli, 2016, 299 ff.

REGONINI G. 2001. *Capire le politiche pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2001.

ROTTLEUTHNER H. 1983. Teoria del diritto e sociologia del diritto, Bologna, il Mulino, 1983.

SEIDMAN A., SEIDMAN R.B. 2009. *ILTAM: drafting evidence-based legislation for democratic social change*, in «Boston University Law Review», 89, 2009, 435 ff.

SHADISH, W., COOK, T., LEVITON, L. 1991. *Foundations of Program Evaluation*, Newbury Park, CA, Sage Publications, 1991.

SISTI M. 2006. *Introduzione. Valutazione e governance pubblica*, in MARTINI A., MO COSTABELLA L., SISTI M., *Valutare gli effetti delle politiche pubbliche. Metodi e applicazioni al caso italiano*, Roma, Formez, 2006, 11 ff.

THALER R.H., SUNSTEIN C.R. 2009. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happyness*, London, Penguin Books, 2009.

VAN AEKEN K. 2009. *Pushing Evaluation Forward. Institutionalization as a Means to Foster Methodological Growth of Legislative Ex Ante Evaluation*, in VERSCHUUREN JONATHAN (ed.), *The Impact of Legislation. A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, 105 ff.

VAN AEKEN K. 2011a. *From Vision to Reality: Ex Post Evaluation*, in «Legisprudence», 5, 2011, 41 ff.

VAN AEKEN K 2011b. *Law, Sociology and Anthropology: A Liaison Beginning Endlessly*, in VAN KLINK B., SANNE T. (eds.) *Law and Method Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 55 ff.

VAN AEKEN K. 2018. *Legislative Evaluation as Alternative Democratic Engagement*, in «Diritto&Questioni Pubbliche», 18, 1, 2018, 271 ff.

VERSCHUUREN J., VAN GESTEL R. 2009. *Ex Ante Evaluation of Legislation: An Introduction*, in VERSCHUUREN J. (ed.), *The Impact of Legislation. A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, 1 ff.

ZOPPEI V. 2017. *Anti-Money Laundering Law: Socio-Legal Perspectives on the Effectiveness of German Practices*, Berlin, Springer, 2017.

TRANSFORMATIVE MIXED METHODS AND POLICY EVALUATION

DONNA M. **MERTENS**

Transformative Mixed Methods and Policy Evaluation

DONNA M. MERTENS

Professor Emeritus, Gallaudet University
E-mail: Donna.mertens @gallaudet.edu

ABSTRACT
Evaluators who focus on the development and evaluation of policy face many challenges, especially in a political climate that is not amenable to the use of data from systematic inquiry for decision making purposes. In this article, I propose the use of a transformative framework for the design and conduct of policy evaluations that take into account the cultural complexities that surround policy making and implementation. The transformative framework is defined as one that focuses on human rights and social justice and that is operationalized by inclusion of diverse stakeholders in respectful ways. The decision about collection, interpretation, and use of data is enhanced by engagement with stakeholders throughout the process and by building coalitions that act upon the findings of a study. I use an example of policies related to drug use and mental health in the United States to illustrate the application of the transformative framework to policy evaluation. I draw wider implications for policies in other sectors and in other regions of the world.

KEYWORDS
Transformative evaluation, policy analysis, social justice, human rights

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Transformative Mixed Methods and Policy Evaluation

DONNA M. MERTENS

1. *Evidence in Policy Making* – 2. *Transformative Approach to Policy Evaluation* – 2.1. *Transformative Axiological Assumption* – 2.2. *Transformative Ontological Assumption* – 2.3. *Transformative Epistemological Assumption* – 2.4. *Transformative Methodological Assumption* – 3. *Transformative Evaluation and Substance Abuse Policy in the United States* – 4. *Transformative Mixed Methods Design for Policy Evaluation* – 5. *Conclusions*.

Evaluators contribute to policy evaluation both to provide information as to what a policy should include, as well as to determine the effects of policy. Policies are by definition developed within political contexts and thus the decisions that are made about policies are influenced by multiple factors, evaluation evidence being potentially one of those influential factors. Evaluators sometimes express frustration in their attempts to bring evaluative thinking into policy development and policy evaluation (KELLY 2015; SEGONE 2015). Members of government also express frustration because they do not have access to the evidence base that they need to inform policy decisions (COMMISSION ON EVIDENCE-BASED POLICYMAKING 2017). This raises important questions: What counts as evidence in policy evaluation and how can this evidence be integrated effectively into the policy process? How can evaluators hope to influence policy when the leaders of some countries do not want or believe that findings from systematically conducted studies have merit? An answer to the first question is explored below; answers to the second question are more elusive and constitute significant challenges for evaluation professionals. This issue is discussed at greater length later in this article.

1. *Evidence in Policy Making*

The question of what counts as evidence in policy making and how that evidence can be integrated into the policy process is answered in brief in the passage that follows.

If evidence is to have a greater impact on policy and practice, then four key requirements would seem to be necessary before such an agenda can be developed. These key requirements are:

1. Agreement as to what counts as evidence in what circumstances

2. A strategic approach to the creation of evidence in priority areas, with concomitant systematic efforts to accumulate evidence in the form of robust bodies of knowledge

3. Effective dissemination of evidence to where it is most needed and the development of effective means of providing wide access to knowledge

4. Initiatives to ensure the integration of evidence into policy and encourage the utilisation of evidence in practice. (NUTLEY et al. 2002, 2)

Another characteristic of policy evaluation that has been found to influence policy makers include: tailoring the message to the specific stakeholder group and providing access to an online registry of systematic reviews of policy evaluation studies (DOBBINS et al. 2009). A systematic review of barriers to the use of evidence by policy makers revealed the most frequently cited barriers to use of evaluation findings were poor accessibility to the findings and lack of timeliness in the provision of those findings (OLIVER et al. 2014). Factors that facilitated use of evidence for policy-related purposes included collaboration between evaluators and policymakers and improved relationships and skills. Oliver and colleagues note that a weakness in many policy-related studies is lack of involvement with the policymakers themselves. They suggest a need to obtain information from policymakers as to what they consider to be clear, relevant and reliable data and when and why they would use such data. In this article, I examine how transformative mixed methods evaluation designs can be used to address these important variables that influence use of evaluation findings for policy making.

2. *Transformative Approach to Policy Evaluation*

Transformative mixed methods policy evaluations are associated with the social justice branch of evaluation (MERTENS, WILSON 2012). The transformative approach prioritizes the human rights that are recognized in the United Nations' conventions and declarations that call for respect for the rights of women, people with disabilities, Indigenous communities, and refugees and immigrants. With this lens, the policy analysis starts by examining how policies are either supporting an oppressive status quo or how they can be changed to support human rights. Marra argues that social justice branch policy evaluations must take into account the complexity of the systems in terms of power relationships and how dominant groups may «benefit from denying others access to material and social resources, such as adequate child care, paid work opportunities, or political representation» (MARRA 2015, 32). Thus, evaluation of policies needs to include a critical look at measures that can shift the balance of power such as access to mental health services, stable housing, provision of a living wage, affordable child care, and universal health care.

A transformative approach to policy evaluation can be conceptualized in terms of the assumptions that underlie methodological choices. I explore four sets of assumptions:

- The axiological assumption about the nature of values and ethics
- The ontological assumption about the nature of reality
- The epistemological assumption about the nature of knowledge and the relationship between the knower and that which would be known (i.e., the evaluator and stakeholders)
- The methodological assumption about the nature of systematic inquiry.

Following a brief explanation of each of these assumptions, I discuss the application of a transformative approach to the formulation and evaluation of policies related to the substance abuse crisis in the United States and responses by politicians and the courts. I detail the options available for using a transformative mixed methods approach to evaluating policies and illustrate the options through the use of examples from drug courts and mental health courts in the United States.

2.1. *Transformative Axiological Assumption*

The transformative axiological assumption reflects an awareness of the pervasiveness of discrimination that occurs in many communities and the ethical responsibility of the evaluator to understand critical dimensions of diversity in order to challenge societal processes that perpetuate an oppressive status quo (MERTENS, WILSON 2012; MERTENS 2015).

> «Respect is critically examined in terms of the cultural norms of interaction in diverse communities and across cultural groups. Beneficence is defined in terms of the promotion of human rights and an increase in social justice. An explicit connection is made between the process and outcomes of evaluation studies and the furtherance of a social justice agenda» (MERTENS 2009, 49 f.).

Evaluation of policies from a transformative stance necessitates understanding the multiple cultures that are relevant in terms of who develops the policy, implements the policy, and is affected by the policy.

Transformative evaluators have an explicit mandate to take this a step further by working to transform the status quo (PONTEROTTO 2005). The American Evaluation Association (AEA) revised its guiding principles in 2004 to include an explicit statement about the importance of recognizing diversity and acting in an ethically responsible and culturally competent manner. In 2011, AEA published a *Statement on Cultural Competence* that calls upon evaluators to engage in a constant

state of learning in order to guard against being blinded by their own assumptions that differ from those of the stakeholders whose backgrounds are different from their own. Thus, the transformative axiological assumption directs the evaluator to design the evaluation in a way that facilitates the identification of actions that can be taken to move society towards greater justice.

2.2. *Transformative Ontological Assumption*

The transformative ontological assumption recognizes the multi-faceted nature of reality. Human beings often believe that they know what is real, but each concept of what is real is influenced by the positionality of the person. A person who is in a position of unearned privilege by virtue of skin color, gender, or lack of a disability might hold one version of reality. However, a person who is not in that privileged position may hold quite a different version of reality. For example, privileged politicians may see substance abuse as a criminal matter, whilst drug addicts and their families may view it as a mental health and/or economic issue.

The evaluator's responsibility is to design studies in ways that make visible the differences in perspectives about what is real, the factors that influence those perceptions (e.g., poverty, education, gender, race/ethnicity, religion), and then critically examine the consequences of accepting one version of reality over another. History is replete with examples of the acceptance of the privileged views of reality and the harmful consequences of that action. In the United States, Native American Indians were taken from their families and forced to relinquish all aspects of their culture in the US government's attempt to "civilize" them, resulting in high suicide rates and drug abuse. This concept of ontology comes into play in evaluation work when evaluators encourage stakeholders to critically examine their own assumptions about the target population and the interventions and to obtain data from the targeted population on these topics as well.

2.3. *Transformative Epistemological Assumption*

Epistemologically, knowledge is not viewed as absolute nor relative; it is created within a context of power and privilege. Evaluators need to develop respectful and collaborative relationships that are culturally responsive to the needs of the various stakeholder groups in order to establish conditions conducive to revealing knowledge from different positions. Tensions can arise because of the power differences and the challenge of working through sensitive issues related to discrimination and oppression. The evaluator needs to develop effective communication strategies in order to navigate the inherently political terrain of an evaluation study.

2.4. *Transformative Methodological Assumption*

The transformative methodological assumption does not dictate any particular approach to policy evaluation.

> «Rather, methodological decisions are aimed at determining the approach that will best facilitate use of the process and findings to enhance social justice; identify the systemic forces that support the status quo and those that will allow change to happen; and acknowledge the need for a critical and reflexive relationship between the evaluator and the stakeholders» (MERTENS, WILSON 2012, 172).

Mixed methods are often used in transformative evaluations because of the need to establish a dialogic relationship along with a deep contextual understanding. Qualitative and quantitative methods can be used together because they reveal different aspects of the phenomenon under study and are responsive to different information needs of the various stakeholder groups.

> «The methods used need to capture the contextual complexity and be appropriate to the cultural groups in the evaluation. A cyclical design can be used to make use of interim findings throughout the evaluation study. And follow-up is needed to facilitate use to enhance the potential for the program evaluation findings to achieve the strengthening of human rights» (MERTENS 2013, 33).

This supports the credibility of findings because the stakeholders are engaged throughout the process and their perspectives are reflected in respectful ways. In the next section, I review the literature that explores the policies that the United States has implemented to address mental illness and substance abuse with reflections on how those policies can inform future transformative evaluation designs.

3. *Transformative Evaluation and Substance Abuse Policy in the United States*

Two parallel tracks have characterized the United States policies regarding substance abuse and mental health: being "tough on crime" and treating it as a criminal offense versus seeing it as a mental health issue that can be addressed through diversion programs. A transformative evaluation of these policies would begin with a contextual analysis that would provide data about the historical aspects of these policies and help to identify the multiple cultures that are relevant in the policy formulation and implementation. A historical analysis reveals that in the 1980s and 1990s, the United States policy on substance abuse was labeled the "war on drugs" (WASHINGTON POST 2015). The policies included harsh

sentencing policies with mandatory minimum lengths for sentencing, resulting in mass incarceration for many nonviolent offenders.

> «The nation's prison and jail population today is 2.3 million, more than quadruple the number that were incarcerated in 1980 [...]. Sixty percent of prisoners today are people of color. One in three black men face the likelihood of imprisonment, and black men are six times as likely to be incarcerated as white men, while Hispanic men are 2.5 times as likely» (WASHINGTON POST 2015, 1 f.).

This contextual analysis provides insights not only into the effect of criminalizing drug use, but also into the racial and ethnic disparities that resulted from implementing the policy, critical issues when considering transformative evaluation design. President Obama stopped using the term "war on drugs" in 2009 and introduced policies that did not require the same types of mandatory sentencing guidelines.

Policies concerning substance abuse are complicated when the offender also has a serious mental illness. Data from the National Institute of Justice indicate that approximately 60% of adults test positive for drug use at the time of arrest, and that over half of those in prisons are drug dependent or have alcohol addiction (COWELL et al. 2004). In addition, 72% of those incarcerated with serious mental illness have a co-occurring substance abuse disorder (COWELL et al. 2004; CRISANTI et al. 2014). Data on the prevalence of the co-occurrence of mental illness and substance abuse provided support for the passage of America's Law Enforcement and Mental Health Act (Public Law 106-515, 2000) which authorized federal funding for mental health courts or jail diversion programs (SLATE 2003). A jail diversion program is defined as follows:

> «The term "jail diversion" refers to programs that divert people with SMI [serious mental illness] and often CODs [co-occurring disorders] in contact with the justice system from jail and provide linkages to community-based treatment and support services. The person thus avoids or spends a significantly reduced time in jail and/or lockups on the current charge or on violations of probation resulting from previous charges» (CRISANTI et al. 2014, 773).

Initially, legislators attached no money to this law, however, Congress did authorize $4 million to be spent by the attorney general's office to support the mental health courts. In 2004, Congress allocated $5 million to fund the Substance Abuse and Mental Health Services Agency's initiative to divert people with mental illness from the criminal justice system.

Mental health courts are quite diverse in how they are structured and how they respond to people who have mental illness and a problem with substance abuse.

My personal observation of a mental health court in Salem OR aligned with this description of the process:

> «Participation from all of the key players from the initial planning processes for the mental health court to periodic meetings and evaluation after the court is operating; generally, among the key players can be, of course, the presiding judge and his or her immediate staff, clinical caseworkers and administrators linked to public and/or private mental health care providers in the community, representatives from both the prosecution and the defense, law enforcement personnel to include jail administrators, sometimes probation officials, mental health advocates, and consumers of mental health services» (SLATE 2003, 17).

This intensive support circle around each person is a completely different version of reality about what is appropriate treatment for a person who has a substance abuse problem and is mentally ill, especially as compared to the "war on drugs" version. In an interview with Marion County Mental Health Court Judge Mary James conducted on September 17, 2017, she described the implications of accepting the version of reality that people with mental illness and substance abuse issues need comprehensive support:

> «What we know is that people with mental illness can't change as easily as other people e.g., drug addicts can stay clean and stay away from triggers and it makes sense in a linear way. This is not the case for many people with mental illness; we can use the model from drug courts but not as a cookie cutter for mental health court. It is far more important to spend energy on community support, medication compliance, and to be really candid with people about what that involves and how difficult it can be. For us, the biggest challenge for some of our participants is economic diversity, homelessness, and poverty. One woman with a serious mental illness and history of drug abuse was neglecting her children. So we told her she needed to go to parenting classes, but she is working at two jobs. She misses the parenting classes and her probation appointments. Looking at sanctioning someone who is trying to put bread on the table is really hard. But if she gets through this program she is not going to prison and may get better parenting skills. How can we help her economically? Can we help with housing vouchers? Food boxes? So she can avoid working two jobs and missing treatments and probation meetings» (Judge Mary James, Interview notes, 2017).

Such data need to be collected to provide a clear picture of the choices that are made in the implementation of policy in order to support inclusion of provisions in the policy that are needed for an effective program. Evidence is needed to support the need for inclusion of the full range of support services, including peer mentors who can be a guide for the participants throughout the length of the

program. The policy then needs to include financial resources to support the range of services and personnel.

Research on the variables that influence the effectiveness of mental health courts indicates the comprehensiveness of the services is not the only important variable, rather, how the person is treated in their interactions with the court is also critically important. «Judges' experiences and research from other contexts have shown that the quality of interaction between judges and participants and the tone of the court proceedings are at least as important» (FISLER 2015, 12). When the participants in mental health courts perceive that the judge is treating them with respect and that they are being treated fairly, then their cooperation with the court mandates increases. Judge James expressed this as follows:

> «What is interesting is that what some studies tell us is that it is not so much that they are in treatment that makes the difference. It is more about the nature of their contact with the court. It is not that the type of treatment intervention is not as important, but it is more impactful that people feel the judge and others pay attention to them and help them adopt behaviors that make their lives better. The amount of contact with the judge is important; the tone of the court is important. There is a perception of fairness. For me, empirically, my own experience is consistent with that research. I have had people say "I have never felt listened to before." "You people have supported me in ways I never felt supported." "You changed my life." What we try to do is have a positive relationship with them, since many people in their lives have given up on positive relationships. For some of our participants, their families could use as much support as the participants are getting from us. If they have family support we encourage that, but families cannot always understand that they are not helping. It could be the persons they are living with have their own mental health challenges. A parent may not be able to accept that their child needs to have medication to help them. We have a man who is still making up his mind; he is not prepared to take medication; mom says why should he have to take meds? Because he continues to commit crimes; he has no impulse control; we are hoping that meds and counseling will help him. One thing that is helpful for participants is them knowing that they are being listened to and they are not stigmatized» (Judge Mary James, Interview Notes, 2017).

Thus, the collection of data about the quality of the interactions in the courtroom is important. Diversity within the pool of mental health participants is another factor that needs to be considered when planning for data collection. Collection of data from people in the diversion programs need to be conducted with a clear understanding of the contextual and cultural issues that impact people's willingness and ability to provide such data. People who are engaged in illegal activities, living in poverty, homeless, or highly mobile in terms of residence may

not be willing or may not be accessible to the evaluator (CRISANTI et al. 2014). These characteristics may increase the challenge of collecting data over an extended period of time in order to show longitudinal effects of the program. Also, people with serious mental illness may be suspicious, delusional or fearful of someone who says that they want to interview them. Others may feel that they are ashamed to participate in the study because they have relapsed or are incarcerated because of a more recent offense. Or, they may simply be overwhelmed with the demands of everyday life that can be exacerbated by being in a state of crisis or trying to maneuver through the legal system. Judge James also pointed out another complicating dimension of diversity related to sexual orientations. She said:

> «Sexual orientation issues can complicate provision of appropriate services, especially when the member of a sexual minority is afraid to discuss their sexuality in open court. For example, one of our participants was in abusive relationships. He is gay and was trolling in bars; he would come to court with black eyes. I said, "You need to go to the Center for Hope and Safety, they have domestic violence services specific to same sex relationships. We are aware there is a different dynamic for you". We try to work with community providers to be responsive to people who have dysfunctional family dynamics, economic challenges, and abusive relationships» (Judge Mary James, Interview Notes, 2017).

Another group that requires attention for culturally appropriate interventions are veterans. Judge James described their issues in this way:

> «One of the unique groups is veterans who come in with traumatic experiences different from people who have not been through war and conflicts. PTSD is one of the reasons we can't plop these people into regular criminal court. We could not be successful if we didn't have community service providers who are culturally aware and if we ourselves do not obtain regular and appropriate training on cultural diversity, implicit bias, and procedural justice. We could only help people who are just like me. If mental illness is treated in a restorative way and by accepting the responsibility to take a more restorative justice approach, we are going to have people who come out of a criminal justice system with a better feel for how to move forward as part of the community» (Judge Mary James, Interview Notes, 2017).

Other important dimensions of diversity in this context include persons whose home language is not English, persons with developmental delays, and those who have experienced trauma (e.g., sexual abuse) in their past. Evaluators need to be sensitive to the diversity within the population and of the effects of attrition on

the quality of the data that are collected to demonstrate the program's effectiveness as part of a policy evaluation study.

Additional data are needed that indicate the effectiveness of the programs that are funded under the policy initiatives. These can include data about the effects of the program in terms of reduced rates of recidivism, substance abuse, and improved functioning and quality of life. Prior research on mental health programs support their effectiveness on these measures (FISLER 2015). However, little research has been conducted as to the reasons that people do not complete their mental health court programs. Insights that bear further investigation are offered by Judge James when she noted that some people choose to accept their jail time because it is less time than is required by the 18-month commitment of mental health court.

Another very important part of transformative policy evaluation comes in the form of cost effectiveness studies that can provide an estimate of the impact of the diversion on costs and outcomes of the programs (COWELL et al. 2004). Cost analysis is an element of policy evaluation that goes beyond consideration of the effectiveness of the program itself. Diversion programs are cost intensive; however, such a study could provide evidence of cost advantages in terms of reducing court dockets and over-crowding in jails and prisons.

It is important to note that there are two major types of criminal justice diversion programs that have implications for determining costs: pre-booking and post-booking. Pre-booking means that the diversion occurs before the person is formally charged and is generally carried out by specially trained police officers. Post-booking diversion programs are applied after the person has been booked and they are either in jail or in arraignment court.

COWELL et al. (2004) conducted a cost effectiveness study of diversion programs that serve persons with serious mental illness and co-occurring substance abuse as a way of providing information to policymakers about the allocation of scarce resources. Policy makers need to know «how much jail diversion costs and how that cost compares to the alternatives» (COWELL et al. 2004, 294). They compared programs that were pre- and post-booking at four sites in the United States.

The cost data were obtained for the criminal justice system and the health care system. The costs included labor, materials, rent, utilities, maintenance and supplies, capital costs, and administrative overhead. The criminal justice costs include the courts, public defenders and prosecutors' offices, the police, and the jail. The health care costs included inpatient mental health services, residential substance abuse care, outpatient care, emergency room care, mental health assessment, and case management. The data were obtained through interviews and use of court and health service records. Comparisons were made between people who were diverted and those who were not diverted. Not surprisingly,

higher jail costs were documented for the non-diverted and higher health services costs were documented for the diverted. The results across the sites were mixed; at two of the sites, the diversion program was more cost effective, however, at the other two, higher costs were associated with the diversion program. Fisler also concluded there were mixed results in terms of the cost effectiveness of mental health courts, even though there are consistent findings in terms of their effectiveness on other variables (FISLER 2015).

COWELL et al. (2004) identify limitations of their study in the form of lack of information about how services were delivered in the diversion program. Transformative evaluators would advocate for inclusion of data on the appropriateness of the treatments that are delivered while incarcerated and in the community. They recommend: «Future research should thus focus on the intersection of three treatment characteristics: what the diverted are being diverted from, what the diverted are being diverted to, and the timing of that diversion in the criminal justice system» (COWELL et al. 2004, 311). This recommendation provides a good segue to discuss what a transformative mixed methods evaluation of policies for people with serious mental illness and co-occurring substance abuse might look like.

4. *Transformative Mixed Methods Design for Policy Evaluation*

In this section, I draw together the methodological implications of the transformative paradigm for an evaluation of policy for programs to serve people with a serious mental illness and a co-occurring substance abuse problem who come into contact with the criminal justice system. Transformative policy evaluations focus on social justice and human rights (MERTENS 2018). As we saw in the example that has been discussed throughout this article, people who have a serious mental illness are marginalized in society. In addition, we have seen that racial/ethnic disparities exist in terms of who is incarcerated and for how long. There are also multiple other dimensions of diversity that influence the collection of data about a program in this context, such as type of mental illness, type of substance abuse, level of poverty, presence of another disability, being a veteran, and being a sexual minority. Thus, the transformative evaluation needs to start at this point: how do the policies either support an oppressive status quo or how do they support human rights? Thus, cultural differences and power relations need to be examined. In cases of policy where inequities are evident, the positions of those who are dominant need to be critically examined to shift the balance of power so that greater justice can prevail.

Guidance for the conduct of a transformative mixed methods policy evaluation includes:

1. Review and synthesize relevant publications, including historical and current policies. This review needs to include notation of the following: a) the cultural specificity and relevance displayed in the policies and other documents such as prior evaluation studies; b) complications introduced by the presence of multi-component interventions (as is the case in the mental illness with co-occurring substance abuse support services in a diversion program); c) evidence that the study findings have influenced policy decisions. This first step will help to identify variables and populations that need to be included, methods that might prove to be appropriate for further data collection, and gaps in what is currently known.

2. The evaluators need to build on existing relationships to identify the organizations and individuals who are affected by the policy and who therefore need to be included in the evaluation stakeholder groups. The evaluators may be able to use existing data to determine the severity of the problem and to identify the dimensions of diversity in the stakeholder groups that are relevant (e.g., severity and type of mental illness, type of drug abuse, race/ethnicity of the persons in the court, gender). It may be necessary to collect qualitative data through observations of court proceedings and team meetings, as well as through focus groups or individual interviews to obtain a better understanding of the person's experiences with mental illness, drug use, living conditions, and resources and challenges faced. Collection of qualitative data from the court personnel and service providers can also contribute to a better understanding of the phenomenon. With the emphasis on transformative action, policy evaluation also needs to be conducted in ways that create the will for change in order to increase responsiveness to human rights (MERTENS 2018). An important part of this process is inclusion of the appropriate stakeholders in culturally appropriate ways so that all voices can be heard and the safety of the most vulnerable is protected.

3. Plan to include linkages with organizations into the evaluation design in order to reach a broader constituency and increase the probability of use of the findings. This can include connections with service providers, community organizations, the courts and related offices, as well as with policy makers. If a champion policy maker can be found for this issue, then they should be included throughout the process as much as possible. Engagement with these constituencies can occur throughout the process of the evaluation, from the identification of what needs to be evaluated to the collection, interpretation, and use of data and findings. This step is critically important as a potential strategy to influence policy maker and country leaders who do not see the value of systematically collected evidence as a basis for decision making. Political pressure can be brought to bear when significant groups support the development or change in policies.

4. Evaluators should include capacity building throughout the course of the study as another strategy to enhance potential use of the findings for policy purposes. The likelihood of using the evaluation findings increases when evaluators have a clear

understanding of the «political environment, policy-making processes, as well as the possession of robust evidence. Further...engagement with the media, networking and advocacy efforts increase the efficacy of efforts to shape policy» (KELLY 2015, 206, cited in MERTENS 2018, 104).

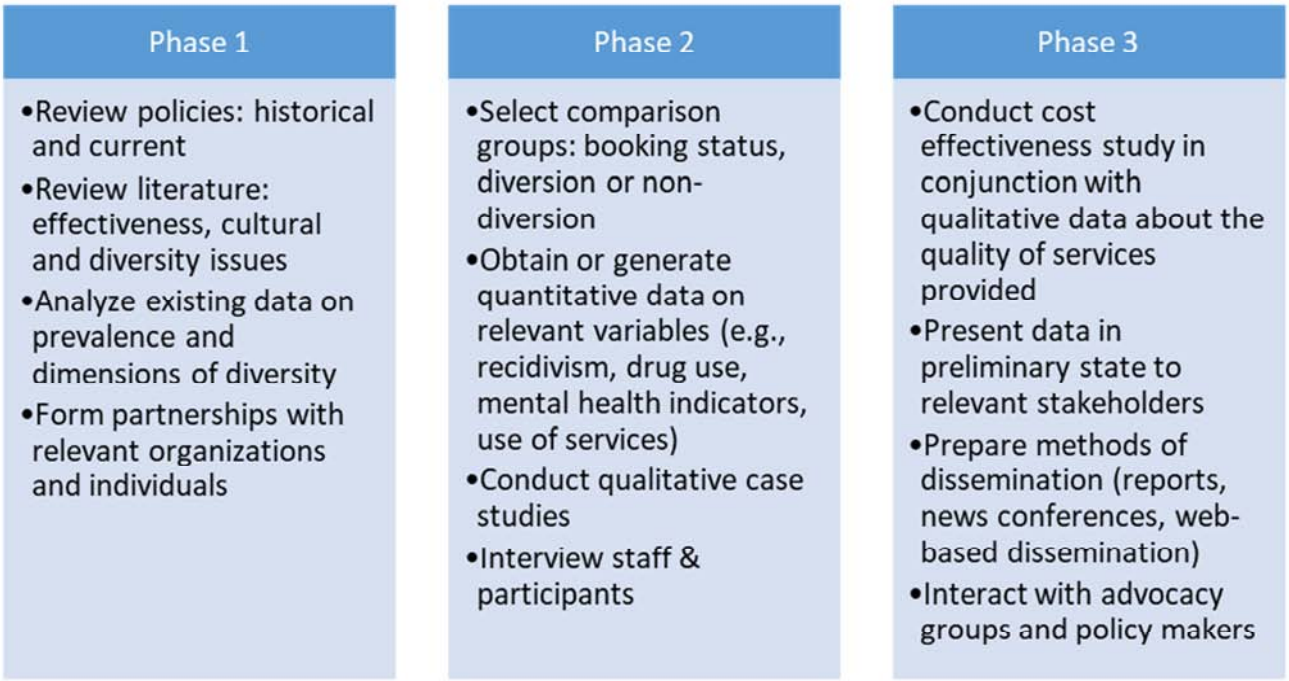


Figure 1. *Transformative Mixed Methods Design for Policy Evaluation*

Based on the literature review that is included in this article, the interview data from Judge James, and the general guidance for the planning, implementation, and use of a transformative mixed methods study, I propose the design that is presented in *Figure 1* as a possible way to address the complexity of policy evaluation related to diversion courts for people with mental illness and co-occurring substance abuse. The historical and current review of policies reveals the tension between different versions of reality: criminal offenses or people who need mental health services along with other types of support. The review of the literature and analysis of existing data can reveal gender and racial/ethnic disparities that are present in the criminal justice system. Literature review may well reveal the lack of information about the experiences of people with disabilities or people who are deaf. Effectiveness data is available in the literature, but few of the studies integrate findings from quantitative and qualitative data that can yield valuable insights into the quality of services provided and what is needed for a successful program. The formation of partnerships is crucial at the

beginning stages of the study so that a wide range of stakeholders have input into refining the study approach; this has been linked with an increased propensity to use study findings.

The second phase of the study involves the collection of new data that can provide insights into the current status of the programs and the experiences of those who are part of the court system, service providers, and persons with mental illness and substance abuse problems. The design of the study might well be comparative on the basis of variables that have been identified in the literature such as the booking status and participation in a diversion program or not. Both quantitative and qualitative data can be collected at this stage of the study. It is usually easier to collect quantitative data from larger groups than for qualitative data, so the evaluator needs to be explicit about the sampling strategies used for each stakeholder group and for the type of data that are collected.

The third phase of the study includes the cost effectiveness study as well as plans for analysis, dissemination, and use of the findings. For policy evaluation, it is very important to include the relevant stakeholder groups, including families, advocacy groups, courts, service providers, and policy makers. Engagement with stakeholders is important throughout the evaluation process. If possible, it is excellent to have a policy maker who can act as a champion for bringing the evaluation findings to their peers. At this stage, the stakeholders can be engaged in the interpretation of the data, the formulation of the recommendations, and the plans for further dissemination. If the right amount of attention and pressure are brought to bear on policy makers, the results may be presented at a Congressional hearing and thus have influence on future policies.

5. *Conclusions*

The example used in this article focuses on the use of transformative framework to conduct policy evaluation on the specific issue of diversion courts for people with mental illness and co-occurring substance abuse. However, there are many other wicked problems that societies are facing for which a transformative framework would be appropriate. The world is facing challenges that are complex and without solution in the form of climate change, violence, poverty, lack of access to health and educational services, social and economic inequality, and migration (MERTENS et al. 2016). In order to address policies related to these wicked problems, evaluators will need to:

> «address power inequities, violations of human rights and impediments to social justice, and strategizing for action in the form of policies and behaviors. Given the complex nature of wicked problems, future challenges for mixed

> methods researchers include how to bring multidisciplinary teams together to share their expertise in respectful ways. While this is not a new problem, it is one that continues to challenge researchers and so warrants continued attention by the mixed methods research community» (MERTENS et al. 2016, 225).

Mixed methods has the potential to contribute to finding solutions to wicked problems because it stimulates new kinds of questions and involves the use of innovations in methodology needed to address complexity. Future challenges include how to methodologically, technically, and creatively bring mixed methods to finding solutions to wicked problems in terms of researchers' roles as they advocate for social justice, engage with policy makers and those in political power, and build respectful relationships with members of marginalized communities. In the future, how can mixed methods researchers explore new territory in terms of developing strategies for enhanced citizen participation in science, as well as appropriate and respectful engagement with indigenous peoples, people with disabilities, people who live in poverty, deaf people, racial and ethnic minorities, and others who experience discrimination and oppression in their daily lives (CRAM, MERTENS 2015)? What kinds of mixed methods designs will support the conduct of research that increases the potential for transformative change? What safeguards need to be in place to ensure that change is positive and constructive and not introducing additional harm? (MERTENS et al. 2016, 225).

These questions are highly important for the United States, Europe, and other countries around the globe. The US government's Commission on Evidence Based Policy (2017) report focuses only on the use extant quantitative database sharing. It is a big step forward for the U.S. government to make these recommendations. In their report, they make a recommendation to have a Chief Evaluation Officer in each department who can coordinate evaluation and policy research to enhance their ability to use evidence-based results in the formulation of policies. Hopefully, this level of visibility of evaluation in the federal government will increase the development of evidence and use of that evidence for policy purposes. This report includes many recommendations, but only the future will tell if these recommendations are acted upon.

The European Union has also expressed interest in seeing evidence of the effects of research that they have funded over the last few decades. The European Union funded a massive evaluation of the impact of social science research called IMPACT-EV Evaluating the Impact and Outcomes of European SSH research (REALE et al. 2017). The status of this initiative reveals that demand is increasing for opportunities for researchers and policymakers to engage with each other. The goal is to increase political and social impact of research and evaluation. Political impact

> «refers to the transfer of research findings to the political sphere to inform decision making or policy design, and social impact refers to the extent to which an action from a policy or a civil society-led action has actually contributed to improve identified social challenges» (REALE et al. 2017, 8).

Seemingly, both the United States and Europe are in need of developing strategies to improve the way policies are evaluated so that they are based on evidence and lead to the desired goals.

References

COMMISSION ON EVIDENCE-BASED POLICYMAKING 2017. *The promise of evidence-based policymaking*, Washington DC, Author, 2017.

COWELL A.J., BRONER N., DUPONT R. 2004. *The cost-effectiveness of criminal justice diversion programs for people with serious mental illness co-occurring with substance abuse*, in «Journal of Contemporary Criminal Justice», 20, 3, 2004, 292 ff.

CRAM F. & MERTENS D.M. 2015. *Transformative and indigenous frameworks for multimethod and mixed methods research*, in HESS-BIBER S., JOHNSON B. (eds.), *The Oxford handbook of multimethods and mixed methods research inquiry*, New York, Oxford University Press, 2015, 91 ss.

CRISANTI A.S., CASE B.F., ISAKSON B.L., STEADMAN H.J. 2014. *Understanding study attrition in the evaluations of jail diversion programs for persons with serious mental illness or co-occurring substance disorders*, in «Criminal justice and behavior», 41, 6, 2014, 772 ff.

DOBBINS M., HANNA S., CILISKA D., MANSKE S., CAMERON R., MERCER S. et al. 2009. *Randomized controlled trial evaluating the impact of knowledge translation and exchange strategies*, in «Implementation Science», 4, 2009, 61 ff.

FISLER C. 2015. *When research challenges policy and practice: Toward a new understanding of mental health court*, in «The Judges Journal», 54, 2, 2015, 9 ff.

KELLY K. 2015. *Evaluation of the influence of research on policy and practice in a post-conflict society: HIV/AIDS research in South Africa*, in BUSH K., DUGGAN C. (eds.), *Evaluation in the extreme,* Thousand Oaks (CA), Sage, 2015, 189 ff.

MARRA M. 2015. *Cooperating for a more egalitarian society: Complexity theory to evaluate gender equity*, in «Evaluation», 21, 1, 2015, 32 ff.

MERTENS D.M. 2009. *Transformative Research and Evaluation*, New York, Guilford, 2009.

MERTENS D.M. 2013. *What does a transformative lens bring to credible evidence in mixed methods evaluations?*, in «New Directions for Evaluation», Special Issue on Mixed methods and credibility of evidence, MERTENS D.M., HESSE BIBER S. (eds.), 138, 2013, 27 ff.

MERTENS D.M. 2015. *Philosophical assumptions and program evaluation,* in «Spazio Filosofico», 13, 2015, 75 ff.

MERTENS D.M. 2018. *Mixed methods design in evaluation*, Thousand Oaks (CA), Sage, 2018.

MERTENS D.M., BAZELEY P., BOWLEG L., FIELDING N., MAXWELL J., MOLINA-AZORIN J.F., NIGLAS K. 2016. *Expanding thinking through a kaleidoscopic look into the future: Implications of the Mixed Methods International Research Association's task*

force report on the future of mixed methods, in «Journal of Mixed Methods Research», 10, 3, 2016, 221 ff.

MERTENS D.M., WILSON A.T. 2012. *Program evaluation theory and practice*, New York, Guilford, 2012.

NUTLEY S.M., DAVIES H.T.O., WALTER I. 2002. *From knowing to doing: a framework for understanding the evidence-into-practice agenda*, St. Andrews University, Research Unit for Research Utilisation (Discussion Paper 1), http://www.stand.ac.uk/~cppm.htm.

OLIVER K., LORENC T., INNVAER S. 2014. *New direction in evidence-based policy research: a Critical analysis of the literature*, in «Health Research Policy and Systems», 12, 2014, 34 ff.

PONTEROTTO J.G. 2005. *Qualitative research in counseling psychology: A primer on research paradigms and philosophy of science*, in «Journal of Counseling Psychology», 52, 2005, 126 ff.

REALE E., AVRAMOV D., CANHIAL K., DONOVAN C., FLECHA R., HOLM P., LARKIN C., LEPORI B., MOSONI-FRIED J., OLIVER E., PRIMERI E., PUIGVERT L., SCHARNHORST A., SCHUBERT A., SOLER M., SOOS S., SORDE T., TRAVIS C., VAN HORIK R. 2017. *A review of literature on evaluating the scientific, social and political impact of social sciences and humanities research*, in «Research Evaluation», Special Issue, 2017, 1 ff.

SEGONE M. (ed.) 2015. *National evaluation policies for sustainable and equitable development*, New York, UN Evaluation Group, 2015.

SLATE R.N. 2003. *From jailhouse to Capitol Hill: Impacting mental health court legislation and defining what constitutes a mental health court*, in «Crime & Delinquency», 49, 1, 2003, 6 ff.

WASHINGTON POST 2015. *Justice for None*, New York, Diversion Books, 2015.

LEGISLATIVE EVALUATION AS ALTERNATIVE DEMOCRATIC ENGAGEMENT

KOEN **VAN AEKEN**

&dq

Legislative Evaluation as Alternative Democratic Engagement

KOEN VAN AEKEN

Associate professor, Tilburg Law School, Tilburg University.
E-mail: koen@vanaeken.com

ABSTRACT
This article grapples with the role that legislative evaluation can fulfill as a tool to reinforce the democratic dimension of public decision-making in western liberal democracies. The investigation started from the observation that China's National People's Congress called for legislative evaluation as a tool to develop democracy. Evaluation was consequently described as "alternative" democratic engagement. The investigation then proceeds to answer the question whether there might be a role for alternative forms of democratic engagement in liberal democracies as well, given the fact that electoral and other accountability mechanisms have already been institutionalized. The answer is affirmative, because of the numerous challenges that contemporary democracies face in addition to a string of fundamental developments that are summarized as the shift from government to governance. Now assuming that there is a role for alternative democratic engagement, an ensuing question relates to the actual prevalence of the democratic functionality of legislative evaluation in liberal democracies. Since the institutional context affects these functionalities, the question is answered for the specific case of Belgium. The proclaimed functionalities of evaluation were operationalized into a set of positive and negative markers. These markers touch upon three dimensions: formal aspects of regulatory policy laid down in policy, laws or internal norms; proxies for the salience of democratic evaluation based on observation of strong political preference for other objectives such as audit or administrative burden reduction; and quantifiable quality aspects of evaluation derived from "best practices". By means of illustration, these markers were then applied to the legislative and regulatory policies of Belgium.

KEYWORDS
Legislative evaluation, impact assessment, ex post legislative review, regulatory policy, democracy, governance

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Legislative Evaluation as Alternative Democratic Engagement

KOEN VAN AEKEN

1. *Chinese twins. The double rationale of legislative evaluation* – 2. *Legislative evaluation as alternative democratic engagement* – 3. *Research design and methodology* – 3.1. *Research Questions* – 3.2. *Overview, Goals and Methods* – 3.3. *Definitions* – 4. *The urgency of alternative democratic engagement in liberal democracies* – 4.1. *Flawed Democracies* – 4.2. *The shift from government to governance* – 5. *Prevalence of the democratic function of legislative evaluation in liberal democracies* – 5.1. *How legislative evaluation can advance democracy* – 5.2. *Indicators of the actual prevalence of democratic evaluation* – 5.3. *Illustration: Belgium* – 6. *Concluding remarks.*

1. *Chinese twins. The double rationale of legislative evaluation*

In the early summer of 2010, the city of Xi'an – now firmly on the global cultural map after the excavation of the "terracotta army" – hosted a UNDP-sponsored conference on the *ex post* evaluation of legislation. The event was co-organized by the National People's Congress (NPC), the People's Congress of Xi'an and a handful of prominent Chinese research institutions and universities. During the formal opening ceremony it became clear that this was a very domestic affair. Just two foreigners stood out from an otherwise all-Chinese crowd of government officials and academics. Subdued excitement was in the air. Once the majestic doors of the conference hall were closed, the vice-president of the NPC took the floor. Her welcome address started with the customary formalities and expressions of gratitude until she addressed the reasons to engage in legislative evaluation. Not only is evaluation a tool to improve the rational-analytical character of legislation, the speaker said, evaluation is also a way for us to develop democracy. My fellow foreign expert and I glanced at each other in disbelief. The mild sensations of modern-day orientalist wonderment that we had experienced so far instantly turned into feelings of bewilderment. Did we hear this correctly? Could we be the privileged witnesses of a new democratic dawn in China? The speaker subsequently pointed to actual evaluation projects and explained how the dual objective was achieved. One example was an impact assessment of health care measures for HIV-patients in which stakeholders were actively involved; another one was an *ex post* evaluation of the effectiveness of state subsidies to technology start-ups[1].

[1] Personal notes. See VAN AEKEN 2011 for an adapted version of my presentation at the Xi'an conference.

2. *Legislative evaluation as alternative democratic engagement*

Since this experience in Xi'an I have struggled to frame the evaluative ambitions that were expressed by the vice-president of the NPC. The keenness of Chinese Congress – both at the national and at the provincial level in Xi'an – to engage in legislative evaluation for the sake of fostering democracy, started to make sense when I learnt about a related issue, namely the introduction of judicial review of government legality in China. This new mechanism «added to a wide range of alternatives for citizens to raise grievances against the Chinese government» (MAHBOUBI 2014, 141). Whereas the text of the Administrative Litigation Law (1989) initially was limited, over time Chinese judges and the Supreme People's Court (SPC) succeeded in stretching its jurisdiction, *de facto* creating an instrument for monitoring and control of the executive. In liberal democracies, government is by default monitored and potentially remedied by a wide range of means, mostly formally entrenched in public law (STROM et. al. 2003). Such institutional accountability complements electoral accountability: some of the most obvious monitoring and control mechanisms in liberal democracies reside in parliamentary elections, where representatives are accountable to the voters (GWIAZDA 2016, 27 ff.). In tandem, institutional and electoral accountability provide the means for scrutiny of government conduct and the prevention of concentration of executive power in liberal democracies. From the vantage point of a society that lives under single party rule and is robbed from the prospect of democratic elections, any new "alternative" that offers even the slightest chance of exerting some control over governance or provoking political transformation, is incredibly valuable.

In China, the experimentations by the judiciary with administrative litigation as alternative means of control and contestation are helpful to understand the behavior of the legislative body. Like the SCP and the administrative judges who strived for procedural fairness and the possibility to litigate against government decisions, the NPC explores ways to both increase citizens' participation in public decision-making and monitor the executive's regulatory decisions. Since the enduring vitality of authoritarian governance in China stands in the way of electoral accountability and representation, the legislative body calls for alternative mechanisms of democratic participation and control. Interestingly, what is called "alternative" by western commentators, may be just ordinary practice in China. The notion of democracy in China indeed easily transcends the liberal, western conception of what a democracy should look like (WHITE 2014). But in spite of the very different nature of the political systems of China and the average western liberal democracy, the Xi'an example is useful as an introduction to the concept of "alternative" ways of democratic monitoring and participation mechanisms – that is, institutions and procedures that fall outside classical configurations to regulate the exercise of public power through constitutional law

and electoral representation at the operational level, but intrinsically correspond with the prime objectives of such constellations.

3. *Research design and methodology*

3.1. *Research questions*

The experiences in Xi'an set the stage for subsequent inquiries. A first one grappled with the counter-intuitive relationship between the NPC's acknowledgement of the democratic function of evaluation and the authoritarian nature of the political context. In the previous section I alleged that legislative evaluation was called for as a mechanism of alternative democratic engagement. This inspired a second inquiry, this time on the potential roles and practices of "democratic evaluation" in present-day western liberal democracies. Democratic evaluation is of course not something new. Since the late 1960s the democratic potential of evaluation has been expressed in a variety of ways, from "participation" to the more radical notion of "empowerment" (GUBA, LINCOLN 1989). But how does democratic evaluation fare in the late 2010s? How common is democratic evaluation in present-day legislative and regulatory policies of western democracies? And how can the prevalence of the democratic function be measured, not merely as prescribed in regulatory policies but rather as effectively implemented or realized? Or is democratic evaluation rendered redundant because of sophisticated mechanisms of institutional and electoral accountability? Is there a need for alternative democratic engagement anyway?

In sum, two research questions can be distinguished:

1. To what extent is there a need or urgency to develop "alternative" democratic mechanisms in liberal democracies?
2. How prevalent is the democratic function of evaluation in legislative and regulatory policies of liberal democracies?

3.2. *Overview, goals and methods*

In section 4 the need for alternative democratic engagement in present-day liberal democracies is discussed. Section 5 deals with the prevalence of democratic evaluation (*de jure* and *de facto*) in regulatory policy in liberal democracies. Concluding remarks are formulated in section 6.

The goals of this research are mainly explorative, partly descriptive. It seeks to explore whether there might be some use for the deployment of evaluation in liberal democracies as a tool to enhance the democratic character of public decision-making, and consequently to identify actual manifestations thereof. The notion of a "liberal democracy" in the explorative part has a broad coverage: it

refers to the type of democracy that is most common to the western observer, i.e. a model of democracy characterized by indirect representation of citizens through elections and safeguarding of fundamental rights. By contrast, the scope of the descriptive part of this study is limited to Belgium since the functioning of legislative evaluation is very much dependent of the institutional context (SAGER, RISSI 2011). The aim is to illustrate how a set of indicators can be developed and used for a systematic analysis of the occurrence of "democratic evaluation".

Both research questions were answered by means of desk research (literature review). The data needed for the illustrative study of Belgium were collected through desk research of primary sources (governmental documents, policy briefs, legislation) and secondary materials (such as OECD reports).

3.3. *Definitions*

"Evaluation of legislation" or "legislative evaluation" are the terms used to describe «the systematic appraisal of features of legislation following an investigation that meets the minimal standards for scientific and legal research» (VAN AEKEN 2011, 50). When there is no need to distinguish between policy and legislative evaluation, I use the term "evaluation" as a short form for the evaluation of legislation.

Law and legislation are used as synonyms. Both are defined generically, so they tacitly include subordinate legislation (such as regulation).

Although their place and role in the regulatory cycle differ, ex ante and *ex post* evaluation are not discussed separately. Evaluation as a concept consequently refers to the systematic appraisal of features of legislation before or after its implementation. When actual practices are described I refer to ex ante evaluation as "impact assessment" (IA) or "regulatory impact assessment" (RIA), while *ex post* evaluation is referred to as "*ex post* evaluation", "impact evaluation" (IE) and only occasionally "review" although the latter is quickly gaining popularity (MESSERSCHMIDT 2016).

"Rational-analytical evaluation" refers to evaluation that is primarily undertaken to improve the scientific, evidence-based character of legislation. "Democratic evaluation" points to evaluation that has the intentional purpose of enhancing the democratic quality of legislation.

Democracy points to a system of government, a governance model or a state that is explicitly non-authoritarian. It is an ongoing process that is never finalized. Its main functional components are monitoring (synonymous for control) of the power of the executive and representation (or participation) of citizens in the public decision-making process (HELD 2006). Although such conception is akin to "liberal democracy", the adjective "liberal" may be still be added to stress the importance of the liberal norms such as a free press, due process, transparency, tolerance and civil liberties.

4. *The urgency of alternative democratic engagement in liberal democracies*

4.1. *Flawed democracies*

The Xi'an anecdote illustrated that evaluation can be conceived as a means to enhance the democratic quality of laws that are produced in a political system that is unable or unwilling to provide or maintain the procedural or institutional standards for legitimate public decision-making. Although the political system in liberal democracies is quite different from the Chinese regime, they receive similar criticism regarding the standards for legitimate decision-making. «Our democracy does not function any longer» headlined a Belgium newspaper[2], putting the blame on the short-term, calculating behavior of policymakers. Such criticism is by no means limited to Belgium. Numerous challenges confront liberal democracies around the world and do not spare the established ones. I discuss five of the most pressing issues: voter turnout, representative lawmaking, political parties, legislative terms and fair elections.

Detailed observations across the globe demonstrate declining voter turnout since the beginning of 1990s. Because voter turnout is an excellent indicator of the quality of democracy (LIJPHART 1999, 283), a plummeting turnout is very worrisome (SOLIJONOV 2016, 8 and 25). First, it shows that the interest of citizens in representation is waning. Second, it indicates shrinking political equality, since turnout is strongly correlated with socio-economic status – high turnout thus implies social and economic homogeneity, which is increasingly seen as an essential condition for liberal democracy (MOUNK 2018, 151 ff.).

The notion of a liberal democracy assumes that throughout legislative procedures and policymaking various interests in society are considered and weighed in order to create fair and balanced rules and policies. Princeton researchers however famously demonstrated that the US were by definition no longer a democracy due to the excessive influence that the economic elite exerted on law and policy making. Drawing on unique empirical data, they found that economic elites and organized groups representing business interests have substantial independent impacts on U.S. government policy, while average citizens and groups representing the public interest have little or no independent influence (GILENS, PAGE 2014). Biased representation of public interest in regulatory processes and outcomes is not restricted to the US. In the Netherlands, for instance, Ramlal demonstrated that ministry officials first organized confidential consultations with trusted partners, the so-called "usual suspects", to sketch the main lines of a bill. Representatives of affected groups of citizens who

[2] De Morgen, 5 May 2018, 13.

were not part of this privileged circle found it nearly impossible to voice their interests in this formative phase of the bill. This creates a democratic risk, the author concludes (RAMLAL 2011, 296).

Political parties are indispensable as drivers of representative systems in spite of numerous weaknesses. Tabloids feast on scandals involving politicians. Investigate journalism has a preference for wrongdoings of the party's leadership. Stories of corruption are rampant, damaging the credibility of politics in itself. But the real problems are situated at conceptual and operational levels. What justifies their profound impact on the governance of a state when that state's constitution remains tacit about them?[3] Insofar a political party is conceived as a vehicle for collective expression of a set of related opinions, which guarantees are in place to ensure that the party remains loyal to these opinions? How is the electoral promise of representation enforced? Why is tax money spent on political parties in legalistic democracies?[4] How can one justify the vexed relationship between the corporate world and political parties in competitive models of democracy? What should be done if a party wins the elections but is accused of micro-targeting potential voters (RUBINSTEIN 2014, 881 ff.)?

Mapping the problems associated with political parties inevitably requires a critical understanding of the high mass of representative democracies: the elections. Competitive democracies[5] such as the US are typified by the central importance of leadership and the near-cult of personalities. Pieced together with powerful roles ascribed to media and business the result is an electoral process that conjures the loud atmosphere of a careless circus yet silently breathes the serious interests of the country's elite. Legalist democracies like Belgium and the Netherlands are less affected by these tendencies, because elections and ultimately public decision-making are subject to the legality principle and other strict constraints. But then again, the legalist model shares a systemic flaw with the competitive model: the legislative term of four or five years. The cycle is too long for voters and too short for policy makers. Voters cannot change their preferences halfway while policy makers have few incentives to reason in the long run.

David Van Reybrouck summarized the problem as follows:

> «In a world where democracy boils down to periodical voting after a campaign dictated by commercial mass media and corporate sponsoring, elections are not helping democracy, but might quite simply be killing the very essence of democracy.

[3] Neither Belgium nor the Netherlands mention political parties in their constitutions.

[4] Available at: https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2018/ 02/ 01/ rapport-het-publieke-belang-van-politieke-partijen/rapport-het-publieke-belang-van-politieke-partijen.pdf (accessed 5 May 2018).

[5] For an in-depth comparison of different models of democracy, see HELD 2006.

Elections were once introduced to make democracies possible. Now, they are in the process of becoming the worst obstacles to democracy»[6].

This criticism coincided with a series of high stake elections in which disgruntled citizens expressed their dissatisfaction with existing modes of democracies and their political elites in or around 2016. «There are more elections than ever before, but the world is less democratic» Cheeseman and Klaas commented in *How to rig an election* (CHEESEMAN, KLAAS 2018). The stories about the rigging of the 2016 presidential election in the USA made the already suffering legitimacy of democracy drop to an unparalleled low.

4.2. The shift from government to governance

The previous summary should be sufficiently ominous for political leadership to call for an all-encompassing search for alternative democratic engagement. But there is another compelling reason to do so, in the form of a string of sometimes opposing events that corrode our familiar understanding of nation state and government. These events are conveniently summarized in the tag line «from government to governance». Their beginnings can be traced back as early as the late 1930s, when increasing state intervention under the New Deal required a new era of American state building following the New Deal (LANDIS 1938). But it was only around the turn of the century that they were analyzed in an aggregated form[7].

The overall conclusion was that the trusted conception of government, organized along the lines of the classical constitutional democracy and separation of powers, was exposed to a combination of changes[8]. For instance, administrative agencies were established to address complex problems of the modern economy and industrial society. Unlike generalist legislatures or formalist judges they would apply professional expertise to serve the public interest in an independent fashion

[6] D. Van Reyrouck, Facebook, 1 March 2016. Available at: https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=982049781870657&id=266204043455238 (accessed 4 May 2018). The author gained prominence through the organization of the G-1000 in 2011, a platform for democratic innovation that seeks to increase citizens' participation in public decision-making.

[7] Credits go to the domain of Regulation & Governance.

[8] Before that time some events were studied by lawyers, other by administrative scientists, sociologists or economists. The fairly new interdisciplinary domain called regulation and governance offered the shared workspace to study the various phenomena in relation to each other. These changes include: globalization; the dwindling role of parliament as legislator; the boom of evaluation, assessment and audit activities, in turn stimulated by developments in statistics and computer sciences; rising levels of education, pushing the demand for more participation in public decision-making, the awareness for environmental dynamics and social human rights; the fast rising size and power of a small number of tech companies; the demand for corporate social responsibility in supply chain operators and so on. The list is long and the domain is still in full bloom, devoted to understanding the interplay of all these factors across various disciplines. See the journal Regulation & Governance.

(RAHMAN 2018, 1671). But the rise of the administrative state also sparked an ongoing series of debates and efforts aimed at legitimating administrative authority.

Thumping traditional parliamentary procedures implied that new mechanisms had to compensate for the resulting lack of legitimacy. Regulatory governance consequently inspired an ongoing search for legitimacy through the development of new principles and techniques (JORDANA, LEVI-FAUR 2004; MAJONE 1996), such as a decentralized understanding of power, attention for networks and horizontal relations, evidence based lawmaking informed by experts' advice and experiences of affected stakeholders, experiments with new forms of participation, the development of meta-regulation, partnerships with societal and corporate actors, public voluntary programs, and, understandably, the design of various types of evaluation (HANBERGER 2004), including regulatory impact assessment and *ex post* evaluation[9].

Starting points of this slow but steady landslide were the changing forms and roles of the traditional nation state and its constituting parts. These institutional and functional changes entailed procedural and principal changes. New procedures and design principles in turn paved the way for the autonomous design of practical institutional and procedural change. To what extent this cascade of shifts will affect the vitality of the state-as-we-know-it is a difficult question, not in the least because these shifts manifest in seemingly opposing trends – such as the simultaneous burgeoning of executive power and the administration's openness for civil society's involvement. But what is readily observable is the continuous growth of the evaluation and audit sector.

On top of the already pressing issue of the challenged representative democracy, the shift from government to governance lends further urgency to the exploration of alternative democratic engagement in liberal democracies. The following section discusses one form of such alternative engagement.

5. *Prevalence of the democratic function of evaluation in liberal democracies*

In the previous section it was demonstrated that there is an urgency for liberal democracies to develop alternative mechanisms of democratic control and

[9] The manifest succes of evaluation, however, results not so much from dedication to bestow democratic legitimacy to administrative authority. Rather, it results from the aspiration of an increasingly interventionist government to improve policy results and to maximize output effectiveness. With the world-wide economic and budgetary crisis of the mid-1970s the focus switched to reduce policies and maximize input efficiency. Ongoing budgetary crises in the 1980s and 1990s led to the development of NPM and the redirecting of evaluation efforts to internal processes, for instance revolving around agency performance (WOLLMANN 2003, 13). The subsequent phases are known as the first wave, second wave and third wave of evaluation.

participation. Since this role may be taken up by evaluation the obvious question arose whether liberal democracies already recognize this functionality in their actual legislative and regulatory policies. This section reports on the ensuing investigation in three parts. First, the conceptual connection between evaluation and democratic advance is concisely discussed. This is followed by an operationalization into a set of positive and negative markers that are helpful in identifying the actual prevalence of the democratic function of evaluation in a concrete case. Finally, this approach is illustrated with data from Belgium.

5.1. *How legislative evaluation can advance democracy*

In the late 1980s the so-called "fourth-generation evaluation" was introduced. That was the label coined by Guba and Lincoln to designate a social-constructivist approach to evaluation that stressed participation and empowerment of stakeholders. This approach opposed the apparent tendency to reduce evaluation to a scientific process and a merely technical process of enquiry (GUBA, LINCOLN 1989, 7). Instead, defenders of fourth-generation evaluation were committed to «bringing men back in»[10]. The people that directly experienced the effect of government policy had to be firmly repositioned at the center of the evaluation, which consequently had to be stripped from its positive, quantitative, and even scientific nature. Only then could democratic empowerment be realized.

Such radically different outlook on evaluation is however not required to acknowledge the various ways in which legislative evaluation can strengthen democracy. Quite the reverse is true. Denouncing the scientific nature of evaluation is harmful, because this invalidates its rational-analytical functionality and damages its credibility in democratic deliberation. Furthermore there is no reason why adherence to standards of scientific research should be incompatible with participatory objectives in evaluations[11].

Returning to evaluation as «the systematic appraisal of features of legislation following an investigation that meets the minimal standards for scientific and

[10] This is the title of a landmark article by Homans (HOMANS 1964), an American sociologist who contested the preoccupation with roles and functions in his discipline. He reproached the theoretical perspective of functionalism for getting «positively [...] in the way of our understanding of social phenomena». His argument signaled the emergence of the interpretivist or social-constructivist paradigm in the social sciences. Its proponents denounced a sociology that was blindly mimicking the methods of the positivist, natural sciences with the sole intention to demonstrate a social equilibrium. Instead they emphasized the importance of individual meaning as drivers of behavior (TRAVERS 2002, 165 ff.).

[11] The origins of the alleged opposition can be explained, however. Qualitative and interpretivist researchers have been criticized for not representing a legitimate mode of inquiry according to the standards of positivist science. They fought back by arguing that qualitative methods are uniquely suited to study the lives of oppressed and subaltern groups. The debate is thus intertwined with larger moral concerns. See SALLAZ 2011.

legal research», the following democratic functionalities of legislative evaluation[12] are distinguished in the literature[13]:

- Enrichment of the public debate on legislation with objective data, thus supporting a critical appraisal of arguments and counterarguments for the sake of finding the right balance of interests in the legislative process.
- Shedding light on the actual implementation and enforcement of laws, thus reinforcing control of the executive.
- Voicing the interests of stakeholders in the preparatory phases of lawmaking through the provision of a platform for stakeholder input, thus fostering public participation and indirectly making citizens more responsible and better deliberators.
- Providing a formal embedding for consultation and participation processes, thus rendering these processes more relevant and legitimate.

It has to be added that these functionalities were identified for Belgium and thus in relation to a representative, legalist democracy with state-coordinated[14] governance. This model of democracy and this type of governance are still the most familiar types in the nation-states of Western Europe (HANBERGER 2004). However, types and models are typically ideal representations, so actual practices may deviate somewhat across countries in Western Europe. This may manifest in a slightly different set of functionalities and consequently in a somewhat different set of markers. But when countries with different democracy or governance types are studied, more drastic changes in the set of functionalities and markers will occur.

5.2. *Indicators of the actual prevalence of democratic evaluation*

By now it has become clear that the democratic function of evaluation is actually an aggregation of a number of distinct functionalities. This is a first step towards operationalization, allowing a more targeted search for manifestations of democratic evaluation. For example, a researcher can identify a manifestation of "Voicing the interests of stakeholders" in the mandatory consultation phase that is entrenched in the Impact Assessment procedure. Unfortunately, this manifestation only expresses the intention to consult. Its prescriptive nature does not mean that stakeholders are effectively consulted, or consulted in a timely manner, or consulted in a representative way. Empirical research from Flanders

[12] By contrast, evaluation may also be used as a political tool to counter, delay or disturb democratic processes. For instance, "submarine evaluations" are instrumentally designed to "torpedo" policies of the ruling party by the opposition (LEWIS 2001, 39).

[13] See FUNG, WRIGHT 2003, HANBERGER 2004, LEURQUIN-DE VISSCHER 1995, POPELIER et al. 2007, POPELIER et al. 2010, MEUWESE 2008, VAN AEKEN 2002.

[14] State-coordinated governance means that governance starts with a state decision, taken by the people's representatives or the political or administrative elite (PIERRE, PETERS 2000).

all the way up to the EU level demonstrates indeed that consultations in IA are often ritualistic, formal affairs (POPELIER et al. 2007). Consider another functionality: "Enrichment of the public debate with objective findings". Although legislative policies frequently and prominently prescribe that evaluation reports have to be shared with parliament within due time, it is not uncommon that the information is withheld for a long period[15], thus *de facto* annulling any possible contribution the public debate.

In sum, the commitment of a government to democratic evaluation cannot be measured solely by manifestations of functionalities in the books. What truly testifies of the political salience of the democratic functionalities of evaluation is the effective and sound implementation of these measures. The additional need for empirical data on the operational aspects of evaluation certainly complicates the issue. Fortunately, the growing body of research on evaluation allows to identify a number of general markers that are illuminative of a government's commitment to democratic evaluation. These markers touch upon three things: formal aspects of regulatory policy laid down in policy, laws or internal norms; proxies for the salience of democratic evaluation based on observation of strong political preference for other objectives such as audit[16] or cutting red tape; and quantifiable quality aspects of evaluation derived from "good practices." Some have a positive orientation, indicating a sound concern for the democratic function of evaluation, while others have a negative orientation, thus pointing to the lack of real interest in this function. The following overview illustrates what a set of markers may look like, based upon review of existing studies on the topic in the Belgian context[17].

Positive markers

- introduction of mandatory IA and/or IE in regulatory policies
- presence of democratic objectives in the mission of institutional evaluation bodies
- actual consultation of stakeholders in the IA drafting process
- participation of representative bodies in various phases of the evaluation process
- timely dissemination of evaluation results
- the use of open, bidirectional, dialogue methods in consultation

[15] See for instance France, where the evaluation reports of the consecutive Acts on Bio-ethics were delayed in the order of one to three years. Available at: http://fichiers.acteurspublics.com/redac/pdf/ Octobre/ 20141008%20MI%20simplification%20l%C3%A9gislative%20-%20projet%20de%20rapport%20(1).pdf (accessed 16 May 2018).

[16] See POWER 2003.

[17] These markers are operationalized indicators from previous studies I have undertaken on the topic of evaluation, IA, ex post evaluation, and consultation of stakeholders, and that were reported on in the following publications: VAN AEKEN 2002, VAN AEKEN 2003, POPELIER et. al. 2007, VAN AEKEN 2009a, VAN AEKEN 2009b, VAN AEKEN 2011, VAN AEKEN et. al. 2011, VAN AEKEN 2015.

- parliamentary debate on evaluation outcomes
- co-setting of evaluation agenda
- public involvement in early stages of IA procedures
- strong structural position, marked by independence of agency and structure from executive and administrative powers

Negative markers

- political dominance of administrative burden reduction and simplification
- political dominance of performance audit
- absence of democratic objectives in the mission of institutional bodies established to evaluate legislation
- dysfunctionality of institutional bodies established to evaluate legislation
- public discussion of the lack of financial, material or human resources
- restriction of consultation methodology to closed, unidirectional methods
- ad hoc nature of evaluation efforts
- lack of attention for evaluation methodology

The rudimentary character of this overview is in line with the explorative purpose of this part of the investigation. Individual analysis of each of the different forms of evaluation throughout the regulatory circle combined with a more stringent analysis of "good practices" for each of these forms will certainly result in a much more sophisticated overview.

5.3. *Illustration: Belgium*

The following example serves to illustrate how such markers can structure an empirical investigation of the government's commitment to democratic evaluation.

Positive markers

- introduction of mandatory IA in regulatory policies
  Since the mid-1990s, evaluation has gradually gained political salience in Belgium (VAN NIEUWENHOVE 2002). RIA was introduced by Royal Decree in 2013[18]. The introduction of RIA in 2013 was flanked by the establishment of an Impact Analysis Committee (IAC). The IAC was entrusted with two tasks: first, the (on-demand) ex ante scrutiny of Impact Assessments which had been conducted by various governmental departments, and secondly, an «ex-post evaluation, presented in the

[18] Royal Decree of 21 December 2013 regarding execution of Title 2, Chapter 2 of the Law of 15 December 2013 regarding diverse dispositions on administrative simplification. (Koninklijk besluit van 21 december 2013 houdende uitvoering van titel 2, hoofdstuk 2 van de wet van 15 december 2013 houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging).

form of an annual report, intended to draw lessons from the application of the law, its implementation, and if necessary, to provide additional support tools available to the authors of impact assessments»[19].

- introduction of IE in regulatory policies
  The intent to implement *ex post* evaluation in the regulatory cycle was expressed in consecutive governmental accords and numerous legislative proposals and draft bills (VAN AEKEN 2009). This resulted in 2007 in the establishment of a parliamentary committee responsible for the *ex post* evaluation of legislation[20]. This committee can also initiate review of legislation at the request of citizens. The RIA report, which is mandatory for all primary and subordinate legislation submitted to the Cabinet of Ministers at the federal level, is usually shared with social partners as a basis for consultation (OECD 2015).
- timely dissemination of evaluation results
  The annual report of the IAC has to be presented to the Cabinet upon which it had to be published on the ASA's website[21]. Although the IAC does not engage in actual legislative evaluation, the Committee is instrumental to the development of an integral outlook to better regulation by stressing the importance of ex-post legislation in the regulatory cycle which starts with an IA[22].

Negative markers

- absence of a systematic approach to legislation
  Research carried out in 2000 (VAN AEKEN 2002) and 2009 (OECD 2010) could not identify a coherent system of legislative evaluation at the federal level of Belgium. According to the OECD overview of 2015 only a handful of laws were evaluated. These findings support the thesis (ADAMS, VAN AEKEN 1999, VAN AEKEN 2003) that legislative evaluation in Belgium is above all a matter of lip service. The lack of a systematic approach surely is not favorable for the development of evaluation, let alone democratic evaluation.
- absence of democratic objectives in the mission of institutional bodies established to evaluate legislation
  The establishment of the Parliamentary Committee for Legislative Monitoring resulted from a governmental accord in which was stated that «a system of evaluation of existing laws will be introduced; effectiveness, proportionality, transparency and coherence will

[19] Art. 7, Royal Decree of 21 December 2013.

[20] Parlementair Comité voor de Wetsevaluatie / Comité parlementaire chargé du suivi législatif. Available at: http://www.comitewetsevaluatie.be/indexN.html (accessed 1 May 2018).

[21] The annual reports of 2014 and 2015 are available online. The last one, finalized in December 2016, covers 2015. Available at: http://www.vereenvoudiging.be/sites/default/files/documents/Analyse%20d%27impact/RIA_Evaluatieverslag2015_IAC.pdf (accessed 1 May 2018).

[22] Available at: http://www.vereenvoudiging.be/nieuws/ria-evaluatieverslagen-2014-et-2015 (accessed 1 May 2018).

be the main evaluation criteria»[23]. The selection of these specific criteria indicates a political preference for an analytical-rational conception of evaluation.

- dysfunctionality of institutional bodies established to evaluate legislation
  Although the bi-cameral Parliamentary Committee for Legislative Monitoring was established by law in 2007, its mandatory yearly reports only cover 2011, 2012 and January 2013 - April 2014. This implies that the Committee was inactive for three years after its foreseen installment, and again for three years since 2014. Observers attribute this dysfunctionality mainly to political disagreement over the role of the Senate in legislative affairs, even though the law prescribed a bicameral composition (VAN AEKEN 2009, 204).
- political dominance of performance audit
  While *ex post* legislative evaluation is still a rarity in Belgium, audit is on the rise. The salience of performance audit manifested in the creation of a common internal audit service (CIAS)[24]. Furthermore, the Cabinet of Ministers agreed that existing audit services had to be integrated vertically under CIAS. CIAS presents internal auditing as a guarantee that an organization's mission is realized in an effective, efficient, economical and ethical way. These reforms, including the creation of a new audit oversight body, appear to indicate the growing importance of audit mechanisms as a meta-regulatory quality tool in federal Belgium. But audit is fundamentally different from evaluation. Audits primarily relates to institutions, whereas legislative evaluation only concern legislation; audits are mostly driven by accountancy principles, while legislative evaluation is less concerned with budgetary issues; audits deal mostly with an internal point of view, while legislative evaluation seeks to measure the impact of laws from an external perspective; audit is strongly associated with control, where legislative evaluation is driven by a scientific outlook. The narrow, internal focus of audit contrasts with the open, external outlook of evaluation (VAN AEKEN 2011, 190). The recent revitalization of audit appears to have drained the political salience of legislative evaluation, and with it the prospect of democratic evaluation.
- political dominance of simplification programs and administrative burden reduction
  In December 1998, the Belgian government created by Royal Order a dedicated unit for administrative simplification. The Administrative Simplification Agency (ASA)[25] has taken the lead in the federal better regulation program with a dual mission: to promote simplification of legislation and reduction of administrative burdens with

[23] Federal Government Belgium, Government statement and coalition agreement 2003, 76. Available at: http://www.mobielvlaanderen.be/pdf/beleidsnota-brieven/federaalregeerakkoord2003.pdf (accessed 1 May 2018).

[24] Gemeenschappelijke Interne Audit Dienst. Available at: http://fedweb.belgium.be/nl/nieuws/ 2015/ 20150716_cm_interne_audit; http://www.comitedaudit.belgium.be/ nl/auditcomit%C3%A9/ opdrachten-en-bevoegdheden (accessed 1 May 2018).

[25] Dienst Administratieve Vereenvoudiging (DAV). Available at: http://www.vereenvoudiging.be (accessed 1 May 2018).

regard to federal regulations, and to promote regulatory co-operation across the federal, regional and community governments. One of their methods, known as the KAFKA-test, is similar to the Standard Cost Model[26]. The ASA's institutional foundations are strong, nested within the Chancellery of the Prime Minister. The institutional importance of this agency is indicative of the political preference for a narrow definition of Better Regulation strategies, focusing on reducing administrative burdens rather than improving public participation. This may be partially explained by the encouragement of the OECD that described the ASA and its mission as a «key asset which needs to be preserved and developed» (OECD 2010, 65).

6. *Concluding remarks*

Returning to Xi'an, the initial puzzle to solve was the nature of the relationship between an authoritarian government and the confident articulation of the democratic objective of legislative evaluation by the NPC. A solution was presented in the form of evaluation as "alternative" democratic engagement. The qualification as alternative is an implicit reference to the vantage point of the western observer; more explicitly it results from a confrontation of the Chinese model with the western model of a liberal democracy. In liberal democracies, various mechanisms of electoral and institutional accountability prevent the arbitrary use of power. Hence, a concoction like "democratic evaluation" would be redundant, just as any other alternative to elections.

But is that true? Is it far-fetched to argue that western democracies are in dire need of some fresh democratic engagement when voter turnout is at a historical low, high-stake elections are allegedly rigged and legislation serves the corporate world first? And you don't have to be politically alienated to observe the soaring regulatory power of the executive, leaving you wondering what became of the vote you casted during the elections some years ago.

That there is a need for fresh engagement is manifest in the mushrooming of grass roots activities, citizens' movements, social media activism, the succes of digital platforms that enable participation of citizens in local public decision-making, and many more initiatives rooted in society. From the viewpoint of the state, we see new roles emerging for the courts, for instance as regulatory watchdogs, or for ministerial departments, that reach out to professionals, for instance by organizing a help desk for architects that struggle with new regulations. The list stretches as far as imagination does. Evaluation of legislation and regulation is indeed only one possibility out of many to reinforce the

[26] Available at: http://www.vereenvoudiging.be/webfm_send/88, 15 (accessed 6 June 2018).

democratic quality of public decision-making. But it is precisely the varied nature and the multitude of mechanisms that contribute to what Keane (KEANE 2009) called "monitory democracy".

Nonetheless, an explorative study of the prevalence of democratic evaluation in the regulatory policy of Belgium did not indicate a high level of political salience for the democratic cause of evaluation. Rather, evaluation seems to suffer from competition with performance audit, simplification programs and reduction of administrative burdens. This observation corresponds with the role of evaluation as a means to control and reduce the costs of governmental interventions in a welfare state under pressure. But in spite of the many similarities, legislative evaluation differs from policy evaluation. The legal system is in the end not concerned with budgets and effects, but with legitimacy, and ultimately with fairness and justice. Social-psychologist Tom Tyler (TYLER 1990) demonstrated that people find a rule fair when they had the feeling that they had a voice and they were heard in the deliberations preceding the decision. Compliance with an unfavorable rule that resulted from a procedure in which the respondent was heard, was higher than compliance with a rule that benefited the respondent but was created without that individual's participation.

In sum, democratic evaluation is part of a new outlook on democracy that responds to the urgency to reinforce the challenged liberal democracies. It is thus important to know to which extent governments take this outlook and this particular manifestation seriously. Therefore, a number of markers were presented that derived from the functionalities that are inherent in legislative evaluation. These markers resulted from a first exploration, confined to Belgium. Follow-up research can improve these markers in a number of ways. First, the functionalities of democratic evaluation can be developed further. There is certainly some merit in extending to multiple models of democracy and governance. In addition, it may be useful to apply a better distinction between monitoring and participation. Next, the operationalization could be improved by studying impact assessment and *ex post* review individually in the regulatory circle, and focusing more systematically on the good practices in order to identify more detailed markers for empirical scrutiny.

References

ADAMS M., VAN AEKEN K. 1999. *Evaluatie van wetgeving: element van een wetgevingskwaliteitsbeleid*, in «Parlementaire stukken Senaat 1998-1999», bijlage 1, 955, 3, 1, 1999, 98 ff.

CHEESEMAN N., KLAAS B. 2018. *How to Rig an Election*, New Haven-London, Yale University Press, 2018.

FUNG A., WRIGHT E.O. 2003. *Deepening Democracy. Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance. The Real Utopias Project IV*, London-New York, Verso, 2003.

GILENS M., PAGE B.I. 2014. *Testing Theories of America Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens*. Available at http://scholar.princeton.edu/sites/ default/ files/mgilens/files/gilens_and_page_2014_-testing_theories_of_american_politics. doc.pdf (accessed 1 May 2018).

GUBA E., LINCOLN Y. 1989. *Fourth Generation Evaluation*, Beverly Hills, Sage, 1989.

GWIAZDA A. 2016. *Democracy in Poland. Representation, participation, competition and accountability since 1989*, Oxon-New York, Routledge, 2016.

HANBERGER A. 2004. *Democratic governance and evaluation, Paper presented at the Sixth EES Conference in Berlin*, Available at: http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:574322/FULLTEXT02 (accessed 1 April 2017).

HELD D. 2006. *Models of Democracy*, Stanford, Stanford University Press, 2006.

HOMANS G.C. 1964. *Bringing men back in,* in «American Sociological Review», 29, 1964, 809 ff.

JORDANA J., LEVI-FAUR D. (eds.) 2004. *The Politics of Regulation – Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004.

KEANE J. 2009. *The life and death of democracy*, London, Simon & Schuster, 2009.

LANDIS J. 1938. *The administrative process*, New Haven, Yale University Press, 1938.

LEURQUIN-DE VISSCHER F. 1995. *Pour une evaluation legislative*, in «Revue belge de droit constitutionnel», 3, 1995, 275 ff.

LEWIS J. 2001. *Reflections on evaluation in practice*, in «Evaluation», 7, 2001, 39 ff.

LIJPHART A. 1999. *Patterns of democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2 ed., New Haven-London, Yale University Press, 2002.

MAHBOUHI N. 2014. *Suing the government in China*, in ZHOU K., RIGGER S., WHITE III L. (eds.), *Democratization in China, Korea and South East Asia? Local and national perspectives*, London-New York, Routledge, 2014, 141 ff.

MAJONE G. 1996. *The Regulatory State*, London, Routledge, 1996.

MESSERSCHMIDT K. 2016. *Evidence-based review of legislation in Germany*, in «The Theory and Practice of Legislation», 4, 2016, 209 ff.

MEUWESE A.C.M. 2008. *Impact Assessment in EU Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008.

MOUNK Y. 2018. *The People vs. Democracy: Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2018.

OECD 2010. *Better regulation in Europe: Belgium 2010*. Available at http://www.oecd-ilibrary.org/governance/better-regulation-in-europe-belgium-2010_ 9789264087859-en (accessed 18 March 2018).

OECD 2015. *Governments at a glance*. Available at http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2015/ex-post-evaluation-of-regulation_gov_glance-2015-40-en (accessed 18 February 2017).

PIERRE J., PETERS G. 2000. *Governance, politics and the state*, New York-Basingstoke, Macmillan, 2000.

POPELIER P., VAN GESTEL R., VAN AEKEN K., VERLINDEN V., VAN HUMBEECK P. 2007. *Consulteren over ontwerp-regelgeving: alibi voor vrijblijvendheid of prikkel tot actie? Een zoektocht naar internationale best practices en een toepassing op de Nederlandse consultatiepraktijk als referentiekader voor Belgische beleidsmakers en Vlaamse RIA-ambtenaren*, Den Haag, WODC, 2007.

POPELIER P., VAN AEKEN K., MEUWESE A., VAN HUMBEECK P. 2010. *Kwaliteitsvolle regelgeving door middel van consultatie van belanghebbenden*, Brussel, Vlaamse Gemeenschap Dienst Wetsmatiging, 2010.

POWER M. 2003. *Evaluating the Audit Explosion*, in «Law & Policy», 25, 2003, 185 ff.

RAHMAN S. 2018. *Reconstructing the Administrative State in an Era of Economic and Democratic Crisis*, in «Yale Law Journal», 131, 2018, 1671 ff.

RAMLAL M.R. 2011. *Naar een glazen wetgevingshuis? Belangeninbreng, transparantie en de wetgevingsjurist in ambtelijk*, Den Haag, Boom Juridische Uitgeverij, 2011.

RUBINSTEIN I.S. 2014. *Voter privacy in the age of big data*, in «Wisconsin Law Review», 2014, 861 ff.

SAGER F., RISSI C. 2011. *The limited scope of policy appraisal in the context of referendum democracy - the case of regulatory impact assessment in Switzerland*, in «Evaluation», 17, 2011, 151 ff.

SALLAZ J. 2011. *Qualitative Methods in Sociological Research*, in *Oxford Bibliographies Online*, New York, Oxford University Press, 2011. Available at: http://www.oxfordbibliographies.com /view/document/obo-9780199756384/obo-9780199756384-0043.xml (accessed 7 May 2018).

SOLIJONOV A. 2016. *Voter Turnout Trends around the World, International Institute for Democracy and Electoral Assistance*. Available at: https://www.idea.int/sites/default/files/publications/voter-turnout-trends-around-the-world.pdf (accessed 7 May 2018).

STROM K., MULLER W. C., BERGMAN T. (eds.) 2003. *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

TRAVERS M. 2002. *Interpretive Sociologists and Law*, in BANAKER R., TRAVERS M. (eds.), *Law and social theory*, 2 ed., Oxford-Portland, Hart Publishing, 2013, 165 ff.

TYLER T.R. 1990. *Why people obey the law*, New Haven, Yale University Press, 1990.

VAN AEKEN K. 2002. *Proeven van wetsevaluatie, Proefschrift*, Antwerpen, Universiteit Antwerpen, 2002.

VAN AEKEN K. 2003. *Wetsevaluatie tussen woord en daad*, in «Tijdschrift voor Wetgeving», 3, 2003, 31 ff.

VAN AEKEN K. 2009a. *Een kroon van klatergoud? De wet van 25 april 2007 over de oprichting van een Parlementair Comité belast met wetsevaluatie*, in «Tijdschrift voor Wetgeving», 9, 2009, 204 ff.

VAN AEKEN K. 2009b. *Pushing Evaluation Forward. Institutionalization as a Means to Foster Methodological Growth of Legislative Ex Ante Evaluation*, in VERSCHUUREN J. (ed.) 2009, *The Impact of Legislation. A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, 105 ff.

VAN AEKEN K. 2011. *From vision to reality: ex post legislative evaluation*, in «Legisprudence», 5, 2011, 41 ff.

VAN AEKEN K., VAN DOOREN W., DE PEUTER B. 2011. *Reguleringsimpactevaluatie*, Brussels, Vlaamse Gemeenschap, 2011.

VAN AEKEN K. 2015. *All on board. An assessment of advances in Dutch legislative policy 2010-2015*, in «Journal of Legislative Evaluation», 8, 2015, 1 ff.

VAN NIEUWENHOVE J. 2002. *Wetsevaluatie in Belgie*, Mechelen, Kluwer, 2002.

WHITE III L. 2014. *Diverse routes to democracy: an introduction*, in ZHOU K., RIGGER S., WHITE III L. (eds.), *Democratization in China, Korea and South East Asia? Local and national perspectives*, London-New York, Routledge, 2014, 1 ff.

WOLLMANN H. 2003. *Evaluation in public-sector reform: Toward a 'third wave' of evaluation?*, in ID., *Evaluation in Public Sector Reform*, Cheltenham-Northampton, Edgar Elgar, 2003, 1 ff.

FRAMING CHOICES TO INFLUENCE BEHAVIORS:
A DEBATE ON THE PROS AND CONS OF “NUDGING”

LUIGI **COMINELLI**

&dq

Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of "Nudging"

LUIGI COMINELLI

Ricercatore di Sociologia del diritto, Università di Milano.
E-mail: luigi.cominelli@unimi.it

ABSTRACT
In recent years, a viable alternative to the traditional "legislate-and-sanction" approach has been sustained: an approach of libertarian-paternalism through behavior incentives/disincentives defined as *nudges* (Thaler & Sunstein 2009). Nudging is a way of guiding behavior based not on legal provisions with explicit sanctions, but rather on codes, practices or regulations that place the individual in the best conditions to make a good choice for himself and for society. Such alternative forms to traditional regulation would also lower the cost of controlling social behavior. Nudge is described as a gentle manipulation, based on empirical evidence, of the frame of individual decision-making architecture, aiming to overcome the moralistic paternalism of legislation. There have been also criticisms of this approach, such as the accusation of hidden paternalism, exemplified by messages on cigarette packets, considered by some as explicitly manipulating, and hence strangers to a loyal relationship between regulators and regulated. In other cases, it has been argued that nudging operates an occult redistribution of wealth from irrational to rational subjects. In this work, I intend to discuss critically, from the micro-sociological and cognitive point of view, the potentialities and problematic aspects of nudging.

KEYWORDS
Nudge, regulation, behavioral sciences, cognitive biases

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of "Nudging"

LUIGI COMINELLI

1. *Introduction* – 2. *Defining the scope of "nudges"* – 3. *Criticisms against the nudge concept* – 4. *In conclusion: A possible compromise point.*

1. *Introduction*

Richard Thaler, along with Cass Sunstein, a jurist, a few years ago introduced the successful idea of "nudging" (THALER, SUNSTEIN 2009) in order to promote a new style of regulation inspired by a philosophy of "libertarian paternalism" (THALER, SUNSTEIN 2003). Nudging lies outside the traditional "command and control" attitude to regulation, but it also does not entail wholesale deregulation: it seeks to guide human behavior by leveraging biases and heuristics that characterize the way individuals gather information and make decisions. Nudges intervene and guide decisions when the instinctual decision-making system (system 1) prevails over the properly rational system (system 2) (KAHNEMAN 2011). In this way, nudging can become an alternative to other forms of traditional regulation, in such a way as to lower the cost of channeling social behaviors (BALDWIN 2014, 831).

As a term of art, the verb *nudge* is used in policymaking in its commonly recognized meaning where the idea is to "gently push" or "elbow" someone into doing something, through an exhortation they can easily and intuitively understand and appreciate. The point of nudging, in other words, is to guide the behavior of individuals without violating their freedom of choice. In order to convey this idea, Thaler and Sunstein (THALER, SUNSTEIN 2009, 5 f.) introduce the example of a school canteen whose policy is to improve the students' eating habits, and to this end, instead of banning or eliminating junk food, the staff places the healthier food at eye-height (THALER, SUNSTEIN 2009). For widespread examples of nudging, we can point to the nutrition facts label that is mandatory for certain foods, the tobacco packaging warning messages, or opt-out social security plans (SUNSTEIN 2017, 19).

When it comes to encouraging socially desirable behavior through better information, it is not advisable to tell someone that they are more virtuous than average, because their behavior will end up getting worse (THALER, SUNSTEIN 2009, 74). Thus, for example, people seem more willing to pay the taxes they owe when they are informed that a good percentage of other people regularly pay their own taxes and do not incur any fines, but not when they are informed about the

way their taxes are used, or about penalties for tax violations, or about what further assistance is provided for filling their tax returns. Likewise, voter turnout generally does not increase by lamenting the fact that it is low (THALER, SUNSTEIN 2009, 72). The delimitation of nudges seems to be of particular interest in health care and social care, where the decisions that individuals make now not only affect their personal wellbeing in the future but have major implications for public spending.

To qualify as such, a *nudge* measure should not imply significant material incentives or disincentives: levying taxes, offering subsidies, or depriving persons of their freedom cannot be considered a nudge (SUNSTEIN 2015, 512). Nudges work because they provide information effectively, because they make certain choices easy, or simply because they leverage individual inertia. In several cases, nudges seem to work by leveraging a cognitive bias. But choices can also be influenced by making information available when no bias is at work (so long as we take it that ignorance itself is not a bias) (SUNSTEIN 2015, 513). Nudges aim to provide a decision-making architecture based on empirical evidence, and to overcome the moralistic paternalism inherent in much legislation.

The paternalistic route ignores biases that cause harm to oneself and implements harsh penalties for biased behavior that harms others. But this should be no longer an acceptable choice for governments. In this article, I will first try to summarize the current definition and scope of the "nudge", which is still being debated and redefined, by referring to its political-philosophical assumptions defined by the authors as *libertarian paternalism* (par. 2). In the second part, I will focus on the most convincing criticisms of the nudge idea (paragraph 3), and then I will try to reach a balanced conclusion on the subject (paragraph 4).

2. *Defining the scope of "nudges"*

It is only in a relatively recent past that question of the interaction between cognition and human behavior came into its own as an object of sustained study (KAHNEMAN, TVERSKY 1974; KAHNEMAN, TVERSKY 2000), at which point policymakers also began to take a fresh look at science as a source of guidance in regulating society. Considering the cost and varying degree of effectiveness of traditional regulation based on threats and punishments, it may now seem appropriate to consider the alternatives. The issue is actually older than it seems if we consider that the first cognitivist in the broad sense is Hume (HUME 1739). Social scientists who focus their investigations on the legal system are now integrating the insights coming from psychology, ethology and neuroscience, by increasingly carrying out theoretical and empirical investigations into the impact that human's animal nature has on normative social practices (BECKSTROM 1989;

FROLIK et. al. 1999; GOODENOUGH, PREHN 2006; GOODENOUGH, TUCKER 2010; GRUTER 1979; JONES 2006; JONES, GOLDSMITH 2005). In particular, the nineteenth-century formalistic concept of rationality is not the only, nor perhaps the main parameter, by which to evaluate why human societies have norms, or the reason why people respect or violate these norms (SACCO 2015).

When legislative committees seek expert opinions in the process of drafting a bill, they used to turn to economists, jurists, sociologists, life scientists, and so on. These committees are now supported by agencies or units mainly composed of behavioral scientists. Among the first and best-known examples are the Behavioral Insights Team (BIT) in the U.K. and the U.S. government's Social and Behavioral Sciences Team. It has been recently estimated that in some fifty-one countries, the behavioral sciences have an official policymaking role. The trend has also taken hold in the international arena, considering that the World Bank and the United Nations would like to apply the principles of behavioral science to sustainability and development policies, for example in the effort to fight corruption. In its latest annual report, the U.K.'s Behavioral Insights Team claims that it has reduced the flow of patients sent to overcrowded hospitals, has limited unnecessary gas consumption, and has reduced the number of speeding tickets, while increasing the ratio of disadvantaged students admitted to prestigious universities and the number of workers enrolling in voluntary retirement plans. Circumscribed applications of the nudge concept have been analyzed in specific fields like freedom of contract (MATHIS, BURRI 2016), consumer protection (RANGONE 2012), organ donation (DEN HARTOGH 2013), financial investments (HELLERINGER 2016; TERESZKIEWICZ 2016), and dispute resolution (WATKINS 2010).

By changing the choice-framing architecture with nudges, that is, by shaping the frame through which choices are presented, it should be possible to achieve results that are less socially problematic. The structuring of options seems more effective in situations where individuals have no feedback as to the outcome of their actions or where the effects of choices are deferred over time (THALER, SUNSTEIN 2009, 83 f.). An effective strategy in this respect is to set default options that one must be able to get rid of in a very simple way. Two examples are organ donation and enrolment in voluntary social security plans: in most jurisdictions, these are choices that require express consent, and not surprisingly, these behaviors are not as common as we want them to be.

If we could presume these virtuous choices, we would be able to significantly improve outcomes simply by making it possible to opt out with a mere statement. Other effective illustrations of nudges are the default setting on computers, mobile phones, and GPS navigators (SUNSTEIN 2017, 1). These setting can be used to guide and direct behavior while ultimately giving individuals the freedom to bypass them. They are "institutional prosthetics" that can save lives, as in the case

of the parallel road stripes perpendicular to the flow of traffic: they give drivers the impression that they are driving faster than is actually the case, thereby inducing them to slow down (TROUT 2005, 427).

The rationale behind nudging, and the reason why Thaler and Sunstein chose for it the oxymoronic label "libertarian paternalism", is that they are not meant to replace traditional regulation but to complement it, in such a way as to preserve each citizen's agency and control. Liberal paternalism is an attempt to devise "third way" (GIDDENS 1998). In the midst of a polarizing public debate, nudges seek common ground in the kind of gradual reform that may appeal across a broad political spectrum (AMIR, LOBEL 2008, 2118). Contrary to nudging, "command and control" regulation and total deregulation often entail, in equal measure, a drastic overhaul of the existing framework, and so they end up with measures that are either outright coercive or fully libertarian (SUNSTEIN 2000). The idea that legislative intervention should be gradual and noninvasive, while recognizing that people sometimes act in self-damaging ways, has been expressed in various forms. One description is "paternalistic", sometimes qualified, as in asymmetric paternalism (WHITMAN, RIZZO 2015, 410), and another one is "debiasing through law" (JOLLS, SUNSTEIN 2004).

As the previous discussion may have suggested, nudging seems to ultimately manipulate our will without our being able to realize it. An effort has therefore been made to understand how it might be received across different cultures, and it seems to have a strong reception in most countries, with similar patterns found in the United States, Canada, Australia, the United Kingdom, Germany, France, and Italy (SUNSTEIN 2017, 17). Sweden has been observed to be more receptive to it than the United States, and it has been speculated that this may well have to do with Sweden's national culture of wide support for government intervention (HAGMAN et. al. 2015, 449). Slightly lower levels of acceptance have been recorded in Denmark, Hungary, and Japan, while acceptance in Italy and the United Kingdom is high compared to other European countries (with the exception of "sweets free" cashier zones in supermarkets in Italy) (SUNSTEIN 2017, 34). Nowhere in the world does nudging find greater acceptance than in China and Korea (SUNSTEIN 2017, 18). Acceptance of nudging does not seem to vary with demographic, but gender does seem to be a factor, women generally being more in favor of it than men (SUNSTEIN 2017, 36).

A significant difference affecting nudge evaluation was linked to the nudge's educative potential. Noneducative nudges are constructed by reframing choices without making people better informed: they rely on the instinctive decision-making system, as they play on people's fears or hopes (SUNSTEIN 2017, 7). Information-giving or educative nudges tend to win greater acceptance, but there is also remarkable variance from case to case, depending on how effective the nudge is (SUNSTEIN 2017, 9). In short, whether a nudge will find favor depends

not so much on its abstract proposition as on how effective it proves to be in practice.

3. *Criticisms against the nudge concept*

As suggested, the idea of exploiting biases and heuristics to achieve socially optimal results is certainly subject to objection. Two mains lines of criticism have developed, each with its own range of views: on the one hand we have the political and ideological criticism that object to the underlying philosophy of libertarian paternalism; on the other hand, we have the psychological-cognitive criticism that challenges the validity of the cognitive bias theory or its practical use as a criterion on which basis to tweak regulation.

In the first camp we find critics who argue that there is little in libertarian paternalism that is actually libertarian and much that is manipulative. Thus Baldwin (BALDWIN 2014) has highlighted some forms of nudging that, instead of relying on a requirement to keep the public informed about its object or on the inertia that causes us to cling to default rules, conceals a paternalistic approach that leverages our emotions. These are characterized by Baldwin as "third degree" nudges, the prime example being the fear-inspiring labelling on cigarette packaging, considered to be explicitly manipulative: for this reason, and because there is no opt-out, this kind of nudging can be said to break the trust between regulators and the public (BALDWIN 2014, 836). When these measures are taken directly by administrative agencies, without the public debate that accompanies the legislative process, nudging could even be a form of "disrespectful social control" (HAUSMAN, WELCH 2010, 134). Similarly, Mitchell (MITCHELL 2015, 1247 f.) argues that nudging is ultimately a form of paternalism in disguise, particularly when designed for wealth redistribution, for the underlying assumption is that the wealth is redistributed from rational individuals to irrational ones.

As several critics have also pointed out, nudging assumes that decision-making bias only affects the people being nudged, not the people who are doing the nudging. Nudge theory, in other words, seems to imply the existence of a benevolent and rational public official in charge of nudging, but where is this rational being to be found? (NISKANEN 1971). There is no reason why government action should be immune from the same cognitive errors as individual action (LODGE, WEGRICH 2016, 253): it, too, is subject to the constraints of "bounded rationality" (SIMON 1958). The anarchy and messiness of government decision-making have been widely underscored in the literature, where government is compared to a "garbage bin" from which good plans and measures can get discarded and then recovered by mere accident or for the wrong reasons (COHEN et al. 1972). Libertarian paternalism is argued to be in some ways a violation of the

libertarian and individualistic principle of value neutrality (AMIR, LOBEL 2008, 2120; STEFFEN 2016, 84). In the same vein, nudging has been described as "welfarist" (GUALA MITTONE 2015, 386). Likewise, and also in seeming contradiction to the principles of libertarian paternalism itself, some nudging has been described as pro-social, one example being the nudging designed to promote recycling, another the opt-out rules that by default allocate part of an individual's income to charity. These measures are "epistemologically different" from pro-self nudges (HAGMAN et al. 2015, 441), which are only designed to help us make better choices in our own self-interest. This would make pro-self nudging less intrusive than pro-social nudging, and therefore more acceptable.

The second line of criticism is the psychological, with several authors challenging the theory of systematic cognitive bias (ARROW et al. 1995; KAHNEMAN, TVERSKY 1974; KAHNEMAN, TVERSKY 2000). Here Gigerenzer (GIGERENZER 2015) raises a number of objections that point out the inconsistencies in the very concept of cognitive bias, and he subscribes to the notion that when people are well informed and have been educated about a subject, they will make fewer irrational choices. But the main problem with libertarian paternalism, according to Gigerenzer, is that it implicitly places all blame on the individual, while ignoring that institutions may have a vested interest in diverting individual behavior in one way or another. This objection takes issue not with nudging itself but with its use as a convenient shortcut that is taken in place of the longer and more resource-intensive route of educating those we want to nudge (GIGERENZER 2015, 363). Although nudges are to be credited for making bureaucrats aware of the psychological factors at work in the decision-making process, they can become an excuse for not adequately protecting the rights of people who need such protection, like consumers, and coercively enforcing such rights when needed. Gigerenzer also notes that the definition of nudging has become confusing, even at the hands of its own creators, who initially excluded from the concept any measure that works by providing material or monetary incentives, but then stretched the same concept to include such measures within its scope (while qualifying this extension of scope by requiring that the incentive needs to be small).

From the point of view of behavioral psychology, Gigerenzer argues that the kind of cognitive psychology and behavioral economics at work in the libertarian paternalism of nudging (MATHIS, TOR 2016) proceeds from a caricaturized view of human nature and individual intelligence as irremediably error-prone. On the contrary, he maintains, it is premature to be pessimist about the difficulty of debiasing: with adequate visual and numerical support, even children can be educated about risk and uncertainty (GIGERENZER 2015, 364). According to Rachlinski (RACHLINSKI 2002, 1212) we need not even resort to nudging as a remedy against cognitive errors: "simple experience" will suffice. In fact, the

evidence that we are systematically irrational is far from conclusive, for it based on tests which use particularly restrictive rules of logic, and which therefore is do not accurately capture the "ecological nature" of rationality.

These tests are selectively reported through a "confirmation bias" that has virtually eliminated any contrary evidence. The cognitive biases the libertarian paternalists refer to are therefore unsystematic, rather than systematic (GIGERENZER 2015, 371). And in any case, the "errors" rooted in natural heuristics (availability, overconfidence, hindsight, self-serving reasoning, framing, status quo, anchoring, and adjustment) would not necessarily be worse than other logical or statistical models presented as rational. Then, too, it is not just in cognitive psychology that we seem to cherry-pick the evidence for a fundamental irrationality: the problem is endemic across all the social sciences. In fact, the suspicion is that the published research finding that we are prone to systematic cognitive error actually represents only a small percentage of the total. The vast majority of research remains unpublished in the drawer (this is known as the file-drawer problem), precisely because it does not show any error, and so it does not point to an original discovery. This is a long-debated problem in science, where research that lacks visibility, because unoriginal or "uninteresting", may offer evidence that some otherwise well-established hypothesis is false, and that the null hypothesis is true. In fact the argument has been made that we should have publications specifically devoted to research that does not prove anything new (and some years ago a *Journal of Articles in Support of the Null Hypothesis* was launched).

This kind of research is also necessary if science is to get rid of false scientific hypotheses that might otherwise survive until somebody accidentally "proves" them, perhaps using processes that cannot be replicated. By the authors' own admission, the experiments carried out to prove that our decision-making heuristics are fundamentally irrational were misleading by their very construction, for they did not reflect the real conditions in which decisions are made (MITCHELL 2002, 1973). Indeed, the research that has been left in the drawer may prove that most people in most cases are capable of deciding in a substantially rational manner (MITCHELL 2002, 1966 f.).

According to Gigerenzer, the dualistic model of reasoning (system 1 vs. system 2) discovered by cognitive psychologists achieves clarity at the cost of oversimplification: even Freud's threepronged model (based on ego, superego, and es) looks more sophisticated than the dualistic system. We would probably fare better by investing resources to educate people about risk, as early as possible, and in any case before they begin to adopt risky behaviors (GIGERENZER 2015, 379). Educational measures would help to alert individuals to the existence of framing or other socio-psychological factors that influence our decisions (LECOUTEUX 2015, 407).

4. *In conclusion: A possible compromise point*

Nudges have always existed in some form, and the fact that they are now being debated so intensely perhaps testifies to an availability bias that may be at work in the debate on the nature and purpose of legislation. Never has such a wide-ranging assortment of rules, laws, and regulations been grouped under a single category, making it the target of criticism it might otherwise never have attracted. Gigerenzer reports an interesting example that regards voluntary screening for breast cancer. In some countries, women over the age of fifty receive a letter of invitation to show up for a voluntary mammography at a set date and time. Over a ten-year course, this screening reduces the mortality rate from five women in 1,000 to four. In the letter, this difference is reported as a risk reduction of over 20 percent, often raised to 30 percent to make it more convincing (GIGERENZER 2015, 362). There is no doubt, therefore, that here we have an instance of manipulation based on statistical framing. Equally beyond doubt, however, is that the value of saving that single human life justifies the cost of sending 1,000 letters, and also the time that healthy women devote to screening.

Also questionable is Mitchell's assertion (MITCHELL 2015) that nudges would, unbeknownst to us, redistribute wealth from people who are more rational to ones who are less so. Even if irrational people are induced to eat healthier, this does not necessarily mean that they will eat less: the outcome may well be a rise in prices at the canteen, at the expense of the rational people who eat less.

It is true, however, that rules requiring information to be made available to consumers may entail additional costs, taking up more administrative time and resources. These costs are also borne by rational choosers, but as long as they remain low, the social burden is probably acceptable. Even the costs of illness and bad eating habits end up falling in part on society. And Hagman's (HAGMAN 2015) distinction between pro-social and pro-self nudges seems fictitious: nudges that apparently are pro-self may, in the aggregate, wind up making for greater social utility.

In response to some of these objections, Mills (MILLS 2015) suggests adopting three criteria that nudging needs to meet if it is to be respectful of personal autonomy: it has to be (1) consistent with the authentic goals of a mature individual; (2) easily avoidable; and (3) adequately advertised and easily recognizable for what it is. At least three types of nudges would meet this standard: personalized default rules, choice prompts (provided that they do not become overwhelming), and the provision of "framed information" (MILLS 2015, 502). Also in response to the same objections, Wilkinson (WILKINSON 2013) suggests making a distinction between manipulative and nonmanipulative nudges, but he concludes that this distinction is actually quite difficult to make, and that it

is more productive to ensure an effective opt-out that is not merely formal, and therefore very simple to achieve.

Furthermore, even when nudges are not framed as rational methods of persuasion, they can still be used in two ways. First, they can call attention to a problem or provide information about a choice that we will have to make in one way or another (such as deciding whether or not to smoke), but here they work only so long as (a) the choice is presented at the beginning of the decision-making process, (b) the information can be easily recognized, and (c) it is not intended to shock or disturb but is nonetheless clear in its persuasive intent. Second, they can be used to support someone whose autonomy is compromised, like subjects who is unable to correct cognitive errors (SAWICKI 2016, 212). These criteria would exclude subliminal messages, for example, or the very graphic images that are now standard on packets of cigarettes, but they would allow placing cigarettes out of prominence in retail, while giving visual prominence to devices intended to help us stop smoking (SAWICKI 2016, 222).

A further criterion by which to justify the use of nudges lies in the process through which they are created: if the process is legislative, the nudge will have greater justification, because this means that it was subjected to a level of public scrutiny it would not have received under a non-legislative procedure, whose outcome would accordingly not be easily recognizable. Such a nudge would thus be liable to criticism as a device that could undermine an individual's capacity for autonomous decision-making (LEPENIES, MAŁECKA 2015, 435).

Sunstein's final answer to some of these objections is that autonomy would not be endangered even with nudges that do not set out to achieve their objective by informing and educating. These nudges free up two of the scarcest resources we have today, namely, cognitive energy and time (SUNSTEIN 2014). This overrides most critical arguments, on the basis that to compel a choice on technical issues is to engage in paternalism. In fact, the only possible alternative would consist in imposing a legal obligation, thereby transforming the nudge into a coercive norm of the conventional type (SUNSTEIN 2017, 89). It may be advisable, then, to rely on a system that is similar to what happens when deciding how we want a software application to work, that is, when we are asked to deliberately choose whether we want to keep the default settings – as laid down by a superior and enlightened body whose judgment we decide to trust, because we do not feel competent enough in the matter at hand or we do not have the time needed to figure out what is best for us – or whether we want to customize these settings ourselves and in detail. This option could be termed "simplified active choosing". Libertarian paternalism, then, will be acceptable when instead of requiring us to make choices it promotes these choices (SUNSTEIN 2017, 106).

It is still too early to say whether nudging can be abandoned for something better or better-sounding. Policies promoting nudges recognize that regulation is

multifaceted: it faces a range of different problems today, and so it needs to be able to deploy a range of different tools. Nudging is therefore not a conceptually strict formula but a pliant tool, so much so that it has sometimes been stretched excessively, becoming a victim of its own success. In this respect, its creators have accepted the risk of not promptly intervening to narrow down the concept. The debate we looked at in outline does not solve the fundamental disagreement on the issue, whose sticking point lies in the proper understanding of individual autonomy and collective welfare, and what the boundary and interaction between them is.

Regardless of how those issues are worked out, however, it is clear that nudging can help regulation pragmatically address the need to take account of the different cognitive abilities of individuals (RACHLINSKI 1982, 126). So, too, on two points I would strongly agree with the authors who developed the concept: they note that nudging is unavoidable, because there is no way to avoid the choice architecture, and hence the framing; and they also note that there is no such thing as a neutral frame, for which reason it is necessary to always be aware of the frame within which a nudge is designed, while also making sure that the framing process is open, in such a way that the frame is clear to everyone and is open to revision. I believe this is already a possibility, at least to the extent that the rights, interests, protections, and principles we want to secure – such as health, savings, education, and an adequate standard of living – are explicitly stated and ranked in a constitutional charter. Nudging should therefore not be considered an exception to "constitutionally based decision making" (FREY, GALLUS 2016, 18), nor is it inconsistent with democracy, because even when the constitution does not provide the blueprint needed to design a proper nudge, there is nothing about a nudge that should prevent us from looking to other authoritative sources when designing one, or from making the design process open and public.

References

AMIR O., LOBEL O. 2008. *Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy*, in «Columbia Law Review», 108, 2008, 2098 ff.

ARROW K., MNOOKIN R.H., ROSS L., TVERSKY A., WILSON R. (eds.) 1995. *Barriers to Conflict Resolution*, New York-London, W.W. Norton & Company, 1995.

BALDWIN R. 2014. *From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree*, in «The Modern Law Review», 77, 6, 2014, 831 ff.

BECKSTROM J.H. 1989. *Evolutionary Jurisprudence. Prospects and Limitations on the Use of Modern Darwinism throughout the Legal Process*, Chicago-Urbana, University of Illinois Press, 1989.

COHEN M.D., MARCH J.G., OLSEN J.P. 1972. *A Garbage Can Model of Organizational Choice*, in «Administrative Science Quarterly», 17, 1, 1972, 1 ff.

DEN HARTOGH G. 2013. *The Political Obligation To Donate Organs*, in «Ratio Juris», 26, 3, 2013, 378 ff.

FELSEN G., REINER P. 2015. *What can Neuroscience Contribute to the Debate Over Nudging?*, in «Review of Philosophy and Psychology», 6, 3, 2015, 469 ff.

FREY B.S., GALLUS J. 2016. *Beneficial and Exploitative Nudges*, in MATHIS K., TOR A. (eds.), *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2016, 11 ff.

FROLIK L.A., FIKENTSCHER W., DIEKER G. (eds.) 1999. *Law & Evolutionary Biology. Selected Essays in Honor of Margaret Gruter on her 80ty Birthday*, Portola Valley, Gruter Institute for Law and Behavioral Research, 1999.

GIDDENS A. 1998. *The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, Cambridge, Polity Press, 1998.

GIGERENZER G. 2015. *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*, in «Review of Philosophy and Psychology», 6, 3, 2015, 361 ff.

GOODENOUGH O.R., PREHN K. 2006. *A neuroscientific approach to normative judgment in law and justice*, in ZEKI S., GOODENOUGH O.R. (eds.), *Law and the Brain*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 77 ff.

GOODENOUGH O.R., TUCKER M. 2010. *Law and Cognitive Neuroscience*, in «Annual Review of Law and Social Science», 6, 1, 2010, 61 ff.

GRUTER M. 1979. *The Origins of Legal Behavior*, in «Journal of Social and Biological Structures», 2, 1, 1979, 43 ff.

GUALA F., MITTONE L. 2015. *A Political Justification of Nudging*, in «Review of Philosophy and Psychology», 6, 3, 2015, 385 ff.

HAGMAN W., ANDERSSON D., VÄSTFJÄLL D., TINGHÖG G. 2015. *Public Views on Policies Involving Nudges*, in «Review of Philosophy and Psychology», 6, 3, 2015, 439 ff.

HAUSMAN D.M., WELCH B. 2010. *Debate: To Nudge or Not to Nudge*, in «Journal of Political Philosophy», 18, 1, 2010, 123 ff.

HELLERINGER G. 2016. *Designing Disclosures. Testing the Efficacy of Disclosure in Retail Investment Advice*, in MATHIS K., TOR A. (eds.), *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2016, 153 ff.

HUME D. 1739. *A Treatise of Human Nature*, Oxford, Clarendon Press, 1968.

JOLLS C., SUNSTEIN C.R. 2004. *Debiasing through Law*, J.M. Olin, Law & Economics Working Paper 225, 2004, 1 ff.

JONES O.D. 2006. *Law, evolution and the brain: applications and open questions*, in ZEKI S., GOODENOUGH O.R. (eds.), *Law and the Brain*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 57 ff.

JONES O.D., GOLDSMITH T.H. 2005. *Law and Behavioral Biology*, in «Columbia Law Review», 105, 2005, 405 ff.

KAHNEMAN D. 2011. *Thinking, Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KAHNEMAN D., TVERSKY A. 1974. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in «Science», 185, 4157, 1974, 1124 ff.

KAHNEMAN D., TVERSKY A. 2000. *Prospect Theory. An Analysis of Decision under Risk*, in KAHNEMAN D., TVERSKY A. (eds.), *Choices, Values, and Frames*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 17 ff.

LECOUTEUX G. 2015. *In Search of Lost Nudges*, in «Review of Philosophy and Psychology», 6, 3, 2015, 397 ff.

LEPENIES R., MAŁECKA M. 2015. *The Institutional Consequences of Nudging – Nudges, Politics, and the Law*, in «Review of Philosophy and Psychology», 6, 3, 2015, 427 ff.

LODGE M., WEGRICH K. 2016. *The Rationality Paradox of Nudge: Rational Tools of Government in a World of Bounded Rationality*, in «Law & Policy», 3, 3, 2016, 250 ff.

MATHIS K., BURRI P.A. 2016. *Nudging in Swiss Contract Law? An Analysis of Non-mandatory Default Rules from a Legal, Economic and Behavioral Perspective*, in MATHIS K., TOR A. (eds.), *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2016, 121 ff.

MATHIS K., TOR A. (eds.) 2016. *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2016.

MILLS C. 2015. *The Heteronomy of Choice Architecture*, in «Review of Philosophy and Psychology», 6, 3, 2015, 495 ff.

MITCHELL G. 2002. *Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, in «William and Mary Law Review», 43, 5, 2002, 1907 ff.

MITCHELL G. 2015. *Libertarian Paternalism Is An Oxymoron*, in «Northwestern University Law Review», 99, 3, 1245 ff.

NISKANEN W.A. 1971. *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago IL, Aldine-Atherton, 1971.

RACHLINSKI J.J. 1982. *Cognitive Errors, Individual Differences, and Paternalism*, in BROOKS-GORDON B., FREEMAN M. (eds.), *Law and Psychology*, Oxford, Oxford University Press, 1982, 125 ff.

RACHLINSKI J.J. 2002. *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, in «Northwestern University Law Review», 97, 2002, 1165 ff.

RANGONE N. 2012. *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in «Analisi Giuridica dell'Economia», 1, 2012, 7 ff.

SACCO R. 2015. *Il diritto muto*, Bologna, Il Mulino, 2015.

SAWICKI N.N. 2016. *Ethical Limitations on the State's Use of Arational Persuasion*, in «Law & Policy», 38, 3, 2016, 211 ff.

SIMON H.A. 1958. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1958.

STEFFEN A.D. 2016. *Judging is Nudging: The Inevitability of Value Judgments. Consequences of the Collapse of the Fact/Value Dichotomy for the Behavioural Law and Economics*, in MATHIS K., TOR A. (eds.), *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2016, 69 ff.

SUNSTEIN C.R. 2000. *Deliberative Trouble - Why Groups Go to Extremes*, in «Yale Law Journal», 110, 2000,71 ff.

SUNSTEIN C.R. 2014. *Choosing Not to Choose*, in «Duke Law Journal», 64, 1, 2014, 52 ff.

SUNSTEIN C.R. 2015. *Nudges, Agency, and Abstraction: A Reply to Critics*, in «Review of Philosophy and Psychology», 6, 3, 2015, 511 ff.

SUNSTEIN C.R. 2017. *Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow*, London, Palgrave Macmillan, 2017.

TERESZKIEWICZ P. 2016. *Neutral Third-Party Counselling as Nudge Toward Safer Financial Products? The Case of Risky Mortgage Loan Contracts*, in MATHIS K.,

TOR A. (eds.), *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2016, 169 ff.

THALER R.H., SUNSTEIN C.R. 2003. *Libertarian Paternalism*, in «The American Economic Review», 93, 2, 2003, 175 ff.

THALER R.H., SUNSTEIN C.R. 2009. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happyness*, London, Penguin Books, 2009.

TROUT J.D. 2005. *Paternalism and Cognitive Bias*, in «Law and Philosophy», 24, 4, 2005, 393 ff.

WATKINS D. 2010. *A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture Can Lead to Better Dispute Resolution Decisions*, in «The American Journal of Mediation», 10, 2010, 1 ff.

WHITMAN D.G., RIZZO M.J. 2015. *The Problematic Welfare Standards of Behavioral Paternalism*, in «Review of Philosophy and Psychology», 6, 3, 2015, 409 ff.

WILKINSON T.M. 2013. *Nudging and Manipulation*, in «Political Studies», 61, 2, 2013, 341 ff.

RECENSIONI E DISCUSSIONI

DISCUSSIONE SU *PRAGMATICS AND LAW*

CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law. Volume 1. Philosophical Perspectives*, Berlino, Springer, 2016.

CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law. Volume 2. Practical and Theoretical Perspectives*, Berlino, Springer, 2017.

APPLICARE LA FILOSOFIA DEL LINGUAGGIO ALLA PSICHIATRIA ATTRAVERSO LA FILOSOFIA DEL DIRITTO: HART E IL DSM-5

ELISABETTA **LALUMERA**

&dq

Applicare la filosofia del linguaggio alla psichiatria attraverso la filosofia del diritto: Hart e il DSM-5

Applying Philosophy of Language to Psychiatry through Philosophy of Law: Hart and the DSM-5

ELISABETTA LALUMERA

Ricercatrice, Dipartimento di Psicologia, Università di Milano-Bicocca.
E-mail: elisabetta.lalumera@unimib.it

ABSTRACT
La filosofia del linguaggio fornisce strumenti concettuali utili a risolvere o chiarire problemi che sorgono in diverse aree disciplinari. Qui prendo in esame un'applicazione alla psichiatria, attraverso la filosofia del diritto, ovvero l'idea che la definizione generale di disturbo mentale contenuta nel DSM-5 possa essere considerata una regola open-texture.

Philosophy of language provides a conceptual toolkit that can be used to clarify problems arising in many areas. In this short paper I start from the premise that DSM-5 contains rules for psychiatric diagnosis and examine the proposal that the general definition of mental disorder can be considered an open-texture rule in the sense described by H.L.A. Hart.

KEYWORDS
Regola, open-texture, ambiguità, psichiatria, disturbo mentale

Rule, open-texture, ambiguity, psychiatry, mental disorder

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Applicare la filosofia del linguaggio alla psichiatria attraverso la filosofia del diritto: Hart e il DSM-5

ELISABETTA LALUMERA

1. *Introduzione* – 2. *Il DSM-5 e la definizione generale di disturbo* mentale – 3. *Una regola* open-texture? – 4. *Conclusione*.

1. *Introduzione*

Il volume curato da Francesca Poggi e Alessandro Capone[1] ha come idea guida quella di applicare la filosofia del linguaggio (la pragmatica in particolare, ma non solo) alla filosofia del diritto e in generale a questioni pertinenti sistemi di leggi, regole e alla loro applicazione. Come si nota nell'introduzione al secondo volume, gli studi sul linguaggio, oltre al loro intrinseco valore scientifico e filosofico, possono essere impiegati come "strumenti concettuali"[2] utili: possono servire a risolvere problemi che sorgono in ambiti teorici e pratici per chi si occupa di interpretazione, comprensione e produzione di testi legali. Che la filosofia non debba solo occuparsi di progetti di ricerca interni alla propria disciplina, ma essere anche capace di produrre conoscenza o chiarimento in altri campi del sapere, è una tendenza di tradizione antica – si veda il *Protreptico* di Aristotele [3] – che la filosofia analitica talvolta ha dimenticato[4], ma che oggi è più che mai viva, come mostra tra l'altro la coppia di volumi di Poggi e Capone[5]. Senza contare che l'applicazione è un arricchimento: nel caso specifico, il diritto e il suo linguaggio possono funzionare da cartine al tornasole per verificare fin dove si può estendere la portata esplicativa di una certa nozione elaborata dai filosofi linguisti (POGGI 2016).

In questo breve contributo vorrei portare un esempio che credo in linea con la strada delineata da Poggi e Capone, ma che aggiunge un successivo passaggio applicativo, coinvolgendo tre ambiti disciplinari: l'idea che esamino è quella di applicare una nozione classica di filosofia del linguaggio usata in filosofia del diritto, a un problema che riguarda la nosologia psichiatrica, più specificamente il DSM-5, quinta edizione del *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali* (APA 2013). Il DSM può essere considerato come un insieme di regole indirizzate ai clinici per la

[1] POGGI, CAPONE 2017.
[2] POGGI, CAPONE 2017, vi.
[3] BERTI 2000.
[4] HAACK 2014.
[5] CAPONE, POGGI 2016; POGGI, CAPONE 2017.

diagnosi psicopatologica[6]: oltre a descrivere le sindromi, prescrive che cosa considerare come disturbo mentale a livello generale, e come effettuare la categorizzazione dei pazienti per ciascuna particolare condizione patologica (depressione maggiore, disturbo di personalità borderline, eccetera). Oltre ai criteri per i vari disturbi, il DSM-5 contiene una definizione del concetto sovraordinato di disturbo mentale, che appunto è da intendersi idealmente come norma per discriminare le condizioni patologiche da quelle che non lo sono. Tale definizione è molto controversa – come tutto il manuale, nel suo impianto teorico e nelle scelte specifiche, come ricorderò brevemente più avanti. Qui intendo analizzare una proposta di difesa: la filosofa della scienza Rachel Cooper ha proposto che la definizione di disturbo mentale del DSM-5 sia letta come una regola *open-texture* o *aperta* nel senso del termine delineato da H.L.A. Hart[7]. Secondo Hart in qualsiasi sistema di regole esisteranno sempre termini generali – come "veicolo" – la cui corretta applicazione ha casi chiari, ma anche "zone di penombra", perché l'invenzione umana e la natura modificano costantemente l'estensione di una categoria[8]. Dopo aver brevemente presentato il DSM, e in particolare la definizione e i suoi problemi nella prima sezione, nella seconda dirò perché questa non può essere considerata una regola *open-texture*. In questo caso una nozione classica di filosofia del linguaggio sviluppata per i testi legali non riesce a rendere adeguata una norma che presenta diversi problemi nella sua formulazione; tuttavia vedere che la definizione del DSM-5 non è una regola aperta può mostrarne più chiaramente limiti.

2. *Il DSM-5 e la definizione generale di disturbo mentale*

Il DSM, pubblicato dalla *American Psychiatric Association*, è la "Bibbia della psichiatria": è la nosologia più usata nel mondo per la diagnosi delle psicopatologie e per la comunicazione tra clinici e istituzioni non mediche (assicurative, giuridiche, previdenziali, assistenziali, e di ricerca). A partire dalla sua terza edizione (APA 1980) intende essere dichiaratamente ateorico: i disturbi mentali vengono specificati senza riferimento alle loro possibili cause psicodinamiche o neurobiologiche, mantenendo idealmente una neutralità rispetto ai paradigmi esplicativi esistenti. Questo al fine di massimizzare la "affidabilità" (*reliability*), cioè il grado di convergenza di clinici di orientamenti diversi sulla stessa diagnosi, ma anche per effetto di una relativa ignoranza sull'eziopatologia di molte sindromi[9]. Conformemente a questa impostazione, la più recente quinta edizione (APA 2013) mostra un

6 Porter 2013.
7 Cooper 2014.
8 Hart 1958, 593.
9 Compton, Guze 1995; Spitzer et al. 1980.

approccio empirista – ogni disturbo viene caratterizzato unicamente in termini di sintomi, prognosi e comportamenti – e operativo-pragmatico alla diagnosi: ci sono regole esplicite per la categorizzazione (diagnosi), che risulta automaticamente dal controllo, da parte del terapeuta, della presenza o meno delle caratteristiche elencate, nel numero stabilito (ad esempio, cinque criteri su nove elencati sono sufficienti per una diagnosi di disturbo depressivo maggiore)[10].

Classificare una certa condizione come disturbo mentale ha conseguenze sociali, economiche, esistenziali, politiche, sia individuali che collettive. Alla luce di questo, e in assenza di un consenso scientifico saldo in psichiatria, il DSM-5 è risultato particolarmente controverso. Cito qui alcune critiche ricorrenti e influenti: il manuale sarebbe *antiquato* (non in linea con il "modello medico forte" delle altre specialità mediche, che sono passate dall'empirismo all'eziologia), *inutile* per la ricerca (individua categorie diagnostiche in realtà al loro interno disomogenee), *ipersensibile* e non specifico (nel senso tecnico di generare troppi falsi positivi, cioè classificare come patologiche troppe condizioni, come la tristezza o la timidezza), e infine *non trasparente*, perché influenzato da gruppi di interesse e industrie farmaceutiche[11].

Altre questioni problematiche si aprono dal punto di vista filosofico, quando si analizzano nello specifico le regole per la diagnosi, e la norma generale per discriminare una condizione mentale patologica da ciò che non lo è. La norma generale è stata introdotta con l'intento di guidare decisioni di inclusione o esclusione di certe condizioni dal novero del patologico – il caso più importante è stato quello dell'omosessualità, eliminata dal DSM negli anni Ottanta del secolo scorso[12]. Ecco il testo completo:

> «Un disturbo mentale è una sindrome caratterizzata da un'alterazione clinicamente significativa della sfera cognitiva, della regolazione delle emozioni o del comportamento di un individuo, che riflette una *disfunzione* nei processi psicologici, biologici o evolutivi che sottendono il funzionamento mentale. I disturbi mentali sono solitamente associati a un livello significativo di *disagio* o *disabilità* in ambito sociale, lavorativo o in altre aree importanti. Una reazione prevedibile o culturalmente approvata a un fattore stressante o a una perdita comune, come la morte di una persona cara, non è un disturbo mentale. Comportamenti socialmente devianti (es. politici, religiosi o sessuali) e conflitti che insorgono primariamente tra l'individuo e la società non sono disturbi mentali, a meno che la devianza o il conflitto non sia il risultato di una disfunzione a carico dell'individuo, come descritto precedentemente» (corsivo mio)[13].

[10] LALUMERA 2016.
[11] Si vedano ad esempio i saggi raccolti in DEMAZEUX, SINGY 2015; ZACHAR et al., 2014.
[12] SPITZER 2001.
[13] APA 2013, 22.

Questa definizione riconosce al disturbo mentale una componente naturale-biologica, la disfunzione, e una componente sociale legata ai valori, il danno[14]. Anche accettando, a margine di una discussione molto accesa[15], che questo tipo di analisi concettuale sia adeguata (e che quindi sia vero che entrambi gli aspetti siano rilevanti per le malattie mentali), resta il fatto che in nessun'altra parte del manuale ci viene detto che cosa sia una disfunzione (*dysfunction*), e come siano da intendere i termini "disagio" e "disabilità" (*distress* e *disability*). Il significato dei termini non è specificato, e quindi anche la loro applicabilità, o estensione dei concetti corrispondenti. Questo ha portato diversi filosofi a ritenere inadeguata la definizione generale, e ad auspicare che venga rimossa nelle prossime edizioni[16].

3. *Una regola* open-texture?

In un recente intervento la filosofa della scienza Rachel Cooper (di solito critica verso l'impostazione del DSM) ha proposto una difesa della norma generale per distinguere le malattie mentali da ciò che non lo sono[17]. Secondo Cooper in alcuni casi l'indeterminatezza può essere utile, e invece di essere un difetto può diventare un pregio. Come accennavo sopra, Cooper cita H.L.A. Hart, che nel testo classico *The Concept of Law* e in scritti precedenti[18] ha introdotto l'espressione "open-texture" per riferirsi a una caratteristica del linguaggio ordinario che può utilmente essere sfruttata dal giudice per applicare una legge con sensibile discrezione. L'esempio noto di Hart è la parola "veicolo": ci sono casi chiari di appartenenza alla categoria dei veicoli (bicicletta, automobile), ma anche "zone di penombra", cioè casi in cui i giudizi possono discordare (un'automobile giocattolo, un monopattino), e ancora casi che ancora non sono stati considerati, perché l'inventiva umana e la natura ci mettono continuamente di fronte a nuove varianti del familiare. In una legge che proibisce l'ingresso ai veicoli è quindi appropriato e desiderabile che la parola "veicolo" non abbia un'estensione definita, bensì aperta[19]. In altre parole, diremmo oggi, "veicolo" esprime un concetto funzionale, come "cibo", "oggetto pericoloso", "arma", "veleno", "medicina", "sostanza dopante", eccetera. Si riferisce a tutte le cose che possono essere usate con quella funzione, comprese quelle a oggi non inventate, non scoperte, o non categorizzate correttamente. Se una regola contiene un termine di questo tipo, essa potrà guidare la

[14] WAKEFIELD 2007.
[15] AMORETTI 2015.
[16] AMORETTI, LALUMERA 2018.
[17] COOPER 2014.
[18] HART 1958; HART 1961.
[19] HART 1958, 593.

condotta anche in casi futuri in cui l'estensione del termine sia cambiata. Questo tipo di apertura è desiderabile per un testo normativo[20].

La nozione di *open-texturedness* era già stata discussa dal filosofo neopositivista Friederich Weismann, che la riteneva una caratteristica ineliminabile addirittura di tutti i concetti del linguaggio ordinario e delle scienze naturali. Non possiamo sapere oggi in quali nuovi modi sarà individuato e definito l'oro – ad esempio – nei tempi futuri, e per questo non possiamo fissare ora conclusivamente il metodo di verifica di nessun enunciato empirico[21].

Tornando a Cooper, la sua idea è quindi che la definizione di disturbo mentale del DSM-5 funziona come una regola che deve guidare la condotta dei clinici (come si è detto, non quella diagnostica, che è guidata dai criteri specifici per i singoli disturbi, bensì quella discriminatoria tra condizioni che sono disturbi e condizioni che non lo sono), e il fatto che la essa contenga termini *open-texture* la rende più adeguata a questo fine, perché la rende intuitivamente elastica rispetto ai casi nuovi, in cui sapremo di più delle disfunzioni e delle situazioni di disagio e disabilità.

Il punto di Cooper è interessante, ma credo non risolva il problema dell'inadeguatezza della definizione di disturbo mentale nel DSM-5. Il punto è che i termini "disfunzione", "disagio" e disabilità" non sono solo aperti nel senso di Hart e Weismann, ma anche, rispettivamente, ambigui e indeterminati. Consideriamoli brevemente in ordine.

Esistono due influenti tesi filosofiche sulla natura delle funzioni, e conseguentemente delle disfunzioni. Secondo una concezione evoluzionista, un meccanismo cognitivo, psicologico o neurofisiologico è disfunzionale se opera in maniera differente rispetto a ciò per cui era stato preservato lungo l'evoluzione della specie umana[22]. La teoria biostatistica delle funzioni caratterizza invece come disfunzionale un meccanismo che si comporta in modo discosto dallo standard della sua classe di riferimento presente[23]. Una condizione di ansia perdurante e anomala può plausibilmente essere classificata come disturbo da entrambe le concezioni. Ma che dire di un'aggressività oltre la media, o di una capacità empatica inferiore allo standard, tratti entrambi che potrebbero qualificarsi come vantaggiosi dal punto di vista evoluzionistico, in una società che premia la competitività e il successo? Il punto è che finché la norma per discriminare i disturbi mentali da ciò che non lo è, il termine "disfunzione" è ambiguo fra il senso evoluzionista e il senso biostatistico, essa non può guidare adeguatamente il giudizio nosologico[24]. Questo indipendentemente dal

[20] LUZZATI 2012.
[21] MCKINNON et al. 1945, 37 s.
[22] WAKEFIELD 2007.
[23] BOORSE 2014.
[24] AMORETTI, LALUMERA 2018, in corso di pubblicazione.

fatto che relativamente a ciascuno dei due sensi del termine "disfunzione" (evoluzionista e biostatistico) si possano fare progressi e scoperte su quali meccanismi siano disfunzionali, come vuole l'idea della *open-texturedness*. Quindi, solo una volta disambiguato il termine "disfunzione" potrebbe essere utilmente considerato *open-texture*.

Un ragionamento analogo vale per i termini "disagio" e "disabilità" – disagio e disabilità, come si è visto, secondo la definizione generale di disturbo mentale dovrebbero essere di solito associati a queste patologie. Entrambi i termini sono al centro di discussioni nella comunità scientifica. Il disagio è un concetto vago, la cui estensione va da casi di tristezza reattiva a disperazione con intenti suicidi. Come si determinano i casi poco chiari? Soprattutto, per il nostro punto conta l'idea che il disagio associato alla malattia mentale sia relazionale: è *per* qualcuno, ma non sempre il paziente stesso – a volte la sua condizione di scarso *insight* non lo consente, e in casi come il disturbo di personalità narcisistica o la psicopatia, il disagio è più plausibilmente della famiglia e della società prossima[25]. Affermare che la parola "disagio" ha estensione aperta maschera la sua caratteristica semantica più rilevante, che è appunto la relazionalità.

La disabilità, o incapacità a svolgere funzioni lavorative e sociali, è invece un concetto la cui applicazione corretta si valuta su base contestuale. Ad esempio, un disturbo dell'apprendimento come la dislessia può costituire disabilità per un bambino in un ambiente in cui non ci siano presidi didattici che rendano possibile il suo progresso negli studi, mentre non è disabilitante altrimenti[26]. Qui il punto non è che non sappiamo ancora in quali forme si possa manifestare il disagio, o si possa venire a creare una situazione di disabilità: piuttosto, finché "disagio" e "disabilità" non hanno un significato completo (in un caso, specificando "per chi", nel secondo, specificando il contesto), la loro "apertura" a casi nuovi passa in secondo piano, e la norma discriminatoria per distinguere i disturbi mentali non è uno strumento utile.

Un esempio può contribuire a chiarire il mio punto generale. Dopo lunghe discussioni, nel DSM-5 si è ritenuto di inserire tra le categorie diagnostiche il disturbo da accumulo (*hoarding disorder*) con una caratterizzazione specifica indipendente rispetto alle altre condizioni dello spettro dei disturbi ossessivo-compulsivi: è diventata cioè un disturbo mentale a sé stante una condizione che prima era sintomo di altre[27]. Le considerazioni che hanno portato a questa decisione hanno a che fare con l'epidemiologia (ne soffre il 3-5% della popolazione), i sintomi (ansia e rituali di controllo sono pressoché assenti rispetto agli altri disturbi ossessivo-compulsivi), e lo sviluppo nell'arco di vita (l'esordio è tra i 30 e i

[25] MILLER et al. 2007.
[26] USTÜN, KENNEDY 2009.
[27] MATAIX-COLS, PERTUSA 2012.

50 anni, mentre per gli altri comportamenti ossessivi è tra i 20 e i 30)[28]. La definizione generale di disturbo mentale, anche se interpretata come regola *open-texture*, non avrebbe potuto svolgere un ruolo normativo per decidere se l'accumulo intenzionale andasse o meno annoverato tra i disturbi mentale. Gli accumulatori tipicamente *non* dichiarano di soffrire di disagio, ma provocano disagio ai familiari, vicini, e in casi estremi alla collettività – e qui la relazionalità del termine "disagio", prima ancora della sua vaghezza, rende il termine così com'è nella definizione sostanzialmente inapplicabile senza specificazione. Inoltre, la disabilità (impedimento a svolgere funzioni lavorative o sociali) arrecata dal disturbo dipende dal contesto: in sostanza dalla disponibilità di spazio per l'accumulo, e quindi dalle condizioni socioeconomiche del soggetto (né più né meno del collezionismo di automobili d'epoca: condizione disabilitante per un impiegato i reddito-medio basso, occupazione piacevole per una persona molto abbiente)[29]: potrà tornare utile per capire se e come una persona specifica soffre del disturbo, conoscendo il suo ambiente, ma non per valutare se la condizione in generale sia da annoverare come patologica. Quanto alla disfunzione, vale il ragionamento svolto sopra: il fatto che non si sappia indicare per ora con ragionevole accordo quale sia il sistema disfunzionale specificamente responsabile del comportamento di accumulo (e quindi l'accettazione della natura aperta del termine "disfunzione") presuppone comunque che esso vada disambiguato tra i due sensi, evoluzionistico e biostatistico.

4. *Conclusione*

Il *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali* si può intendere come un testo normativo per la diagnosi delle psicopatologie. In questo breve contributo ho valutato l'idea che la definizione generale di disturbo mentale contenuta nel manuale possa essere considerata una regola *open-texture*, e ho indicato le ragioni per cui ritengo che non sia possibile: l'apertura o *open-texturedness* è diversa dall'ambiguità e dall'indeterminatezza che caratterizza i termini chiave della definizione, rispettivamente "disfunzione", "disagio" e "disabilità". L'interesse dell'argomento ricade nel dibattito interno alla nosologia psichiatrica; in questa sede l'intento era fornire un esempio di possibile intersezione tra filosofia del linguaggio, filosofia del diritto e psichiatria.

[28] TORRES et al. 2012.
[29] NORDSLETTEN, MATAIX-COLS 2012.

Riferimenti bibliografici

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA) 1980. *Diagnostic and Statistical Manual, (DSM-III)*, Washington, American Psychiatric Association Publications, 1980.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA) 2013. *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Milano, Cortina, 2014 (ed. or. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*, Washington, American Psychiatric Association Publications, 2013, trad. it. di M. Biondi).

AMORETTI M.C. 2015. *Filosofia e medicina*, Roma, Carocci, 2015.

AMORETTI M.C., LALUMERA E. 2018. *A Potential Tension in DMS-5: the General Definition of Mental Disorder vs. Some Specific Diagnostic Criteria*, in «Journal of Medicine and Philosophy», in corso di pubblicazione.

BERTI E. (ed.) 2000. *Aristotele, Protreptico*, Torino, UTET, 2000.

BOORSE C. 2014. *A Second Rebuttal on Health*, in «Journal of Medicine and Philosophy», 39, 6, 2014, 683 ss.

CAPONE A., POGGI F. (eds.) 2016. *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, vol. I, Dordrecht, Springer, 2016.

COMPTON W.M., GUZE S.B. 1995. *The neo-Kraepelinian Revolution in Psychiatric Diagnosis*, in «European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience», 245, 4-5, 1995, 196 ss.

COOPER R. 2014. *Diagnosing the DSM*, blog entry, in http://imperfectcognitions.blogspot.it/ 2014/01/diagnosing-dsm.html#more (consultato il 15 gennaio 2018).

DEMAZEUX S., SINGY P. (eds.) 2015. *The DSM-5 in Perspective: Philosophical Reflections on the Psychiatric Babel*, Vol. 10, Dordrecht, Springer, 2015.

HAACK S. 2014. *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 1961.

HART H.L.A. 1958. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 71, 1958, 593 ss.

LALUMERA E. 2016. *Saving the DSM-5? Descriptive Conceptions and Theoretical Concepts of Mental Disorders*, in «Medicina & Storia», 16, 2016, 109 ss.

LUZZATI C. 2012. *Elogio dell'indifferenza: la genericità scarnificata*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 12, 2012, 345 ss.

MACKINNON D.M., WAISMANN F., KNEALE W. C. 1945. *Symposium: Verifiability*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», Supplementary volumes, 19, 1945, 101 ss.

MATAIX-COLS D., PERTUSA A. 2012. *Annual Research Review: Hoarding Disorder: Potential Benefits and Pitfalls of a New Mental Disorder*, in «Journal of Child Psychology and Psychiatry», 53, 5, 2012, 608 ss.

MILLER J.D.,CAMPBELL W.K., PILKONIS P.A. 2007. *Narcissistic personality disorder: Relations with distress and functional impairment*. in «Comprehensive Psychiatry», 48, 2, 2007, 170 ss.

NORDSLETTEN A.E., MATAIX-COLS D. 2012. *Hoarding Versus Collecting: Where Does Pathology Diverge from Play?*, in «Clinical Psychology Review», 32, 3, 2012, 165 ss.

POGGI F. 2016. *Grice, the Law and the Linguistic Special Case Thesis*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, vol. I, Dordrecht, Springer, 2016, 231 ss.

POGGI F., CAPONE A. (eds.). 2017. *Pragmatics and Law*, vol. II, *Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017.

PORTER D. 2013. *Establishing Normative Validity for Scientific Psychiatric Nosology: the Significance of Integrating Patient Perspectives*, in PARIS J., PHILLIPS J., *Making the DSM-5*, New York, Springer, 2013, 63 ss.

SPITZER R. L., WILLIAMS J.B., SKODOL A.E. 1980. *DSM-III: the Major Achievements and an Overview,* in «The American Journal of Psychiatry», 137, 2, 1980, 151 ss.

SPITZER R.L. 2001. *Values and Assumptions in the Development of DSM-III and DSM-III-R: an Insider's Perspective and a Belated Response to Sadler, Hulgus, and Agich's "On Values in Recent American Psychiatric Classification"*, in «The Journal of Nervous and Mental Disease», 189, 6, 2001, 351 ss.

TORRES A.R., FONTENELLE L.F., FERRÃO Y.A., DO ROSÁRIO M.C., TORRESAN R.C., MIGUEL E.C., SHAVITT, R.G. 2012. *Clinical Features of Obsessive-compulsive Disorder with Hoarding Symptoms: a Multicenter Study*, in «Journal of Psychiatric Research», 46, 6, 2012, 724 ss.

USTÜN B., KENNEDY C. 2009. *What is "functional impairment"? Disentangling Disability from Clinical Significance,* in «World Psychiatry», 8, 2, 2009, 82 ss.

WAKEFIELD J.C. 2007. *The Concept of Mental Disorder: Diagnostic Implications of the Harmful Dysfunction Analysis*, in «World Psychiatry», 6, 3, 2007, 149 ss.

ZACHAR P., STOYANOV D.S., ARAGONA M., JABLENSKY A. (eds.) 2014. *Alternative Perspectives on Psychiatric Validation: DSM, ICD, RDoC, and Beyond*, Oxford, OUP, 2014.

GLI ALTI E BASSI DELLA PRAGMATICA GIURIDICA

CLAUDIO **LUZZATI**

&dq

Gli alti e bassi della pragmatica giuridica

The Highs and Lows of Legal Pragmatics

CLAUDIO LUZZATI

Professore ordinario, Dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria", Università di Milano.
E-mail: claudio.luzzati@unimi.it

ABSTRACT
Questo saggio è una presentazione di *Pragmatics and Law* a cura di Alessandro Capone e di Francesca Poggi. Il lavoro si concentra sul problema dell'applicabilità o meno del principio di cooperazione di Grice nell'interpretazione giuridica. A tale questione viene data una risposta negativa, essendo il linguaggio giuridico un linguaggio fortemente artificiale, soggetto a mutamenti contestuali, dove i parlanti non hanno un chiaro interesse a intendersi.

This Essay is a presentation of the volumes *Pragmatics and Law* edited by A. Capone and F. Poggi. The paper focuses on the question whether the Gricean Cooperative Principle can be applied to legal interpretation. The answer is that it cannot as legal language is a highly artificial language, where the context is quickly changing and the speakers are not interested in understanding each other's point of view.

KEYWORDS
Interpretazione giuridica, Grice, principio di cooperazione

Legal interpretation, Grice, cooperative principle

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Gli alti e bassi della pragmatica giuridica

CLAUDIO LUZZATI

1. *Premessa* – 2. *Innanzi tutto alcune osservazioni in ordine sparso* – 3. *Pragmatica del linguaggio comune e pragmatica del linguaggio giuridico: un confronto* – 4. *Conclusioni*.

1. *Premessa*

I volumi che qui si presentano, *Pragmatics and Law*[1], costituiscono un'impresa meritoria. I temi affrontati sono molto ricchi e il modo di trattarli da parte dei diversi autori è perlopiù assai fine e articolato. Mi spiace di non aver contribuito anch'io con un mio saggio, magari sul *type* e sul *token*, argomento cui prima o poi desidero dedicarmi, ma sono stato spaventato dalla mole di ricerche che sarebbero state necessarie per produrre qualcosa di nuovo. L'invito non era certo mancato. Tenterò con queste righe di porre riparo, sia pure in un modo che resta insufficiente, alla mia mancanza.

Mi è stato affidato il compito di parlare del secondo volume. Esso si divide in tre parti:

I) *Pragmatics and Legal Interpretation*
II) *Pragmatics and Legal Theory*
III) *Pragmatics and Legal Adjudication*.

A ben vedere gli argomenti trattati sono molti e molto eterogenei. Andiamo dai temi classici di teoria generale del diritto fino a questioni di psicologia forense e di informatica giuridica. Ho fatto il calcolo. Se dedicassi tre pagine a ciascuno dei diciassette saggi qui compresi, dovrei annoiare i miei lettori per cinquantun pagine e sono convinto che il discorso che ne scaturirebbe sarebbe alquanto sconnesso, se non decisamente incomprensibile.

Per evitare una simile frammentazione sono costretto a compiere scelte nette fra i saggi da commentare. Individuo subito la questione, a mio avviso, centrale. I diversi apporti, presenti nei due volumi, organizzati mediante un accostamento interdisciplinare, tendono a convergere sulla questione dell'estensibilità o meno ai testi di legge delle massime conversazionali che caratterizzano l'ordinaria comunicazione *vis-à-vis*. Su tale ambito di ricerca si gioca in buona misura la collaborazione, da me auspicata *toto corde* (ma su quali princìpi bisogna vedere) fra filosofi del linguaggio e del diritto.

[1] CAPONE, POGGI 2016.

2. *Innanzi tutto alcune osservazioni in ordine sparso*

Prima però di venire al nocciolo della discussione, devo avanzare alcune osservazioni telegrafiche su alcuni aspetti che, pur restando relativamente ai margini di questo drastico inquadramento tematico, mi sono parsi comunque interessanti.

Cominciando dunque da questi ultimi, mi chiedo perché Chiassoni[2], che peraltro si occupa anche del principio di cooperazione, s'ostini ad usare, condendolo in salsa pragmatica, il vetusto schema meta-teorico hartiano, secondo il quale le tesi sull'interpretazione si dividono in tre tipi: formalistiche, scettiche e quelle intermedie fra questi due estremi. Così fan tutti, lo so. Ma questa impostazione ha almeno due grossi torti. Da un lato, non distingue all'interno di ciascuna casella della tripartizione tra *teorie* propriamente dette, verificabili o falsificabili, sul funzionamento del linguaggio e/o sul comportamento effettivo degli interpreti qualificati e le *dottrine* che prescrivono alla luce del sole determinati metodi esegetici (senza cioè fingere che le cose vadano già così e senza dare un senso *vincolante* alle prassi seguite *di fatto*). Le dottrine, a differenza delle teorie e delle ideologie, sono in grado di fissare chiari standard di correttezza relativa, criteri, scopi e valori da perseguirsi mediante le *tecniche* interpretative e le gerarchie fra tali criteri, scopi e valori[3]. Delle dottrine, del resto, in campo esegetico *non si può mai fare a meno*. Mi spiego: non penso proprio che un filosofo analitico come Chiassoni non sia in grado di distinguere la metagiurisprudenza prescrittiva dalla descrittiva, né che passi allegramente dall'essere al dover essere; affermo soltanto che in quella sede Chiassoni non specifica i diversi modi in cui si può affrontare la meta-teoria dell'interpretazione: mi pare infatti che riporti soprattutto discorsi descrittivi, o fors'anche pseudo-descrittivi, ma non consideri né gli impegni degli interpreti né le tecniche di fatto utilizzate[4]. E già una simile integrazione complicherebbe, e di parecchio, il quadro originario di Hart.

Dall'altro lato, mantenendo il discorso sul versante teorico-cognitivo, con l'accostamento metateorico hartiano non solo si verifica l'*oddity*, la stranezza, la singolarità, che tutte le tesi sensate finiscono col cadere nella casella di mezzo della tripartizione, ma resta anche poco chiaro che cosa si intenda per "cognitivismo" o "non cognitivismo" nell'interpretazione. Con tali termini forse pensiamo a una ricostruzione sociologica accurata delle pratiche dei giudici e dei pubblici funzionari? O a una ricostruzione delle loro idee e credenze (che possono mascherare pratiche ben diverse)? O stiamo invece pensando alla spiegazione dei meccanismi linguistici di qualche tipo? Ma quanto il giurista-interprete è vincolato dallo stretto

[2] CHIASSONI 2017.

[3] Per una critica alla tripartizione hartiana, mi sia consentito di rinviare a LUZZATI 2016.

[4] V. però CHIASSONI 2007 e CHIASSONI 1999.

"dato" linguistico? Ritengo, in ogni caso, che sia necessario discutere non di cognitivismo, bensì di cognitivismi, rigorosamente al plurale[5].

In effetti viene incontro a tale esigenza, Mauro Barberis, con uno saggio, anch'esso realista, ma che distingue proficuamente fra i diversi piani[6]. In tale saggio viene decostruita in modo spietato la metafora moderna delle fonti del diritto: non abbiamo più una sorta di fiume che scorre in una direzione precisa, che non può venire invertita – nessun fiume infatti scorre al contrario![7]–, ma abbiamo un deposito di materiali grezzi e un repertorio di argomenti. Il che corrisponde anche ai diritti premoderni. Nel contempo, però, nonostante tale demolizione, un qualche "cognitivismo", tale da rendere in parte prevedibile il diritto che verrà applicato, viene recuperato attraverso una sintesi fra il diritto legislativo e i precedenti giurisprudenziali.

Occorre altresì segnalare l'analisi di Nicola Muffato[8], il quale è uno dei pochi che io sappia ad utilizzare le tesi di Quine sul versante dell'indeterminatezza in campo normativo, salvo poi ripiegare sul concetto di *training* di Wittgenstein, nonché l'analisi di Alessio Sardo[9], dal titolo accattivante *The Dark Side of Imperatives*, che ripercorre una serie di modelli che sono serviti a dare un significato agli imperativi: i modelli di Ross, di Tarello, di Alchourrón e Bulygin, con la loro contrapposizione fra concezione iletica ed espressiva. Ho peraltro alcune riserve circa il trattamento riservato da Sardo a *Directives and Norms* del 1968. Sintetizzando molto, Sardo sostiene che anche per il secondo Ross il significato deriva interamente dall'uso e che, pertanto, nel pensiero rossiano, sintassi e semantica andrebbero considerate astrazioni della pragmatica. Non ne sarei così sicuro. Basterebbe pensare all'aspra

[5] Così fa pure CHIASSONI 2009, 231 ss.

[6] BARBERIS 2017.

[7] La metafora delle fonti immette surrettiziamente una relazione d'ordine seriale. Per una sua demolizione, cfr. CAILLOIS 2004, 106: «Fiume uscito dal mare dopo esservisi gettato, Alfeo a quel punto non è più un fiume come gli altri, ma un fiume inverso e, potremmo dire, simmetrico: lo immagino che scorre all'indietro, verso la propria sorgente, o più esattamente verso la replica della propria sorgente, perdendo a poco a poco in potenza, ma guadagnando in limpidezza. È quello che è capitato a me [...]. Come il fiume Alfeo che si assottiglia vieppiù che si avvicina alla fenditura in cui infine si inabisserà, mi sbarazzo del turbine di libri che ho letto o scritto, ritrovo lentamente me stesso, ripulito, rifilato: insomma, mi rovino con le mie stesse mani. Ma convinto di ritrovarmi, al termine simmetrico della mia corsa, com'ero all'origine; lo spirito di nuovo vergine, tutte queste pagine, tutte queste sapienti chiacchiere». DÜRRENMATT 1981, 63, riporta un passo di Gustav Schwab dove parlando del labirinto si dice: «Gli innumerevoli corridoi si intrecciavano l'uno con l'altro come il corso intricato del serpeggiante fiume Meandro che, nel suo incerto percorso, scorre ora avanti ora indietro, spesso facendosi incontro alle sue stesse onde». Oltretutto un fiume può benissimo impaludarsi, e, allo stesso modo, l'ordine chiuso della scala (che, a differenza del fiume, ha almeno il vantaggio di non esser legata ad una direzione, in quanto possiamo salire o scendere i suoi gradini) nei modelli più recenti si trasforma nell'ordine aperto della rete. *Ex plurimis* v. OST, VAN DE KERCHOVE 2000; PINO 2014; PASTORE 2014 e PASTORE 2017.

[8] MUFFATO 2017.

[9] SARDO 2017.

critica che Ross muove nei confronti di Hare, accusandolo di non aver distinto a sufficienza i vari elementi del discorso, né gli enunciati dalle enunciazioni, e di aver confuso l'atto di «accettazione delle proposizioni con ciò che in realtà è parte del significato»[10]. Questo vuol tra l'altro dire che Ross ha le mani libere per sostenere che vi possono essere elementi semantici funzionali[11].

Apprezzabile è poi la tesi di Federico J. Arena, secondo cui la nozione di stereotipo – ma bisognerebbe aggiungervi la parallela nozione di contesto – si rivela alquanto eterogenea[12].

Non posso però passare al tema da me individuato come focale rispetto alla mia esposizione senza spendere qualche parola sul saggio fuori dagli schemi usuali di Michael Green, che, scrivendo anch'egli da una prospettiva realista, critica la tesi hartiana per la quale «a theory of law must explain why participants in legal practices should justify their decisions by appeal to legal norms, rather than pointing solely to how practice-independent *norms*, such as morality and prudence are *triggered* by social facts about legal practices» (corsivi miei)[13].

Beati i tempi in cui i realisti erano soltanto i sostenitori del *judge-made law*, ritenendo che il diritto fosse fatto dai giudici non per norme, bensì caso per caso, aderendo alla concretezza delle singole fattispecie! L'ambiguo verbo *to trigger* (innescare, agganciare, far scattare) può mascherare il tentativo di derivare direttamente le norme dai fatti, violando la legge di Hume. Più probabilmente, salendo di livello logico-linguistico, l'autore pensa che il teorico, invece di dar conto di come funzioni la giustificazione da un punto di vista interno, debba additare (*pointing*) in modo disincantato alle ideologie e alle pratiche effettive[14].

[10] ROSS 1968, 76, v. § 6. V. anche l'introduzione di JORI, ivi, 12.

[11] SCARPELLI 1969, 57 s. (ed. or., 987): «Le regole funzionali vanno sistemate fra le regole semantiche o fra le regole pragmatiche? Di solito si dà per scontato che qualsiasi discorso sulle funzioni degli enunciati porti sul piano della pragmatica, e che pertanto regole riguardanti le funzioni degli enunciati siano regole pragmatiche. A me sembra invece che le regole funzionali di cui è questione vadano messe fra le regole semantiche. Secondo la definizione della semantica a suo tempo introdotta, il campo della semantica è quello delle relazioni fra i segni e i designati. Le regole funzionali, insieme alle regole semantiche concernenti il significato come riferimento, riguardano relazioni fra segni e designati. I designati possono essere, è vero, comportamenti di interpreti, ma tali comportamenti sono rilevanti e per le regole funzionali e per le regole di riferimento in quanto e solo in quanto designati, ossia sotto il profilo semantico. Le regole semantiche funzionali insieme alle regole semantiche di riferimento determinano le relazioni fra i segni e i designati: queste stabiliscono a quali designati si riferiscono i segni, quelle stabiliscono in quali funzioni vi si riferiscono. Il sistema della semiotica di Morris va dunque integrato con la distinzione, fra le regole semantiche, delle regole semantiche funzionali e delle regole semantiche di riferimento».

[12] ARENA 2017.

[13] GREEN 2017.

[14] Dietro alle posizioni realistiche solo di rado, per non dire mai, ci sono robuste ricerche fatte sul campo, cfr. il giudizio sferzante di JORI 2010.

In ogni caso, ci si dovrebbe chiedere – cosa che Green non fa – se, come, quando e perché i giudici distinguano il proprio giudizio personale, nella loro qualità di privati cittadini, dal giudizio che esprimono professionalmente. D'altronde, è normale che quest'ultimo giudizio, che può disattendere costume e morale, tenga di solito presente quel che fanno altre autorità: in primo luogo il legislatore e gli addetti ai lavori (a questo servono i precedenti). In genere, i giudici si sforzano a rendere prevedibili almeno in parte le loro decisioni, coordinandosi con altri giudici nel rispetto della legge. Il diritto ha bisogno d'un minimo di stabilità e di certezza – ecco perché non si può far a meno dei formalismi! – a costo di giungere a soluzioni che non siano del tutto soddisfacenti. Insoddisfacenti, incapaci di risolvere nella sostanza i disaccordi profondi[15], sì certo, eppure sono soluzioni condivise, perché la decisione definitiva è una[16].

3. *Pragmatica del linguaggio comune e pragmatica del linguaggio giuridico: un confronto*

Venendo adesso a quello che dovrebbe essere il piatto forte del mio intervento, noto con piacere che fra filosofi del linguaggio e i filosofi del diritto si è stabilito un proficuo scambio interdisciplinare in materia di pragmatica che ha spinto a leggere e a discutere le rispettive opere, tenendone conto nello svolgimento dei propri ragionamenti. Ciò non sempre accade. Come studioso dell'*open texture* e dei problemi di vaghezza del linguaggio giuridico mi sono spesso trovato di fronte a filosofi generali, esperti di comunicazione e logici i quali ignorano la discussione teorico giuridica e non hanno, per esempio, mai sentito parlare del famoso (nella provincia dei teorici del diritto) parco di Hart dove è vietato l'accesso ai veicoli; l'unico citato, meritatamente, va da sé, di solito è Timothy Endicott[17].

Questo reciproco e non scontato interesse è testimoniato dai volumi della presente raccolta – uno dei curatori della quale, Alessandro Capone, è stato anche il co-curatore, assieme a Jacob Mey, di un'altra rassegna, gli *Interdisciplinary Studies in Pragmatics, Culture and Society*[18] – e da un recente libro a cura di Lucia Morra e di Barbara Pasa[19].

[15] Cfr. VILLA 2017, 2016a, 2016b.

[16] Aggiungo che spesso non ci si rende conto di come anche il voto, persino quello popolare, il fondamento su cui si regge la democrazia, è un meccanismo formalistico. Vince la maggioranza, ma non *perché* abbia ragione nel merito, ma anche quando ha torto, *nonostante* abbia torto. È preferibile cioè che vinca una soluzione non ottimale, piuttosto che la conflittualità si protragga indefinitamente. Cfr. LUZZATI 2005.

[17] ENDICOTT 2000. V. anche ENDICOTT 2013. Specularmente vi sono molti lavori dei teorici del diritto aventi per oggetto l'apertura delle norme che evitano di soffermarsi sulla letteratura logica.

[18] CAPONE, MEY 2016.

[19] MORRA, PASA 2015.

Naturalmente, questa corrente di simpatia non esclude che vi siano alcuni dissensi piuttosto netti fra i filosofi del linguaggio, quando si occupano di interpretazione giuridica, e gli specialisti di teoria del diritto con interessi logici e linguistici.

La materia del contendere è il trattamento delle implicature e delle presupposizioni nel corso delle attività di comprensione e di applicazione del "messaggio" emesso attraverso le disposizioni di legge, sempre che si ritenga rilevante il modello comunicativo, come ai più sembra naturale, anche se mi guarderò bene dal sollevare il punto in questa sede.

I filosofi generali si rifanno alla lezione di Grice, riveduto e corretto alla luce degli sviluppi successivi, per estenderla al diritto[20]. Le strategie esplicative sono varie, spesso introdotte da duri attacchi a Marmor[21], che molti di loro considerano come una sorta di *bête noir*.

Talvolta si sostiene che gli aspetti collaborativi presenti nei discorsi giuridici risultano sottovalutati da chi ritiene che il principio di cooperazione non si applichi alla comunicazione giuridica. Brian Butler per esempio dice che «conceiving legal practice, even legislative acts, as dominantly *adversarial* ignores the *overarching collaborative norms*» (corsivi miei) su cui poggerebbe la pratica giuridica[22].

Altre volte si cerca di sfumare (*to blur*) la contrapposizione tra attitudini collaborative e attitudini strategiche. Così Claudia Bianchi[23], che gradua ottimismo e sofisticatezza, o Lucia Morra, la quale reinterpreta il principio di cooperazione di Grice allargandone il concetto[24].

Capita poi (Alessandro Capone e Marina Sbisà) che si faccia giustamente leva sul carattere di ideale razionale che avevano le massime pragmatiche quando sono state originariamente concepite[25].

I filosofi del diritto (Pierluigi Chiassoni, Mario Jori, Damiano Canale, Francesca Poggi[26]) muovono al contrario dalla convinzione che i discorsi giuridici abbiano carattere fortemente conflittuale – ciascun interlocutore cerca di tirare la coperta dei significati dalla propria parte, per questo la cavillosità degli avvocati è lungi dall'essere un difetto – e che vi sia quindi bisogno di autorità capaci di amministrare tali conflitti con decisioni. Di conseguenza si opera in un ambiente forzatamente innaturale, artificiale, una via di mezzo fra i linguaggi tecnici, costruiti per un solo scopo e il linguaggio ordinario, che è multi-funzionale[27].

[20] GRICE 1989. Ometto di dar conto degli sviluppi ulteriori rispetto a Grice per evidenti ragioni di spazio.

[21] Cfr. p. es. MARMOR 2014 e ovviamente anche MARMOR 2016.

[22] BUTLER 2016, 4.

[23] BIANCHI 2016.

[24] MORRA 2016.

[25] CAPONE 2016, 141 ss. e SBISÀ 2016.

[26] CHIASSONI 2017; JORI 2016; CANALE 2017 e POGGI 2016.

[27] Cfr. JORI, PINTORE 2014, 163 ss. e PINTORE, ZORZETTO 2016.

La mia reazione spontanea, va da sé, è di schierarmi con i miei colleghi giuristi.

Più avanti finirò con l'essere fedele al mio istinto.

Ma voglio per un attimo resistere a questa reazione: forse è intempestiva e potrebbe esser dettata da un orgoglio professionale eccessivo, quello dello specialista che si erge a geloso e spocchioso custode delle competenze che rientrano nel proprio campo di studi.

D'altronde, è quanto mai probabile che ci sia bisogno di un supplemento d'analisi.

Prendiamo lo scritto di Sbisà. All'inizio mi ha messo a disagio dove, uscendo dall'ambito dei discorsi faccia a faccia, attribuisce intenzioni direttamente ai testi. Il testo diviene così un artefatto dotato di *agency* propria, diviene esso stesso un agente[28]. Il disagio era causato dal pungente ricordo di un'analoga operazione dei giuristi tradizionali, i quali non potendo più abbandonarsi liberamente alla metafora della "volontà del legislatore", han preso a parlare *tout court* di "volontà della legge", come se questa fosse aproblematica e del tutto ovvia. Pur dovendo ribadire che non si riesce a capire come un testo possa esprimere delle "intenzioni", elevandosi esso stesso al rango di soggetto, piuttosto che limitarsi a veicolare il messaggio di un agente, vero o immaginario, personale o meno, apprezzo il motivo profondo che secondo me ha spinto Sbisà a tale scelta concettuale: il desiderio cioè di rivalutare *gli aspetti normativi* ineluttabilmente presenti in *ogni* comunicazione. La strada da seguire è però la dissoluzione delle misteriose intenzioni, invece di attribuirle (metaforicamente, è inevitabile) ai testi[29].

Del resto, *anche nei discorsi quotidiani* la nozione di intenzione è imperscrutabile. Nessuno può entrare nella testa degli altri. E Grice non era in molti sensi un mentalista[30]. Egli è, anzi, solleticato dall'idea di attribuire un carattere *semi-contrattuale* alle sue massime, che servono a segnare percorsi argomentativi *razionali*, ossia *calcolabili*. Dove si parla di intenzioni siamo sul versante del "farlo apposta" – così come in inglese si dice: *I'm sorry, I didn't mean it*, per scusarsi –; per contro, non viene evocata nessuna rappresentazione psichica[31].

[28] SBISÀ 2016, 25 ss. e SBISÀ 2015, 20, dove si afferma: «La tesi della normatività degli impliciti, comunque, ha effettivamente alcune conseguenze. Permette o forse obbliga a distinguere fra implicito e non detto, e fra implicito e associazioni psicologiche o enciclopediche del ricevente. Inoltre nell'accettarla ci si trova a dover ammettere casi di implicito attribuito conformemente a regola o ragione, che il parlante dichiara di non aver inteso, e con ciò impliciti che sono del testo e non del parlante. Ciò pone il testo come artefatto dotato di *agency* propria, cioè, come esso stesso un agente».

[29] FRANCESCUTTO 2016.

[30] Vi è una lunga tradizione analitica che culmina nella famosa battuta di PUTNAM 1975, 251: «Rivoltate la frittata come vi pare: i "significati" non sono certo dentro la testa!» (Cut the pie any way you like, "meanings" just ain't in the *head*). Bisogna infatti avvertire che l'etichetta del "mentalismo" è, com'è noto, ambigua e si può essere antimentalisti in modi diversi.

[31] LUZZATI 2016, 276 ss. V. GRICE 1989, 63: «Vorrei poter pensare che le norme conversazionali standard non siano semplicemente qualcosa che *di fatto* tutti seguono, bensì qualcosa che è *ragionevole* seguire, da

Continuo a ritenere che un'intenzione collettiva o impersonale possa creare difficoltà, ma è evidente che le implicature scalari («*Alcuni* degli ospiti se ne sono andati»; quindi: *non tutti*) e tutte le implicature conversazionali generalizzate, per lo meno, scattano in modo automatico davanti a un testo. Per questo ha fatto bene Poggi a non considerare insuperabile l'argomento della mancanza di un'intenzione dietro ai testi legislativi per sostenere l'inapplicabilità ad essi della pragmatica sorta con Grice[32].

Ripeto, l'aspetto delle tesi di Sbisà in cui mi sono ritrovato è l'enfasi sul carattere normativo dell'implicito. Tale atteggiamento nasce dal desiderio condivisibile di distinguere quel che di fatto accade da ciò che *deve* accadere se si seguono determinati criteri. Questa idea è ribadita costantemente dall'autrice, in particolare nel libro *Detto e non detto* (2007), non solo verso la fine[33], ma anche in molti altri passi. Ricordo in particolare quello in cui prende le distanze dalla teoria della pertinenza[34]. Una teoria sul funzionamento dei meccanismi cognitivi, per Sbisà, come per me, deve esser tenuta distinta da ogni ricostruzione "razionale" (come quella di Grice) dei percorsi di comprensione[35]. E qui riprenderei la tesi che ho già avanzato criticando la tripartizione metateorica di Hart che Chiassoni, al pari di molti altri, richiama: la tesi che ad un livello metateorico, al contrario di Hart, occorra distinguere in modo netto fra le *teorie* sul funzionamento effettivo dell'interpretazione giuridica, le *tecniche* usate dagli interpreti e le *direttive* (i canoni esegetici o di metodo) loro rivolte (e che non è scontato che saranno vera-

cui *non dovremmo* discostarci. Per un certo periodo sono stato attirato dall'idea che l'osservanza del Principio di Cooperazione e delle massime in uno scambio verbale potesse essere considerata qualcosa di semi-contrattuale, con dei paralleli al di fuori dell'ambito linguistico». Va aggiunto che nella pagina successiva l'A. getta acqua sul fuoco, in quanto dice che «vi sono troppi tipi di scambi verbali, come i litigi o la corrispondenza scritta, che non [...] si adattano facilmente [a tale modello]. In ogni caso, l'impressione è che un parlante che sia non pertinente o poco chiaro tradisca se stesso prima che il proprio uditorio. Così vorrei potere dimostrare come osservare il Principio di Cooperazione e le massime significhi comportarsi razionalmente [...]». Il punto ha sollevato discussioni. Mi limito a ricordare la discussione tra SBISÀ 2001, dove l'A. si sforza di rivalutare il ruolo dell'ascoltatore nell'ambito del pensiero di Grice, e la tesi opposta di COSENZA 2002, 279 ss.

[32] POGGI 2016, 238 ss. V. anche POGGI 2012.

[33] SBISÀ 2007, 193 ss.

[34] SPERBER, WILSON 1986.

[35] SBISÀ 2007, 113 ss. Dopo aver criticato l'appiattimento rappresentato dalla sostituzione da parte della Teoria della Pertinenza di una ricca gamma di strategie argomentative e il passaggio dal principio di cooperazione a un meccanismo innato e automatico, «che si oppone alla possibilità esplicitamente considerata da Grice di sospendere la validità del principio di cooperazione», l'A. così conclude: «Grice era interessato in primo luogo a una ricostruzione razionale dei percorsi di comprensione, mentre Sperber e Wilson hanno mirato a una teoria cognitiva della comprensione di enunciati che faccia ipotesi sul funzionamento della mente/cervello. Si può sostenere che i due progetti non siano veramente in competizione; certamente è opportuno distinguerli. Questo lavoro è più vicino al progetto griciano, in quanto ci stiamo interrogando non sui processi psicologici effettivi mediante cui si elabora il senso degli enunciati, *ma sulla legittimità di certe attribuzioni di senso implicito e sui modi a disposizione dei parlanti di giustificarle*» (114, corsivo mio).

mente osservate). Se non si fissano scopi e valori da perseguire razionalmente, di interpretazione non si può nemmeno parlare. Non è concepibile un'interpretazione di grado zero, la quale operi nel vuoto pneumatico, in assenza di criteri di "correttezza"[36]. Né bisogna confondere le teorie, le dottrine, e persino le ideologie, circa l'interpretazione, con esaurienti spiegazioni di come funzionino, o non funzionino, il linguaggio e la comunicazione.

Ciò detto, bisogna tuttavia stare molto attenti. La razionalità comunicativa – quella che ci fa scartare senz'altro il furbesco emendamento suicida di Gitti per sabotare il progetto di legge contro l'omofobia, ce lo fa scartare *a meno che* non si nutrano seconde intenzioni[37] – non va confusa con la razionalità che si attribuisce alle soluzioni che il diritto, in quanto tecnica sociale, dà a determinati problemi sostanziali. Non c'è alcun passaggio necessario da una razionalità all'altra. La razionalità giuridica resta distinta da quella del linguaggio e da quella da cui dipende il successo comunicativo, in quanto il diritto *non è* linguaggio, come si diceva sbagliando ai tempi della svolta analitica, *ma si serve del* linguaggio.

A metterci subito sull'avviso è la variabilità dei contesti fra il tempo della promulgazione di una legge e il tempo della sua applicazione. Lucia Morra mostra bene come possano sorgere implicature confliggenti causate dai mutamenti della concezione della famiglia[38]. Ma non c'è nessun obbligo illimitato di seguire un'interpretazione adeguatrice. L'abbiamo visto anche in Italia quando s'è discusso di norme implicite nell'ipotesi *same-sex marriage* e la Consulta ha *scelto* di praticare un'interpretazione adeguatrice alla rovescia: quella della Costituzione al Codice civile e non viceversa, come ci si sarebbe potuto aspettare[39].

Ci si dovrebbe inoltre chiedere perché il linguaggio dei giuristi sia così ridondante e pratichi una *sistematica esplicitazione dei presupposti impliciti*, anche se universal-

[36] Questo vale anche per le interpretazioni che reclamano una patente di scientificità (ove non siano invece mere esposizioni di teorie scientifiche). A tale riguardo utile è il confronto con RICOEUR 1965.

[37] SBISÀ 2016, 36. Si veda pure SBISÀ 2015, 30 s. D'altronde, l'inganno, il raggiro e la doppiezza hanno sempre costituito il tallone d'Achille delle tesi di Grice sulla comunicazione. Si consulti altresì ESCOBEDO 1943.

[38] MORRA 2015 e MORRA 2016. D'altra parte, è utile capire come funziona l'intertestualità nel diritto. Nel diritto non incontriamo, come vuole Dworkin, l'intertestualità del romanzo a puntate scritto a più mani, dove l'autore della puntata successiva prosegue il racconto nel punto esatto dove il suo predecessore si era interrotto. Il meccanismo operante è, invece, simile a quello di un giallo con un finale a sorpresa: tutti erano convinti che le cose fossero andate in un certo modo, ma poi, all'improvviso, si scopre che *fin dall'inizio* le cose erano andate altrimenti. C'è una sorta di sincronizzazione retrospettiva, col senno di poi. Tuttavia, come spiego sopra nel testo, non sempre accade così. A volte gli interpreti, specie quelli più conservatori, si rifanno ad un preteso senso originario.

[39] Sent. Corte cost. n. 138 del 2010, dove afferma: «I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso».

mente noti, tanto da somigliare talvolta a quello che Eco, nel *Secondo diario minimo*, riferendosi alla parlata dei presentatori televisivi, chiamava il linguaggio dei Bonga[40]; va da sé che naturalmente si tratta qui di discorsi molto più colti (e circonvoluti) di quelli degli *show* televisivi e che le ragioni della ridondanza degli uomini di legge sono differenti. Ma perché i giuristi sono così propensi a quella che l'uomo della strada chiamerebbe una "dotta spiegazione dell'ovvio"? Un primo sondaggio in tale direzione è stato compiuto da Silvia Zorzetto[41]. A mio avviso, se nel parlare comune si procede velocemente, saltando di palo in frasca, e se nei messaggi promozionali e politici gli slogan a effetto sono il dato prevalente, i giuristi e il legislatore, invece, procedono *lento pede*: con i loro "chiarimenti", le loro "esplicitazioni" e le loro definizioni, oscurano, rendendole complesse, anche le cose più semplici, che, cioè, sarebbero semplici se non ci si dovesse far strada attraverso *continui conflitti d'interessi*. E a mio avviso il punto è proprio lì. Il crollo del senso comune che guida la comunicazione ordinaria, il passaggio all'artificialità, o addirittura all'artificiosità, è proprio dovuto alla necessità di risolvere conflitti d'interessi.

Ciò nondimeno, i formalismi tengono solo se e nella misura in cui i giuristi si impegnano a rispettare la lettera. Se una norma verrà applicata senza fare eccezioni *implicite* oppure verrà considerata uno scucito canovaccio, pieno di strappi e di buchi, che riassume sommariamente le decisioni passate, dipende dagli *atteggiamenti* degli interpreti. È questione *pragmatica* più che una questione meramente semantica, legata alla tassatività delle disposizioni. E in effetti la retorica giuridica, accanto ai formalismi e alle "ragioni esclusive", ha sviluppato numerose tecniche argomentative per allontanarsi dal senso "letterale" esplicito.

Figurarsi da quello implicito!

Tale allontanamento avviene attraverso finzioni, presunzioni e soprattutto col ricorso ai c.d. princìpi, in primo luogo alla supposta *ratio legis*, per rendere le norme defettibili; oppure ci si serve di giudizi di bilanciamento per disapplicare, o per applicare *à la carte*, cioè solo quando fa comodo, le norme, anche e soprattutto le più solenni, come quelle della Costituzione. In questi casi, un malizioso cultore del senso comune potrebbe pensare che, allo stesso modo in cui nel romanzo di Orwell si riscriveva la storia per adattarla alle direttive politiche presenti, così i nostri giuristi riscrivano continuamente il diritto a colpi di princìpi, anche *taciti*. E *in parte* è ciò che accade. Nel diritto può succedere di tutto, si possono persino considerare le balene come pesci (beninteso ai soli fini dell'applicazione di una tassa sul *fish oil*)[42].

[40] ECO 1992, 107-109.

[41] ZORZETTO 2016.

[42] JASZCZOLT 2017.

4. *Conclusioni*

Venendo alle conclusioni, dopo questo doveroso supplemento d'analisi, mi schiero anch'io dalla parte dei miei colleghi teorici del diritto. Il principio di cooperazione, comunque riletto, non può venir esteso all'interpretazione delle leggi per una serie di ragioni che a me paiono solide nella loro ovvietà:

a) per la *mancanza di un interesse a intendersi* (a non fraintendere le parole l'uno dell'altro, nonché quelle del legislatore) fra gli interpreti di parte;
b) per il conseguente *alto grado di artificialità* dei discorsi dei giuristi;
c) perché non si è in grado di assegnare un valore giuridico univoco al *silenzio delle leggi*, che talora fa scattare il ricorso all'*analogia* e talaltra il ricorso all'*argomento a contrario*;
d) per la necessità di adeguare le leggi a *nuovi contesti* applicativi;
e) perché spesso non si può prevedere se i giudici utilizzeranno *tecniche esclusive*, atte a fissare le premesse ricavabili dai testi, sottraendole ad ogni bilanciamento con altre ragioni, oppure se essi faranno uso di *tecniche inclusive*, atte ad arricchire le premesse esplicitamente o implicitamente derivabili dai testi interpretati, mediante l'aggiunta di premesse tacite (poco importa se acquisite con procedimenti "razionali" o costruite *ad hoc*).

Tale scetticismo non toglie che la collaborazione con i nostri cugini filosofi generali possa proseguire, magari procedendo a un raffronto fra le massime del principio di cooperazione e gli schemi argomentativi che il giurista utilizza per giustificare le proprie tesi esegetiche.

Riferimenti bibliografici

ARENA F.J. 2017. *The Pragmatics of Stereotypes in Legal Decision-Making*, in POGGI F., CAPONE A. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. II, *Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017, 379 ss.

BARBERIS M. 2017. *Pragmatics of Adjudication. In the Footsteps of Alf Ross*, in POGGI F., CAPONE A. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. II, *Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017, 303 ss.

BIANCHI C. 2016. *What Did You (Legally) Say? Cooperative and Strategic Interactions*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. I, *Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 185 ss.

BUTLER B. 2016. *Law and the Primacy of Pragmatics*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. I, *Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 1 ss.

CAILLOIS R. 2004. *Conversazione con Jean-Louis Ezine*, in «Riga» 23, 2004, 106 ss.

CANALE D. 2017. *What Inferentialism Tells Us About Combinatory Vagueness in Law*, in POGGI F., CAPONE A. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. II, *Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017, 43 ss.

CAPONE A. 2016. *The Role of Pragmatics in (Re)Constructing the Rational Law-Maker*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. I, *Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 141 ss.

CAPONE A., MEY J.L. (eds.) 2016. *Interdisciplinary Studies in Pragmatics, Culture and Society*, Cham, Springer, 2016.

CAPONE A., POGGI F. (eds.) 2016. *Pragmatics and Law*, vol. I, *Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016.

CHIASSONI P. 1999. *La giurisprudenza civile, Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999.

CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007.

CHIASSONI P. 2009. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I) Da Bentham a Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2009.

CHIASSONI P. 2017. *The Pragmatics of Scepticism*, in POGGI F., CAPONE A. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. II, *Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017, 103 ss.

COSENZA G. 2002. *La pragmatica di Paul Grice. Intenzioni, significato, comunicazione*, Milano, Bompiani, 2002.

DÜRRENMATT F. 1981. *Eclissi di luna*, Milano, Garzanti, 1984 (ed. or. *Stoffe* I-III, Zürich, Diogenes Verlag, 1981, trad. it. di B. Zagari).

ECO U. 1992. *Il secondo diario minimo*, Milano, Bompiani, 1992.

ENDICOTT T. 2000. *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

ENDICOTT T. 2013. *La generalità del diritto*, Modena, Mucchi, 2013.

ESCOBEDO G. 1943. *Le sentenze suicide*, Milano, Bocca, 1943.

FRANCESCUTTO S. 2016. *Il legislatore come metafora. Un'analisi critica*, tesi di dottorato in Scienze Giuridiche, XXVIII ciclo, Milano aa. 2014-2015.

GREEN M. 2017. *A Puzzle About Hart's Theory of Internal Legal Statements*, in POGGI F., CAPONE A. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. II, *Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017, 195 ss.

GRICE P. 1989. *Logica e conversazione. Saggi su intenzioni, significato e comunicazione*, Bologna, Il Mulino, 1993 (ed. or. *Studies in the Way of Words*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989, trad. it. di G. Moro).

JASZCZOLT K.M. 2017. *Slippery Meaning and Accountability*, in POGGI F., CAPONE A. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. II, *Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017, 3 ss.

JORI M. 2010. *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, ETS, 2010.

JORI M. 2016. *Legal Pragmatics*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. I, *Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 33 ss.

JORI M., PINTORE A. 2014. *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.

LUZZATI C. 2005, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2005.

LUZZATI C. 2016. *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, Giappichelli, 2016.

MARMOR A. 2014. *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

MARMOR A. 2016. *Defeasibility and Pragmatic Indeterminacy in Law*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. I, *Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 15 ss.

MORRA L. 2015. *Genitorialità californiana. Analisi testuale della* section *7601 del* Family Code *della California*, in MORRA L., PASA B. (eds.) 2015, 181 ss

MORRA L. 2016. *Widening the Gricean Picture to Strategic Exchanges*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. I, *Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 201 ss.

MORRA L., PASA B. (eds.) 2015. *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, Giappichelli, 2015.

MUFFATO N. 2017. *Doubting Legal Language: Interpretive Skepticism and Legal Practice*, in POGGI F., CAPONE A. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. II, *Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017, 133 ss.

OST F., VAN DE KERCHOVE M. 2000. *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 44, 2000, 1 ss.

PASTORE B. 2014. *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, CEDAM, 2014.

PASTORE B. 2017. *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, in «Diritto & questioni pubbliche», 17, 1, 2017, 13 ss.

PINTORE A., ZORZETTO S. (eds.) 2016. *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli, ESI, 2016.

PINO G. 2014. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014.

POGGI F. 2012. *La buona fede e il principio di cooperazione. Una proposta interpretativa*, in «Rivista critica del diritto privato», 30, 2, 2012, 241 ss.

POGGI F. 2016. *Grice, the Law and the Linguistic Special Case Thesis*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. I, *Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 231 ss.

POGGI F., CAPONE A. (eds.). 2017. *Pragmatics and Law*, vol. II, *Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017.

PUTNAM H. 1975. *Mente, linguaggio e realtà*, Milano, Adelphi, 1987 (ed. or. *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers Volume II*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, trad. it. di R. Cordeschi).

RICOEUR P. 1965. *Della interpretazione. Saggio su Freud*, II ed., Milano, Il Saggiatore, 1979 (ed. or. *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, Seuil, 1965, trad. it. E. Renzi).

ROSS A. 1968. *Direttive e norme*, Milano, Comunità, 1978 (ed. or. *Directives and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul, 1968, trad. it. di M. Jori).

SARDO A. 2017. *The Dark Side of Imperatives*, in POGGI F., CAPONE A. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. II, *Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017, 243 ss.

SBISÀ M. 2001. *Intentions from the Other Side*, in COSENZA G. (ed.), *Paul Grice's Heritage*, Turnhout, Brepols, 2001, 185 ss.

SBISÀ M. 2007. *Detto non detto. Le forme della comunicazione implicita*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

SBISÀ M. 2015. *Normatività e comunicazione*, in MORRA L., PASA B. (eds.), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, Giappichelli, 2015, 15 ss.

SBISÀ M. 2016. *Implicitness in Normative Texts*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. I, *Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 23 ss.

SCARPELLI U. 1969. *Semantica, morale e diritto*, Torino, Giappichelli, 1969 (ed. or. *Semantica giuridica*, voce del *Novissimo digesto italiano*, XVI, Torino, UTET, 1969, 978 ss.).

SPERBER D., WILSON D. 1986. *Relevance: Communication and Cognition*, II ed., Oxford, Blackwell, 1995.

VILLA V. 2016a. *Deep Interpretive Disagreements and Theory of Legal Interpretation*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law*, vol. I, *Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 89 ss.

VILLA V. 2016b. *Disaccordi interpretativi profondi*, Modena, Mucchi, 2016.

VILLA V. 2017. *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, Giappichelli, 2017.

ZORZETTO S. 2016. *Repetita iuvant? Sulle ridondanze nel diritto*, Milano, Giuffrè, 2016.

SOME REMARKS ON PRAGMATICS AND LAW

GIOVANNI BATTISTA **RATTI**

&dq

Some Remarks on *Pragmatics and Law*

GIOVANNI BATTISTA RATTI

Professore associato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova.
E-mail: gbratti@unige.it

ABSTRACT
The present paper examines some of the ideas contained in the volume *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, edited by Alessandro Capone and Francesca Poggi. In particular, it analyzes the contributions bearing on defeasibility, rational law-giving, legal disagreements, and logical relations between deontic modalities.

KEYWORDS
Pragmatics, defeasibility, legal disagreements, rationality, deontic logic

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVIII, 2018 / 1 (giugno) | pp. 343-353

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Some Remarks on *Pragmatics and Law*

GIOVANNI BATTISTA RATTI

1. *Foreword* – 2. *Marmor on Defeasibility and Pragmatic Indeterminacy* – 3. *Capone on Rational Law-Giving* – 4. *Legal Disagreements* – 5. *Poggi on Grice on Law* – 6. *Conclusion*.

1. *Foreword*

The two volumes edited by Capone and Poggi on the pragmatic analysis of law[1] are outstanding contributions to the debate on the linguistic character of law and deserve a special interest in contemporary discussion of analytical philosophy. In particular, facing the idleness of many contemporary debates on whether morality can be a condition of legality and the like, they provide the reader with a fresh and rich array of insightful essays on very significant aspects of law, its structure and its functioning.

Here I shall only deal with the first of these excellent volumes: the one bearing on philosophical perspectives on law and pragmatics[2]. I agree with many of the conclusions reached in the great majority of essays. Consequently, here I shall confine myself to analyzing some features of those papers, which have a closer connection with the topics I have been investigating, and writing about in my academic life: defeasibility in the legal domain, law's supposed systematic character and rationality, legal disagreements, and deontic logic.

2. *Marmor on Defeasibility and Pragmatic Indeterminacy*

In Marmor's contribution, defeasibility is regarded as a predicate of inferences. In short, it is the rejection of monotony (MARMOR 2016, 15 f.), in so far as new premises defeat a certain conclusion. More precisely, following a standard distinction, Marmor distinguishes between rebutting and undercutting. A rebutting defeat is one in which the additional (henceforth: superseding) premise to a *prima facie* warranted inference is such that it *negates the conclusion* of the inference. In cases of undercutting, the superseding premise might be such that it undermines the initial evidence we had for the conclusion.

[1] CAPONE, POGGI 2016; POGGI, CAPONE 2017.
[2] CAPONE, POGGI 2016.

In addition to rebutting and undercutting, Marmor identifies *conflicting defeats*: cases in which the superseding premise renders the initial inference genuinely indeterminate (MARMOR 2016, 17). The defeasibility in such cases consists in the fact that it becomes indeterminate whether the putative conclusion follows or not. Marmor asserts that «[i]n such cases, decision-makers must make their judgments on the basis of considerations not dictated by the relevant law» (MARMOR 2016, 17)[3].

This "new" kind of defeasibility is illustrated by means of two examples.

The first example refers to the competence of FDA (Food and Drug Administration) to decide on the admissibility of tobacco products on the basis of the 1965 FDCA (Food, Drug and Cosmetic Act), that provides the FDA with the power to regulate any product that is «intended to affect the structure or any function of the body». Once the issue of the competence on tobacco products is resolved affirmatively, other sections of the FDCA apply according to which the FDA ought to ban tobacco products. However, other pieces of legislation were predicated on (even though they did not state explicitly) the permission of selling tobacco products[4]. According to Marmor, the real issue is whether the later pieces of legislation, regulating the sale and advertisement of tobacco products, actually withdrew the putative authority of the FDA to ban tobacco products or not.

Marmor observes:

> «The contextual background of these later pieces of legislation is muddled; when they were enacted, the FDA did not claim authority to regulate tobacco products. [...] Given this background, the inference from the enactments regulating the sale and advertisement of tobacco to the implication that the FDA has no authority to ban the sale is defeated. But notice that the defeat is not of a rebutting kind. The contextual uncertainty does not rebut the putative implication of those laws; it only renders them inherently uncertain» (MARMOR 2016, 29).

The second case is *West Virginia University Hospitals v. Casey*. In this case, a

[3] Regarding the problem that normally goes under the heading of "defeasibility" (i.e. implicit exceptions to legal norms) Marmor confines himself to saying that «[s]o what does the open-endedness of possible exceptions to legal rules amount to? In the legal case, at least, the answer is that it is essentially a matter of legal authority. Legal systems need to assign the authority to modify rules and adapt them to varying circumstances. Why? Because legal rules are enacted for reasons, aiming to achieve some particular purposes, and it may happen that the reasons for a given legal norm are either not well served by applying the law in a particular case of its putative application, or else they conflict with other reasons that apply» (MARMOR 2016, 26 f.).

[4] At this regard, Marmor affirms: «These laws imposed various restrictions on the ways in which cigarettes and other tobacco products can be sold, prohibiting their sale to minors, restricting advertisement in mass media and imposing various labeling requirements. Now, evidently, all these laws implicate that the sale of tobacco products, albeit restricted, is not illegal. If Congress says that you can only sell a product X if it is labeled as Y, it clearly implicates that if the product is labeled as Y you may go ahead and sell it. Or if Congress says that you may not sell X to minors, it clearly implicates that you are allowed to sell X to adults» (MARMOR 2016, 44).

hospital that had prevailed at the trial court, according to the provision of a federal statute, was awarded the cost of its attorney's fees, which included the cost of expert fees paid by the attorneys to their non-legal experts.

> «The case went to the Supreme Court only on this last point: The defendant argued that expert fees are not included within the expression of the federal statute allowing the court to award "a reasonable attorney's fee". Indeed, the experts are not attorneys. Justice Scalia, speaking for the majority, agreed, but not because the ordinary meaning of the expression under consideration would naturally exclude the cost of experts to the attorneys in question. [...] Scalia's argument was based on a kind of pragmatic inference: the fact that, in many other acts of Congress (though not all of them) awarding attorney's fees to a prevailing party in civil litigation, the act explicitly mentions attorney's fees *and* expert witness fees. Ergo, if Congress chose to use only the expression "attorney's fees" without the addition of expert fees, the latter were meant to be excluded» (MARMOR 2016, 29).

From his reconstruction of situations like this, Marmor generalizes and reaches the following conclusion: «In the cases we have been discussing, what the law says or implicates is legally indeterminate, and thus any judicial decision is going to amount to a modification of the law, perhaps creating new law if the decision is followed as a precedent» (MARMOR 2016, 31).

Marmor's theoretical proposal concerning the reconstruction of such situations seems to me deeply unconvincing. Regarding the second example, I am really not able to see why a pragmatic analysis should be here regarded as relevant. Scalia is simply using an *a contrario* argument in its productive version supported by an intentional interpretation of the provision at hand.

Regarding the first, peculiar, example, here I confine myself to three simple remarks.

(a) First, Marmor does not take into account a simpler explanation than the one he proposes: the competence to decide on the ban of tobacco products is based on a power-conferring norm, whereas the conflict between the prohibition and the (implicit) permission of selling tobacco is between regulative norms, which deontically qualify action. The competence on deciding whether to ban or not tobacco is a logical presupposition of the normative conflict, since – once the competence is established – the competent authority supposedly faces the normative conflict.

(b) Second, if one applies *lex posterior* to solve the antinomy, one can simply state that the sale of tobacco products was allowed. This move might be criticized, since the permission was mostly an implicit one, which was ingrained in the regulation of the sale of tobacco products. At any rate, in order to eliminate the competence of FDA, one should find some norm stating that the FDA is

incompetent to decide on tobacco products (or something of that sort): which was not the case in the example at hand.

(c) The reasons to dub such situations as cases of "defeasibility" are quite mysterious. Surely one should not abandon monotony in order to explain them, and there is no norm which is defeated by implicit exceptions. Marmor affirms that what is defeated is the inference from the enactments regulating the sale and advertisement of tobacco to the implication that the FDA has no authority to ban the sale. But such an inference is not at stake here and is fallacious, as we mentioned, because it conflates the negation of power-conferring rules and regulative rules.

By way of conclusion, we can observe that a more general criticism can be made regarding Marmor's proposal. This general criticism is twofold:

1) Marmor says that conflicting defeats are cases in which the superseding premise renders the initial inference genuinely indeterminate. According to Marmor, defeasibility in such cases consists in the fact that it becomes indeterminate whether the putative conclusion follows or not. This may happen for three reasons[5]: (1) changes of the premises, (2) changes of the rules of inference, (3) change of both. But, pace Marmor, this is not a new kind of defeasibility. It is a well known problem, regarding the changes of the element of a piece of reasoning. We must observe however that the uncertainty exists only in so far as the elements at play are not ordered. Once they are ordered and the law systematized, uncertainty dissolves.

2) Marmor may want to object that the defeasible character of the inference is due to the pragmatic assumptions which are at play in these cases. However, since pragmatic inferences are deemed to be defeasible by definition, again one can conclude that no novelty in his account can be found.

3. *Capone on Rational Law-Giving*

One of the main theses of Capone's contribution is that «reading, understanding and interpreting a legal text is to take into account the point of view of the rational law-maker» (Capone 2016, 147).

Capone embraces a prescriptive doctrine of legal interpretation – rather than providing a reconstruction of legal interpretations actually carried out – which sees contextualism as crucial. One of the main (axiological) reasons for contextualizing meaning is that if a law were applicable only literally, then potential trespassers could modify their conduct accordingly (Capone 2016, 148).

[5] Alchourrón, Bulygin 1971, 90 f.

So, law is to be read by means of a blend of literality and purpose. However, the overall meta-canon of legal construction is rationality:

> «the rationality of the interpreter and of the law-maker is best seen when the interpreter and the law-maker reconcile conflicting canons of construction and place greater emphasis on a canon rather than on another by dwelling on rationality considerations» (CAPONE 2016, 155).

Within such a compass,

> «the law-maker referred to in legal reasoning cannot be real, past or present, agency, but is rather a construct, which functions as an ideal point of reference for the purpose of defining the rationality of a decision. In short, such a law-maker is either a rational or a perfect law-maker» (CAPONE 2016, 151).

Following Dascal and Wróblewski, Capone identifies three sets of characteristics to define the rational law-maker: (a) the rational law-maker cannot be self-contradictory, so that we must interpret his provisions in such a way so as to avoid contradiction, (b) the rational law-maker is a rational agent, who has good reasons for his decisions, (c) the good reasons in question fulfill certain formal criteria: e.g. no good reasons can be inconsistent or incoherent; the decisions are reached through the application of valid rules of legal reasoning (CAPONE 2016, 153).

Despite Capone's optimism regarding the rationalizing contextualization of the lawmaker's provisions, it seems that there are different notions of rationality at play here and it also seems that they work in different fashions. Sometimes they are even incompatible with each other.

– The first notion is based, roughly, on the idea that a lawgiver is rational as far as it provides a logically consistent (and maybe also complete) set of regulations of the human conduct.

– The second notion is twofold[6]: (i) the lawgiver is rational in so far as he offers reasons or founds his norms on reasons; (ii) his norms are the *best* (or at least a satisfactory) means to achieve the purposed goals or reasons.

Both notions are different and each of them deserves some words of comment.

There can be – as CELANO (2013) pointed out – a strategic rationality which uses contradictions for non-standards legislative goals. One can object that what Capone has in mind is logical rationality. However, the notion of consistency in the legal domain is different from the strictly logical one. From the stance of propositional logic, for instance, the sentence providing that "$O(p \rightarrow q)$" & "$O(p \rightarrow \neg q)$" is not a real logical conflict, since it does not imply any sentence whatsoever. Rather, it

[6] BOBBIO 1971.

logically implies "O¬p"[7]. This means that a lawgiver issuing such norms is not necessarily irrational. He can be a malicious lawgiver, but totally rational (indeed, he is *logically rational*).

Things do not fare better with reasons, since consistency is a problematic property when it is predicated of a system of reasons, since they are regarded as defeasible standards. Indeed, if the antecedent of a principle is not regarded as a sufficient condition (or as one providing sufficient conditions) of its consequent, no inconsistency is derivable from them, for inconsistency is only derivable when *modus ponens* and strengthening of the antecedent are applicable.

It would seem, then, that the system of principles or reasons cannot be inconsistent by definition, since it is composed of defeasible normative standards. If it is so, however, it is not clear, from a logical point of view, how the relation of coherence between the system of principles and the system of rules should be framed. An option consists in regarding the principle as a "tentative confirmation" of the normative consequence provided by a certain set of rules. The more confirmed a certain normative solution provided by a rule is, the stronger appears the relation of coherence between the underlying principles and such a rule. However, what is important to stress here is that the idea of competing confirmations presuppose inconsistencies of solutions within the system of rules (i.e. lack of rationality in the system of rules). Coherence relations would thus be, or might be used, as tools liable to tentatively solve antinomies afflicting sets of rules.

These remarks ideally connect with some interesting insights by Capone about the relevance of the concept of rational law-making for juristic systematization. Capone interestingly observes at this regard that «[i]n interpretation, much more than in codification, we are interested in the rational law-maker, *qua* abstract construct, not *qua* historical law-maker» (Capone 2016, 152). Indeed, the idea of a rational law-maker is a regulative ideal for interpreters. The system is the product of jurists' systematizing activities, rather than being a pre-existing datum. However, rationality is not a global activity: it is not the whole legal order to be

[7] Analogously with what happens in propositional logic. This is easily seen from the following truth-table:

p → q	&	p→¬q	≡	¬p
1 1 1	0	1 0 0	1	0
1 0 0	0	1 1 1	1	0
0 1 1	1	0 1 0	1	1
0 1 0	1	0 1 1	1	1

systematized. The idea – which Capone embraces – that the rational law-maker would always choose legal rules which are the best suitable ones for implementing the purposes he sets for the law must be balanced with what we have observed before: first-order rationality and second-order rationality are different and sometimes the latter seems to presuppose the absence of the former. So, the purposes set for the law – e.g. completeness, consistency, and coherence – cannot always be reached altogether. And this is a great limitation to the idea of rational law-making.

4. *Legal Disagreements*

There are two papers in the book dealing with the lively debated issue of legal disagreements.

The first is by Vittorio Villa and is concerned with what he calls "deep interpretive disagreements", i.e. «very profound and radical divergences that sometimes take place among jurists in legal interpretation» and are «genuine, faultless and unsolvable» (VILLA 2016, 92).

The necessary condition that allows to identify deep interpretive disagreements is the presence, in the linguistic materials to be interpreted, of evaluative expressions, such as "life", "human person", "dignity", "personal autonomy", "decency" and so on (VILLA 2016, 95). These expressions, according to Villa, lack *sense*, and so they are *indeterminate*; and do not lack, at least directly, *reference*, and so cannot be characterized as *vague*. In these cases – Villa says – we cannot even pose a question of reference (for instance, the question if "that given behavior is contrary to decency"), if we don't previously answer the question of sense ("what is decency?") (VILLA 2016, 97).

Such disagreements are genuine, that is to say that those who engage in them are not talking past each other. They are faultless, i.e. they do not depend on interpretive mistakes (that is to say that the canons used for interpretation are legitimate according to the legal culture of reference). They are also unsolvable, in that there is no way of finding a single right answer for the interpretive questions that are on the table. According to Villa, disagreements of this kind trigger debates about metaethical choices on how to fill-up the debated concepts.

I agree on many conclusions reached by Villa concerning deep interpretive disagreements, even though I do not share virtually any methodological premise of his. Since this sounds rather peculiar, I should elaborate it a little bit more.

I agree on the fact that the disagreements under scrutiny are normally genuine (at least in the eyes of those who disagree), faultless, and unsolvable in the sense Villa uses these terms. However, I would not say that the expressions that trigger such disagreements lack sense but have reference. How it is possible to reasonably detect the extension of the concept of "dignity" without knowing its intension is

quite mysterious to me. It is like to try to identify the set of the citizens of Milan without knowing anything about Milan.

But apart from this, it seems to me that any interpretive disagreement is genuine, faultless, and unsolvable. This is not a characteristic of deep interpretive disagreements only. Indeed, any disagreement about interpretation is genuine (at least in a strategic way), without error (in so far as the canons which are used are culturally legitimate), and unsolvable (in the exact sense that there is no one right answer). So, what differentiates deep disagreements from other kinds of interpretive disagreements is the presence of evaluative terms in the legal provisions from which they stem. The difference, however, is only one of degree and mainly one of legislative drafting. The difference can perhaps be explained by resorting to Schauer's theory of rules.

As Schauer affirms[8], it is often possible for the rules to be a specific instance of its background justification. Rules are designed to serve their background justifications, but it is the rule itself that carries the force of law, and it is the rule itself that ordinarily dictates the legal outcome. In the case of evaluative framed provision, what the lawmaker does consists in eliminating this force of the rules and issuing directly the background justification. Accordingly, he opens the door to disagreement and judicial discretion. As Schauer observes,

> «people understand that the background justifications themselves are often too vague to be helpful, too fuzzy to give people the kind of guidance they expect from the law, and too subject to manipulation and varying interpretation to constrain the actions of those who exercise power» (SCHAUER 2009, 16).

The second paper is by Genoveva Martí and Lorena Ramírez. The authoresses sophistically compare and contrast descriptivism and what they call the new theory of reference regarding the relations between sense and reference.

> «Whereas for the descriptivist speakers refer in virtue of being in possession of a description that determines the reference of each of their uses, for the new theorist speakers refer in virtue of their objective position in the network or chain of communication. What determines the reference of each use may well not be transparent to the speaker, according to the new theory of reference» (MARTÍ, RAMÍREZ 2016, 124 f.).

I am not able to thoroughly assess the consequences of such a debate for legal theory. But here I want to make only one major criticism regarding the paper: the reading of the second Dworkinian attack on legal positivism seems to me to be quite procrustean.

[8] SCHAUER 2009, 15.

Martí and Ramírez affirm:

> «Dworkin has distinguished between empirical and theoretical disagreements and he has argued that descriptivists can account for empirical disagreement, the kind where people disagree whether a particular thing has or not a particular property, but they have difficulty in accounting for theoretical disagreement, the kind that occurs when the concepts or descriptions they entertain are different» (MARTÍ, RAMÍREZ 2016, 128).

The authoresses then go on to point to the concept of "death" as a possible topic of theoretical disagreement, which descriptivists might have difficulties in explaining.

But in Dworkin there seems to be virtually nothing about such a debate regarding the notion of reference to be used. Dworkin distinguishes two ways in which it is possible to disagree about the truth of a proposition of law. First, people might agree about the grounds of law, but disagree about whether those grounds are in fact satisfied in a particular case (*empirical disagreements about law*). Second, people might disagree about the grounds of law, i.e. about which other kinds of propositions, when true, make a particular proposition of law true (*theoretical disagreements about the law*). In the former case – the case of empirical disagreements about law – people agree about when the truth (or falsity) of other (more familiar) propositions would make a particular proposition of law true (or false). In the latter case – the case of theoretical disagreements about the law – people would agree about what the statute books and past judicial decisions have to say about a case. Yet, they might still disagree about what the law actually is, since they might disagree about whether statute books and past judicial decisions exhaust the pertinent grounds of law.

Another criticism that can be put forward is that Martí and Ramírez have too a limited notion of legal indeterminacy. «Legal disputes in which there are no sufficient elements to determine a relevant use, or cases that involve an extension of the domain of application of a term, are cases of legal indeterminacy» (MARTÍ, RAMÍREZ 2016, 137). In so holding, they seem to renew this widespread and mistaken way of thinking according to which the problems of legal interpretation are interstitial problems that mainly stem from the vagueness of concepts. But to do so is equivalent to deny the relevance of what is characteristic of legal interpretation: i.e. the attribution of meaning to legal provisions.

5. *Poggi on Grice on Law*

I agree on everything Francesca Poggi argues for in her article (POGGI 2016).

Here I shall only add an argument against the usage of the first maxim of quantity in the normative domain that runs as follows "indicate clearly if you intend to permit, or to prohibit or compel".

Here the pragmatic analysis, I submit, obscures the logical analysis. Permit, forbid, and oblige are interdefinable from a logical point of view. So, to forbid smoking would be equivalent not to permit smoking. As a consequence, the maxim is vacuous, since it is deprived of any relevant conceptual content.

So, the example "Using mobile phone is permitted within the hospital" implicates "Using mobile phone is not mandatory within the hospital" (i.e. "Not-using mobile phone is also permitted within the hospital") is quite misleading and is based on a double ambiguity of "permitted".

First ambiguity: if "permitted" is understood in the weak sense (i.e. as absence of a mandatory rule), the sentence is reasonable regarding the absence of obligation (since an obligation would imply strong permission). By contrast, if "permitted" means strongly permitted (i.e. presence of an explicit authorization), it is not granted that using mobile phone is not mandatory (since, as we have just noticed, a strong authorization logically follows from an obligation).

Second ambiguity: if "permitted" is understood as unilaterally permitted (that is, *p* is permitted, but *not-p* is indeterminate), the sentence is not acceptable, since from that it does not follow that also the complementary action (i.e. not using the phone) is permitted. By contrast, if "permitted" is understood as bilaterally permitted (both *p* and *not-p* are permitted), the sentence is acceptable, since bilateral permission implies non-obligation and allows for the carrying out of a certain action and its complementary.

6. *Conclusion*

Here I have critically, although succinctly, dealt with some of the interesting issues raised by some of the most intriguing contributions collected in Capone's and Poggi's volume. Many other things could have been said and many other tantalizing tenets can be revealed and analyzed in these must-read books. But I leave the reader the pleasure of discovering and examining them in their full scope.

References

ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 1971. *Normative Systems*, Vienna, Springer, 1971.

BOBBIO N. 1971. *Le bon législateur*, in «Logique et Analyse», 14, 1971, 243 ff.

CAPONE A. 2016. *The Role of Pragmatics in (Re)Constructing the Rational Law-Maker*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Law and Pragmatics. Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 141 ff.

CAPONE A., POGGI F. (eds.) 2016. *Law and Pragmatics. Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016.

CELANO B. 2013. *Law as Power: Two Rule of Law Requirements*, in SCIARAFFA S., WALUCHOW W. (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 129 ff.

MARTÍ G., RAMÍREZ L. 2016. *Legal Disagreements and Theories of Reference*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Law and Pragmatics. Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 121 ff.

MARMOR A. 2016. *Defeasibility and Pragmatic Indeterminacy in Law*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Law and Pragmatics. Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 15 ff.

POGGI F. 2016. *Grice, the Law and the Linguistic Special Case Thesis*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Law and Pragmatics. Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 231 ff.

POGGI F., CAPONE A. (eds.) 2017. *Law and Pragmatics. Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2017.

SCHAUER F. 2009. *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009.

VILLA V. 2016. *Deep Interpretive Disagreements and Theory of Legal Interpretation*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Law and Pragmatics. Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, 89 ff.

PRAGMATICHE GIURIDICHE E SCIENZE COGNITIVE.

A PARTIRE DA *PRAGMATICS AND LAW. PHILOSOPHICAL PERSPECTIVES*

ADRIANO **ZAMBON**

&dq

Pragmatiche giuridiche e scienze cognitive.
A partire da *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*

Legal Pragmatics and Cognitive Sciences.
Starting from *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*

ADRIANO ZAMBON

Dottore di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Milano.
E-mail: adriano.zambon@unimi.it

ABSTRACT
Questo scritto presenta un'analisi di alcuni dei saggi contenuti nel volume *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*. Più in dettaglio, esso mette in luce due tipi diversi di pragmatica giuridica (una pragmatica "alta" e una pragmatica griceana), rinvenibili all'interno del libro, ed esamina il rapporto che essi intrattengono con le scienze cognitive.

This paper analyses some of the essays collected in the volume *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*. More specifically, it highlights two different types of legal pragmatics (a "high" pragmatics and a Gricean pragmatics), which can be found in the book, and examines their relationship with cognitive sciences.

KEYWORDS
Pragmatica giuridica, Scienze cognitive, Grice, Intenzione

Legal pragmatics, Cognitive sciences, Grice, Intention

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Pragmatiche giuridiche e scienze cognitive.
A partire da *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*

ADRIANO ZAMBON

In questo scritto, mi concentrerò sul primo dei due volumi di cui si compone *Pragmatics and Law*[*], dedicato, come indica il suo sottotitolo, alle prospettive filosofiche relative ai rapporti fra pragmatica e diritto. Nell'attività di ricostruzione del contenuto di alcuni dei saggi presentati nel volume, è possibile rinvenire un tema ricorrente, il quale, durante la lettura dei vari testi, colpisce in maniera particolare. Si tratta della grande diversità dei modi di caratterizzare la pragmatica. Gli autori dei saggi hanno cioè concezioni diverse della pragmatica, poiché la declinano in modi diversi, o, meglio, fanno tipi di pragmatica differenti. Tale elemento è particolarmente rilevante, perché mette a disposizione del lettore molti esempi di come si possa sviluppare un'analisi del linguaggio giuridico che valorizzi questo specifico livello dell'analisi semiotica. È anche interessante notare che la differenza fra le varie pragmatiche esibite nella raccolta si coglie appieno se si osservano i rapporti che ciascuna di esse instaura con le scienze cognitive.

Al riguardo, è innanzitutto possibile individuare un filone, che può essere chiamato di pragmatica "alta", all'interno del quale la pragmatica giuridica viene, per definizione, separata dalle scienze cognitive e concepita come un livello dell'analisi semiotica che si distacca dalla psicologia. Questa concezione viene delineata molto chiaramente all'interno del saggio di Mario Jori, *Legal Pragmatics*[1]. All'inizio del saggio, nella descrizione della pragmatica giuridica, Jori scrive che

> «Legal pragmatics is the portion of the study of legal language that is focused on the relationships of legal language with its typical users and its typical situations of utterance, including the presence of other texts. Such relationships are also called functions of the said language [...]»[2].

e che l'oggetto di studio della pragmatica non è

> «any effect of the use of a language [...], but only with the structural effects that can be ascribed to persistent aspects of the language in question and that in turn determine some of

[*] CAPONE, POGGI 2016.

[1] JORI 2016, 33-60. È lo stesso Jori a impiegare, altrove, l'espressione "alta pragmatica" per caratterizzare la propria prospettiva: «Si potrebbe dunque parlare di "alta pragmatica", a conferma del fatto che la pragmatica semiotica non si identifica né con la sociologia dei discorsi né con la teoria dell'atto linguistico» (JORI 1997, 513).

[2] JORI 2016, 35.

these aspects. In other words, (legal) pragmatics is not concerned with the occasional effects and influences of language, or on language, of occasional users and situations, which are instead studied by non-semiotic social sciences such as history, sociology and psychology»[3].

In questa caratterizzazione della pragmatica emerge il tentativo di liberarla dalla necessità di un riferimento a fattori di natura psicologica, insistendo invece sui fatti che influenzano il significato in maniera strutturale. È in questa direzione che si muove l'analisi di Jori: usando questo approccio si può rilevare che il linguaggio giuridico costituisce una forma di linguaggio amministrato, a metà strada fra il linguaggio naturale e quello artificiale. Si tratta di una tesi che può ormai essere ritenuta classica e che connette la caratterizzazione del linguaggio giuridico all'idea che il concetto di diritto, inteso come significato minimo del termine, consista nell'area della coazione regolata e organizzata.

Questa prospettiva emerge anche nel saggio di Brian Butler, *Law and the Primacy of Pragmatics*[4], che apre il volume. Butler descrive e contrappone due concezioni della pragmatica, la concezione Uno, che attribuisce alla pragmatica un ruolo secondario rispetto agli altri piani dell'analisi semiotica, e la concezione Due, che invece considera la pragmatica come prioritaria rispetto alla sintassi e alla semantica. Nel descrivere e sostenere la seconda concezione, Butler si richiama espressamente all'opera di Charles Morris, e riprende la cautela espressa da quest'ultimo in *Signs, Language and Behaviour*: «[...] Morris starts out his project by noting that the term "meaning" is to be avoided if possible because it is imprecise and too mentalist»[5].

Ovviamente, questa affermazione dipende in parte dal fatto che il verbo inglese "to mean" ha delle sfumature di significato che il verbo italiano "significare" non ha, ma è comunque importante sottolinearla, perché dimostra l'esistenza di una cautela, nei confronti del mentalismo, che opera da criterio metodologico nella configurazione di questo tipo di pragmatica: tale cautela spiega l'esclusione di riferimenti a teorie che provengono dalle scienze cognitive e si sposa bene con uno dei caratteri tradizionalmente attribuiti alla filosofia analitica del diritto, ossia l'antimentalismo[6]. E infatti la pragmatica di Butler è comportamentista: sono gli

[3] JORI 2016, 35.

[4] BUTLER 2016, 1-13.

[5] BUTLER 2016, 5. Cfr. MORRIS 1946, 19: «The term "meaning" is not here included among the basic terms of semiotic. This term, useful enough at the level of everyday analysis, does not have the precision necessary for scientific analysis. Accounts of meaning usually throw a handful of putty at the target of sign phenomena, while a technical semiotic must provide us with words which are sharpened arrows. "Meaning" signifies any and all phases of sign-processes (the status of being a sign, the interpretant, the fact of denoting, the significatum), and frequently suggests mental and valuational processes as well; hence it is desirable for semiotic to dispense with the term and to introduce special terms for the various factors which "meaning" fails to discriminate».

[6] Si tratta infatti di un elemento evidente all'interno di alcune definizioni di filosofia analitica proposte da filosofi del diritto, in particolare BARBERIS 1997 e GUASTINI 2012.

aspetti comportamentali dell'uso del linguaggio a venire in rilievo e il significato non si presume collocato nella mente umana, ma deve essere cercato esternamente, nell'ambito di comportamenti osservabili. Non serve un reame separato da cui importare il significato: il linguaggio naturale è un comportamento abituale che si colloca nel foro esterno[7].

Un evidente limite di questo approccio è dato dalla chiusura ai nuovi approcci al mentale, che sono andati sviluppandosi a partire dalla cosiddetta svolta cognitiva. Prendere in esame, all'interno della filosofia del diritto, le nuove teorie e ricerche che sono oggi riconducibili alle scienze cognitive – con la dovuta cautela e senza farsi carico di impegni ontologici eccessivi – potrebbe forse consentire di introdurre delle innovazioni in prospettive forse ancora troppo legate al passato. Ciò è forse in parte riconosciuto dallo stesso Butler, quando ammette che il proprio approccio non può che essere definito austero[8].

Un altro aspetto rilevante del saggio di Butler è che egli contrappone il suo tipo di pragmatica alla versione griceana della pragmatica, proprio perché, in quest'ultima, l'utilizzo del termine "meaning" non viene evitato e, inoltre, viene messo in correlazione con la nozione di intenzione, il che comporta forse il rischio di aprire la strada al mentalismo[9].

Tale contrapposizione sembra trovare conferma se si guarda ai saggi dedicati appunto all'applicabilità della teoria di Grice al diritto. In questi saggi si può constatare una maggiore facilità nel richiamo alle scienze cognitive.

Ciò è evidente, per esempio, nel saggio di Claudia Bianchi, *What Did You (Legally) Say? Cooperative and Strategic Interactions*[10]: l'autrice critica una tesi di Andrei Marmor[11], in base alla quale non è possibile applicare il principio di cooperazione all'interpretazione giuridica dal momento che questa sarebbe un'interazione

[7] La preferenza per il comportamentismo e il rifiuto del mentalismo, all'interno dell'analisi del linguaggio giuridico, sono aspetti in realtà già rinvenibili in vari lavori di Scarpelli. Si veda, per esempio, SCARPELLI 1953, 81: «Certamente, una storia linguistica ed una indagine di psicologia e di sociologia linguistica, su premesse analitiche, cercheranno di avere una base comportamentistica piuttosto che mentalistica [...]»; ancora più chiaro, in questo senso, è SCARPELLI 1955, 162 s. : «La caratteristica principale della filosofia analitica, nello studio del linguaggio, è quella di considerarlo come un insieme di comportamenti, comportamenti che grazie ad uno speciale condizionamento dei soggetti associati hanno una speciale funzione nella vita dell'uomo e nelle relazioni umane. L'indagine si muove dunque su una base pragmatistica, come studio di comportamenti della vita dell'uomo associato [...]. La parola, il concetto non hanno il tal significato per loro intima essenza, o per relazione con una entità mentale o extramentale, ma per il modo in cui sono usati, e il significato varia col variare del modo di uso».

[8] Butler parla infatti di «an austere model of behavioral pragmatics» (BUTLER 2016, 12).

[9] Va notato che anche Jori individua una contrapposizione fra la sua pragmatica, che abbiamo qui accostato a quella di Butler, e la teoria di Grice: «[...] la pragmatica è anch'essa convenzionale e quindi parte a pieno titolo di una semiotica in termini di regole linguistiche. [...] In particolare le regole di cui sto parlando sono a un livello di generalità maggiore che non quelle "scoperte" da Grice (che pure sono assai generali)» (JORI 1997, 513).

[10] BIANCHI 2016, 185-199.

[11] Al riguardo si veda, in particolare, MARMOR 2014.

strategica e non un'interazione cooperativa. Bianchi critica la possibilità stessa di tracciare una distinzione netta fra le interazioni strategiche e quelle cooperative; lo fa richiamandosi alle nozioni elaborate da Grice, ma soprattutto alla *Relevance Theory*, ossia la teoria della pertinenza, una teoria della comunicazione di stampo cognitivista sviluppata da studiosi qualificati come post-griceani[12]. In base a questa teoria, la pertinenza è una proprietà degli input dei processi cognitivi. Essa dipende dagli effetti cognitivi positivi prodotti dall'input e dagli sforzi cognitivi richiesti per ottenere quegli effetti: maggiori sono gli effetti positivi e minori sono gli sforzi cognitivi, maggiore sarà la pertinenza. Così, a partire dalle aspettative di pertinenza che si formano negli individui durante il processo di comprensione, è possibile individuare le strategie interpretative che usiamo nei processi di comunicazione e si può quindi sostenere che, più che di fronte a tipi diversi di scambi conversazionali, ci troviamo di fronte a scambi conversazionali che portano a utilizzare diverse strategie interpretative: esse variano a seconda dell'aspettativa di pertinenza che nutriamo nei confronti degli enunciati usati dai nostri interlocutori durante la comunicazione. Le strategie considerate dall'autrice sono, nello specifico, quelle individuate da Dan Sperber, uno dei creatori della teoria della pertinenza; esse vengono anche applicate ad alcuni scambi conversazionali provenienti dal mondo del diritto, a dimostrazione della portata applicativa di una prospettiva del genere.

Un'altra conferma della contrapposizione evidenziata da Butler si può intravedere nel saggio di Francesca Poggi, *Grice, the Law and the Linguistic Special Case Thesis*[13], in cui si critica la possibilità di applicare il principio di cooperazione e le massime conversazionali di Grice agli atti giuridici eteronomi. A un certo punto, nella discussione dedicata alla razionalità del principio di cooperazione e delle massime conversazionali, vengono richiamate alcune considerazioni di Stephen C. Levinson, che attingono direttamente alle scienze cognitive:

> «As Levinson states, cognitive sciences have demonstrated the asymmetry between the slowness of human discourse, the slowness of the emission of acoustic signals, and the apparently greater speed of human thought. The CP [cooperative principle] and the maxims allow this asymmetry to be compensated for»[14].

Questo richiamo alle scienze cognitive, nell'ambito di una trattazione che ha ad oggetto le nozioni sviluppate da Grice e la loro applicabilità a certi atti giuridici, sebbene sia marginale, è particolarmente interessante, perché dimostra l'assenza di una chiusura di principio nei confronti del mentalismo.

[12] Cfr. SPERBER, WILSON 1986.
[13] POGGI 2016, 231-248.
[14] POGGI 2016, 244. La considerazione riportata da Poggi proviene da LEVINSON 2000, 28.

Perciò, come si è già detto, sembra che la possibilità di arricchire, attraverso il richiamo alle scienze cognitive, un'analisi giusfilosofica che valorizzi la dimensione della pragmatica venga esclusa o ammessa a seconda di come la pragmatica viene caratterizzata. Ed è forse vero che il richiamo a Grice garantisce la possibilità di una maggiore apertura verso il mentalismo, ma bisogna anche sottolineare che quest'ultimo non è implicato necessariamente dalla prospettiva griceana.

Anche l'assenza di tale implicazione emerge dalla lettura del volume, in particolare dal saggio di Lucia Morra, *Widening the Gricean Picture to Strategic Exchanges*[15]. Qui si critica nuovamente la tesi di Marmor, già descritta in precedenza, sul principio di cooperazione. Per farlo, l'autrice illustra, attraverso un attento esame dei testi di Grice[16], il modo in cui quest'ultimo intendeva il principio di cooperazione: più in dettaglio, Morra dimostra che il significato di cooperazione, in Grice, non è quello di collaborazione. Per Grice, la cooperazione ha infatti un significato più ampio: i parlanti, in ogni tipo di interazione, condividono almeno uno scopo, quello di realizzare l'atto in cui consiste la loro azione congiunta, e per questo serve un livello minimo di coordinazione. E la coordinazione non è necessariamente collaborazione: così, lo scopo centrale del principio di cooperazione è quello di garantire che la relazione fra il significato convenzionale di un enunciato e il significato implicito che quell'enunciato può avere sia calcolabile, cosa che non richiede necessariamente un aiuto reciproco.

La teoria di Grice, in base a questa lettura, appare come uno strumento che consente all'interprete dei testi normativi di produrre una serie di ragioni, che possono essere esibite e controllate pubblicamente, al fine di sostenere certi risultati interpretativi invece di altri. Le massime conversazionali servono quindi a garantire la razionalità del processo comunicativo fra giudici e legislatore. La necessità a cui la teoria di Grice risponde è quella del controllo pubblico, della giustificabilità pubblica di certi esiti dell'attività interpretativa, ed è alla luce di ciò che le nozioni di intenzione e di intenzionalità del legislatore devono essere lette: la presunzione di intenzionalità che gli interpreti realizzano serve a individuare possibili contenuti dei testi prodotti dal legislatore, ma soprattutto a produrre ragioni argomentative a sostegno dell'attribuzione di tali contenuti ai testi, ossia a sostegno di una certa scelta interpretativa, in modo che ne sia garantita la controllabilità. Le nozioni griceane non vanno quindi ricondotte all'interiorità dei parlanti, né, a maggior ragione, a quella del legislatore, che non è nemmeno una persona dotata di una mente, ma semplicemente una metafora. Questa lettura della teoria di Grice non è estranea ad alcune recenti recezioni di essa all'interno della filosofia del diritto[17] e

[15] MORRA 2016, 201-229.

[16] Il riferimento è, in particolare, a GRICE 1967.

[17] Cfr. LUZZATI 2016, 276: «[...] è incontestabile che nell'analisi di Grice le intenzioni non sono affatto i contenuti di senso, le rappresentazioni o le informazioni, presenti nella mente dell'emittente e che

permette inoltre di avallare un accostamento di tale teoria alla teoria dell'argomentazione[18].

La parte forse più interessante dello scritto di Morra è, però, quella in cui si confronta il principio di cooperazione di Grice con l'idea della mutualità delle restrizioni formulata da Herbert L.A. Hart nell'articolo *Are There Any Natural Rights?*[19]. Secondo Hart, un'impresa retta da regole in comune comporta la restrizione della libertà delle persone che vi prendono parte; chi si sottomette alla restrizione ha diritto di pretenderla da parte di coloro che hanno tratto un beneficio da quella sottomissione. È questa la fonte di molti diritti e obbligazioni speciali. Come dimostra Morra, Grice deve aver considerato la possibilità di applicare questa spiegazione alla conversazione e di caratterizzare, in questo modo, il rispetto del principio di cooperazione non come un atto di benevolenza, bensì come una conseguenza delle mutue relazioni tra parlanti:

> «Conversation, in fact, can be conceived as a "joint verbal enterprise" more than as "a collaborative venture" in a Hart's perspective, speakers have the natural right to attribute words whatever meaning they like: but when they engage in a joint verbal enterprise, they have to limit their interpretative freedom in order to make effective the exchange. Each verbal arrangement they enter into with intention entails exchanging a certain amount of interpretive freedom for other benefits; for instance, accepting to discard interpretive options in contrast with the utterer's communicative intentions, the interpreters secure themselves that their communicative intentions will be similarly respected. Without resorting to explicit agreement, parties intentionally engaging in a conversation acquire the rights and obligations settled by a Cooperative Principle governing the practice, functional to the specific purpose of their interaction»[20].

Va aggiunto che questa connessione fra Grice e Hart viene ricostruita da Morra anche attraverso il riferimento agli incontri organizzati da John L. Austin dopo la seconda guerra mondiale e alle riunioni del *Play Group*, organizzate da Grice a partire dalla morte di Austin fino al 1967[21].

quest'ultimo, se non finge o dissimula il proprio pensiero, cerca di trasmettere.
Al contrario, qui siamo davanti ad *atteggiamenti*. L'intenzione è quella *del farlo apposta*, è un imputarsi pubblicamente la paternità di un particolare risultato comunicativo nei confronti del destinatario o dell'uditorio a cui ci si sta rivolgendo».

[18] Si tratta di un accostamento che sembra giustificato anche in base a MORRA 2011, 229: «Se il principio di co-operazione è sensibile al fine cui lo scambio è orientato, quello che regge l'interpretazione giuridica può ben essere diverso da quello cooperativo articolato dalle massime enunciate da Grice per le conversazioni mirate allo scambio cooperativo di informazioni: potrebbe essere sostanziato da altre massime, che potrebbero – forse – raggruppare i vari argomenti interpretativi in base alla quantità, qualità, relazione e modalità che sono opportune nelle prescrizioni».

[19] HART 1955.

[20] MORRA 2016, 221.

[21] È appunto in una di queste riunioni che Grice propose la lettura dell'articolo in cui John Rawls riprende e sviluppa il principio hartiano della mutualità delle restrizioni: cfr. RAWLS 1958. Ciò consente a

Sono proprio questi ultimi richiami a fornire lo spunto per avanzare qui alcune riflessioni conclusive. Innanzitutto, anche l'accostamento di Grice a Hart può rafforzare una lettura non mentalistica del pensiero del primo. In questo senso si possono prendere in considerazione alcune riflessioni dello stesso Hart, contenute nel quinto capitolo di *The Concept of Law*, in particolare all'interno del passo seguente:

> «The fact that rules of obligation are generally supported by serious social pressure does not entail that to have an obligation under the rules is to experience some feelings of compulsion or pressure. Hence there is no contradiction in saying of some handler swindler, and it may often be true, that he had an obligation to pay the rent but felt no pressure to pay when he made off without doing so. To *feel* obliged and to have an obligation are different though frequently concomitant things. To identify them would be one way of misinterpreting, in terms of psychological feelings, the important internal aspect of rules [...]»[22].

Il brano sottolinea l'importanza della distinzione fra *to have an obligation* e *to feel obliged* e segna così il distacco dell'analisi concettuale filosofica di matrice analitica dalla psicologia: è importante evitare di far collassare la prima sulla seconda, anche se ciò non esclude di principio la possibilità, per il filosofo analitico del diritto, di utilizzare ricerche e teorie psicologiche, con cautela e spirito critico, per arricchire il proprio lavoro.

In secondo luogo, a partire dalla messa in evidenza, fatta da Morra, dell'importanza dell'influenza di Strawson e Grice su Hart, si può richiamare un articolo scritto dai primi due, *In Defense of a Dogma*[23], pubblicato l'anno successivo allo scritto di Hart sui diritti naturali, all'interno della stessa rivista in cui era apparso quest'ultimo. Nel corso del testo, Grice e Strawson, nel difendere la distinzione fra enunciati analitici ed enunciati sintetici dagli attacchi di Quine[24], offrono un supporto alla possibilità di un'analisi concettuale che prescinda dalle scienze empiriche, e in particolare dalla psicologia. Oggi, quell'articolo può essere letto come una difesa del medesimo metodo esibito in *The Concept of Law* dall'avanzata delle scienze cognitive, poiché la fusione del primo con le seconde può essere sostenuta proprio a partire dalle tesi di Quine, che supportano una naturalizzazione di tipo psicologistico del sapere filosofico. Infatti, anche se, per Quine, il modello di riferimento per tale progetto era rappresentato dalla psicologia comportamentista, attualmente, a seguito della svolta cognitiva, le sue tesi sulla naturalizzazione possono essere impiegate anche per giustificare il ricorso alle scienze cognitive[25].

Morra di evidenziare anche le analogie fra Rawls e Grice.

[22] HART 1961, 88.

[23] GRICE, STRAWSON 1956.

[24] Cfr. QUINE 1951.

[25] «La "svolta" cognitiva rende ormai superati i programmi quineani di un'epistemologia e di una filosofia naturalizzate? Li rende tali solo se la psicologia a cui si riferiva Quine era quella del comportamentismo di

In ragione di quanto detto fin qui, il testo in esame risulta particolarmente equilibrato, perché restituisce un quadro della teoria griceana che evidenzia come quest'ultima faciliti, da un lato, il richiamo alla psicologia e alle scienze cognitive, e come però non abbia, dall'altro lato, una natura mentalistica. È questo aspetto, insieme, come si è detto, all'esibizione dei diversi modi in cui la pragmatica può essere declinata, a costituire uno degli elementi di maggior pregio del volume.

Skinner. Ma la revoca della messa al bando del mentale non comporta l'impossibilità del programma di naturalizzazione a meno che la sfera del mentale non sia concepita come qualcosa che nella sua essenza si sottrae a una forma di indagine causale e sperimentale» (ENGEL 1996, 34).

Riferimenti bibliografici

BARBERIS M. 1997. *Di cosa parliamo quando parliamo di filosofia analitica?*, in GIANFORMAGGIO L., JORI M. (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, 51 ss.

BIANCHI C. 2016. *What Did You (Legally) Say? Cooperative and Strategic Interactions*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Cham, Springer, 2016, 185 ss.

BUTLER B. 2016. *Law and the Primacy of Pragmatics*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Cham, Springer, 2016, 1 ss.

CAPONE A., POGGI F. (eds.) 2016. *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Cham, Springer, 2016.

ENGEL P. 1996. *Filosofia e psicologia*, Torino, Einaudi, 2000 (ed. or. *Philosophie et psychologie*, Paris, Éditions Gallimard, 1996, trad. it. di E. Paganini).

GRICE H.P. 1967. *Logic and Conversation*, in COLE P., MORGAN J.L. (eds.), *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, New York, Academic Press, 1975, 41 ss.

GRICE H.P., STRAWSON P.F. 1956. *In Defense of a Dogma*, in «The Philosophical Review», 65, 1956, 141 ss.

GUASTINI R. 2012. *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2012, 51 ss.

HART H.L.A. 1955. *Are There Any Natural Rights?*, in «The Philosophical Review», 64, 1955, 175 ss.

HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, 3 ed., Oxford, Clarendon Press, 2012.

JORI M. 1997. *Uberto Scarpelli tra semantica e pragmatica del diritto*, in GIANFORMAGGIO L., JORI M. (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, 447 ss.

JORI M. 2016. *Legal Pragmatics*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Cham, Springer, 2016, 33 ss.

LEVINSON S.C. 2000. *Presumptive Meanings*, Cambridge (MA), MIT Press, 2000.

LUZZATI C. 2016. *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, Giappichelli, 2016.

MARMOR A. 2014. *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

MORRA L. 2011. *Implicature conversazionali nei testi di legge*, in «Esercizi filosofici», 6, 2011, 231 ss.

MORRA L. 2016. *Widening the Gricean Picture to Strategic Exchanges*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Cham, Springer, 2016, 201 ss.

MORRIS C.W. 1946. *Signs, Language and Behavior*, New York, Prentice Hall, 1946.

POGGI F. 2016. *Grice, the Law and the Linguistic Special Case Thesis*, in CAPONE A., POGGI F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Cham, Springer, 2016, 231 ss.

QUINE W.V.O. 1951. *Two Dogmas of Empiricism*, in «The Philosophical Review», 60, 1951, 20 ss.

RAWLS J. 1958. *Justice as Fairness*, in «The Philosophical Review», 67, 1958, 194 ss.

SCARPELLI U. 1953. *Filosofia analitica e giurisprudenza*, in ID., *Filosofia analitica del diritto*, Pisa, ETS, 2014, 35 ss.

SCARPELLI U. 1955. *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, in ID., *Filosofia analitica del diritto*, Pisa, ETS, 2014, 129 ss.

SPERBER D., WILSON D. 1986. *Relevance: Communication and Cognition*, 2 ed., Oxford, Blackwell, 1995.

RECENSIONI

IL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ SECONDO LUIGI FERRAJOLI: "*AUCTORITAS*" O "*VERITAS FACIT IUDICIUM*"?

GIOVANNI **BISOGNI**

&dq

Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli: "*auctoritas*" o "*veritas facit iudicium*"?

The Constitutional Review in Luigi Ferrajoli's Thought: "*Auctoritas*" or "*Veritas Facit Iudicium*"?

GIOVANNI BISOGNI

Professore Associato di Filosofia del diritto, Università di Salerno.
Email: gbisogni@unisa.it

ABSTRACT
L'articolo mette a raffronto la concezione della giustizia costituzionale di Luigi Ferrajoli con la *Verfassungsgerichtsbarkeit* di Hans Kelsen. Il raffronto è interessante non solo in sé – per cogliere i punti di forza e le debolezze dell'uno e dell'altro autore –, ma anche come modo per rimarcare che, se i diritti e i principi consacrati nelle costituzioni contemporanee rappresentano senza dubbio un limite giuridico al potere politico, la loro tutela, soprattutto quella offerta da appositi tribunali costituzionali, non può essere sempre considerata come un qualcosa di autenticamente giudiziario.

The article compares Ferrajoli's conception of constitutional review with the Kelsenian *Verfassungsgerichtsbarkeit*. The comparison is worthy not only as such – by making clear the strengths and shortcomings of both authors –, but also as a way to underscore that, if we all agree that the government is legally limited in its powers by constitutional rights and principles, their protection through constitutional review – particularly that performed by constitutional courts – cannot be always regarded as something purely judicial.

KEYWORDS
Luigi Ferrajoli, Hans Kelsen, controllo di costituzionalità, giurisdizione

Luigi Ferrajoli, Hans Kelsen, Constitutional review, Judiciary

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli: "*auctoritas*" o "*veritas facit iudicium*"?

GIOVANNI BISOGNI

1. *Premessa* – 2. *Da Ferrajoli a Kelsen…* – 3. *…e viceversa* – 4. *Conclusioni.*

1. *Premessa*

In una recente recensione de *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* di Luigi Ferrajoli, Mauro Barberis si chiede – bonariamente, ma non meno significativamente – se Kelsen fosse un precursore di Ferrajoli o quest'ultimo sia il successore del primo[1].

Orbene, v'è una prospettiva a partire dalla quale risulta difficile propendere per l'una o l'altra ipotesi: la giustizia costituzionale. Che il tema sia comune ad entrambi non v'è dubbio alcuno; è difficile, però, dire se l'uno abbia anticipato o perfezionato l'opera dell'altro e ciò perché vi sono alcuni aspetti della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana che si rivelano, grazie alle puntuali osservazioni di Ferrajoli, non poco problematiche e forse, proprio per questo motivo, da consegnare alla storia; d'altro canto, nonostante queste osservazioni, Kelsen ha ancora qualcosa da dire in tema di giustizia costituzionale e proprio all'indirizzo della concezione che ne ha il primo. Ne vien fuori un confronto che è assai interessante non solo in sé – per cogliere i punti di forza e le debolezze dell'uno e dell'altro autore –, ma anche perché indica una pista di ricerca che la teoria giuridica contemporanea sarebbe opportuno coltivasse.

2. *Da Ferrajoli a Kelsen…*

Nella sua produzione scientifica Ferrajoli non dedica specifica attenzione alla giustizia costituzionale, ma non poche delle "aporie" che egli individua nella teoria pura del diritto hanno dei riverberi su di essa e valgono, talvolta implicitamente, talaltra esplicitamente, come limiti della concezione che ne ha Kelsen[2].

[1] BARBERIS 2017.

[2] È questa la ragione per cui occorre andare al di là del testo fondamentale attraverso cui Ferrajoli si confronta con Kelsen – ovvero FERRAJOLI 2016a – per tener conto del testo ferrajoliano in cui il giudizio sulle leggi è trattato più diffusamente e organicamente ovvero FERRAJOLI 2007.

Tesi dell'assorbimento dei diritti nelle loro garanzie.

Si tratta di una tesi nota: giuridicamente non esistono diritti se non esistono garanzie ovvero se non sono previste e funzionanti procedure atte a rimediare all'eventuale inadempimento dell'obbligo correlato al diritto in questione. All'epoca in cui fu formulata, questa tesi aveva e voleva avere un effetto demistificatorio delle "promesse" che la nascente democrazia di massa andava facendo nelle costituzioni del primo dopoguerra, ma ad un "prezzo" eccessivo e – come giustamente Ferrajoli nota[3] – persino paradossale per colui che viene additato come uno dei fondatori del costituzionalismo contemporaneo. Ed infatti, se un diritto esiste solo nella misura in cui siano disposte garanzie contro la sua violazione, va da sé che, se una costituzione proclama alcuni diritti come fondamentali e non prevede poi alcun mezzo specifico per la loro attuazione, il legislatore ordinario è giuridicamente del tutto libero di decidere se e come prenderli sul serio, con buona pace della supremazia della costituzione rispetto al primo. Ciò è vero, in primo luogo, per quei diritti fondamentali che pongono obblighi positivi in capo al legislatore come, ad es., i diritti sociali. È evidente che in questa prospettiva essi costituirebbero solo un generico impegno non vincolante a favore della giustizia sociale, ma, per Ferrajoli, la prospettiva va ribaltata: se l'essere – ovvero il sistema dinamico – non si accorda con il dover-essere – ovvero il sistema statico di cui i diritti fondamentali sono parte – non è quest'ultimo a soccombere, ma anzi rimane lì con tutta la sua capacità di evidenziare le "lacune" ovvero le inadempienze del legislatore[4]. Ma il medesimo discorso vale persino per quella violazione costituzionale che Ferrajoli etichetta come "antinomia" e alla quale Kelsen rimedia proprio col mezzo della giustizia costituzionale, tant'è che fino a quando il tribunale costituzionale non sana il contrasto con la costituzione, la legge incostituzionale va considerata, per Kelsen, valida e applicabile – un po' come se si dicesse che un'automobilista può *validamente* parcheggiare in divieto di sosta fino a quando non arrivi il vigile a multarlo.

In realtà, come Ferrajoli coglie correttamente, Kelsen non crede molto nei diritti fondamentali[5]. Di per sé già la tesi dell'assorbimento tradisce un netto *favor* verso la nozione di obbligo anziché di diritto; se a ciò si aggiunge che Kelsen ragiona di

[3] Cfr. FERRAJOLI 2016a, 63 ss. Si badi che la critica all'appiattimento kelseniano della nozione di diritto soggettivo sul diritto d'azione è piuttosto risalente: cfr., ad es., BETTI 1920, 11 ss.

[4] Anche se rimane da risolvere il problema, di non poco momento, di trovare un rimedio per colmarle: Ferrajoli, infatti, in nome del principio di separazione dei poteri, nega che il giudice possa sostituirsi al legislatore (cfr. FERRAJOLI 2007, II, 95 e 401 s., e – molto più esplicitamente – FERRAJOLI 2010, 2973), limitandosi a suggerire il vincolo costituzionale di una quota di bilancio destinata ai diritti sociali oppure qualche forma di responsabilità politica dell'esecutivo o del legislativo per inattuazione o lesione degli stessi (cfr. FERRAJOLI 2007, II, 402).

[5] Cfr. FERRAJOLI 2016a, 67 ss.

diritti con una mentalità giusteorica più che altro "codicistica" – i diritti sono, in ultima analisi, pretese ad una pena, nel caso del diritto penale, o all'esecuzione forzata, nel caso del diritto civile[6] –, si comprende perché egli finisca per considerarli argomenti più appropriati alla filosofia politica e alla filosofia morale che alla scienza giuridica. Ciò significa che, a livello costituzionale, il loro "posto" è più nel preambolo che nel corpo del testo; e, a livello di giustizia costituzionale, che essi sono in ultima analisi inutilizzabili come autentico parametro di giudizio – quasi l'oggetto di quelle norme "programmatiche" la cui attuazione, per la giurisprudenza comune dei primi anni di vigenza della Costituzione, non a caso sarebbe dovuta spettare unicamente al legislatore.

In ciò non si può non convenire con Ferrajoli che si tratti di una visione estremamente riduttiva – si potrebbe dire quasi pessimistica – del costituzionalismo contemporaneo. Forse non si potrà sempre credere a tutte le "promesse" che il linguaggio giuridico, in generale, e quello costituzionale, in particolare, fanno, ma è sicuramente eccessivo pensare che conti se e solo se sia effettivamente garantito: esso, invece, serve ad additarci "lacune" e "antinomie" in cui i poteri pubblici possono cadere, a patto che la logica sia applicabile al diritto – cosa che, invece, Kelsen esclude, come vedremo tra poco.

Tesi dell'inapplicabilità della logica al diritto.

Per Ferrajoli è senza dubbio una delle "aporie" più gravi che affliggono la teoria pura del diritto sia sul piano generale che su quello della giustizia costituzionale. Essa, infatti, produce un insieme di effetti inaccettabili sotto il profilo sia teorico che pratico.

Innanzitutto, se la logica non è applicabile al diritto, non è possibile predicare del contenuto di una norma inferiore l'antinomicità con il contenuto della norma superiore che la disciplina, se non quando l'autorità competente a vigilare su questa antinomicità la faccia valere. Ciò porta con sé che, ad es., una legge ordinaria che introducesse la pena di morte non potrebbe dirsi contraria a Costituzione fino a quando (non lo dichiari, ma) non lo decida la Corte; per giunta, nell'ipotetico caso in cui la Corte la qualificasse come legittima, non si potrebbe nemmeno dire che la sua sentenza sia errata per violazione dell'art. 27 Cost.[7], con il risultato, anche in tal caso, di minare la rigidità costituzionale – stavolta a favore del tribunale costituzionale[8].

[6] Cfr., a titolo esemplificativo, KELSEN 1960, 148 ss.

[7] Non solo, ma anche a causa della inimpugnabilità delle sue sentenze, giacché «non appena il caso è diventato *res iudicata*, l'opinione che la norma individuale rappresentata dalla sentenza non corrisponda alla norma generale che la prima ha da applicare è priva di importanza giuridica» (KELSEN 1945, 157).

[8] Cfr. FERRAJOLI 2016a, 166.

Questo esempio dimostra un ulteriore, estremo, effetto derivante dall'inapplicabilità della logica al diritto. Se la logica impone un'unica soluzione corretta – quella per la quale una legge che introduce la pena di morte infrange l'art. 27 Cost. –, essa non vale in ambito giuridico: per Kelsen, in un sistema dinamico quale il diritto una norma esiste solo se autoritativamente prodotta (e non esiste solo se annullata); la norma superiore può certamente dettare limiti di contenuto quali requisiti di validità della norma inferiore, ma questi limiti definiscono sempre una "cornice" entro la quale operare una scelta e mai una ed una soluzione soltanto – quale potrebbe essere quella desunta da una corretta inferenza logica. Ora, relativamente al legislatore si può anche ammettere che di regola le disposizioni costituzionali gli offrano una "cornice" – perché disposizioni come l'art. 27 Cost. rappresentano un po' l'eccezione –; ma relativamente al giudice una conclusione del genere è quasi una sorta di provocazione. L'intento di Kelsen, tuttavia, era proprio questo: dimostrare che in realtà i giudici esercitano *sempre* discrezionalità, producono diritto così come il legislatore, con l'unica differenza per cui quest'ultimo di regola dispone di un *quantum* di discrezionalità maggiore di quello offerto ai primi[9].

La conseguenza ultima è l'impossibilità di distinguere funzionalmente legislazione e giurisdizione – una dissoluzione, per Ferrajoli, alquanto onerosa[10]. Non si tratta solo della circostanza per cui senza questa distinzione molte norme e istituti di diritto positivo sarebbero incomprensibili ed inutilizzabili – si pensi, ad es., al conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, ma anche alla stessa Corte Costituzionale che, a questo punto, sarebbe funzionalmente indistinguibile dal Parlamento –; e nemmeno della contraddizione interna a Kelsen stesso insita nell'aspirazione, in sede di teoria politica, ad un primato del parlamento da garantire mediante un principio di legalità sostanziale che, però, in sede di teoria giuridica, è di fatto impossibile. È che, per Ferrajoli, senza logica non è possibile vincolare un interprete ad un testo normativo e in tal modo la giurisdizione, anche la giurisdizione costituzionale, viene privata di quella che è l'unica fonte di legittimazione democratica che non si basi sulle elezioni. Se «*auctoritas non veritas facit legem*» e, dunque, chi produce diritto ha sempre bisogno di una legittimazione democratica robusta – per lo più di natura elettiva –, «*veritas non auctoritas facit iudicium*»[11]: l'esercizio della giurisdizione, anche della giurisdizione costituzionale, può dirsi democratico solo nella misura in cui applichi il diritto ovvero solo nella misura in cui pratichi un giudizio sussuntivo del caso sottoposto al suo esame nelle norme che lo prevedono ed è questa fedeltà al testo normativo a giustificare l'indipendenza di cui tradizionalmente godono i giudici rispetto al legislativo e all'esecutivo

[9] Cfr. KELSEN 1960, 581 ss.
[10] Cfr. FERRAJOLI 2016a, 171 ss.
[11] FERRAJOLI 2016a, 174.

e l'impossibilità che l'applicazione giurisdizionale delle norme possa essere modificata in funzione dei risultati elettorali[12].

3. *...e viceversa*

Sembrerebbe, quindi, che il pensiero di Kelsen, persino per quell'"invenzione" cui deve la propria notorietà – la giustizia costituzionale –, sia da consegnare alla storia.

Tuttavia, proprio il riferimento alla storia si rivela prezioso non solo per l'elementare esigenza di contestualizzare tesi che oggi risultano alquanto recessive, ma al tempo stesso anche per illuminarne la perdurante attualità teorica rispetto all'interpretazione prevalente circa l'identità e il ruolo dei tribunali costituzionali.

Cominciamo dallo scetticismo kelseniano nei confronti dei diritti fondamentali.

Non c'è che dire: Kelsen ha una teoria dei diritti fondamentali che è troppo povera per la "ricchezza" delle costituzioni contemporanee; non bisogna dimenticare, però, che all'epoca in cui egli pose le basi della propria teoria pura del diritto i diritti fondamentali godevano di tutt'altro che di quel consenso che, nonostante tutto, caratterizza la nostra attuale vita costituzionale. Come noto, Dworkin definisce i diritti – peraltro, quelli di matrice liberale – come "*trumps*"[13], come "briscole": ebbene – per intenderci –, anche all'epoca di Weimar i diritti erano "briscole", ma in una partita che sovente era *unfair* e in cui ci si giocava il diritto all'esistenza politica (e talvolta anche fisica).

Tutto ciò non intende valere come un'attenuante per la trattazione che Kelsen riserva ai diritti fondamentali, ma solo per ricordare che i diritti fondamentali hanno anche un'"anima" politica. Richiedono, in altri termini, decisioni politiche, decisioni circa le priorità da seguire, le risorse da distribuire, i mezzi per attuare i diritti – tutte decisioni che non solo possono scatenare conflitti anche aspri, ma che possono produrre un'esposizione politica che mal si addice ad una istituzione che dovrebbe dirsi giudiziaria e che richiede, a questo punto, una legittimazione molto più forte di un razionalistico vincolo al testo normativo[14].

Ciò permette di passare alla concezione kelseniana della giurisdizione, la quale instilla il dubbio che quella ferrajoliana – basata sulla "*veritas*" del "*iudicium*" – possa effettivamente calzare al giudizio sulle leggi.

Anche in tal caso, oggi siamo soliti vedere nella magistratura un'istituzione tesa a tutelare i diritti fondamentali – tutti i diritti – consacrati dalla Costituzione e la

[12] Cfr. FERRAJOLI 2016a, 163.

[13] DWORKIN 1981, 153.

[14] Ciò che spinge interpreti come, ad es., WALDRON 1999 e, in Italia, PINTORE 2003 a vedere nel legislatore democraticamente eletto l'istituzione più "competente" sul piano teorico ad occuparsi dei diritti.

cui fedeltà alla democrazia è fuori discussione, ma altrettanto non può dirsi per gli anni Venti e Trenta del '900. Come già da tempo è stato evidenziato[15], buona parte del personale giudiziario di quel periodo era decisamente conservatore: esso non solo non guardava di buon occhio ad un parlamento popolato da partiti dalle forti venature antiliberali, ma spesso tendeva ad interpretare la costituzione in modo da amputarne quelle parti non riconducibili all'ideologia giuridica liberale. Ciò forse non spiega, ma aiuta a comprendere perché Kelsen non intenda garantire una specificità teorica della giurisdizione, fino al punto da chiedersi se negli attuali regimi democratici di massa l'indipendenza della magistratura non vada riletta e soprattutto limitata allo scopo che essa non venga abusata per tradire la volontà delle istituzioni democraticamente elette[16].

Ed infatti, si tenga presente che uno dei maggiori ostacoli teorici al progetto della *Verfassungsgerichtsbarkeit* era rappresentato proprio dal principio della separazione dei poteri e, in particolare, da quella nozione di giurisdizione la cui dissoluzione Ferrajoli critica. Ovviamente non è qui possibile, anche solo per sommi capi, riassumere la polemica weimariana sul custode della costituzione, ma è proprio questa nozione uno degli argomenti principali avanzati da Schmitt contro Kelsen. Per Schmitt, i giudici o non possono sindacare la costituzionalità delle leggi in virtù della subordinazione a quest'ultima o possono anche farlo, ma solo a condizione che le norme costituzionali consentano una «sussunzione conforme alla fattispecie»[17]. Solo entro tali limiti si può avere un controllo di costituzionalità che possa dirsi genuinamente giurisdizionale, ma in tal caso, per Schmitt, esso sarà di fatto "inutile", in quanto costretto a occuparsi solo delle «indubbie violazioni della costituzione, che in uno Stato civile non saranno cosa di tutti i giorni»[18]. Se, invece, le medesime norme costituzionali sollevano «dubbi e divergenze di opinione»[19] tali da non permettere un «sussunzione conforme alla fattispecie», il controllo di costituzionalità fatalmente esprimerà discrezionalità e, allora, non avremo a che fare con la funzione giurisdizionale, ma con una forma di legislazione, «addirittura "legislazione costituzionale"»[20], che non può che spettare a organi rappresentativi del popolo.

La tesi dell'assimilazione funzionale di legislazione e giurisdizione serviva, allora, proprio per ribattere punto su punto ad un'argomentazione del genere. E così, non è affatto vero che si ha giurisdizione solo nella misura in cui l'applicazione delle norme si risolva in una «sussunzione conforme alla fattispecie», perché,

[15] Cfr., per tutti, KIRCHHEIMER 1965, cui si può aggiungere, più di recente, STOLLEIS 2003 e bibliografia ivi citata.
[16] Cfr. soprattutto KELSEN 1929, 132 e ss.
[17] SCHMITT 1931, 32.
[18] SCHMITT 1931, 57.
[19] SCHMITT 1931, 13.
[20] SCHMITT 1931, 74.

per Kelsen, generalmente ci si rivolge al giudice proprio perché le norme non forniscono un'unica soluzione cui attenersi senza la necessità di ricorrere ad un'autorità[21]. Di qui – secondo Kelsen – la conclusione per cui giudicare implica discrezionalità così come il legiferare ed è questa la ragione per la quale è improprio discorrere di un'usurpazione di competenza: sindacare la costituzionalità di una legge funzionalmente non è altro che una forma di legislazione, con la sola differenza per cui quella esercitata dal tribunale costituzionale è "negativa" e quantitativamente limitata[22]. Ma soprattutto, la discrezionalità giudiziale è il mezzo necessario per conferire "utilità" al giudizio sulle leggi: esso intanto ha un senso, in quanto possa esprimersi proprio sui «dubbi e divergenze di opinione» aperti dalle norme costituzionali, proprio in quanto possa valutare in maniera diversa il modo in cui il legislatore ha interpretato la discrezionalità offerta dal testo costituzionale[23].

Certo, Kelsen sa bene che un organo funzionalmente omogeneo al legislatore, che esercita discrezionalità come quest'ultimo e che, quindi, è dotato di un tipo di legittimazione molto più prossimo – "ferrajolianamente" – all'"*auctoritas*" che alla "*veritas*", solleva più di un problema sotto il profilo democratico. Ma la sua soluzione non passa per l'assimilazione del controllo di costituzionalità ad una «sussunzione conforme alla fattispecie», ma nel ricorrere alla c.d. "forma giudiziaria"[24] ovvero nello strutturare il procedimento per la rimozione di una legge incostituzionale *come se fosse* un procedimento giudiziario, caratterizzato dal principio della domanda, da poteri di natura processuale, e soprattutto facendo sì che tale rimozione sia accompagnata da un basso tasso di discrezionalità – di qui l'auspicio ad un parametro di controllo il più precettivo possibile[25].

Insomma, non v'è dubbio che in generale l'omogeneità funzionale di legislazione e giurisdizione sortisca effetti teoreticamente contraddittori e praticamente inopportuni, ma è pur vero che, in rapporto alla giustizia costituzionale, una nozione di giurisdizione che abbia nel giudizio sussuntivo il suo *ubi consistam* rischia di avere scarsa capacità esplicativa e di non aiutare a far spazio ad un giudizio sulle leggi realmente incisivo. Ed è proprio quello che accade con Ferrajoli, per il quale la "natura" autenticamente giurisdizionale del giudizio sulle leggi è fuori discussione.

Un primo segno di questa scarsa capacità esplicativa sta nel tipo di assetto organizzativo che, secondo Ferrajoli, è coerente con questa "natura". Egli, infatti, aderisce a quella tradizione abbastanza consolidata in virtù della quale il sindacato di

[21] Cfr. KELSEN 1930-31, 244 ss.
[22] Cfr. KELSEN 1928, 173 ss. nonché KELSEN 1930-31, 242 ss. e 256 ss.
[23] Cfr. KELSEN 1928, 188 ss. e 199 ss., nonché KELSEN 1930-31, *passim* ma soprattutto 243, 249, 253.
[24] KELSEN 1930-31, 259.
[25] Cfr. KELSEN 1928, 188 ss. e KELSEN 1930-31, 253 ss. E certo per Kelsen, data la suaccennata diffidenza nei confronti dei diritti fondamentali, il rinvio a quest'ultimi non avrebbe aiutato in tal senso.

costituzionalità della legge può essere articolato in forma diffusa, secondo l'esempio fornito dagli Stati Uniti, oppure in forma accentrata, seguendo colui il quale, a suo avviso, è il suo "padre" ovvero Hans Kelsen[26]. E tra le due tipologie egli mostra un netto ed esplicito disfavore verso la prima a causa della designazione dei *Justices* della Corte Suprema da parte dell'esecutivo, che ne minerebbe se non proprio l'indipendenza quantomeno l'imparzialità. Se a questo disfavore si aggiunge anche l'opinione secondo la quale, a causa del principio dello *stare decisis* proprio dei sistemi di *common law*, la medesima Corte finirebbe con l'applicare il diritto in maniera notevolmente discrezionale, si ha quasi l'impressione che essa non abbia affatto natura giurisdizionale[27].

Orbene, in primo luogo appare eccessivo schiacciare il sindacato diffuso esclusivamente sul modello nordamericano, non solo e non tanto per semplici esigenze comparatistiche, ma soprattutto perché è stato proprio il "padre" del sindacato accentrato – Kelsen – ad affermare che, nel caso in cui una costituzione taccia su chi debba controllare la costituzionalità delle leggi, i giudici comuni devono considerarsi autorizzati a farlo e anche per la validità materiale delle leggi[28].

Ed infatti, a dire il vero, una "logica" genuinamente giurisdizionale dovrebbe sospingere verso un sindacato del genere. Se a sostegno di questa tesi non si può invocare la tanto contestata autorità scientifica di Schmitt – per il quale una giurisdizione speciale rappresenterebbe una concessione alla "politicità" del contenzioso costituzionale che mal si concilia con il concetto di giurisdizione[29] –, non si dimentichi che anche per il costituente Piero Calamandrei il controllo di costituzionalità andava strutturato, almeno parzialmente, in termini diffusi[30]. Del resto, quando si trattò di redigere gli artt. 134 e ss. Cost., ci si risolse a favore di un apposito organo i cui membri sono in parte nominati da organi "politici" proprio sulla base di questa consapevolezza teorica[31]: pertanto, contrapporre la natura giurisdizionale dei tribunali costituzionali come quello italiano alla debole, se non nulla, "giurisdizionalità" della Corte Suprema statunitense finisce con l'avere una scarsa capacità esplicativa delle scelte che ispirarono i costituenti circa settant'anni addietro[32].

[26] Cfr. FERRAJOLI 2007, II, 93.

[27] Cfr. FERRAJOLI 2007, II, 93 s.

[28] È, questo, forse uno dei pochissimi casi in cui si potrebbe dire che Kelsen, nonostante non dia cittadinanza alcuna alle "lacune" per come Ferrajoli le intende, non solo ne individua una – consistente, come detto, nel silenzio delle disposizioni costituzionali circa l'istituzione competente a giudicare della costituzionalità materiale delle leggi –, ma provvede persino a colmarla: cfr. KELSEN 1960, 303.

[29] Cfr. SCHMITT 1931, 57 ss.

[30] V. il progetto sulla giustizia costituzionale presentato da Calamandrei presso la Commissione per la Costituzione (consultabile in BATTAGLINI, MININNI 1960, 76 ss.).

[31] Cfr., per tutti, MEZZANOTTE 1979.

[32] Per di più, dal momento che 1/3 dei giudici costituzionali sono eletti da un organo sicuramente "politico" come il Parlamento, si dovrebbe concludere che anche la nostra Corte Costituzionale non è, poi, così tanto giurisdizionale.

Ecco perché risulta improprio il riferimento a Kelsen quale "padre" di un controllo di costituzionalità in forma accentrata e *autenticamente* giurisdizionale. Come si è detto, la *Verfassungsgerichtsbarkeit* è concettualmente assai distante da ciò che Ferrajoli concepisce come giustizia costituzionale: essa *assomiglia* ad una giurisdizione, ma in realtà non lo è, giacché è tutt'altro che vocata a quella "applicazione sostanziale" che, per Ferrajoli, costituisce il compito tipico di qualsiasi giurisdizione[33]. Perché un altro segno dell'irriducibilità della giustizia costituzionale ad una comune giurisdizione sta proprio nella difficoltà di considerare l'applicazione della costituzione da parte dei tribunali costituzionali come una pacifica manifestazione di ragionamento giudiziario.

Un'avvertenza è qui d'obbligo. Si ingannerebbe chi interpretasse il motto ferrajoliano «*veritas non auctoritas facit iudicium*» come la pretesa di far tornare le lancette della teoria dell'interpretazione giuridica al tempo del formalismo ottocentesco. Per Ferrajoli, infatti, il cognitivismo giudiziario non esclude *affatto* l'"opinabilità"[34] dell'interpretazione delle norme, come pure la "probabilità"[35] – e non, quindi, la certezza – della prova dei fatti rilevanti, dovendovi infine aggiungere anche la «comprensione equitativa del fatto accertato»[36]. Tuttavia – ed è questo un gran merito di Ferrajoli –, *esiste una differenza qualitativa fra discrezionalità legislativa e discrezionalità giudiziaria*: altro è applicare una norma che richiede "rispetto"[37] – ove l'atto applicativo può assumere tutti quei contenuti che non sono vietati dalla norma sostanziale da applicare –; altro è applicare una norma "sostanzialmente" – e in tal caso l'atto applicativo è obbligato ad assumere il contenuto e solo quel contenuto prescritto dalla norma, e se c'è discrezionalità, essa risiede esclusivamente sul piano interpretativo, in relazione al significato delle norme sostanziali da applicare[38].

Ciò nonostante, si può avanzare qualche dubbio sulla tenuta di questa distinzione quando abbiamo a che fare con norme costituzionali e soprattutto con la giustizia costituzionale.

Il problema è arcinoto e consiste nella discrezionalità decisionale offerta dalle norme "programmatiche" di cui è ricca la costituzione. Ora, non v'è dubbio che un po' tutta la teoria giuridica di Ferrajoli consista proprio nel tentativo di dare

[33] È questa somiglianza a rendere apparentemente inspiegabile a Ferrajoli (cfr., ad es., FERRAJOLI 2016a, 185 in nota) la ragione per cui in non pochi passaggi Kelsen sostenga esplicitamente che la funzione esercitata dal giudice costituzionale è legislativa (cfr., ad es., KELSEN 1942, 313, ove si afferma che «l'istituto del controllo di costituzionalità delle leggi [...] è funzione legislativa e non meramente giudiziaria»).

[34] FERRAJOLI 2007, I, 885. La discrezionalità giudiziaria è un tema che Ferrajoli già da tempo ha trattato: cfr. FERRAJOLI 1989.

[35] FERRAJOLI 2007, I, 885.

[36] FERRAJOLI 2007, I, 885.

[37] FERRAJOLI 2007, I, 559.

[38] Cfr. FERRAJOLI 2007, I, 558 s.

attuazione a queste norme anche in via giurisdizionale; eppure, è un tentativo che si rivela problematico per l'identità giurisdizionale del controllo di costituzionalità[39]. Ferrajoli non nega che un giudizio di costituzionalità svolto all'interno di questo contesto richieda complesse operazioni interpretative ed un'adeguata ponderazione fra i vari diritti fondamentali, ma appare un po' riduttivo far rifluire questa complessità sempre all'interno del *genus* della discrezionalità giudiziaria, con la sola concessione per cui «il giudizio costituzionale ponderato comporta talora uno spazio maggiore di discrezionalità del giudizio ordinario di sussunzione»[40]. Per di più, un'affermazione del genere finisce con il rimandare alla tesi kelseniana secondo cui le istituzioni sono funzionalmente distinguibili solo per il *quantum* di discrezionalità espresso – una tesi che, lo si ripete, presuppone un ordine di idee *toto coelo* diverso. Da questo punto di vista, anzi, Kelsen sembra molto più "attrezzato" a fronteggiare il problema dei limiti del giudizio sulle leggi: data l'omogeneità funzionale fra legislazione e giurisdizione (costituzionale), Kelsen permette di evidenziare quello "spostamento di potere"[41] che, invece, tende a smarrirsi al di là di una distinzione qualitativa fra legislazione e giurisdizione. Detto altrimenti, poiché, per Kelsen, applicare norme costituzionali comporta discrezionalità così come produrre una legge, egli è molto più attento a che i testi costituzionali siano fraseggiati in modo da non espandere la discrezionalità del tribunale costituzionale a discapito di quella legislativa; tutt'altro contrario, invece, di una nozione di giurisdizione come quelle coltivata da Ferrajoli, la quale – calata sulla giustizia costituzionale – produce l'effetto di far risultare l'applicazione costituzionale o del tutto esecutiva o, nella migliore delle ipotesi, come una forma di discrezionalità esclusivamente giudiziaria e per niente concorrenziale con quella legislativa[42].

Non vale replicare che questo presunto vantaggio offerto da Kelsen inizia e finisce laddove si aderisca alla sua – aporetica – tesi dell'inapplicabilità della logica al diritto. E ancora una volta il riferimento alla storia e, in particolare, alla Costituente torna utile: che un tribunale costituzionale possa espandere il proprio raggio d'azione grazie

[39] Il che è dovuto anche alla "*concezione programmatica*" che, per PINO 2014, 74 in nota, Ferrajoli ha dei diritti fondamentali: una concezione secondo cui l'attuazione degli stessi spetta essenzialmente al legislatore e non tanto al giudice.

[40] FERRAJOLI 2007, II, 74.

[41] KELSEN 1928, 190.

[42] Pertanto, non v'è alcuna contraddizione – come sostiene, invece, Ferrajoli (FERRAJOLI 2016a, 74 in nota) – fra il Kelsen che teorizza la giustizia costituzionale come limite alle maggioranze parlamentari e il suo auspicio volto ad impedire lo "spostamento di potere". Questa contraddizione esiste solo nella misura in cui la proposta kelseniana venga letta in una "logica" sostanzialmente giurisdizionale: in tal caso la giustizia costituzionale svolgerebbe una funzione intrinsecamente differente dalla legislazione e, dunque, non vi sarebbe alcun rischio di sovrapposizione fra tribunale costituzionale e parlamento. Tutto il contrario, invece, per Kelsen, il quale in tanto si premura di tutelare il primato del parlamento, proprio perché costruisce un giudizio sulle leggi che non vuole occuparsi solo di casi evidenti e incontestabili di incostituzionalità.

a norme altamente indeterminate è consapevolezza non esclusiva del fautore dell'indistinzione funzionale fra legislazione e giurisdizione, ma anche di chi sapeva bene cosa fosse una giurisdizione per come Ferrajoli la intende: ancora una volta il costituente Piero Calamandrei che, nelle sedute dedicate alle «direttive di massima per la redazione della Costituzione», rivolse un appello per una costituzione fatta di disposizioni chiare e precise, proprio allo scopo di evitare che il giudizio di costituzionalità potesse divenire discrezionale e, dunque, "politico"[43]. Una preoccupazione in fin dei conti avvertita anche da Ferrajoli, se non molto di recente ha auspicato «una riformulazione della stessa legalità costituzionale, attraverso una formulazione più precisa delle norme costituzionali e in particolare dei diritti fondamentali»[44].

4. *Conclusioni*

Nessuno può negare il contributo che Ferrajoli e Kelsen hanno dato e danno al costituzionalismo contemporaneo; sembra, però, che, guardati dal punto di vista della giustizia costituzionale, si siano divisi i compiti. Il primo molto attento al contenuto delle costituzioni, ai diritti da esse sanciti e alle conseguenze giuridiche da trarre dalla loro positivizzazione; il secondo più interessato ai poteri e alle procedure necessarie per garantire la convivenza democratica di società pluralistiche e di massa.

In ciò sta, allora, la pista di ricerca cui si alludeva al principio e la perdurante attualità di Kelsen. Se è vero che l'avvento delle costituzioni rigide obbliga ad un mutamento del paradigma giusteorico, questo mutamento non deve essere rivolto – prendendo a prestito la struttura della nostra Costituzione – alla sola Parte I, dedicata ai diritti e ai principi fondamentali –, ma deve riguardare anche la Parte II, in modo da strutturare un'organizzazione dei poteri coerente con le "promesse" espresse nella Parte I.

E tutto questo evitando due "scogli". Il primo è indicato da Ferrajoli stesso ed è quello che egli chiama il "principialismo"[45] ovvero la tendenza a sovradeterminare la Parte I, senza fare affatto i conti di questa sovradeterminazione con la Parte II e, in particolare, con il ruolo della giurisdizione (anche costituzionale). Al tempo stesso, però, non dobbiamo cadere nell'estremo opposto e cercare di far passare tutta la "ricchezza" della Parte I attraverso un concetto di giurisdizione e, più in generale, una Parte II in cui – come fu acutamente detto – «è facile riconoscere lo Statuto albertino, tradotto in linguaggio repubblicano»[46].

[43] Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE 1971, VI, 53.
[44] FERRAJOLI 2012, 19. Cfr., in senso confermativo, anche FERRAJOLI 2010, 2814 s. e, più di recente, FERRAJOLI 2016b.
[45] Cfr., in particolare, FERRAJOLI 2010, 2805 ss.
[46] CALAMANDREI 1949, 241.

Riferimenti bibliografici

BARBERIS M. 2017. *Ferrajoli successore di Kelsen o Kelsen precursore di Ferrajoli?*, in «Ragion pratica», 48, 2017, 225 ss.

BATTAGLINI M., MININNI M. 1960. *Codice della Corte Costituzionale con i lavori preparatori, la giurisprudenza, le norme impugnate*, Padova, Cedam, 1960.

BETTI E. 1920. *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, Tip. Cooperativa, 1920.

CALAMANDREI P. 1949. *La Costituzione della Repubblica italiana*, vol. III, in ID., *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1968, 234 ss.

CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE 1971. *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, 8 vol., Roma, 1971.

DWORKIN R. 1981. *Rights as Trumps*, in WALDRON J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, 153 ss.

FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

FERRAJOLI L. 2007. Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol., Roma-Bari, Laterza, 2007.

FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 55, 2010, 2771 ss.

FERRAJOLI L. 2012. *Costituzionalismo e giurisdizione*, in «Questione giustizia», 3, 2012, 7 ss.

FERRAJOLI L. 2016a. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

FERRAJOLI L. 2016b. *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in «Ars interpretandi», 5, 2, 2016, 23 ss.

KELSEN H. 1928. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 143 ss. (ed. or. *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution [La justice constitutionnelle]*, in «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», 35, 1928, 197 ss., trad. it. di C. Geraci).

KELSEN H. 1929. *Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, 121 ss. (ed. or. *Justiz und Verwaltung*, in «Zeitschrift für soziales Recht», 1929, 1 ss., trad. it. di C. Geraci).

KELSEN H. 1930-31. *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 229 ss. (ed. or. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in «Die Justiz», 6, 1930-31, 576 ss., trad. it. di C. Geraci).

KELSEN H. 1942. *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 293 ss. (ed. or. *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in «The Journal of Politics», 4, 1942, 183 ss., trad. it. di C. Geraci).

KELSEN H. 1945. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 2009 (ed. or. *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves).

KELSEN H. 1960. *Dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).

KIRCHHEIMER O. 1965. *Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecke*, Berlin-Neuwied, Luchterhand, 1965.

MEZZANOTTE C. 1979. *Il giudizio sulle leggi.* I. *Le ideologie del Costituente*, Milano, Giuffrè, 1979.

PINO G. 2014. *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, in «Diritto & questioni pubbliche», 14, 2014, 57 ss.

PINTORE A. 2003. *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

SCHMITT C. 1931. *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981 (ed. or. *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931, trad. it. di A. Caracciolo).

STOLLEIS M. 2003. *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, in «Ratio Juris», 16, 2003, 266 ss.

WALDRON J. 1999. *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

ALCUNE RIFLESSIONI SU *THE FORCE OF LAW* DI SCHAUER

GIORGIO **MANIACI**

&dq

Alcune riflessioni su *The Force of Law* di Schauer

Some Considerations on Schauer's *The Force of Law*

GIORGIO MANIACI

Professore associato di Filosofia del Diritto, Università di Palermo.
E-mail: giorgio.maniaci@unipa.it

ABSTRACT
In questo articolo, analizzerò alcuni argomenti sviluppati da Schauer nel suo libro *The Force of Law*, in particolare, il ruolo della coercizione nel diritto. La coercizione non è solo una caratteristica tipica, ma è anche una caratteristica empirico-universale, presente in tutti i sistemi giuridici, sistemi di diritto positivo, che esistono, esisteranno nel futuro prossimo, e sono storicamente esistiti.

In this article, I will analyze some arguments developed by Schauer in this book *The Force of Law*, in particular the role of the coercion in law. Coercion is not only a typical feature of law, but is an empirical-universal feature, present in all systems of positive law which exist, will ever exist and historically existed.

KEYWORDS
Caratteristiche del diritto, coercizione, obbligo giuridico

Features of law, coercion, legal obligation

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Alcune riflessioni su *The Force of Law* di Schauer

GIORGIO MANIACI

Da poco tempo, è stato pubblicato, presso la Harvard University Press, il volume di Frederick Schauer, *The Force of Law*. L'autore effettua, nel volume, un'analisi sistematica e brillante del ruolo della coercizione nel diritto. Non farò un'esegesi o una sinossi del volume, ma ne individuerò i punti salienti, cercando di svilupparli anche autonomamente, dove Schauer non dice.

Uno degli aspetti più importanti del volume concerne un'affermazione che Schauer fa relativa agli studi di teoria del diritto. Schauer rileva, correttamente, come vi sia un grande errore nelle teorie contemporanee che indagano il concetto di diritto e di normatività, inaugurate soprattutto da Raz. L'errore è il seguente. Studiare le cosiddette caratteristiche essenziali del diritto, cioè le condizioni necessarie e sufficienti per l'uso del termine, in ogni caso possibile, in ogni mondo possibile, ammesso che esistano per il termine diritto, non è tanto utile quanto possa sembrare. È molto più utile studiare le caratteristiche tipiche, statisticamente ricorrenti, nel diritto, cioè le caratteristiche empiricamente presenti in tutti, o nella maggior parte degli ordinamenti sociali realmente esistenti, che chiamiamo diritto.

Ci sono alcune caratteristiche empiriche la cui conoscenza è importante relativamente ad un fenomeno, che non sono caratteristiche universalmente presenti in tutti gli enti denominati con lo stesso termine. Schauer fa l'esempio del fatto che il vino comunemente è prodotto dall'uva, anche se non mancano casi di vini prodotti dall'ananas. Ora il fatto che il vino sia prodotto dall'uva o che gli uccelli normalmente volino, anche se i pinguini non lo fanno, è una caratteristica importante, dal punto di vista conoscitivo, per comprendere l'ente denominato vino o uccello[1]. In particolare, Schauer osserva che la coercizione è un elemento caratteristico del diritto positivo, un elemento caratteristico anche degli ordinamenti che possiedono un elevato grado di coesione, pace sociale, bassi tassi di violenza, un elevato grado di rispetto dei diritti umani, di solidarietà e cooperazione tra membri della collettività, come negli Stati sociali del Nord Europa. A maggior ragione, tale elemento è presente in ordinamenti dispotici, dittatoriali, che sono pur sempre denominati diritto.

Inoltre, come afferma anche Barberis[2], diritto (oggettivo) è un *cluster concept*, un concetto affetto da vaghezza combinatoria, perché manca una caratteristica comune, necessaria, a tutti gli usi del termine diritto, perché le proprietà normalmente presenti nel diritto positivo (oggettivo), come coattività, istituzionalità non sono presenti nel diritto naturale. La coercizione è, dunque, una caratteristica

[1] Cfr. SCHAUER 2015, 35 ss.
[2] Cfr. BARBERIS 2003, 93.

ricorrente del diritto positivo, una caratteristica tipica, assente in casi soprannaturali o fantascientifici di diritto, come le regole di una società di angeli. Il discorso di Schauer è corretto e sicuramente importante, ma si può anche dire di più. Non è soltanto che la coercizione sia una caratteristica tipica, presente in molti ordinamenti giuridici, come il fatto che il vino sia prodotto dall'uva, ma la coercizione è una caratteristica presente in tutti gli ordinamenti giuridici positivi, empiricamente esistenti ed esistiti, una caratteristica universalmente presente in tutti gli ordinamenti positivi, storicamente esistiti ed esistenti, e che sappiamo, con sufficiente certezza, esisteranno empiricamente in un futuro prossimo[3]. Ordinamenti umani. Possiamo denominare una caratteristica, presente in tutti gli enti empiricamente esistenti ed esistiti, o che sappiamo esisteranno, con sufficiente certezza, in un futuro prossimo, caratteristica *empirico-universale*. Tale caratteristica non è *contingente*, nel senso che, per quanto ne sappiamo del mondo empirico, è assente in alcuni enti che esistono empiricamente o sappiamo esisteranno, con sufficiente certezza, in un futuro prossimo, ma è, per quanto ne sappiamo del mondo, universale (fino a quando non cambi radicalmente la natura umana).

Facciamo l'esempio del termine "essere umano". I dizionari e le enciclopedie più comuni riportano la seguente definizione relativamente all'uso biologico o zoologico[4]. Le condizioni necessarie e sufficienti riportate per l'uso del termine "essere umano" sono la presenza in un mammifero primate della famiglia degli ominidi di statura eretta, poca pelosità, due mani con pollice opponibile, di elevato sviluppo del sistema nervoso centrale, di capacità di produrre un linguaggio astratto e simbolico, e di trasmetterlo in forma di cultura alle future generazioni. Tale definizione descrive le condizioni necessarie e sufficienti per l'uso del termine, nel senso delle caratteristiche presenti in tutti i casi di essere umano (sano), in qualunque mondo possibile? Ovviamente, con riferimento ad esempi fantascientifici, questa definizione entra in crisi. Un cyborg come nel film *Terminator Salvation*, che ha esternamente una struttura del tutto umana, con tessuti, sangue, cervello, cuore, polmoni, ecc, ma che, dentro, ha una struttura in metallo è ancora un essere umano? Un cane con la testa di uomo, come nel film *L'invasione degli ultracorpi*, è un essere umano? La

[3] Alcuni sostengono che oltre al diritto caratterizzato dalla presenza della coercizione ci sarebbero anche il soft law, cioè il pre-law, cioè direttive e documenti preparatori di leggi o trattati internazionali, il post-law, direttive successive di applicazione del diritto vero e proprio, e il para-law. Il terzo gruppo, o *para-law*, è il più problematico e resistente alle teorie tradizionali, perché gli altri due possono essere in qualche modo assorbiti entro gli schemi tradizionali, dicendo che il primo non è ancora diritto, e il secondo lo è in virtù del vero diritto, dunque per qualità derivata, ovvero utilizzando la teoria di Bobbio per cui non è necessario che il pre-law e il post-law contengano una sanzione, purché siano parte di un ordinamento giuridico nel suo complesso munito di sanzioni. Dunque, il *para-law*, semplicemente, non sarebbe diritto (salvo faccia parte di un ordinamento che contenga sanzioni).

[4] Cfr. voce "Uomo", Dizionario Sabatini-Colletti, http://dizionari.corriere.it/dizionario_italiano/U/uomo.shtml; Voce "Uomo", Vocabolario Treccani, http://www.treccani.it/vocabolario/uomo.

testa di Richard Nixon, come nei divertenti cartoni *Futurama*, che parla dentro un barattolo di vetro, è un essere umano?

Ha senso affermare che le caratteristiche della statura eretta, della presenza di un corpo con mani e pollice opponibile, non siano caratteristiche essenziali, perché possiamo immaginare un mondo possibile di teste umane parlanti senza corpo, o innestate in corpi di animali non umani? Ovviamente no, non ha senso. La definizione nell'ambito biologico e zoologico, cioè scientifico, è chiara così com'è, non ha bisogno di essere valida in casi soprannaturali o fantascientifici. Le caratteristiche individuate sono empirico-universali, non contingenti. Bene. Lo stesso vale per le definizioni scientifiche di diritto. Il fatto che in una società di angeli possa esserci "diritto" senza coercizione è interessante, ma non ci dice nulla sulle caratteristiche universalmente presenti negli ordinamenti giuridici storicamente esistenti e che storicamente sappiamo esisteranno in un futuro prossimo. Negli ordinamenti umani, dunque positivi, esistenti, passati e futuri prossimi, la coercizione è una caratteristica empirico-universale, ed è *essenziale*, paradigmatica (non solo perché empirico-universale ma) perché è una caratteristica distintiva del diritto rispetto ad altre pratiche sociali (una differenza specifica rispetto al *genus* "insieme di regole", rispetto ad altri insiemi di norme), che ci consente di distinguere il diritto da altri fenomeni, come la morale sociale, le regole di etichetta, di buona educazione, le regole dei giochi, la religione ecc. Con buona pace di Raz e raziani assortiti. Perché quello della società di angeli è un esempio di società soprannaturale, e chi ci crede lo fa sulla base di assunzioni metafisico-trascendenti assolutamente arbitrarie, dal punto di vista razionale e logico, nel senso che non ci sono prove empiriche sufficientemente certe che esista una società di angeli, né che non esista, come ci sono prove empiriche sufficientemente certe che l'acqua bolle a cento gradi o che l'acqua spegne il fuoco. Razionalmente non si sa se esista una società di angeli, dunque perché preoccuparsi di quale diritto ci sarebbe in tale società?[5]

Schauer, che considera la coercizione un elemento tipico degli ordinamenti giuridici, spinge fino alle estreme conseguenze la sua definizione giuspositivista di diritto. Secondo Schauer anche la mafia, un ordinamento sociale coercitivo che prevede regole primarie e secondarie nel senso di Hart, e verosimilmente anche una norma di riconoscimento che stabilisce la validità delle norme da osservare, norme emanate da una cupola prestabilita, anche la mafia, dunque, è un sistema giuridico[6]. In realtà, senza adottare definizioni ideologiche o giusnaturalistiche del diritto, è possibile negare validità giuridica al sistema mafioso, cosa peraltro in linea con il linguaggio ordinario, dove sembra strano parlare della mafia come di un sistema giuridico. Perché quello mafioso è un sistema che, all'interno di un territorio, lo dice lo stesso Schauer, non ha il monopolio ultimo dell'uso della

[5] Cfr. GUASTINI 2017, 75.
[6] Cfr. SCHAUER 2015, 161 ss.

forza, ma anzi si muove in contrasto con il sistema prevalente che ha il monopolio ultimo dell'uso della forza.

Il secondo aspetto importante de *La Forza del diritto* è riconoscere che la definizione di obbligo giuridico di Austin, basata su una relazione concettuale tra obbligo e sanzione, è inadeguata[7]. Un obbligo giuridico può esistere anche senza sanzioni. Come può esistere un obbligo morale del resto. Purché sia stabilito da una norma valida, prodotta in modo valido all'interno dell'ordinamento. Può esistere *a legal obligation*, senza sanzioni, anche perché è possibile che alcune persone obbediscano al diritto, adempiano un obbligo, solo perché e in quanto sia un obbligo giuridico. Obbedire il diritto *qua*, in quanto, diritto, the law *qua* law. E, tuttavia, Schauer avverte, correttamente, che tale eventualità sia piuttosto rara, poco comune[8]. È possibile che alcune persone adempiano un obbligo, perché e in quanto sia un obbligo giuridico, ma nella stragrande maggioranza dei casi le persone obbediscono perché hanno buone ragioni, ragioni morali per farlo, perché condividono moralmente il contenuto dell'obbligo medesimo, o i principi e valori cui si è ispirato il legislatore nell'emanare la norma che impone quell'obbligo, o credono nella legittimità dell'ordinamento che lo ha emanato, per ragioni morali, ad esempio perché democratico, perché tutela i diritti fondamentali, perché la norma che prevede l'obbligo in questione è stata emanata da un organo rappresentativo democratico, attraverso una procedura razionale, imparziale, aperta al pubblico, controllata dagli organi di stampa, ecc.

Oppure è possibile che alcuni obbediscano, perché hanno paura di sanzioni sociali, o di sanzioni giuridiche. La possibilità di qualcuno che obbedisca al diritto solo in quanto diritto, la possibilità di un giuspositivista ideologico estremo, *puro*, è più teorica che pratica. Anche perché un giuspositivista ideologico puro che obbedisca alla legge in quanto legge, indipendentemente dal suo contenuto e dalla procedura con cui è stata emanata, indipendentemente da sanzioni sociali o giuridiche, sembra abbia poca razionalità e poca autonomia, come si chiede lo stesso Schauer nel suo libro *Thinking like a Lawyer*[9]. Ha senso obbedire ad un'autorità pratica solo in quanto autorità, indipendentemente da ragioni morali relative al contenuto o alla procedura di emanazione delle sue direttive, indipendentemente da sanzioni sociali o giuridiche? Quello che per Schauer è un dubbio, per me è una certezza. È poco razionale ed è indice di scarsa autonomia obbedire alle direttive di qualcuno solo e in quanto sia considerato un'autorità pratica, indipendentemente dalla condivisione di regole e principi rilevanti (procedurali o sostanziali) tra il destinatario delle direttive e l'autorità che le ha emanate, autonomia nel senso della capacità di dare

[7] Cfr. SCHAUER 2015, 32 ss. Schauer sostiene che, sebbene Bentham abbia a volte affermato proprio questo, in realtà egli non credeva che la coercizione fosse parte di una definizione di comando giuridico.

[8] Cfr. SCHAUER 2015, 48 ss.

[9] Cfr. SCHAUER 2005, 108.

norme a se stessi, senza conformarsi passivamente ai desideri e alle preferenze altrui (anche dell'autorità), autonomia come capacità di servirsi della propria intelligenza senza la guida di un altro (l'autorità), come ammoniva Kant in *Cos'è l'illuminismo*.

Dunque, può esistere *a legal obligation*, senza sanzioni. Avere un obbligo di fare X significa deonticamente, semplicemente, che è vietato, non è permesso, non fare X. E, tuttavia, questo il nocciolo di verità della definizione di Austin, si tratta di un obbligo imperfetto o debole, a livello pragmatico. Perché se non viene adempiuto dalla maggior parte dei consociati, ovvero se non viene adempiuto da una minoranza, si trasforma in un *obbligo di carta*, come insegna la distinzione giusrealista tra *law in books* e *law in action*, non potendo essere sanzionato l'inadempimento.

Il terzo aspetto importante de *La Forza del diritto* è indagare l'aspetto coercitivo delle norme che stabiliscono come si stipula un contratto valido, come si effettua un testamento valido, una sentenza valida. Le famose norme secondarie di Hart che prevedono la nullità degli atti compiuti in contrasto con le norme stesse, in relazione alle quali è difficile parlare della nullità come di una sanzione. Se vi sono regole che determinano quando in un gioco il giocatore di una squadra ha segnato un punto, ha fatto, ad esempio nel gioco del calcio, gol, non ha senso affermare che, se il giocatore tira e getta la palla fuori dalla rete, questi sia stato *punito* con la sanzione della nullità o inesistenza del gol. Semplicemente non vi è gol, se il giocatore butta la palla fuori dalla rete. Le norme costitutive, come ricorda Hart, stabiliscono quando, in quali circostanze, sorge un atto giuridico, un testamento, un contratto, e la nullità è semplicemente l'altra faccia della procedura prevista; se non viene seguita la procedura prevista per effettuare un testamento, semplicemente non avremo un testamento valido, e la norma costituisce l'atto di cui parla, l'atto testamento può sorgere solo attraverso la procedura prevista. E, tuttavia, vi sono due aspetti coercitivi in questa vicenda delle norme secondarie e costitutive.

Il primo rilevato da Schauer. Se il testatore sbaglia nell'effettuare il testamento, e anziché due testimoni come previsto dal suo ordinamento, effettua il testamento solo alla presenza di un testimone, il testamento è nullo, e questo comporta una frustrazione dei desideri degli eredi. Le norme secondarie, se non vengono adempiute, possono produrre una grande frustrazione dei desideri e della volontà dei destinatari. I destinatari sono, dunque, *costretti* a utilizzare le norme previste per produrre validamente certi atti, come il testamento, altrimenti non possono produrre gli effetti giuridici voluti, lasciare validamente in eredità dei cespiti[10]. Ma c'è un secondo aspetto coercitivo, che Kelsen aveva individuato. Le norme secondarie e costitutive sui testamenti e sui contratti rappresentano antecedenti di una norma più ampia che, ad esempio, punisce il furto, cioè chi si impossessa della cosa altrui, perché definiscono cosa deve intendersi per *cosa altrui*. Se l'erede sfortunato di un

[10] Cfr. SCHAUER 2015, 28 ss.

bene X, lasciatogli in eredità in base ad un testamento nullo, cerca di impossessarsi del bene suddetto, contro la volontà del legittimo proprietario, sarà responsabile di furto, questa è la vera sanzione connessa alle regole costitutive, necessarie per produrre un testamento o un contratto di compravendita valido. E si può affermare questo, senza dovere, necessariamente, condividere la teoria kelseniana, che, infatti, non condivido, secondo cui tutte le norme hanno e devono avere una sanzione per poter essere considerate giuridiche. Sanzioni possono essere previste anche in relazione a casi meno eclatanti e molto meno frequenti. Se una Corte di Cassazione insiste, nel corso del tempo, ad applicare varie norme giudicate dalla Corte Costituzionale costituzionalmente illegittime, in contrasto con i principi costituzionali, tali giudici della Corte di Cassazione dovrebbero essere puniti, sanzionati, se non addirittura rimossi o trasferiti, dal Consiglio superiore della magistratura. È sufficiente, in ogni caso, condividere la teoria di Bobbio, secondo cui una norma è giuridica se fa validamente parte di un sistema di norme che contengono sanzioni.

Il quarto aspetto importante de *La Forza del diritto* è riconoscere che non tutti gli ordinamenti giuridici avanzano una pretesa di legittimità, avanzano la pretesa di essere un'autorità legittima nel senso di Raz. Schauer fa l'esempio di regimi dittatoriali o dispotici, come quello di Mobutu nello Zaire, Marcos nelle Filippine, di Suharto in Indonesia o *Papa Doc* Duvalier ad Haiti. In questi casi, il regime si fonda sull'uso sistematico e dispotico della forza, e lo scopo dei leader al potere è soltanto quello di accumulare più ricchezza e potere possibile. In altri termini, dice Schauer, non c'è la pretesa di essere un'autorità legittima, nel senso di Raz, che è molto specifico, perché alcuni dittatori manifestano, chiaramente, la loro pretesa di accumulare più potere e ricchezza possibile, mentre potrebbe esserci un punto di vista interno, di coloro che sono vicini all'élite al potere, e che internalizzano le norme secondarie che stabiliscono la validità delle norme primarie[11]. E, tuttavia, non risolverò la questione, più che altro empirica, se anche i dittatori più dispotici avanzino una pretesa di legittimità, in un senso più debole e ampio di quello raziano, nel senso del diritto di governare e dell'obbligo dei destinatari delle direttive di obbedire.

Il quinto aspetto importante dell'opera di Schauer è che l'autore individua, correttamente, la ragion d'essere fondamentale di un ordinamento giuridico, dal punto di vista motivazionale. Perché sorge il diritto? Perché sorgono le regole? Perché sorge, nasce, in un certo gruppo sociale l'esigenza di regolare un certo comportamento, vietandolo ad esempio. Ciò accade perché, in quel determinato gruppo sociale, alcuni desiderano, vogliono porre in essere o effettivamente pongono in essere quel determinato comportamento da vietare. In assenza di un desiderio di alcuni di porre in essere il comportamento vietato, il divieto sembra

[11] Cfr. SCHAUER 2015, 93 ss.

incomprensibile[12]. Questo spiega diverse cose. Innanzitutto, spiega perché un obbligo giuridico non assistito da sanzioni è un obbligo imperfetto o debole, perché se alcuni desiderano porre in essere il comportamento vietato, e non è prevista una sanzione in caso di violazione dell'obbligo, ben presto quell'obbligo si trasforma in un *obbligo di carta*, che è soltanto scritto, ad esempio, nella legge, ma che può essere violato impunemente[13]. In secondo luogo, ciò spiega perché tutte le regole sociali, regole regolative, contengono, in qualche modo, una sanzione. Non necessariamente una sanzione grave come quella giuridica, ma pur sempre una sanzione. Se Tizio fosse ammesso in un gruppo sociale X, e fin da subito gli fosse detto che una delle regole del gruppo X è quella secondo la quale è vietato sedurre le mogli degli altri consociati, e Tizio seducesse apertamente la moglie di un altro, ma questo comportamento non avesse alcuna conseguenza in termini di critica, disprezzo, emarginazione, ostracismo, insomma una conseguenza sfavorevole di qualche genere, diremmo ancora che nel gruppo sociale X vi sia la regola secondo cui è vietato sedurre le mogli degli altri consociati? Ovviamente no. Questo spiega il legame stretto, non concettuale, ma pragmatico, tra obbligo giuridico e sanzione.

In terzo luogo, questo significa che, per capire come nasce e sorge un sistema giuridico, che è un ordinamento sociale coercitivo, dobbiamo tenere in mente che abbiamo bisogno di entrambi i punti di vista, quello del *good man*, e quello del *bad man*, rispetto ai valori del sistema s'intende, non in assoluto. In assenza di un gruppo di accettanti, di un gruppo di consociati che creda in alcuni importanti principi e valori del sistema (importanti all'interno del sistema), anche ove fosse un'élite di giudici e militari che affianca un dispotico dittatore, non si spiegherebbe come quel sistema stia in piedi, perché, cioè, non venga abbattuto. Non può esistere un sistema sociale coercitivo basato esclusivamente sulla paura della sanzione. Ci deve essere qualcuno, anche dicevo una piccolissima minoranza di bastardi al potere, che creda in alcuni importanti principi del sistema, anche ove fossero malvagi ed egoistici. Che questa credenza sia valutativa è ovvio, che sia moralmente giusta è una questione del tutto differente, dipende dai principi in cui ciascun individuo crede, ragion per cui il fatto che vi sia un gruppo di accettanti non è un argomento contro il positivismo metodologico e la non connessione concettuale tra diritto e morale. Che l'élite al potere creda che alcuni importanti principi del sistema siano *giusti* o corretti è possibile, purché giustizia sia un concetto usato in modo da essere compatibile anche con principi egoistici, che non includano universalizzazioni sostanziali, del tipo «Non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te», o del tipo «Fai che ciò che è giusto mettendoti nei panni degli altri». Che questa credenza nei principi del sistema sia *morale* è una questione definitoria sull'uso del termine morale, che è ambiguo, dunque è di

[12] Cfr. SCHAUER 2015, 99 ss.
[13] Sul tema cfr. GUASTINI 2017, 78.

scarso interesse[14]. In assenza del *bad man*, di qualcuno che violi o desideri violare le regole del sistema, non si spiegherebbe perché ci sarebbe bisogno di proibire o rendere obbligatori certi comportamenti. E, infatti, alcuni comportamenti vietati in passato, come il duello all'ultimo sangue, in molti paesi occidentali non lo sono più. Non perché il legislatore si sia scoperto liberale o libertario, e permetta che ciascuno duelli a piacimento come e quando vuole, potendo fare della sua vita e del suo corpo ciò che gli piace, ma perché l'intero *background* culturale, la sottocultura dell'aristocrazia militare e non militare, che faceva da sfondo ai duelli all'ultimo sangue, che rendeva sensato difendere il proprio onore in duelli del genere, quell'intera sottocultura è oggi, in Occidente, morta e sepolta. Oggi, se qualcuno vuole difendere il suo onore, e farti un torto, come ritorsione per un torto subito, non ti sfida a duello, ma ti striscia l'automobile, ti offende via internet o ti aggredisce per strada.

Nessuno dei due punti di vista, quello degli accettanti e quello dei non accettanti, è prioritario, lo sono entrambi. L'esistenza di un gruppo di accettanti i principi fondamentali del sistema e di un gruppo di non accettanti, anche potenziali[15], delle regole del sistema giuridico, del *good man* e del *bad man*, è condizione necessaria per l'esistenza di un sistema giuridico; tale caratteristica non è concettualmente necessaria nel senso di presente in ogni uso possibile, in ogni mondo possibile[16], è solo empirico-universale, nel senso precisato.

[14] «A morality in the broad sense would be a general, all-inclusive theory of conduct: the morality to which someone subscribed would be whatever body of principles he allowed ultimately to guide or determine his choices of action. In the narrow sense. a morality is a system of a particular sort of constraints on conduct – ones whose central task is to protect the interests of persons other than the agent and which present themselves to an agent as checks on his natural inclinations or spontaneous tendencies to act». MACKIE 1977, 106.

[15] È possibile che una regola sia rimasta valida, perché in passato è stata spesso violata, anche se oggi non lo è più, ma si teme potrebbe esserlo in futuro, o è possibile che una regola giuridica sia emanata, perché si può ragionevolmente prevedere che alcuni semplicemente desiderino violarla, anche se non lo fanno.

[16] Sul punto cfr. COMANDUCCI 2016, 80.

Riferimenti Bibliografici

BARBERIS M. 2003. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, 2 edizione, Torino, Giappichelli, 2003.

COMANDUCCI P. 2016. *A proposito di... Note sparse sulla teoria del diritto del secondo Novecento*, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016.

GUASTINI R. 2017. *Distinguendo*, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2017.

MACKIE J.L. 1977. *Ethics. Inventing Right and Wrong*, London, Penguin Books, 1977.

SCHAUER F. 2005. *Il ragionamento giuridico*, Roma, Carocci, 2009 (ed. or. *Thinking Like a Lawyer*. Harvard University Press, 2005, trad. it. di G.B. Ratti e V. Velluzzi).

SCHAUER F. 2015. *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI

Presentazione di *Ratio decidendi*

A partire da questo numero di *Diritto & Questioni Pubbliche* prende avvio *Ratio decidendi*, rubrica di teoria dell'argomentazione giuridica, e in particolare giudiziaria.

La rubrica, inaugurata da un contributo di Pierluigi Chiassoni, ospiterà di volta in volta commenti a provvedimenti giurisdizionali: o dal punto di vista della teoria dell'*interpretazione* normativa, in relazione alla costruzione della premessa normativa del ragionamento giudiziario, o dal punto di vista di teoria della *prova*, relativi alla costruzione della premessa fattuale.

I contributi ospitati dalla rubrica non si occuperanno, o almeno non direttamente, della conformità o difformità di una certa soluzione (interpretativa o probatoria) rispetto all'ordinamento positivo; piuttosto, essi mireranno a ricostruire e analizzare la *struttura* del discorso *giustificativo*, nonché, se del caso, la comprensione dei *concetti teorici* in esso coinvolti. Ad esempio, verranno affrontati quesiti del seguente tenore: le ragioni giustificative addotte dalla pronuncia riguardano sia l'attribuzione di significato alla disposizione, sia l'applicazione di esso al caso in giudizio? Le tecniche interpretative che essa ha dichiarato di usare sono state impiegate in maniera ortodossa? è sostenibile che essa ha utilizzato tecniche interpretative ulteriori rispetto a quelle dichiarate? Il provvedimento commentato si è preoccupato di affrontare i conflitti eventualmente insorgenti tra i risultati delle tecniche da essa impiegate in modo espresso o implicito? In che modo ha inteso concetti come "significato proprio delle parole", "intenzione del legislatore"? Ecc.

Infine, le pronunce da analizzare verranno tratte dai più diversi *ordinamenti* e ambiti *giurisdizionali*. L'idea sottostante a questa scelta è di mettere in luce somiglianze e differenze tra i metodi e gli stili argomentativi delle principali giurisdizioni contemporanee. Purché presentino profili di interesse teorico-argomentativo, saranno dunque suscettibili di commento non solo le decisioni giudiziarie italiane (in particolare, delle giurisdizioni superiori, ad es.: Corte Costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato), ma anche di autorità giudiziarie straniere (es.: United States S.C., Tribunal Constitucional), sovranazionali (es.: Corte EDU, Corte di Giustizia UE) e internazionali (es.: Corte Penale Internazionale, Corte Internazionale di Giustizia).

GAETANO CARLIZZI, GIORGIO PINO

SUICIDIO TERAPEUTICO E DIRITTO PENALE.

UN ESERCIZIO DI ANALISI ARGOMENTATIVA

PIERLUIGI **CHIASSONI**

&dq

Suicidio terapeutico e diritto penale.
Un esercizio di analisi argomentativa

Therapeutic Suicide and Criminal Law.
An Exercise in Argumentative Analysis

PIERLUIGI CHIASSONI

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Istituto Giovanni Tarello, Università di Genova.
E-mail: pierluigi.chiassoni@unige.it

ABSTRACT
Dopo un paragrafo introduttivo dedicato all'argomentazione in diritto, lo scritto disegna un modello di analisi argomentativa in cinque fasi, incentrato sulle nozioni di tesi interpretativa, sequenza argomentativa, apparato argomentativo, e codice argomentativo. Offre quindi un esempio di applicazione del modello, sottoponendo ad analisi la "Richiesta di archiviazione" formulata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, nel procedimento a carico di Marco Cappato, esponente del Partito Radicale, per l'"aiuto al suicidio" di Fabiano Antoniani, avvenuto in Pfäffikon (Svizzera), presso la sede dell'associazione Dignitas. La Procura nega la rilevanza penale del comportamento di Cappato, sulla base, in sequenza, di un'interpretazione restrittiva, e di una (re)interpretazione costituzionalmente orientata, della nozione di "aiuto al suicidio".

After an introductory section on argumentation in law in general, the essay outlines a five-steps model for argumentative analysis, centered on the notions of interpretive thesis, argumentative sequence, argumentative apparatus, and argumentative code. By way of example, it applies the model for analyzing the "Motion for dismissal" filed by the Office of the Public Prosecutor at the Tribunal of Milan, concerning the procedure against Marco Cappato, a member of the Italian Partito Radicale, for his alleged "assistance" to the suicide of Fabiano Antoniani, which took place at Pfäffikon (Switzerland), at the house of the association Dignitas. The Prosecutors deny the penal relevance of Mr Cappato's behaviour, first, on the basis of a restrictive interpretation of "assistance to suicide", second, on the basis of a constitutionally oriented reinterpretation of that very notion.

KEYWORDS
Argomentazione in diritto, analisi argomentativa, regole di traduzione e regole metodologiche, sequenze, apparati e codici argomentativi, suicidio e diritto penale

Argumentation in law, argumentative analysis, rules of translation and methodological rules, argumentative sequences, apparatus and codes, suicide and criminal law

ALLEGATI
Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione nel procedimento penale n. 9609/17.

© 2018, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
Tutti i diritti sono riservati.

Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi argomentativa

PIERLUIGI CHIASSONI

1. *L'argomentazione in diritto* – 2. *Un modello per l'analisi delle argomentazioni in diritto* – 3. *Esercizio: una Richiesta di archiviazione*.

ALLEGATI: Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione nel procedimento penale n. 9609/17.

1. *L'argomentazione in diritto*

Argomenta in diritto il giurista – accademico, avvocato, funzionario prefettizio, giudice, pubblico ministero, ecc. – che adduce ragioni in favore o contro una tesi interpretativa.

Se per "disposizione" intendiamo un qualunque enunciato del discorso delle fonti, per "norma esplicita" un qualunque enunciato presentato e difeso come il significato giuridicamente corretto di una disposizione, per "norma implicita" una qualunque norma non esplicita, bensì ricavata da altre norme (esplicite o implicite) mediante, poniamo, *analogia legis*, o ragionando *a contrario*, o partendo da princìpi, una *tesi interpretativa* (in un senso ampio del termine "interpretazione") è qualunque affermazione, formulata all'interno di un documento giuridico – scritto dottrinale, atto di parte, sentenza, ecc. –, che rappresenti la soluzione, o contribuisca alla soluzione, di un problema giuridico (questione di diritto, *quaestio iuris*).

Nella cultura giuridica attuale, le tesi interpretative concernono, tipicamente:

1. il corretto significato giuridico di una disposizione ("La norma esplicita NE_i è il significato giuridicamente corretto della disposizione D_i"; "NE_i ha valore di significato giuridicamente corretto della disposizione D_i"; "La disposizione D_i, correttamente intesa, esprime la norma NE_i");

2. la corretta qualificazione giuridica di un comportamento individuale ("Il comportamento tenuto da Mario Rossi nel tempo *t* e nel luogo *l*, consistente nelle azioni A_1 ... A_n, è omicidio premeditato"; "La qualificazione giuridicamente corretta del comportamento C_i è R");

3. il corretto valore ordinamentale di una disposizione, di una norma esplicita, di una norma implicita ("La disposizione D_j è disposizione di principio"; "La

[#] URL: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/allegati/Proc_Milano_Rich_archiv_9609_17.pdf.

norma esplicita NE_i è *lex specialis*"; "La norma implicita NI_j ha valore di principio costituzionale supremo");

4. la sussistenza o insussistenza di una lacuna nella disciplina positiva esplicita di una materia ("La classe di comportamenti C_g non è regolata da alcuna norma esplicita"; "Il diritto positivo è completo in relazione alla classe di comportamenti C_g");

5. l'identificazione di una o più norme implicite, integrative della disciplina esplicita di una materia ("La norma N_o è componente implicito della disciplina positiva della materia M_k"; "La disciplina positiva della materia M_k include la norma implicita N_o");

6. l'identificazione di uno o più diritti impliciti, in ipotesi non espressamente attribuiti da alcuna norma esplicita, ma desumibili da norme (di principio) esplicite o implicite ("Il diritto D1 esiste / non esiste nell'ordinamento OG_j"; "Gli individui per l'ordinamento sono/non sono titolari anche del diritto implicito D1");

7. la sussistenza o insussistenza di un'antinomia o conflitto normativo ("Le norme N1 e N2 sono incompatibili"; "La norma N1 viola/lede la norma superiore N2"; "Le norme N1 e N2 sono compatibili"; "La norma N1 è compatibile con/non viola/ le norme superiori N2 ... N_n");

8. la sussistenza o insussistenza di un conflitto tra diritti soggettivi ("I diritti D1 e D2 sono incompatibili (in relazione al caso individuale / alla classe di casi C)");

9. la sussistenza o insussistenza di una relazione gerarchica (di prevalenza, priorità, precedenza) tra due norme in conflitto, in generale oppure in relazione a classi di casi o a singoli casi isolatamente considerati ("La norma N1 prevale sulla norma N2 in ogni caso"; "La norma N1 prevale sulla norma N2 in relazione alla classe di comportamenti C_k"; "La norma N1 prevale sulla norma N2 in relazione al comportamento individuale C_i");

10. la sussistenza o insussistenza di una relazione di abrogazione, totale o parziale, tra due norme ("La norma N1 è stata (totalmente/parzialmente) abrogata dalla norma N2"; "La norma N2 non ha abrogato la norma N1").

Il giurista che affermi o neghi una tesi interpretativa ha l'onere – e, nei casi stabiliti dall'ordinamento, l'obbligo (si pensi, ad esempio, all'art. 111, comma 6, Cost., all'art. 132 c.p.c., e all'art. 546 c.p.p.) – di offrire argomenti. Ogni argomentazione in diritto è un discorso in funzione giustificatoria, nel quale il giurista, ne sia consapevole o no, utilizza due ingredienti: un insieme discreto di *regole argomentative* (un *codice argomentativo*) e un insieme discreto di *risorse argomentative* (i dati necessari ad applicare le regole argomentative).

Quando un giurista afferma, e difende, una tesi circa il significato giuridicamente corretto di una disposizione, costui utilizza, più precisamente, un *codice interpretativo*. I codici interpretativi sono composti di regole argomentative di due tipi: *regole metodologiche* e *regole di traduzione*.

Le *regole di traduzione* sono istruzioni su come tradurre le disposizioni in norme esplicite[1]. Corrispondono a ciò che, nel linguaggio giuridico corrente, sono i "canoni", le "tecniche", i "metodi", i "criteri", le "direttive", i "princìpi" dell'interpretazione. Nella nostra cultura giuridica, gli interpreti possono servirsi di regole di traduzione di non meno di sei diversi tipi.

In primo luogo, vi sono le regole d'*interpretazione linguistica*, che prescrivono di intendere (interpretare, tradurre) le disposizioni secondo la grammatica della lingua naturale in cui sono formulate e il significato linguistico convenzionale, originario o attuale, comune o specialistico, delle parole[2].

In secondo luogo, vi sono le regole d'*interpretazione intenzionale*, che prescrivono di intendere (interpretare, tradurre) le disposizioni nel significato suggerito per esse dalla "intenzione del legislatore", nel senso contestualmente precisato di tale equivoca espressione[3].

In terzo luogo, vi sono le regole d'*interpretazione teleologica*, che prescrivono di intendere (interpretare, tradurre) le disposizioni nel significato suggerito per esse dal fine o dallo scopo oggettivo (*ratio*) delle disposizioni stesse, ovvero del documento, del sotto-settore, del settore, ecc., al quale le disposizioni appartengono[4].

In quarto luogo, vi sono le regole d'*interpretazione sistematica*, che prescrivono di intendere (interpretare, tradurre) le disposizioni nel significato suggerito per esse dall'insieme normativo ("sistema") di cui le disposizioni sono parte[5].

[1] Si tratta di regole di traduzione *intra-linguistica*: da enunciati in una lingua naturale ad altri enunciati nella stessa lingua naturale.

[2] Occorre distinguere, dunque, non meno di quattro regole, e forme, d'interpretazione linguistica: secondo il significato convenzionale comune originario, secondo il significato convenzionale comune attuale, secondo il significato convenzionale specialistico originario, secondo il significato convenzionale specialistico attuale. I termini "tecnicizzati" sono espressioni che, in un dato momento, possiedono sia uno o più significati convenzionali comuni, sia uno o più significati convenzionali specialistici.

[3] A titolo puramente esemplificativo, se per "legislatore" s'intende il legislatore storico (e non, poniamo, il legislatore attuale, oppure il legislatore ideale o "buon legislatore"), il significato conforme all'intenzione del legislatore può consistere: nel significato conforme alla volontà semantica effettiva del legislatore storico (a ciò che il legislatore ha voluto dire, con la possibilità di distinguere ulteriormente tra ciò che ha voluto dire intensionalmente, e ciò che ha voluto dire estensionalmente), nel significato conforme alla volontà teleologica effettiva del legislatore storico (allo scopo che il legislatore ha voluto perseguire emanando la disposizione), nel significato conforme alla volontà semantica controfattuale del legislatore storico (a sua volta, intensionale o estensionale), nel significato conforme alla volontà teleologica controfattuale del legislatore storico, secondo le combinazioni di volta in volta adeguate all'obiettivo pratico che l'interprete persegue.

[4] Vi sono, dunque, diverse regole d'interpretazione teleologica, ciascuna delle quali corrisponde a una particolare nozione di "fine" o "scopo oggettivo" che l'interprete decide di utilizzare. Se il fine non è quello della disposizione, bensì quello del documento, del sotto-settore o del settore ordinamentale al quale la disposizione appartiene, la regola utilizzata è regola d'interpretazione teleologico-sistematica.

[5] L'interpretazione sistematica è l'interpretazione di una disposizione alla luce delle norme del (micro)sistema cui la disposizione appartiene. Il (micro)sistema è identificato ("ritagliato") dall'interprete secondo esigenze argomentative, che rispecchiano tipicamente l'ideologia giuridica dell'interprete stesso: la sua visione etico-normativa del diritto positivo, delle fonti, del ruolo dell'interprete, ecc. Negli

In quinto luogo, vi sono le regole d'*interpretazione autoritativa*, che prescrivono di intendere (interpretare, tradurre) le disposizioni nel significato stabilito per esse da autorità dottrinali o giurisprudenziali[6].

In sesto luogo, e infine, vi sono le regole d'*interpretazione eteronoma*, che prescrivono di intendere (interpretare, tradurre) le disposizioni nel significato suggerito per esse vuoi dalla natura del fenomeno regolato (la c.d. "natura delle cose"), vuoi dai princìpi della morale, positiva o critica, ritenuta pertinente dall'interprete[7].

Le *regole metodologiche* sono direttive di secondo grado, relative alla selezione e all'uso delle regole di traduzione. Si possono distinguere cinque tipi di regole metodologiche: di scopo, selettive, procedurali, di priorità, e suppletive.

Una *regola di scopo* determina lo scopo del "gioco interpretativo", stabilendo, ad esempio, che: "Nell'interpretare la legge penale, si deve assicurare la certezza del diritto nel massimo grado possibile"[8]. Ciascun interprete adotta la regola di scopo del codice interpretativo che andrà a costruire e utilizzare, in funzione del suo ruolo professionale e dell'ideologia giuridica – la visione etico-normativa del diritto nel suo complesso, o di un particolare suo ramo – cui aderisce.

Una *regola selettiva* determina quali regole di traduzione debbano essere utilizzate. Se la regola selettiva prescrive l'uso di una sola regola di traduzione, vuoi escludendo le altre, vuoi sulla base di un tacito giudizio di sufficienza (ad es.: "Nell'interpretare la legge penale, si deve utilizzare la regola d'interpretazione linguistica originaria"), il codice interpretativo è monistico. Se la regola selettiva prescrive l'uso di due o più regole di traduzione, vuoi escludendone altre, vuoi sulla base di un tacito giudizio di sufficienza (ad es.: "Nell'interpretare la legge penale, si devono utilizzare la regola d'interpretazione linguistica originaria e la regola dell'interpretazione secondo il fine

stati costituzionali di diritto, la regola d'interpretazione sistematica d'uso più frequente, che presiede alla c.d. "interpretazione adeguatrice", è, com'è noto, la regola che impone di attribuire alle disposizioni il significato per esse suggerito dai princìpi costituzionali (fondamentali) dell'ordinamento. I princìpi fondamentali possono anche figurare in direttive metodologiche preferenziali di tipo criteriale: ovverosia, in direttive che, tra due o più significati alternativi di una stessa disposizione, prescrivono di considerare come tutto considerato corretto quello (meglio) compatibile rispetto ai pertinenti princìpi fondamentali. Sulle regole preferenziali criteriali ritornerò brevemente in una nota successiva. Sono interpretazione sistematica anche l'interpretazione "storica", o a partire dal significato della disposizione che, nel diritto previgente, corrispondeva alla disposizione interpretanda, e l'interpretazione "comparativa", o a partire dal significato della disposizione archetipo di diritto straniero della quale la disposizione interpretanda è "copia" o "derivazione".

[6] Le risorse interpretative cui le regole d'interpretazione autoritativa fanno riferimento sono costituite, dunque, da opere dottrinali e da precedenti giudiziali. Compete inevitabilmente all'interprete la selezione dei dati da ritenersi di volta in volta rilevanti.

[7] Queste regole sono d'interpretazione "eteronoma" perché indirizzano l'interprete a risorse interpretative costituite da sistemi normativi esterni al sistema giuridico, ai quali si ascrive un valore pratico superiore: la natura delle cose (con le sue regole intrinseche), la morale positiva o morale sociale, assunta come parametro (monolitico) di correttezza assiologica del diritto positivo, la ("vera") morale critica, che può non coincidere, e solitamente non coincide, con la morale positiva.

[8] Sui "giochi interpretativi", cfr. CHIASSONI 2018.

oggettivo della disposizione"), il codice interpretativo è pluralistico. Se, infine, la regola selettiva prescrive l'uso della totalità delle regole di traduzione disponibili nella cultura giuridica del tempo (ad es.: "Nell'interpretare la legge penale, si devono utilizzare tutte le regole di traduzione elaborate dalla tradizione metodologica"), il codice interpretativo è olistico[9].

Una *regola procedurale* determina il modo di usare le regole di traduzione indicate dalla regola selettiva. Questa regola diviene necessaria, in un codice razionale (o ben costruito), quando il codice è pluralistico oppure olistico. Può essere *pura* o *preferenziale*. È *pura* quando prescrive di utilizzare sempre, secondo un ordine contestualmente stabilito, le regole di traduzione indicate dalla regola selettiva del codice. Ad es: "Nell'interpretare la legge penale, la regola d'interpretazione linguistica originaria e la regola d'interpretazione secondo il fine oggettivo della disposizione devono essere utilizzate entrambe in ogni caso". È *preferenziale* quando istituisce un ordine d'uso che rispecchia altresì un ordine di preferenza tra i risultati interpretativi. Ad es.: "Le disposizioni devono essere interpretate secondo il significato linguistico originario, e, (soltanto) qualora esso risulti indeterminato, (anche) secondo il significato suggerito dallo scopo oggettivo delle disposizioni stesse".

Una *regola di priorità* determina un ordine di preferenza tra i significati difformi ascrivibili a una stessa disposizione sulla base delle regole di traduzione selezionate. Diviene necessaria, in un codice razionale (ben costruito), quando il codice è pluralistico o olistico, ed inoltre contiene una regola procedurale pura. Può essere *categorica*, *condizionata*, *criteriale*, o *presuntiva*. È *categorica*, quando istituisce un ordine di preferenza incondizionato tra i significati alternativi di una stessa disposizione. Ad es.: "Tra il significato linguistico originario e il difforme significato corrispondente all'intenzione semantica del legislatore storico, quello giuridicamente corretto, che dev'essere preferito, è il significato intenzionale". È *condizionata*, quando istituisce un ordine di preferenza sottoposto a condizione. Ad es.: "Tra il significato linguistico originario e il difforme significato corrispondente all'intenzione semantica del legislatore storico di una disposizione *rivolta alla generalità dei cittadini*, quello giuridicamente corretto, che dev'essere preferito, è il significato linguistico". È *criteriale*, quando istituisce, tra i significati alternativi di una stessa disposizione, un ordine di preferenza dipendente da un criterio. Ad es.: "Tra il significato linguistico originario e il difforme significato corrispondente all'intenzione semantica del legislatore storico, quello giuridicamente corretto, che dev'essere preferito, è il significato (meglio) compatibile con i princìpi supremi dell'ordinamento". È *presuntiva*, infine, quando istituisce un ordine di preferenza presuntivo, che vale sino a prova contraria, tra i significati alternativi di una stessa disposizione. Ad es.: "Tra il significato lingui-

[9] Di solito, la regola selettiva seleziona le regole di traduzione ritenute più adeguate allo scopo del gioco, fissato nella regola di scopo. In tale caso, il codice interpretativo usato dall'interprete è un codice razionale (ben costruito).

stico originario e il difforme significato conforme all'intenzione semantica del legislatore storico, quello giuridicamente corretto, che dev'essere preferito, è il significato intenzionale, *salvo che vi siano più forti ragioni in contrario*".

Una *regola suppletiva*, infine, stabilisce come identificare il significato tutto-considerato corretto di una disposizione, quando ciò non sia possibile sulla base delle altre regole del codice. Diviene necessaria, in un codice razionale (ben costruito), in tre casi. In primo luogo, quando il codice è monistico – stabilendo, ad es., che: "Qualora il significato linguistico originario sia indeterminato (ambiguo, vago), si deve attribuire alla disposizione il significato più adeguato rispetto allo scopo del gioco interpretativo". In secondo luogo, quando il codice è pluralistico e contiene una regola procedurale preferenziale – stabilendo, ad es., che: "Qualora il significato convenzionale originario e il significato conforme all'intenzione teleologica del legislatore storico siano indeterminati, si deve attribuire alla disposizione il significato più adeguato rispetto allo scopo del gioco interpretativo". In terzo luogo, e infine, quando il codice è pluralistico, e contiene una regola procedurale pura e una regola preferenziale criteriale – stabilendo, ad es., che: "Se è dubbio quale, tra il significato linguistico originario e il significato conforme all'intenzione semantica del legislatore storico, sia (meglio) compatibile con i princìpi fondamentali, si deve attribuire alla disposizione il significato più adeguato rispetto allo scopo del gioco interpretativo".

Le *risorse argomentative* sono, come accennavo prima, i dati necessari ad applicare le regole di traduzione. Ad esempio, rispetto alla direttiva d'interpretazione linguistica originaria ("Le disposizioni della legge penale devono essere interpretate secondo il significato convenzionale delle parole al tempo dell'emanazione"), le risorse interpretative sono costituite dagli usi linguistici del tempo, quali possono accertarsi con l'ausilio dei dizionari coevi, nonché di altri documenti idonei (articoli su quotidiani, carteggi tra giuristi, romanzi, opere teatrali, ecc.).

I codici interpretativi intervengono, tipicamente, anche nelle operazioni di "accertamento" di lacune e di antinomie: lacune e antinomie essendo di solito le variabili dipendenti dell'interpretazione di disposizioni. Quando un giurista afferma una tesi attinente all'identificazione di norme implicite nel diritto, tale operazione sarà del pari argomentata sulla base di un insieme discreto di regole d'integrazione (*codice integrativo*). Tra queste, figurano di solito: la regola dell'*analogia legis* produttiva ("I casi non (espressamente) regolati devono essere disciplinati allo stesso modo dei casi simili (espressamente) regolati"); la regola del ragionamento *a contrario* produttivo ("I casi non (espressamente) regolati devono essere disciplinati in modo opposto ai casi (espressamente) regolati"); la regola del ragionamento *a fortiori* produttivo ("Ai casi non (espressamente) regolati si deve applicare la disciplina dei casi (espressamente) regolati che convenga loro a maggior ragione"); la regola dell'appello ai princìpi (settoriali, generali, costituzionali, fondamentali) del diritto ("I casi non (espressamente)

regolati devono essere disciplinati nel modo suggerito dai princìpi (settoriali, generali, costituzionali, fondamentali) del diritto"); la regola dell'appello alla natura delle cose ("I casi non (espressamente) regolati devono essere disciplinati nel modo suggerito dalla natura delle cose").

2. *Un modello per l'analisi delle argomentazioni in diritto*

L'analisi argomentativa è esame dei documenti giuridici (scritti dottrinali, atti di parte, sentenze giudiziali, ecc.) sotto il profilo delle argomentazioni in diritto in essi formulate. La corrispondenza dei documenti alla "forma" o alla "sostanza" degli eventuali archetipi legali, le *rationes decidendi* statuite o prospettate, le statuizioni individuali pronunziate o richieste, rilevano qui soltanto incidentalmente, nella loro dimensione argomentativa[10].

Vi sono modi diversi d'intendere l'analisi argomentativa. Il modello che andrò a delineare ora rappresenta, dunque, null'altro che una proposta.

Un'argomentazione in diritto è un discorso articolato in *sequenze argomentative*. Ogni sequenza corrisponde a un problema giuridico (questione di diritto) in relazione al quale l'interprete afferma una o più tesi interpretative, giustificando ciascuna di esse sulla base di un codice argomentativo e di un insieme discreto di risorse argomentative.

Il modello di analisi argomentativa che adotterò in questo scritto contempla cinque fasi o passi logicamente distinti:

I. Identificazione delle sequenze argomentative;
II. Identificazione delle tesi interpretative;
III. Identificazione dell'apparato argomentativo;
IV. Ricostruzione del codice argomentativo;
V. Valutazione tecnica del codice e dell'apparato argomentativo.

I. *Identificazione delle sequenze argomentative.* Il primo passo dell'analisi argomentativa è dedicato all'*identificazione delle sequenze argomentative*. Richiede una lettura dell'intero documento giuridico sottoposto a esame, al fine di distinguere le singole questioni di diritto affrontate e di isolare i relativi frammenti di discorso giustificatorio. Sovente, quest'operazione è agevole, essendo lo stesso interprete a scandire la sua argomentazione in sequenze corrispondenti a questioni di diritto distinte, mediante la suddivisione del documento in paragrafi e sotto-paragrafi numerati e talvolta anche muniti d'intitolazioni. L'analista deve, nondimeno, leggere attentamente il documento

[10] Su forme di analisi dei provvedimenti giudiziali diverse da quella argomentativa, cfr., con riguardo alla giurisprudenza civile, CHIASSONI 1999.

giuridico in ogni sua parte. L'interprete potrebbe, infatti, essersi occupato di due o più questioni diverse all'interno di una stessa partizione documentale, così come potrebbe trattare di una medesima questione all'interno di partizioni diverse. L'esito del primo passo dell'analisi consiste, pertanto, nella scomposizione del discorso giustificatorio complessivo, contenuto in un documento giuridico, in un determinato numero d'insiemi di enunciati (le sequenze argomentative), ognuno dei quali corrisponde a una distinta questione di diritto.

Nei quattro passi successivi, l'analisi ha per oggetto ciascuna delle sequenze argomentative individuate nella prima fase: una dopo l'altra, secondo l'ordine dato dal redattore del documento.

II. *Identificazione delle tesi interpretative.* L'analista deve procedere anzitutto, per ciascuna sequenza argomentativa, all'*identificazione delle tesi interpretative*. Può capitare che l'analista non incontri le tesi interpretative – relative, ad esempio, al corretto significato di una disposizione o alla sussistenza di un'antinomia (sopra, § 1) – espressamente e compiutamente formulate in appositi enunciati. In tale caso, dovrà ricostruirle, facendo opera d'interpretazione simpatetica (ovverosia presumendo, sino a prova contraria, la sensatezza del frammento di discorso analizzato) e olistica (intendendo ogni enunciato alla luce degli altri enunciati dell'insieme). La questione di diritto orienterà la sua ricerca.

L'identificazione delle tesi interpretative richiede che l'analista padroneggi un sicuro apparato terminologico e concettuale, nel quale sia determinato con chiarezza il significato di nozioni-chiave quali "interpretazione", "lacuna", e "antinomia". Dovrà inoltre avere dimestichezza con tipologie adeguate delle forme d'interpretazione (interpretazione dichiarativa, correttiva, estensiva, restrittiva, abrogante)[11], con tipologie adeguate delle lacune (lacune normative e lacune non normative; lacune per mancanza di norme esplicite e lacune per mancanza di norme implicite; lacune in

[11] È "dichiarativa" l'interpretazione che si limita a riprodurre il significato linguistico ("letterale") di una disposizione, o, in un'accezione più ristretta e rara, che constata la coincidenza tra significato letterale e significato intenzionale («littera et voluntas pari passu ambulant»). È "correttiva" l'interpretazione che rimedia a una (pretesa) discrepanza tra "la lettera" e "lo spirito" della legge; che corregge il significato letterale, e comunque corrente, usuale, "vivente", di una disposizione, rivelatosi sovra-inclusivo (*Lex magis dixit quam voluit*) o sotto-inclusivo (*Lex minus dixit quam voluit*) rispetto al significato intenzionale o teleologico della disposizione stessa. È "estensiva" l'interpretazione correttiva che rimedia a un difetto di sotto-inclusione, attribuendo alla disposizione un significato più ampio di quello letterale (e comunque corrente, usuale, "vivente"), o, ancora, che include nel significato della disposizione una classe di casi nella "zona di penombra" del suo significato letterale vago. È "restrittiva" l'interpretazione correttiva che rimedia a un difetto di sovra-inclusione, attribuendo alla disposizione un significato più ristretto di quello letterale (e comunque corrente, usuale, "vivente"), o, ancora, che esclude dal significato della disposizione una classe di casi nella "zona di penombra" del suo significato letterale vago. È "abrogante", infine, l'interpretazione, diversa dalla restrittiva, che sostiene l'irrilevanza normativa di una disposizione, in forza dell'insensatezza o assurdità dei significati a essa ascrivibili. Su queste nozioni, cfr. CHIASSONI 2007, cap. 2; GUASTINI 2017, 307-346.

senso proprio, lacune assiologiche sostitutive, lacune assiologiche additive)[12], nonché con tipologie adeguate delle antinomie (antinomie logiche e antinomie non-logiche; antinomie logiche per sovrapposizione totale, per inclusione, per sovrapposizione parziale; antinomie non-logiche pragmatiche, assiologiche, teleologiche)[13].

III. *Identificazione dell'apparato argomentativo.* Facendosi guidare dalla questione di diritto e dalle tesi interpretative, l'analista deve procedere, nel terzo passo dell'analisi, all'*identificazione dell'apparato argomentativo*. Deve, in altre parole, identificare l'insieme degli argomenti che l'interprete ha addotto a sostegno delle sue tesi interpretative. Sovente, gli argomenti sono formulati in modo ellittico, lasciando nell'ombra le regole argomentative che ne costituiscono le premesse.

[12] Sono "normative" e "in senso proprio" le lacune che consistono nella mancanza di una norma che offra una soluzione a una questione di diritto giuridicamente rilevante (i.e., che il giudice è tenuto a decidere sotto pena di "diniego di giustizia"). Sono "non normative" le lacune che consistono (a) nella mancanza d'informazioni circa i fatti della causa (lacune di conoscenza), oppure (b) nella mancanza di regole semantiche che permettano di qualificare con certezza un fatto o una classe di fatti sulla base di un termine categorematico contenuto in una disposizione (lacune di riconoscimento), o ancora, (c) in una situazione di crisi nel funzionamento di un ordinamento giuridico – poiché, poniamo, gli organi deputati non hanno proceduto all'elezione dei giudici della corte costituzionale (lacune istituzionali). Sono "assiologiche sostitutive" le lacune che consistono nella presenza di una norma che disciplina una classe di casi in un modo assiologicamente sub-ottimale e nell'assenza della norma che invece la disciplinerebbe in modo assiologicamente ottimale. Sono, infine, "assiologiche additive" le lacune che consistono nella mancanza, in un ordinamento, di una norma che disciplini un caso irrilevante, ma che dovrebbe essere rilevante dal punto di vista di una certa morale critica. Per queste nozioni, cfr. CHIASSONI 2007, cap. 3. Cfr., inoltre, GUASTINI 2017, 155-172.

[13] Alcuni esempi dovrebbero forse chiarire le nozioni evocate nel testo. Si ha un'antinomia "logica" quando due norme riconnettono conseguenze giuridiche logicamente (concettualmente) incompatibili a una stessa classe di casi: una norma vieta ciò che l'altra norma permette (antinomia logica per contraddittorietà), una norma vieta ciò cui l'altra norma obbliga (antinomia per contrarietà). Un'antinomia logica è per sovrapposizione totale quando le due norme disciplinano esattamente la stessa classe di casi (ad es.: N1 "Negli edifici pubblici è permesso fumare"; N2: "Negli edifici pubblici è vietato (non permesso) fumare"). Un'antinomia logica è per inclusione, quando la classe di casi disciplinata da una delle due norme è concettualmente ricompresa all'interno della classe di casi disciplinata dall'altra norma (ad es.: N1 "Negli edifici pubblici è permesso fumare"; N2: "Negli ospedali pubblici è vietato (non permesso) fumare"). Un'antinomia logica è per sovrapposizione parziale, infine, quando le due norme disciplinano classi di casi che si sovrappongono soltanto in parte (ad es.: N1 "Negli edifici ministeriali è permesso fumare"; N2: "Negli edifici monumentali è vietato (non permesso) fumare". Un'antinomia non-logica è pragmatica, quando una norma pone, costituisce, o favorisce stati di cose ostativi rispetto alla realizzazione del fine prescritto dall'altra norma (ad es: N1: "La Repubblica tutela la salute dei cittadini"; N2: "È permesso l'esercizio di impianti per la produzione di acciaio senza l'installazione di filtri anti-inquinamento"). Un'antinomia non-logica è assiologica, quando una norma rispecchia una scala di valori difforme rispetto alla scala di valori posta da una norma superiore (ad es.: N1 "La Repubblica tutela la vita dei cittadini"; N2: "L'omicidio è punito con la reclusione domiciliare fino a giorni 15"). Le antinomie assiologiche sono, sia detto per inciso, un tipo di antinomie pragmatiche. Infine, un'antinomia non-logica è teleologica, quando due norme prescrivono la realizzazione di fini tra loro incompatibili, vuoi in generale, vuoi in rapporto a casi singoli o classi di casi determinate (ad es: "N1: "La Repubblica tutela la salute"; N2: "La Repubblica tutela l'equilibrio del bilancio"). Per queste nozioni, cfr. CHIASSONI 2007, cap. 4. Cfr., inoltre, GUASTINI 2017, 143-154.

IV. *Ricostruzione del codice argomentativo.* L'analista deve assumere che ogni interprete, nel sostenere una tesi interpretativa mediante un apparato d'argomenti, abbia utilizzato un codice argomentativo: un insieme discreto di regole dell'argomentazione in diritto. La quarta fase dell'analisi argomentativa, strettamente dipendente della precedente, ancorché logicamente distinta, consiste nel ricostruire il codice argomentativo utilizzato in relazione a ciascuna tesi interpretativa difesa nella sequenza argomentativa, identificandone le regole metodologiche, di traduzione e/o d'integrazione.

L'identificazione dell'apparato d'argomenti e la ricostruzione del codice argomentativo corrispondente richiedono che l'analista padroneggi l'apparato di regole argomentative (regole di traduzione, regole d'integrazione, regole metodologiche) ritenute utilizzabili nella cultura giuridica del tempo[14].

V. *Valutazione tecnica del codice e dell'apparato argomentativo.* La valutazione tecnica delle argomentazioni in diritto può essere di due tipi: *metodologica* o *ideologica*.

La valutazione metodologica considera il codice e l'apparato argomentativo utilizzati in un documento giuridico sotto il profilo della correttezza metodologica.

L'analista si chiede, anzitutto, se l'interprete abbia applicato correttamente le regole argomentative selezionate. Ad esempio, se, avendo deciso d'integrare una lacuna mediante *analogia legis*, abbia formulato un ragionamento completo, dando conto adeguatamente, conforme al principio di ragion sufficiente, della somiglianza rilevante tra la classe di casi regolata e quella non regolata.

L'analista si chiede, inoltre, se l'interprete non avrebbe potuto sostenere quella certa tesi interpretativa mediante un apparato argomentativo diverso e migliore: utilizzando, ad esempio, un numero più ampio di regole di traduzione, o regole d'integrazione dotate di maggiore forza persuasiva presso l'uditorio, o risorse interpretative più affidabili.

La valutazione ideologica considera il codice e l'apparato argomentativo utilizzati in un documento giuridico sotto il profilo della correttezza assiologica. L'analista si propone d'identificare: (a) l'ideologia o le ideologie giuridiche rispetto alle quali il codice e l'apparato argomentativo appaiono assiologicamente giustificati (corretti); (b) l'ideologia o le ideologie rispetto alle quali, per contro, quello stesso codice e apparato appaiono non corretti, ingiustificati, censurabili. Ad esempio, l'uso di un codice interpretativo originalista rispetto all'interpretazione delle disposizioni costituzionali (che fa appello al significato originario delle disposizioni, sia esso linguistico o intenzionale) può apparire corretto dal punto di vista di una concezione minimalista, democratico-maggioritaria, dello stato costituzionale; può apparire, invece, non

[14] Uno dei cataloghi più completi di regole argomentative ("argomenti interpretativi") è tuttora offerto in TARELLO 1980, cap. VIII. Cfr., inoltre, CHIASSONI 2007, cap. 2; GUASTINI 2011, 267-306; VELLUZZI 2013a, 30-56.

corretto dal punto di vista di una concezione massimalista dello stato costituzionale, informata all'obiettivo della massima tutela costituzionale dei diritti individuali alla luce dell'evoluzione della riflessione filosofico-morale e filosofico-politica.

La valutazione ideologica può anche presentarsi nella forma di una valutazione circa la correttezza giuridico-positiva dell'uso di certe regole di traduzione o d'integrazione. Può consistere, ad esempio, nel mettere in luce come, "secondo il diritto positivo", così come inteso da una parte maggioritaria degli operatori del diritto, l'uso dell'analogia o di una regola d'interpretazione teleologica nell'interpretare una disposizione penale debbano ritenersi vietati in considerazione degli esiti indebitamente estensivi che accreditano.

Il modello a cinque fasi è strumento di "massima analisi" delle argomentazioni in diritto. L'analista potrà scegliere se seguirlo soltanto in parte, fermandosi ad esempio alle prime tre o quattro fasi, secondo il contenuto dell'argomentazione, gli obiettivi perseguiti e la risorsa tempo di cui dispone.

Nel paragrafo seguente, offrirò un esempio di analisi argomentativa utilizzando il modello e le nozioni e distinzioni che ho appena sommariamente richiamato.

3. *Esercizio: una Richiesta di archiviazione*

Nel febbraio del 2017, Marco Cappato accompagnava Fabiano Antoniani (detto Fabo) da Milano a «Pfaffikon», nei pressi di Zurigo (CH), presso la sede dell'associazione Dignitas, dove quest'ultimo commetteva suicidio mediante iniezione di un farmaco letale. Lo stesso Cappato, al rientro in Italia, denunziava il fatto all'Autorità di Pubblica Sicurezza. Veniva aperto a suo carico un procedimento penale per il reato previsto e punito dall'art. 580 c.p. In data 2 maggio 2017, tuttavia, i Pubblici Ministeri responsabili delle indagini formulavano una Richiesta di archiviazione, ritenuta «l'infondatezza della notizia di reato»[15].

[15] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Richiesta di archiviazione nel procedimento penale n. 9609/17 R.G.N.R.* (in seguito: *Richiesta di archiviazione*), 15. La richiesta dei PM veniva respinta dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano, con ordinanza del 10 luglio 2017. Il giudizio davanti alla I Sezione della Corte d'Assise di Milano, instaurato a seguito del rigetto della Richiesta di archiviazione, è stato sospeso con ordinanza del 14 febbraio 2018, nella quale la Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sotto il profilo dell'incriminazione di atti di semplice partecipazione materiale all'esecuzione di un suicidio, e, in subordine, dell'irragionevolezza di punire tali atti allo stesso modo degli atti, ritenuti ben più gravi, di istigazione al suicidio. I tre documenti sono reperibili on-line, sul sito della rivista "Diritto penale contemporaneo". Per la cronistoria giudiziaria del caso, cfr.: http://www.giurisprudenzapenale.com/processi/processo-nei-confronti-di-marco-cappato-suicidio-assistito-di-dj-fabo/. Sui problemi etici e giuridici sollevati da vicende analoghe al "caso Fabo", cfr., ad esempio: MANIACI 2013; VELLUZZI 2013b; CANALE 2017, 129-161.

Dopo una dettagliata ricostruzione dei fatti ("In Fatto")[16], i magistrati sviluppano un'argomentazione in diritto assai articolata. Il documento si presenta suddiviso in parti, munite d'intitolazioni. Non vi è, però, un'esatta corrispondenza tra le parti così distinte (quattro), da un lato, e le sequenze argomentative e questioni di diritto affrontate, dall'altro. Si possono identificare invero (non meno di) sette sequenze argomentative, corrispondenti ad altrettante questioni di diritto.

La prima sequenza argomentativa (SA1) è dedicata al problema della corretta qualificazione giuridica *prima facie* delle condotte tenute da Marco Cappato (MC) in relazione al suicidio di Fabiano Antoniani (FA). Conviene formulare il problema in questi termini, poiché, come vedremo, i Pubblici Ministeri affrontano il problema della corretta qualificazione giuridica *tutto considerato* delle condotte di MC nella quinta sequenza argomentativa (SA5). La soluzione al primo problema è consegnata a tre tesi interpretative:

(1) le condotte di MC sono qualificabili, *prima facie*, come condotte di «partecipazione materiale al suicidio» di FA (TI1.1);

(2) si deve escludere che tali condotte siano altresì qualificabili come di «partecipazione morale» al suicidio di FA (TI1.2);

(3) si deve escludere che tali condotte siano altresì qualificabili come «omicidio del consenziente» ai sensi dell'art. 579 c.p. (TI1.3).

Tutte e tre le tesi sono sostenute sulla base di un'interpretazione letterale delle rilevanti disposizioni (gli artt. 579 e 580 c.p.). Il codice interpretativo utilizzato contiene una regola di selezione che identifica nella direttiva di traduzione letterale (secondo una lettura superficiale, pressoché iteratrice del testo delle disposizioni o isomorfa) la regola sufficiente a offrire una giustificazione giuridicamente adeguata. Avendo adottato un codice monistico, non si pone per i Pubblici Ministeri alcuna esigenza di utilizzare altresì regole metodologiche procedurali o preferenziali[17].

La seconda sequenza argomentativa (SA2) è dedicata al problema della sussistenza della giurisdizione italiana nei confronti delle condotte di MC, essendosi esse svolte in parte in territorio italiano (MC guida l'autovettura sulla quale FA viene trasportato da Milano in Svizzera, presso la sede della Dignitas), in parte in territorio elvetico (MC contribuisce a sollevare FA dalla sedia a rotelle e a porlo su di un letto in modo che quest'ultimo possa fare una "prova" di suicidio, come richiesto dal protocollo assistenziale della Dignitas). La soluzione del problema è consegnata a una tesi interpretativa (Sussiste la giurisdizione italiana: TI2.1), che i PM motivano utilizzando un codice interpretativo pluralistico, letterale-autoritativo, che si riflette nell'appello a un argomento letterale e a un argomento

[16] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Richiesta di archiviazione*, 1-5.
[17] *Ibid.*, 5 s.

autoritativo giudiziale, il quale ultimo richiama la lettura «estremamente ampia» dell'art. 6, comma 2, c.p., solitamente offerta dalla Corte di cassazione[18].

La terza sequenza argomentativa (SA3) è dedicata al problema della sussistenza della giurisdizione italiana rispetto alle condotte tenute, in territorio svizzero, dai medici e dai volontari della Dignitas, tutti cittadini elvetici. La tesi interpretativa che gli dà soluzione (Non sussiste la giurisdizione italiana: TI3.1) viene difesa dai PM, nuovamente, sulla base di un codice interpretativo pluralistico, letterale-autoritativo[19].

La quarta, succinta, sequenza argomentativa (SA4) è dedicata al problema della sussistenza della competenza territoriale del Tribunale di Milano. La tesi interpretativa (affermativa: il Tribunale di Milano ha competenza nel procedimento a carico di MC: TI4.1) è appoggiata su di un'argomentazione letterale-sistematica, facente appello a un insieme di disposizioni letteralmente intese[20].

La quinta sequenza argomentativa (SA5) ritorna sulla questione della corretta qualificazione giuridica delle condotte di MC in relazione al suicidio di FA. Ora si tratta, però, di stabilire quale essa sia non già a una superficiale delibazione del problema, come avvenuto nella prima sequenza argomentativa, bensì *tutto considerato*. Dopo aver ribadito che la condotta di MC potrebbe (soltanto) qualificarsi come partecipazione materiale al suicidio di FA, i PM si chiedono quale sia il significato giuridicamente corretto della locuzione "agevoli in qualunque modo l'esecuzione" di un suicidio, contenuta nell'art. 580 c.p. Da esso dipende, infatti, se le condotte poste in essere da MC siano, o no, agevolazione dell'esecuzione del suicidio di FA. Orbene, i PM sostengono al riguardo tre tesi interpretative:

(1) l'interpretazione giurisprudenziale consolidata, che offre una lettura estensiva della nozione di condotta agevolativa dell'esecuzione di un suicidio, deve ritenersi erronea (TI5.1);

(2) deve ritenersi corretta, invece, una lettura restrittiva, secondo cui "agevolare l'esecuzione di un suicidio" vuol dire concorrere in modo diretto e immediato, con il proprio comportamento, alla fase strettamente esecutiva del suicidio, in cui ha luogo l'atto con il quale l'aspirante suicida si dà la morte (TI5.2);

(3) alla luce della tesi precedente (TI5.2), le condotte di MC non sono qualificabili, tutto considerato, come partecipazione materiale al suicidio di FA[21].

Sotto il profilo degli argomenti utilizzati, i PM mostrano di adottare un codice interpretativo che ascrive priorità alle interpretazioni «costituzionalmente orientate»: più precisamente, a interpretazioni informate al principio del *favor rei*, e attente,

[18] *Ibid.*, 6: ai fini della sussistenza della giurisdizione italiana è «sufficiente che nel territorio nazionale si sia verificato «anche solo un frammento della condotta [...] seppur privo dei requisiti di idoneità e di inequivocità richiesti per il tentativo della condotta (C. Cass., sez. IV, sent. 20 gennaio 2017, n. 6376 [...])».

[19] *Ibid.*, 6.

[20] *Ibid.*, 6 s.

[21] *Ibid.*, 7-9.

inoltre, a evitare conseguenze assurde dal punto di vista della politica repressiva, opponendosi a dilatare oltre ogni ragionevole misura l'area dei comportamenti causalmente rilevanti rispetto a un atto di suicidio[22].

La conclusione cui i PM pervengono nella quinta sequenza argomentativa (le condotte di MC non integrano la fattispecie di "agevolazione dell'esecuzione di un suicidio") costituisce, si noti, il primo corno di un trilemma argomentativo che i PM costruiscono al fine di inficiare ("infilzare"), in un modo o nell'altro, l'incriminazione di MC. Tornerò su questo punto dopo avere dato conto anche della sesta e della settima sequenza argomentativa.

La sesta sequenza argomentativa (SA6) è dedicata al problema se l'interpretazione tradizionale, ampia, di "diritto vivente", dell'art. 580 c.p., in relazione alla nozione di «agevolare in qualunque modo l'esecuzione» di un suicidio, sia incompatibile, o no, con i diritti fondamentali ascritti agli individui dalla Costituzione e dal diritto internazionale convenzionale (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali; Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, c.d. "Convenzione di Oviedo"); se, in particolare, «l'applicazione dell'art. 580 c.p. alla condotta» di MC «costituisca», o no, «una lesione del diritto fondamentale al rispetto della dignità umana» di FA[23].

La soluzione proposta dai PM è affermativa:

(1) L'art. 580 c.p., nell'interpretazione tradizionale, ampia, che punisce condotte come quelle tenute da MC, è incompatibile con ("lede") i diritti fondamentali ascritti agli individui dalla Costituzione e dal diritto convenzionale (TI6.1[24]).

Questa tesi interpretativa è, a sua volta, il corollario di quattro tesi:

(2) l'art. 580 c.p., nell'interpretazione tradizionale, protegge il diritto alla vita (dei suicidi) intendendolo come un diritto assoluto, di cui gli individui che ne sono titolari non possono in alcun caso disporre (TI6.2);

(3) alla luce della Costituzione e delle principali Convenzioni internazionali in materia di diritti umani, il diritto alla vita è senz'altro un diritto fondamentale degli individui; tuttavia esso non è sempre e comunque indisponibile da parte degli individui titolari, essendo al contrario suscettibile di "bilanciamento" in favore della tutela della dignità della persona umana e dei diritti che ne derivano, tra i quali, anzitutto, il diritto di ciascun individuo all'autodeterminazione terapeutica (ovverosia, in relazione alle scelte «che riguardano la salute del [suo] corpo») (TI6.3)[25];

(4) non sussiste un diritto al suicidio «*sic et simpliciter*», tuttavia un tale diritto esiste, è configurabile, *secundum quid*: ovverosia, in modo indiretto, e in dipendenza

[22] *Ibid.*, 7-9.
[23] *Ibid.*, 12.
[24] *Ibid.*, 10, 12.
[25] *Ibid.*, 11 s..

del diritto all'autodeterminazione terapeutica, quale diritto il cui riconoscimento rende possibile tutelare la dignità della persona umana in situazioni nelle quali la semplice rinunzia alle terapie comporta a sua volta una lesione della dignità dell'individuo (TI6.4)[26];

(5) l'interpretazione giuridicamente corretta dell'art. 580 c.p. deve ritenersi, pertanto, quella che discrimina tra l'agevolazione di un suicidio *sic et simpliciter*, che permane punibile, e l'agevolazione di un suicidio terapeutico, compiendo il quale il suicida esercita il suo diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica, la quale deve invece ritenersi lecita, essendo preordinata a favorire l'esercizio di un diritto fondamentale altrui (TI6.5)[27].

Sotto il profilo argomentativo, la tesi TI6.2 è sostenuta sulla base di un codice originalista, che fa appello al significato suggerito dal contesto storico di produzione dell'art. 580 c.p., al tempo, pre-costituzionale e pre-età dei diritti umani, di una dittatura per la quale le esigenze degli individui erano sempre subordinate ai fini dello Stato. Le tesi TI6.3, TI6.4 e TI6.5, per contro, rispecchiano un codice d'integrazione alla luce del quale si identificano diritti fondamentali impliciti (il diritto alla vita, il diritto all'autodeterminazione terapeutica) e si stabilisce il peso relativo dei diritti fondamentali, espliciti o impliciti. Da un punto di vista interpretativo, si noti, la tesi TI6.5 comporta la "riscrittura" dell'art. 580 c.p., ricavandone una norma che subordina l'irrogazione della sanzione penale a una duplice condizione: una condizione positiva (l'avere in qualunque modo agevolato l'esecuzione di un suicidio), e una condizione negativa (l'essere il suicidio agevolato di tipo non terapeutico).

La settima, e ultima, sequenza argomentativa (SA7) è dedicata al problema se le condotte di MC siano comunque da considerare penalmente irrilevanti, in forza della scriminante di cui all'art. 51 c.p. (esercizio di un diritto). La soluzione proposta dai PM è positiva: in ogni caso, in alternativa alle conclusioni raggiunte nelle sequenze precedenti (in particolare, nella quinta e nella sesta sequenza), le condotte di MC non sono punibili, accedendo a un suicidio, quello di FA, che non è più "mero fatto", bensì vero e proprio "esercizio di un diritto" (TI7.1)[28]. Sotto il profilo argomentativo, la tesi è sostenuta mediante un apparato, alquanto succinto, che combina il riferimento a modi pacifici d'intendere e applicare la scriminante dell'art. 51 c.p. con il riferimento alla natura peculiare, previamente messa in luce, del suicidio di FA.

[26] *Ibid.*, 13: «bisogna riconoscere che il principio del rispetto della dignità umana impone l'attribuzione a Fabiano Antoniani, ed in conseguenza, a tutti gli individui che si trovano nelle medesime condizioni, di un vero e proprio "diritto al suicidio" attuato in via indiretta mediante la "rinunzia alla terapia", ma anche in via diretta, mediante l'assunzione di una "terapia" finalizzata allo scopo suicidario».

[27] *Ibid.*, 12-14.

[28] *Ibid.*, 14 s.

Accennavo prima che i PM costruiscono un trilemma sul quale intendono appoggiare la loro richiesta di archiviazione: le condotte di MC non integrano il reato di "agevolazione al suicidio" previsto e punito dall'art. 580 c.p., vuoi perché non attinenti alla fase strettamente esecutiva del suicidio di FA (primo corno, quinta sequenza: interpretazione restrittiva costituzionalmente orientata), vuoi perché l'art. 580 c.p., se correttamente inteso alla luce della Costituzione, della Convenzione EDU e della Convenzione di Oviedo, contiene una condizione negativa, un'eccezione, che lo rende inapplicabile al caso di MC (secondo corno, sesta sequenza: defettibilità della norma nella sua lettura tradizionale), vuoi perché, infine, le condotte di MC beneficiano, indirettamente, della scriminante di cui all'art. 51 c.p. (terzo corno, settima sequenza: corretta applicazione dell'art. 51 c.p.).

Quale ulteriore mezzo per scongiurare l'incriminazione di MC, i PM propongono che, qualora il Giudice per le indagini preliminari non intenda accogliere l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. (che essi difendono nella sesta sequenza), sia sollevata questione di legittimità costituzionale[29].

Alcune considerazioni conclusive.

1. Se ci chiediamo quale sia la regola di scopo che preside all'intera argomentazione dei PM nella loro Richiesta di archiviazione, questa appare essere, grosso modo, del seguente tenore: "Nell'interpretare la legge penale, si deve assicurare la massima rispondenza delle norme penali ai valori individualistici di tutela della dignità umana consacrati dalla Costituzione e dalle fonti convenzionali sovralegislative".

2. La regola di scopo orienta la selezione delle direttive di traduzione, e dei corrispondenti argomenti, utilizzate in ciascuna sequenza argomentativa. I PM cambiano di codice, e di apparato argomentativo, secondo un criterio di sufficienza argomentativa, in dipendenza del contesto, tenendo conto principalmente di quattro fattori: problema giuridico, formulazione delle disposizioni di legge, precedenti giurisprudenziali, valori supremi dell'ordinamento.

3. La regola di scopo adottata tacitamente dai PM denunzia una chiara presa di posizione ideologica rispetto al diritto positivo, e, in particolare, rispetto all'ordinamento penale. All'ideologia tradizionale della certezza, ancorata a interpretazioni prioritariamente letterali delle disposizioni penali, i PM preferiscono un'ideologia della correttezza sostanziale (che declinano in chiave fortemente "personalistica"), e identificano nei princìpi e nei diritti costituzionali, espliciti o impliciti, il parametro supremo di tale correttezza.

4. L'argomentazione dei PM non sembra carente sotto il profilo della correttezza metodologica. Occorre ricordare, per inciso, che l'argomentazione in diritto obbedisce al principio di economia nella formulazione dell'apparato argomenta-

[29] *Ibid.*, 15.

tivo. Esso è tanto più elaborato, quanto più ciò sia richiesto dal contesto: dall'esigenza prudenziale di perorare le proprie tesi interpretative con la panoplia di argomenti la più efficace possibile.

5. L'argomentazione dei PM non sembra carente neppure sotto il profilo della correttezza giuridico-positiva. I PM utilizzano tecniche pacificamente ammesse in diritto penale, volte a offrire interpretazioni restrittive delle norme incriminatrici, in ossequio al principio del *favor rei*.

6. L'argomentazione può apparire censurabile per chi adotti una diversa prospettiva ideologica. Per chi, ad esempio, ritenga che in diritto penale l'interpretazione letterale debba in linea di principio prevalere su ogni altro tipo d'interpretazione. O, ancora, per chi intenda diversamente il peso del diritto alla vita rispetto al diritto alla dignità personale e all'autodeterminazione[30].

[30] Si veda, ad esempio, l'argomentazione in diritto del GIP del Tribunale di Milano nell'Ordinanza del 10 luglio 2017 con la respinge la Richiesta di archiviazione del procedimento a carico di Marco Cappato.

Riferimenti bibliografici

CANALE D. 2017. *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

CHIASSONI P. 1999. *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999.

CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007.

CHIASSONI P. 2018. *Interpretive Games Revisited*, in CHIASSONI P., COMANDUCCI P., RATTI G.B. (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2018, in corso di pubblicazione.

GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.

GUASTINI R. 2017. *Filosofia del diritto positivo. Lezioni* (a cura di V. Velluzzi), Torino, Giappichelli, 2017.

MANIACI G. 2013. *Eutanasia e suicidio assistito*, in POGGI F. (ed.) *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Roma, Carocci, 2013, 163 ss.

TARELLO G. 1980, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

VELLUZZI V. 2013a. *Le Preleggi e l'interpretazione. Una introduzione critica*, Pisa, ETS.

VELLUZZI V. 2013b. *Il caso Englaro e il diritto positivo*, in POGGI F. (ed.) *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Roma, Carocci, 2013, 179 ss.

indice

Monografica **/ 1**
XXIII Convegno
italo-spagnolo-francese-portoghese di teoria del diritto

GIORGIO PINO
Presentazione 7

Contributi

MAXIMILIANO ARAMBURO
La teoría de la decisión judicial de Michele Taruffo:
una teoría desde abajo 13-55

MARCO BRIGAGLIA
Genealogia della normatività. La normatività come controllo 59-103

MATHIEU CARPENTIER
Validity versus Applicability: a (Small) Dose of Scepticism 107-132

DAVID DUARTE
Norms on Language and the Regulativeness of Constitutive Norms 135-156

FABRIZIO MASTROMARTINO
Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza? 159-181

Tavola rotonda sull'opera di Giovanni Tarello a trent'anni dalla scomparsa

MAURO BARBERIS
Tarello, giusrealismo e contestualismo 187-189

PIERLUIGI CHIASSONI
Considerazioni apologetiche di un dottrinario genovese 193-201

LUIGI FERRAJOLI
Il pensiero innovatore di Giovanni Tarello.
Tre questioni lasciate aperte alla scuola genovese 205-221

VITTORIO VILLA
La distinzione fra disposizione e norma nella teoria giuridica di Tarello 225-232

MONOGRAFIA **/ 2**
Contemporary and Multidisciplinary Perspectives on Law and Policy Evaluation
a cura di BARBARA GIOVANNA BELLO, MONICA CAPPELLETTI e GIORGIO PINO

BARBARA GIOVANNA BELLO
Contemporary and Multidisciplinary Perspectives on Law and Policy Evaluation.
An Introduction 237-248

DONNA M. MERTENS
Transformative Mixed Methods and Policy Evaluation 251-268

KOEN VAN AEKEN
Legislative Evaluation as Alternative Democratic Engagement 271-289

LUIGI COMINELLI
Framing Choices to Influence Behaviors:
A Debate on the Pros and Cons of "Nudging" 293-306

RECENSIONI E DISCUSSIONI

Discussione su Pragmatics and Law

ELISABETTA LALUMERA
Applicare la filosofia del linguaggio alla psichiatria attraverso la filosofia del diritto:
Hart e il DSM-5 313-321

CLAUDIO LUZZATI
Gli alti e bassi della pragmatica giuridica 325-339

GIOVANNI BATTISTA RATTI
Some Remarks on *Pragmatics and Law* 343-353

ADRIANO ZAMBON
Pragmatiche giuridiche e scienze cognitive.
A partire da *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives* 357-366

Recensioni

GIOVANNI BISOGNI
Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli:
"auctoritas" o "veritas facit iudicium"? 371-383

GIORGIO MANIACI
Alcune riflessioni su The Force of Law di Schauer 387-395

RATIO DECIDENDI
a cura di GAETANO CARLIZZI

GAETANO CARLIZZI, GIORGIO PINO
Presentazione di *Ratio decidendi* 339

PIERLUIGI CHIASSONI
Suicidio terapeutico e diritto penale.
Un esercizio di analisi argomentativa 403-420

[ALLEGATI]
Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione nel procedimento penale n. 9609/17

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel giugno 2018