

GIUGNO 2023

8 d q

XXIII. 2023/1

diritto & questioni pubbliche

CREATION  
AND APPLICATION  
OF LAW



XXIII. 2023/1

COMITATO EDITORIALE

*Direzione*

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

*Redazione*

Marco Brigaglia, Matija Žgur (coordinamento), Maria Giulia Bernardini, Noemi Calidori, Gaetano Carlizzi, Giulia Falletti, Miguel Fernández Núñez, Maria Ferrara, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajeva, Michele Ubertone, Adriano Zambon

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 di Palermo) – 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 Mazzaresse (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 (Luiss, Roma) – Baldassare Pastore (Università di Ferrara) – José Luis Pérez Triviño (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Anna Pintore (Università di Cagliari) – 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)

© 2023, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

[www.dirittoeququestionipubbliche.it](http://www.dirittoeququestionipubbliche.it)

ISSN 1825-0173

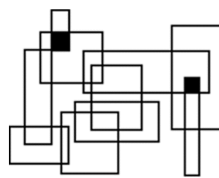
Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

# CREATION AND APPLICATION OF LAW



Diritto & Questioni Pubbliche  
XXIII 2023 /1 (giugno)



MONOGRAFICA

Creation and Application of Law

a cura di MATIJA ŽGUR





THAT OBSCURE  
OBJECT OF DESIRING  
LITERAL MEANING  
A CRITIQUE TO  
“MODERATE” LEGAL  
COGNITIVISM

JORGE **BAQUERIZO** MINUCHE



That Obscure Object of Desiring Literal Meaning.  
A Critique to “Moderate” Legal Cognitivism

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

“Margarita Salas” Postdoctoral Fellow, Philosophy of Law Area, University of Girona (Spain).  
Visiting Researcher at the Law Department, Roma Tre University (Italy).  
E-mail: [jorge.baquerizo@udg.edu](mailto:jorge.baquerizo@udg.edu)

ABSTRACT

The main idea of *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law* (2021) is that democracy and constitutionalism rely on the distinction between “law-creation” and “law-application”. This distinction – according to Paolo Sandro – would be not only crucial for the legitimacy of constitutional democracy but also a necessary condition within its conceptual structure. This brief article is organized in two parts. In the first part I show that, whilst the aforementioned distinction can be understood and assumed in diverse forms, Sandro adopts *one* of its diverse possibilities of understanding, which corresponds to a cognitivist perspective of legal communication. And in the second part I seek to show that, in order to maintain the connection between constitutional democracy and the aforementioned distinction, there are two important reasons why it is unnecessary to adopt the “moderate cognitivism” assumed by Sandro: a) because it can be criticized for some important flaws; b) because there are other theories – even within the moderate positions about determinacy in law – capable of achieving the same objectives without those defects.

KEYWORDS

cognitivism, objectivism, legal interpretation, constitutional democracy, law-application

# That Obscure Object of Desiring Literal Meaning. A Critique to “Moderate” Legal Cognitivism

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

1. *Introduction* – 2. *The distinction between law-creation and law-application: the cognitivist gaze* – 3. *“Moderate” cognitivism: is it necessary?* – 3.1. *The flaws of Sandro’s “moderate” cognitivism* – 3.2. *Another “moderate” objectivism is possible*

## 1. *Introduction*

Paolo Sandro’s *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law* is, in my opinion, an essential reference book that is quite enlightening and enriching, abundant in profound discussions of interest to legal and political philosophers as well as to public law scholars. Its main idea is the “two-fold dependence” of constitutional democracy on the distinction between the creation and application of the law, given that «both democracy and constitutionalism, taken individually, rely on the distinction being possible»<sup>1</sup>. This distinction, in Sandro’s approach, «is constitutive of the legitimacy of our constitutional democracies»<sup>2</sup>, and this constitutive relationship applies «not only to the doctrine of constitutionalism but also to democracy as the ideal of self-rule of the people»<sup>3</sup>. Moreover, according to Sandro, the distinction is not just «crucial for the legitimacy of constitutional democracy, but it also clarifies the structure of our existing constitutional systems»<sup>4</sup>.

Sandro understands this distinction between law-creation and law-application, considering “law-application” as the very possibility that judges (and other law-applying organs) could apply to particular cases the general rules previously created by another institution of the same legal order (for instance, the democratic legislator in civil law systems). As the author says, if there is no possibility of *applying* a legal rule created by a different institution at a previous moment in time, «then our current constitutional-democratic frameworks are effectively empty vessels»<sup>5</sup>: if democracy is always based, in one way or another, on the idea of “self-determination”, “self-rule” or “self-government”, then it is necessary that the law produced «by the people, of the people, for the people» could be applied to individual cases<sup>6</sup>. Sandro holds this idea as a conceptual necessity: «democracy actually demands that the relevant rule created by the people, either directly or through their representatives, is the rule that is applied in the given individual case by the rule-user»<sup>7</sup>.

According to Sandro, this requirement is incompatible with the thesis that the law «is always (or even only mostly) indeterminate – as realists and critical legal scholars affirm», for the law produced *by* the people could not be applied to individual cases, and the decisions

<sup>1</sup> SANDRO 2021, 12.

<sup>2</sup> SANDRO 2021, 71. Sandro adds that if we deny this distinction, modern constitutional democracies would be delegitimized, “perhaps fatally” (SANDRO 2021, 17).

<sup>3</sup> SANDRO 2021, 71.

<sup>4</sup> SANDRO 2021, 43.

<sup>5</sup> SANDRO 2021, 2.

<sup>6</sup> SANDRO 2021, 76.

<sup>7</sup> SANDRO 2021, 77. «My claim here then is conceptual and not normative: it does not make any sense to understand law, at the most general level, as the enterprise of subjecting human conduct to the guidance of rules, if we at the same time deny the possibility of distinguishing between the activities of law-creation and law-application» (SANDRO 2021, 212).

reached by judges would «always be the product of their creative, jurisgenerative, activity»<sup>8</sup>. As a result, and as relevant judges are not democratically elected, Sandro claims that «there cannot be self-rule, nor “shared control” over law-making» in those conditions<sup>9</sup>: «what would the point be in electing representatives to make laws, if then what courts decide in individual cases is not, to a significant extent, determined by those laws?»<sup>10</sup>. This would not only put at risk the legitimacy of adjudication<sup>11</sup> but also the very conduct-guiding function of law<sup>12</sup>. And it is in this precise context that the author concludes that «democracy does not hold unless there is the possibility of distinguishing between the activities of law-creation and law-application»<sup>13</sup>.

## 2. *The distinction between law-creation and law-application: the cognitivist gaze*

The first point that I want to make is quite obvious: Sandro’s main thesis is that constitutional democracies rely on the distinction between law-creation and law-application<sup>14</sup>, but this distinction – without any further additions – could be understood *and assumed* in diverse ways, even by some legal realists. In fact, if «rule-scepticism represents the lowest common denominator of realisms» (as Sandro claims)<sup>15</sup>, we can take as an example the work of Riccardo Guastini – one of «two of the most prominent moderate legal realists in the literature»<sup>16</sup> discussed in the book<sup>17</sup> – and we will find that, even though he defends some version of rule-scepticism<sup>18</sup>, he nevertheless expressly draws a distinction between law-creation and law-application.

Indeed, in several of his works, Guastini considers that one thing is to formulate a legal provision (*law-creation*), and another thing is to ascribe meaning to it, that is, to use it as an object for interpretation (this amounts to *law-application*: to apply a legal provision)<sup>19</sup>. Also, for Guastini, one thing is to produce a norm through the legal interpretation of a given legal provision (*norm-creation*), and another thing is to use it as a premise in deductive legal reasoning whose conclusion is an individual and specific precept (this amounts to *norm-application*)<sup>20</sup>.

As we can see with this example, it seems evident that even a legal realist can defend some form of rule-scepticism while maintaining the distinction between “creation of law” and “application of law” (or at least a version of it). Besides, for a legal realist like Guastini, it is perfectly possible to “apply” a legal provision «created by a different institution at a previous moment in time»: that would mean, again, to use that provision to ascribe some meaning to it, i.e., to use it as an object for interpretation.

<sup>8</sup> SANDRO 2021, 76. «[I]f law is always indeterminate, then legal norms cannot be applied – but would always be created instead by courts in reaching a decision on any particular case» (SANDRO 2021, 72).

<sup>9</sup> SANDRO 2021, 76.

<sup>10</sup> SANDRO 2021, 2. See also SANDRO 2021, 208.

<sup>11</sup> SANDRO 2021, 77 and 101.

<sup>12</sup> «[I]f law is a practice that is always (or even just mostly) indeterminate [...] it is unclear how law can have any action guiding function (or capacity) at all» (SANDRO 2021, 2). See also SANDRO 2021, 212.

<sup>13</sup> SANDRO 2021, 76.

<sup>14</sup> Sandro claims that «when legal theorists have examined (rather than assumed) the distinction between creation and application of law, *most of them* have undermined it or dismissed it altogether as untenable» (SANDRO 2021, 1 – italics added). However, I think the truth of this assertion depends on the specific legal culture taken as a reference; for instance, this will not be true in legal cultures dominated by formalism.

<sup>15</sup> SANDRO 2021, 91.

<sup>16</sup> SANDRO 2021, 13.

<sup>17</sup> SANDRO 2021, 99-101 and 108-110.

<sup>18</sup> See e.g. GUASTINI 2011b.

<sup>19</sup> GUASTINI 2011a, 254.

<sup>20</sup> GUASTINI 2011a, 254. This author presupposes the distinction between provisions and norms and, in turn, the distinction between two types of norms: rules and principles (GUASTINI 2011a, 254).

Of course, it is also certain that Sandro would not agree with the former explanation for he does not consider “law-application” as an activity of *interpreting provisions* but rather as an activity of *using those provisions* to decide concrete cases. However, at this point it seems clear that the distinction between “law-creation” and “law-application” depends, in turn, on the concept of “application of law” and, ultimately, on the concept of “law” that we are assuming. In other words, the diverse ways in which the aforementioned distinction can be stipulated are *conditioned* by our legal conceptions when answering the questions «What kind of activity is applying the law?» and, ultimately, «What kind of entity (or set of entities) is the law?»<sup>21</sup>.

The above said is pretty obvious, and Sandro accepts it<sup>22</sup>. Indeed, based on a specific conception of law defended in his book, he adopts «the corresponding theory of legal meaning and interpretation»<sup>23</sup>: a theory that – in his view – respects the requirements of “action-guidance” and “collective autonomy” in which «modern constitutional democracies are premised»<sup>24</sup>. Thus, Sandro assumes “semantic minimalism” as a theory of legal meaning<sup>25</sup>.

In line with this theory, the author argues that the meaning of legal utterances in a vast number of cases could be clearly understood because it is fully determined by lexical content and syntactic structure, i.e., by the meaning of its parts and by their mode of composition<sup>26</sup>. Therefore, it would be possible to identify an “a-contextual” level of meaning in legal communication «that is essentially conventional (what legal interpreters already call “literal” meaning), and as such pre-exists the (pragmatic) interpretation by courts»<sup>27</sup>. Based on this idea, Sandro defends a sense of “applying a rule” which, in his words, is “objectively determinate” and «allows for the existence of clear cases of linguistic meaning»<sup>28</sup>. Consequently, he subscribes to the idea that in “core” or “easy” cases «the correct application of a term to a new instance is something we *discover* rather than *invent*»<sup>29</sup>.

On these grounds, it is clear that the main thesis of Sandro’s book is the dependence of constitutional democracy on the distinction between “law-creation” and “law-application” *from a cognitivist point of view*. Or, even more specifically, the main thesis is the dependence of constitutional democracy on the possibility of law-application under a *cognitivist* theory of meaning in legal communication: a theory that presupposes the existence of a univocal and knowable meaning incorporated in the legal provisions in the majority of cases. This objective meaning would pre-exist legal interpretation and would provide the conditions for the correctness of legal reasoning in general<sup>30</sup>. And this is precisely what allows Sandro to advocate “the basic idea” that «democratically-elected legislatures make the law, and judges (among other officials) apply it»<sup>31</sup>.

<sup>21</sup> This question is formulated in GUASTINI 2015, 45 (in a diverse but related context).

<sup>22</sup> «[T]he central claims about legal meaning and legal interpretation I put forward [...] are neither descriptive nor normative, but rather conceptual. In this regard, I agree with Ramírez Ludeña that “The position one takes up on legal interpretation is connected with which conception of law in general is understood to be most plausible”» (SANDRO 2021, 171).

<sup>23</sup> SANDRO 2021, 172.

<sup>24</sup> SANDRO 2021, 170 and 169.

<sup>25</sup> As the same author explains it, «semantic minimalism» is «a theory of (truth-evaluable) meaning that reduces the scope for pragmatic enrichment» (SANDRO 2021, 6). See SANDRO 2021, 202, for a concise list of the four main claims of semantic minimalism. Cf. MORESO 2023 (also commenting on Sandro’s book), for certain objections to semantic minimalism in legal communication.

<sup>26</sup> SANDRO 2021, 202.

<sup>27</sup> SANDRO 2021, 6.

<sup>28</sup> SANDRO 2021, 248.

<sup>29</sup> Jussi Haukioja, cited in SANDRO 2021, 259.

<sup>30</sup> SANDRO 2021, 112.

<sup>31</sup> SANDRO 2021, 2. This does not imply that «legislatures always (and only) create the law and courts always (and only) apply the law» (SANDRO 2021, 213).

Having identified the main thesis of the book with more precision, I will move on to my second point.

### 3. “Moderate” cognitivism: is it necessary?

It seems that Sandro embraces a cognitivist theory of legal communication because, in his view, the possibility of law-application can only be explained by two different ontological outlooks and resulting epistemological theories: «a moderate cognitivism adopted by most modern legal positivists (following Hart)» or «a radical rule-sceptic position»<sup>32</sup>. These two alternatives are presented in the book as a dichotomy, since Sandro – rejecting the viability of the so-called “moderate scepticism”<sup>33</sup> – does not see a third possibility. So, avoiding what he calls the “indeterminacy threat” implied in the radical rule-scepticism<sup>34</sup>, Sandro opts for what then appears to be the only viable way to explain the concept of “law-application”: a “moderate” cognitivist theory.

This expression (“moderate cognitivism”) is used in many parts of the book<sup>35</sup> to refer to the “mixed theories” or “vigil theories” originally described by H.L.A. Hart, i.e., those intermediate positions about the determinacy of law (between “the Noble Dream” of radical formalism, and the “Nightmare” of radical scepticism)<sup>36</sup>. In this context, Sandro considers that there are good philosophical reasons to uphold some version of a “moderate determinacy thesis” in language, according to which there is a middle ground, a “meaning determinism” that would allow linguistic determinacy to be retained in core cases or easy cases<sup>37</sup>; also, he expressly declares that «only a mixed theory of legal interpretation, as resulting from an adequate theory of meaning in legal communication» seems capable of respecting the requirements of action-guidance and collective autonomy that, in his view, define constitutional democracies<sup>38</sup>.

But is it necessary to adopt the specific cognitivism assumed by Sandro in order to allow the distinction between “law-creation” and “law-application” and, therefore, the possibility of law-application within the model of constitutional democracy? I will try to show that the answer is negative, for two important reasons. On the one hand, this “moderate cognitivism” sustained by Sandro can be criticized due to some important flaws. On the other hand, there are other theories (even within the moderate positions about determinacy in law) capable of achieving the same objectives without those defects. Let us see.

#### 3.1. The flaws of Sandro’s “moderate” cognitivism

As we have seen, Sandro defends that, in the vast majority of cases, there is a level of meaning in legal texts that *pre-exists* the pragmatic interpretation (again, something that is *discovered* rather than *invented*)<sup>39</sup>. In these cases, the author sustains that the meaning of legal utterances

<sup>32</sup> SANDRO 2021, 13.

<sup>33</sup> SANDRO 2021, 108-110. Regarding Guastini’s “moderate scepticism”, it is interesting to note that other authors have also dismissed it on the basis of quite different conclusions: either by arguing that the most recent versions of that “scepticism” *à la génoise* have become indistinguishable from the mixed theory (BARBERIS 2000, 33-35) or by arguing that, despite his attempts, Guastini continues to be «a sophisticated defender of the Nightmare» (RAMÍREZ LUDEÑA 2012, 114).

<sup>34</sup> In this respect, José Luis Martí has also tried to show that radical scepticism is logically or conceptually incompatible (or at least pragmatically inconsistent) with the implementation of any liberal vision of the State and with any theory of democracy (MARTÍ 2002, 279).

<sup>35</sup> See e.g. SANDRO 2021, 13 and 112.

<sup>36</sup> HART 1977.

<sup>37</sup> SANDRO 2021, 259.

<sup>38</sup> SANDRO 2021, 172.

<sup>39</sup> This claim is central in Sandro’s work, as he points out that «if (knowledge of) the meaning of a legislative

can be simply “understood” because it is fully determined by lexical content and syntactic structure; and this would allow us to know what the law prescribes or establishes «before a necessarily inferential process of interpretation»<sup>40</sup>.

This author’s ideas lend themselves to a certain ambiguity. Sometimes it seems that Sandro denies the *necessity* of interpretation in the “vast” majority of cases<sup>41</sup>: the mere “understanding” of legal provisions would be sufficient<sup>42</sup>. If this is so, this claim would be very similar (or no different) to the cognitivist conception reflected in the “*in claris non fit interpretatio*” methodological directive, as it was assumed by the Exegetical School in the nineteenth century<sup>43</sup> (reminiscent of the legal doctrines of the Enlightenment)<sup>44</sup>. However, at other times in his work, Sandro does not seem to deny the necessity of interpretation; rather, his ideas are expressly oriented towards a «*preference* for literal or sentence meaning in legal interpretation» as a conceptual necessity<sup>45</sup>.

Let us take the first possibility of reconstruction. It is not convincing at all that in “clear” or “easy” cases there would be no need for legal interpretation. The notion of “easy case” does not dismiss interpretation: on the contrary, it presupposes it<sup>46</sup>. To establish that a certain case is an “easy case” (i.e., to confirm that the case falls into the “core of certainty” of a legal norm), it is previously necessary to carry out an interpretative activity. This is so because – as Giorgio Pino correctly notes – a case is “clear” precisely *in the light* of a norm, *concerning* a norm, and the norm is the product of an interpretation<sup>47</sup>. And even when the meaning of a legal text is considered fully determined by its parts and by the mode of its composition, this consideration is nothing but the product of a specific interpretive activity: the result of *literal interpretation* (understood in the sense of an *a-contextual* interpretation)<sup>48</sup>.

Regarding this first possibility of reconstruction, the “moderate” cognitivism defended by Sandro would have the major flaw of offering a picture of legal phenomena that neglects the institutional and interpretative dimension of the law, i.e., the circumstance that even in easy or clear cases «the law does not apply by itself to its addressees»<sup>49</sup>: in legal communication, there is an inevitable intermediation of the law-applying organs and interpreters in general<sup>50</sup>. And specifically regarding law-application processes, the competent organs must (cannot help but) attribute meanings to legal provisions, either by interpreting them or by using preceding interpretations (with the possible help of the interpretative discourses that circulate in the general legal culture)<sup>51</sup>.

But let us move on to the second – and maybe more accurate – possibility of reconstructing Sandro’s ideas: the conceptual necessity of *preferring* literal meaning within legal interpretation<sup>52</sup>.

utterance does not pre-exist, it simply cannot be *applied*» (SANDRO 2021, 4).

<sup>40</sup> SANDRO 2021, 184. See also SANDRO 2021, 201: «If law is the enterprise of guiding conduct through rules, the communication of such rules must generally suffice for law’s addressees [...] to understand what is required of them».

<sup>41</sup> In SANDRO 2021, 246-247, the author asks (in a critical way): «if between every rule and its application to a particular case there is a gap to be filled by such interpretive activity [...] what does it mean to follow a rule?».

<sup>42</sup> Sandro refers to an «intuitive juxtaposition of “understanding” and “interpreting” as different activities» (SANDRO 2021, 246) and, indeed, he uses this juxtaposition to communicate his ideas (SANDRO 2021, 209).

<sup>43</sup> See CHIASSONI 2009, 255 ss.

<sup>44</sup> In this context, it should be noted that Sandro links what he calls an “intuitive” juxtaposition between “understanding” and “interpreting” with the maxim *interpretatio cessat in claris* (SANDRO 2021, 246). In addition, the author does not hide his positive assessment of the “lessons” of the European Legal Enlightenment (see SANDRO 2021, 9 and 200).

<sup>45</sup> SANDRO 2021, 201 (italics added).

<sup>46</sup> GUASTINI 2011a, 427, nt. 62; PINO 2021, 98.

<sup>47</sup> PINO 2021, 98.

<sup>48</sup> GUASTINI 2011a, 96.

<sup>49</sup> PINO 2020, 391.

<sup>50</sup> PINO 2020, 395.

<sup>51</sup> PINO 2020, 391.

<sup>52</sup> Despite what the term “preference” may suggest, I assume that Sandro uses it within a theoretical discourse on interpretation, concerned with developing a model that could serve to understand what interpretation *is* (and not

This could mean that, even though there are cases in which interpretation involves «a creative or discretionary activity», in the majority of cases interpretation would be just a cognitive task aimed at discovering the literal meaning of legal utterances<sup>53</sup>. Nevertheless, this idea would overlook some important aspects frequently highlighted in theoretical discourses about legal interpretation:

- a) The notion of “literal interpretation” is not univocal: it could be understood in different senses, and not just as an *a-contextual* interpretation<sup>54</sup>.
- b) The same thing occurs with the very notion of “literal meaning”, which is actually a rather complex notion that can be defined in many different ways<sup>55</sup> (and not only in the same terms specified by Sandro).
- c) When the “literal meaning” is appealed to (even in an intuitive way), it could conceivably refer not only to the meaning that a term has in ordinary language, but also to the meaning that it has in legal (or other specialized) language<sup>56</sup>.
- d) Furthermore, legal language is not governed only by the rules of ordinary language, but also by rules and conventions that are specifically *legal*<sup>57</sup>.
- e) There are certainly “clear”, paradigmatic cases of “literal meaning”, but also doubtful cases in which “literal” meaning precisely constitutes the source of an interpretative doubt<sup>58</sup>.
- f) There is nothing fixed about the fact that something could count as a “clear” case of literal meaning: even the paradigmatic cases of applying a term can change over time and can be questioned<sup>59</sup>.
- g) Even literal interpretation has “a creative or discretionary” component because it presupposes a choice of the interpreter: the choice to set aside other possible interpretations<sup>60</sup>.

In sum, the point here is the following. Sandro’s cognitivism seems indeed “moderate” because it does not lead to affirm that *all* the cases have always a “correct” answer; he accepts that the content of the law is “typically” (not always) «determined by what the authorities communicate»<sup>61</sup> and, therefore, that «in some contexts of application what is communicated by the law might turn out to be underdetermined»<sup>62</sup>. However, at the same time, this cognitivism seems a bit *naïve*, because it leads to assuming that, in a majority of cases, the “correct” answer exists objectively<sup>63</sup> and is simply “discovered”: either by simply understanding (without interpretation) or simply by a literal interpretation<sup>64</sup>. In any case, either of these two alternatives

what interpretation *should be*; this would not be a part of a “theory of legal interpretation” but, rather, a prescriptive discourse for developing an *ideal* model of interpretation).

<sup>53</sup> SANDRO 2021, 208.

<sup>54</sup> Guastini refers to other two possibilities of understanding: as a “*prima facie* interpretation” or as a “declarative interpretation” (GUASTINI 2011a, 95-97).

<sup>55</sup> PINO 2021, 280 and 280, nt. 22.

<sup>56</sup> PINO 2021, 280-281. Thus, “literal meaning” could refer to the “common meaning” of words; to a technical-judicial meaning; or to a technical but non-judicial meaning. In this context, Pino points out the problem of what will be the “literal meaning” of a term that exists (with different meanings) both in legal language and in ordinary language. See PINO 2021, 281.

<sup>57</sup> PINO 2021, 336.

<sup>58</sup> PINO 2021, 280.

<sup>59</sup> PINO 2021, 100; GUASTINI 2011a, 96-97.

<sup>60</sup> GUASTINI 2011a, 402 and 402, nt. 10.

<sup>61</sup> SANDRO 2021, 210.

<sup>62</sup> SANDRO 2021, 202.

<sup>63</sup> «[T]he problem seems to be with the determinacy as much as with the objectivity of legal rules: [...] about what makes an application of law *correct* and another one *incorrect*» (SANDRO 2021, 247).

<sup>64</sup> This is precisely what characterizes the “naïve conceptions” of interpretive objectivism (PINO 2021, 75).



of reconstruction is highly problematic (as we have seen); furthermore, assuming them implies losing sight of the variety and diversity of the interpretative activities involved in the acts of law-application, as well of the complex “dialectic” of legal phenomena<sup>65</sup>.

Of course, Sandro defends this “moderate” cognitivism because he tries to avoid what he refers as the “current interpretive orthodoxy” in legal interpretation, according to which there is always «a gap between a rule and its applications»<sup>66</sup>. In his view, «[t]his clearly threatens law’s autonomy» and leads to conceiving law-application as «an inherently subjective and, at least in one potential sense, political activity»<sup>67</sup>. So, in Sandro’s view, his cognitivism is the only theory capable of respecting the objectivity of legal rules, which is required for evaluating an act of law-application as *correct* or *incorrect*. But is there really no other option?

### 3.2. Another “moderate” objectivism is possible

As is well known, “moderate” or “mixed” theories of legal interpretation constitute an extended family with diverse versions that use different criteria<sup>68</sup>: «the *Vigil* is compatible with many philosophical assumptions, without thereby implying severe ontological or semantic commitments for their adherents»<sup>69</sup>. In this sense, there are other theories that predicate a level of objectivity in the interpretation, without depending on some level of “pre-existing” meaning that *precedes* interpretation or that has to be *discovered* by a literal interpretation.

My point is that it is not necessary to commit to this type of cognitivism assumed by Sandro in order to maintain the connection between constitutional democracy and the distinction between “creation” and “application” of the law. There is certainly an alternative, and I synthesize it as follows:

- a) The distinction between “law-creation” and “law-application” can only be accurately formulated if we take into account the stratified nature of law and of legal communication, i.e., the level of *provisions* and the level (or multiple levels) of the interpretations of those provisions (the level of *norms*)<sup>70</sup>. According to this, it is possible to identify diverse and separable activities of “law-creation” and “law-application” on both levels (provisions and norms), in the same way explained by Guastini.
- b) Following this way of stating the distinction, the solution of legal cases is carried out through the application of *norms* (and not directly through the application of provisions). But that the norms are the result of interpretative activities does not imply that their application to concrete cases amounts to completely forgiving the importance of textual formulations or constitutes “an inherently subjective” or “political” activity. It is in this precise context that it is useful to turn to another type of “mixed” theory.
- c) The mixed theory of interpretation to which I refer<sup>71</sup> is one that could be able to recognize that:
  - a) the law is an institutionalized normative phenomenon that includes not only normative-producing organs (which produce normative texts) but also law-applying organs (which, through interpretation, extract the norms from these texts to be applied to legal cases)<sup>72</sup>; b) legal interpretation has necessarily a *creative* dimension since the language of normative-

<sup>65</sup> PINO 2021, 348.

<sup>66</sup> SANDRO 2021, 246.

<sup>67</sup> SANDRO 2021, 247.

<sup>68</sup> PINO 2021, 75.

<sup>69</sup> MORESO 1998, 160.

<sup>70</sup> GUASTINI 2015, 48-51. PINO 2020, 396.

<sup>71</sup> From now on I will entirely rely on the theory of legal interpretation articulated by Giorgio Pino (PINO 2021).

<sup>72</sup> PINO 2021, 347-348.

- producing organs (the “legislator”) is continuously transformed by the interpreters<sup>73</sup>; c) legal interpretation is by no means a totally free activity: it is always an interpretation of *something* (a normative text) and because of this it has also a *cognitive* dimension<sup>74</sup>.
- d) To reach a certain level of objectivity in legal interpretation – and, therefore, to have a standard that allows evaluating an act of law-application as *correct* or *incorrect* – it is possible to resort to the use of interpretive criteria considered right (e.g., because they are unanimously shared) or interpretive criteria used under ideal conditions<sup>75</sup>. This way, it is possible to recognize “easy cases” based – not in the existence of any objective and pre-existing meaning before the interpretation but – in certain common circumstances: incompletely theorized interpretive agreements, consolidated interpretations, paradigmatic cases and partial interpretive convergences, etc<sup>76</sup>.
- e) Even if there is not a clear dividing line between “easy” cases and “hard” cases<sup>77</sup> – and, therefore, between “correct” and “wrong” interpretations and further applications – it can be said that, in principle, there are two determinant factors that contribute to making possible the evaluation of a specific interpretation in terms of correctness: a certain correspondence with the starting normative text and the presence of appropriate justifications<sup>78</sup>. These factors operate reciprocally from an evaluative level: the greater the distance from the starting normative text, the greater the burden of argumentation and the need to justify such a distance<sup>79</sup>.
- f) The above is not equivalent to saying that «the more the judicial meaning of a provision is distant from its communicative one, the more the justificatory strength of the concept of law-application is undermined»<sup>80</sup>. This is so because even the interpretations that exhibit a pronounced distance from the starting text can still be considered “correct” if the justification is strong; and even the interpretations that are close to the textual meaning can still be considered “wrong” because they ignore the existent arguments for the opposite way (e.g., when the literal meaning gives rise to absurd or unconstitutional results)<sup>81</sup>.
- g) Last, but not least: incorporating this layered nature of law and legal communication is just the natural consequence of an adequate reconstruction of the law as a set of legal texts produced by the normative-producing organs, and the interpretations of those texts made by law-applying organs. And this does not prevent us from applying the characteristics of the rule of law to both levels: the resultant scheme is compatible with the tenets of constitutional democracies.

<sup>73</sup> PINO 2021, 348.

<sup>74</sup> PINO 2021, 74, 333, and 348.

<sup>75</sup> PINO 2021, 100.

<sup>76</sup> PINO 2021, 92-97.

<sup>77</sup> PINO 2021, 99.

<sup>78</sup> PINO 2021, 333.

<sup>79</sup> PINO 2021, 334.

<sup>80</sup> SANDRO 2021, 245.

<sup>81</sup> PINO 2021, 334.

## References

- BARBERIS M. 2000. *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, 1 ff.
- CHIASSONI P. 2009. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Giappichelli.
- GUASTINI R. 2011a. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2011b. *Rule-scepticism restated*, in GREEN L., LEITER, B. (eds.), *Oxford studies in philosophy of law (vol. 1)*, Oxford University Press, 138 ff.
- GUASTINI R. 2015. *A realistic view on Law and legal cognition*, in «*Revus*», 27, 2015, 45 ff.
- HART H.L.A. 1977. *American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream*, in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, 123 ff.
- MARTÍ J.L. 2002. *El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?*, in «*Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*», 17, 2002, 259 ff.
- MORESO J.J. 1998. *Legal indeterminacy and constitutional interpretation*, Springer.
- MORESO J.J. 2023. *The Discreet Charm of the Formalism: Paolo Sandro on Creating and Applying the Law*, in «*Diritto & Questioni pubbliche*», 1, 2023, 19 ff..
- PINO G. 2020. *Celano sul Rule of Law: il tassello mancante*, in LUQUE, P., MALDONADO MUÑOZ, M. (eds.), *Discutendo con Bruno Celano: vol. 1. Contributi*, Marcial Pons, 385 ff.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- RAMÍREZ LUDEÑA L. 2012. *El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a “El escepticismo ante las reglas replanteado”*, in «*Discusiones*», 11, 2012, 87 ff.
- SANDRO P. 2021. *The Making of Constitutional Democracy. From Creation to Application of Law*, Hart Publishing.



THE DISCREET CHARM  
OF FORMALISM:  
PAOLO SANDRO  
ON CREATING AND  
APPLYING THE LAW

JOSÉ JUAN MORESO



The Discreet Charm of Formalism:  
Paolo Sandro on Creating and Applying the Law

JOSÉ JUAN MORESO

Professor of Legal Philosophy, Pompeu Fabra University.  
E-mail: [josejuan.moreso@upf.edu](mailto:josejuan.moreso@upf.edu)

ABSTRACT

In this contribution, I first intend to explain in Section 2 the reasons why I agree with the main claim of Sandro's book, which is that constitutional democracy presupposes the ability to distinguish between creating and applying the law. However, I will then cast some doubts on Sandro's considerations on the meaning of legal texts, particularly in Chapter 5. In Section 3, I will discuss the text-act theory versus speech act theory, and in Section 4, I will present some objections to semantic minimalism. Finally, in Section 5, I will offer a more tentative consideration about the seemingly implausible relationship between formalism and arbitrariness.

KEYWORDS

Paolo Sandro's account, constitutional democracy, creation of law, adjudication of law, semantic minimalism, arbitrariness and discretion

# The Discreet Charm of Formalism: Paolo Sandro on Creating and Applying the Law

JOSÉ JUAN MORESO

1. *Introduction* – 2. *Constitutional democracy as organic whole* – 3. *Logic and conversation* – 4. *Minimal meaning v. potential meaning* – 5. *Formalism and arbitrariness*

Tarry a little, there is something else.  
This bond doth give thee here no jot of blood.  
The words expressly are 'a pound of flesh':  
Take then thy bond, take thou thy pound of flesh,  
But in the cutting it, if thou dost shed  
One drop of Christian blood, thy lands and goods  
Are, by the laws of Venice, confiscate  
Unto the state of Venice.  
William Shakespeare  
*The Merchant of Venice*  
[1596-1598]: Act IV. Scene I.

## 1. *Introduction*

In my opinion, the most significant argument presented in Paolo Sandro's (2022) beautiful book is that constitutional democracy requires the ability to differentiate between the creation and application of the law. I strongly agree with this claim, and Sandro supports his argument by discussing several crucial concepts such as power, politics, division of powers, constitutionalism, interpretation, legal realism, discretion, and more. The book is full of insightful observations that are always aligned with the author's purpose.

In this contribution, I will first explain my reasons for agreeing with Sandro's main claim in section 2. Afterward, I will raise some doubts about his considerations on the meaning of legal texts, primarily in chapter 5. In section 3, I will discuss the text-act theory v. the speech act theory, and in section 4, I will present certain objections to semantic minimalism. Finally, in section 5, I will introduce a more tentative consideration regarding the seemingly implausible relationship between formalism and arbitrariness.

Before diving in the main content, however, I would like to address the title. I believe that the most complete expression of the distinction between the creation and the application of the law is known as *legal formalism*. In a compelling paper by Schauer (1988, 510)<sup>1</sup>, he wrote:

Formalism is the way in which rules achieve their "ruleness" precisely by doing what is supposed to be the failing of formalism: screening off from a decisionmaker factors that a sensitive decisionmaker would otherwise take into account. Moreover, it appears that this screening off takes place largely through the force of the language in which rules are written. Thus the tasks performed by rules are tasks for which the primary tool is the specific linguistic formulation of a rule. As a result, insofar as formalism is frequently condemned as excessive reliance on the language of a rule, it is the very idea of decisionmaking by rule that is being condemned, either as a description of how decisionmaking can take place or as a prescription for how decisionmaking should take place.

<sup>1</sup> As it is well known, the argument of this paper is the core of SCHAUER 1991. See also BOBBIO 1958.

In my view, this is the *discreet charm of formalism*. Although Schauer himself cautions against taking this point to the extreme, he suggests endorsing only *presumptive formalism*. I fully agree.

## 2. *Constitutional democracy as organic whole*

Constitutional democracy is an ideal which embodies a value. And, according to G.E. Moore, the value should be regarded as an *organic whole* in which a whole «bears no regular proportion to the sum of the values of its parts» (MOORE 1903, 27)<sup>2</sup>. Constitutional democracy is an ideal where three sub-ideals are intertwined: the ideal of democratic self-government, the ideal of the protection and honor of basic rights, and the ideal of the rule of law. The rule of law in its thin or procedural account includes only one sub-ideal, whereas its thick or substantive account encompasses all three sub-ideals. The third sub-ideal can be better described by the elegant expression used in the Québec French, “*la primauté du droit*”. Understood in this way, the ideal contains the so-called features of the *inner morality of law* (FULLER 1969, ch. 2): (1) generality; (2) publicity; (3) prospectiveness; (4) clarity; (5) non-contradiction with other laws; (6) the possibility of conformity to the law; (7) constancy through time; and, finally, (8) congruence between the announced laws and their application, as well as the procedural or institutional requirements, such as an impartial and independent judiciary, the right to be heard and to present reasons and evidence, to ensure that judicial decisions are responsive to the evidence and arguments presented before it: *nemo iudex in causa propria, audiatur et altera pars* and *ubi non est actio, ibi non est jurisdiction*<sup>3</sup>.

Thus conceived, constitutional democracy has greater value than its constituent parts. Moreover, the three parts presuppose the distinction between creating and applying the law.

If the various legal realisms were correct, we could not separate the creation from the application of law. If «general propositions do not decide concrete cases» (Holmes in the dissenting vote of *Lochner v. New York*)<sup>4</sup> and «in an important sense legal rules are never clear» (LEVI 1949, 3), then judges would always create the law for individual cases, and constitutional democracy would not be an ideal, but only an *illusion*. The three sub-ideals would be undermined by this account: self-government because we would not be governed by *our* laws, but by judicial decisions; the protection of basic rights because our bills of rights would always be in the fog, only cleared by the final judicial adjudication; and the procedural rule of law because the congruency between the enacted laws and their application would be empty, given that the enacted rules would never be clear.

For this reason, I will now examine how Paolo intends to draw the line. I assume that his objections to the sceptical arguments (in chapter 3) are well grounded and no more I will say on that.

## 3. *Logic and conversation*

In the introduction, Sandro argues that the speech-acts theory is not applicable to legal communication. Sandro (2022, 5) says:

The second limb of my strategy of to explain why the application of speech-act theory to legal communication is unsatisfactory and should be replaced by what I instead call “text-act theory”. The point here is straightforward: speech-act theory is modelled after face-to-face – or conversational – communicative exchanges, that is, there taking place (at the same place and moment in time) between a speaker and a hearer. But this is clearly not what happens with legal communication.

<sup>2</sup> See this idea as developed in MORESO 2019.

<sup>3</sup> See, for instance, for a general presentation and discussion, WALDRON 2020 and CELANO 2022.

<sup>4</sup> *Lochner v. New York*, 198 US 45, 76 (1905).



And, in the chapter six he elaborates this point (SANDRO 2022, 195):

[...] as complex sentences or “unsponsored” text-acts, legislative utterances are a-contextual or unconstitutional, both in the sense that there is no shared “situational” context between producers and receivers, and in that, by definition, legal utterances are created to be applied over multiple contexts across time and space. [note omitted]

While I agree that there are limitations to applying conversational pragmatics to legal communication, I have doubts on one of Sandro’s conclusions (2022, 196):

[...] the actual locutionary intentions of the members of Parliament – as opposed to their illocutionary intention – cannot be relevant, constitutively, towards the determination of the meaning of the legislative utterance.

In my view, legal interpretation requires a different approach from ordinary conversation because the context of legal communication is distinct. The context of enacting a legal text is very different from the context of applying it. Therefore, the legislator and the addressees of her rules cannot be considered to be part of the same conversation in a literal sense. Instead, legal interpretation requires the use of different instruments, such as those used to attribute meaning to literary and philosophical texts of the past. Legal interpretation is sometimes compared to *translation* (LESSIG 1993), because, like translating a text from another language, it involves taking into account the original context as well as the context of application. This allows us to fully grasp the meaning of the text. For example, literary works such as Shakespearean plays must be translated again from time to time because speakers of other languages (Spanish, Italian) may not understand all of its nuances of the language in which, say, *Richard III* was translated one hundred years ago<sup>5</sup>.

In this sense, I agree with Paolo. Curiously, this is also the position of a recent book (POGGI 2020), which argues against the application of the Gricean pragmatics to legal communication. And it is curious because Francesca argues her position, which is completely different from Paolo’s, to show that (POGGI 2020, 296) «legal interpretation is not essentially a question of communication». This is another expression of scepticism about legal interpretation, which is one of the targets of Paolo’s criticism.

Nonetheless, I do not agree with the irrelevance of the locutionary intentions of the legislator. Sometimes we cannot determine the meaning of legal texts without certain pragmatic operations (GRICE 1975, 1989), such as implicatures, pragmatic enrichment and so on<sup>6</sup>.

Let me introduce a ruling of the Spanish Constitutional Court (STC June, 15, 1981). Section 25.3 of the Spanish Constitution states:

*The Civil Administration may not impose penalties which directly or indirectly imply deprivation of freedom.*

And the Court argues that «from the section 25.3 is derived “*a sensu contrario*” that the Military Administration may impose penalties which, either directly or indirectly, imply the deprivation of freedom». It is clear that the Constitution does not mention the Military Administration, but the Constitutional Court interprets the *silence* of the constitutional provision as allowing the Military Administration to use penalties that imply the deprivation of freedom. I think that here the Constitution establishes a strong protection, forbidding the civil administration to

<sup>5</sup> I developed these ideas in MORESO 2022.

<sup>6</sup> A similar position in PINO 2021, 121-124; 202-205.

impose this kind of penalties to, and that, as an *implicature*, allowing the Military administration to impose these penalties.

I believe that a *contrario* argument is *often* a pragmatic argument, which obtains an *implicature* in a certain context. Implicatures, as is well-known, are *cancellable* (for instance, DAVIES 2019). It is conceivable that a strongly freedom-protecting Constitution could extend the regime of civil administration to military administration.

The context determines whether the argument is suitable. In some contexts, silence, perhaps together with other regulations, is a good indicator that we can obtain the implicature, while in other contexts, it is not. For example, if I say that our friend Cristina will not arrive on time to the dinner we have planned in a restaurant, it seems that I conversationally imply that she will arrive. Clearly, I can cancel this implicature by adding something like «because she is outside the city». However, in most contexts, my linguistic utterance conversationally implies, but it is not a logical consequence, that Cristina will arrive at some moment during the dinner.

Therefore, in my view, the success of the *a contrario* argument depends on showing that the implicature is reasonable in a certain context. Perhaps for that reason, the *a contrario* argument is suitable in certain contexts, while in others, the *analogy* argument, which leads to the opposite conclusion, is more appropriate.

Something similar happens with the canon of interpretation *expressio unius est exclusio alterius*. As is known, this canon is one of the canons which a famous article of Llewellyn (1950) tried to show as always having a *parry*. In this case the opposite canon to the *expression unius* is the following:

*The language may fairly comprehend many different cases where some only are expressly mentioned by way of example.*

In fact, canons are not only sometimes in opposition but they also cooperate in order to achieve the most suitable interpretation (see for this case, SINCLAIR 2008/2009). When F.C. von Savigny (1840, 215) introduced the well-known four elements for the interpretation – grammatical, logical, historical, and systematic – he added:

These elements are not four kinds of interpretation among which we could arbitrarily choose. On the contrary, there are four different operations which only jointly are able to interpret the legal statutes, even though in certain circumstances one of them could be more relevant than the other.

My suggestion is that arguing *a contrario* is a way of arguing pragmatically. Determining accurately the context is crucial here. And the context, in cases of legal interpretation, is quite different from the context in common conversation, the preferred field of philosophers of language. In legal cases, the context of the enactment of legal provisions is relevant, but also the judicial interpretation, precedents, and so on; and the context of adjudication is also crucial.

In the following section, I will attempt to complete these considerations on the application of pragmatics to legal communication.

#### 4. *Minimal meaning v. potential meaning*

Paolo argues that, to maintain the distinction between creating and applying the law, we must reduce the role of pragmatics in his speech-text theory to a minimum. In his words (2022, 6):

The upshot of this move, for our purposes, is that we can then identify a level of meaning in legal communication that is essentially conventional (what legal interpreters already call “literal” meaning), and as such pre-exists the (pragmatic) interpretation by courts.

And Paolo endorses Borg's *minimalist semantics* for this purpose (for instance BORG 2012), which involves four elements (SANDRO 2022, 202):

- (i) Semantic account for sentences is truth-valuable content.
- (ii) Semantic content for sentences is fully determined by syntactic structure and lexical content: the meaning of a sentence is exhausted by the meaning of its parts and their mode of composition.
- (iii) There are only a limited number of context-sensitive expressions in natural language.
- (iv) Recovery of semantic content is possible without access to current speaker intentions (crudely, grasp of semantic content involves "word reading" not "mind reading").

However, I believe that it is impossible to fully understand the content of legal texts without considering pragmatics. Semantics alone cannot provide access to the legal meaning of legal enactments. As an example, we can examine the standard way in which homicide is punished in the Italian and the Spanish Criminal Codes. Article 575 of the Italian Criminal Code states:

*Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.*

And section 138.1 of the Spanish Code states:

*El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.*

In the case of the Italian regulation, the word "uomo" ("man") is ambiguous and can refer to all human beings – like in the handbooks of logic «All men are mortal» – or only to sexually male individuals – as in «most men over 50 years of age experience prostate problems». It is through a pragmatic operation, such as implicature or pragmatic enrichment, that we can determine which interpretation is appropriate. In this case, it is obvious that "uomo" refers to all human beings.

The Spanish regulation also requires a cooperative effort, «el que matare a otro» («that who kills another») does not explicitly state that the victim should be a human being. However, it is pragmatically implied that this is the case.

One important feature of implicatures is that they are *cancellable*. In both of these cases, the implicatures can be cancelled. For example, if the legislator decides to punish differently killing men and killing women in the Italian case, then the implicature is cancelled and "uomo" would mean "man". Similarly, if intelligent beings, who are rational and vulnerable like humans and can be both perpetrators and victims of death, come to Earth, then the implicature of "another" being a human being can be cancelled in the Spanish case. Changes in the world can make the Spanish regulation applicable to new cases<sup>7</sup>.

Therefore, in my view, the Gricean principle of cooperation works well in legal communication. The communicative content of the authoritative decisions is *relevant*, in a way to be better specified, for determining the content of our legal obligations, rights and powers, and pragmatic operations are compatible with the previous determination of the normative solution of individual cases. We can assign meaning univocally to linguistic utterances, even in accounts that are friendly to the role of pragmatics in determining meaning, such as Recanati's account (2004). Legal texts may display *potential meanings* or *contributory reasons*, as Dancy (2004, 15-17) suggests, or they may determine the content of the law *pro tanto* way, as Asgeirsson (2020) argues.

However, whether the meaning of legal texts is sufficient to determine the legal context, as presupposed in the *Standard Picture* (GREENBERG 2011), or whether it is only the first word but

<sup>7</sup> In PERRY 2011 there is an explanation, completely convincing to me, of how changes in the world and changes in our knowledge of the world change the meaning of legal provisions.

not the concluding word (GREENBERG 2014) remains an open question. Unfortunately, I cannot elaborate on this crucial point here.

### 5. *Formalism and arbitrariness*<sup>8</sup>

I would like to conclude with a tentative suggestion that should remain as an idea to be developed in the future. What I mean is that the idea of the law as a book of rules, interpreted and applied with extreme formalism, often leads to the *arbitrariness*. It may seem like an *oxymoron*, but any legal system contains so many rules that it is always possible for the adjudicator to selectively apply only those that are convenient and neglect those that are not in a given case. Those who have lived in dictatorships (in my case, fortunately, for a short time when Franco died, I was an adolescent) and heard the saying *dura lex, sed lex* know how this combination of extreme formalism and extreme arbitrariness is possible.

During the lockdown in 2020, amidst the pandemic, I saw on TV a film adaption (directed by Michael Radford in 2004) of William Shakespeare's masterpiece, *The Merchant of Venice*. It seemed to me a very nice version (no doubt due to the magnificent actors, Al Pacino played Shylock, Jeremy Irons played Antonio, Joseph Fiennes played Bassanio, and Lyn Collins played Portia). Watching the film made me reflect on this point: Shylock has made claim to obtain a pound of Antonio's flesh, nearest to his heart, in virtue of a loan that bankruptcy prevented him from paying, a claim grounded on a literal interpretation of the applicable Venetian law. However, Portia – disguised as a young lawyer from Bologna – effectively objected to this claim by interpreting other provisions of Venetian legislation with the same literal tenor and formalist rigor, which led to Shylock's economic ruin. When Shylock was close to killing the poor Antonio, Portia argues in this very literal way (SHAKESPEARE 1596-1598: Act IV. Scene I):

Tarry a little, there is something else.  
 This bond doth give thee here no jot of blood.  
 The words expressly are "a pound of flesh":  
 Take then thy bond, take thou thy pound of flesh,  
 But in the cutting it, if thou dost shed  
 One drop of Christian blood, thy lands and goods  
 Are, by the laws of Venice, confiscate  
 Unto the state of Venice.

Therefore, another thing to learn from Shakespeare is that it is not a good idea to conceive the law as a book of rules which are auto-applying to the cases. This is not only because it can generate patently unjust solutions in many situations but also because such an account easily leads to a plainly arbitrary application. There is no good reason to either miss or long for the charm of formalism.

<sup>8</sup> This idea appears elaborated in MORESO 2020.

## References

- ASSGEIRSON H. 2020. *The Nature and Value of Vagueness in the Law*, Hart Publishing.
- BOBBIO N. 1958. *Sul formalismo giuridico*, in «Rivista italiana di diritto e procedura civile», 1, 977 ss.
- BORG E. 2012. *Semantics without Pragmatics*, in ALLAN K., JASZCZOLT K. (eds.), *The Cambridge Handbook of Pragmatics*, Cambridge University Press, 513 ss.
- CELANO B. 2022. *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el rule of law*, Marcial Pons.
- DANCY J. 2004. *Ethics without Principles*. Oxford: Oxford University Press.
- DAVIES W. 2019. *Implicature*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2019 Edition)*, URL: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/implicature/>.
- GREENBERG M. 2011. *The Standard Picture and its Discontents*, in GREEN L., LEITER B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law, vol. 1*, Oxford University Press, 39 ss.
- GREENBERG M. 2014. *The Moral Impact Theory of Law*, in «The Yale Law Journal», 123, 1288 ss.
- GRICE P.H. 1975. *Logic and Conversation*, in COLE P., MORGAN J. (eds.), *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, Academic Press, 41 ss.
- GRICE P.H. 1989. *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press.
- LESSIG L. 1993. *Fidelity in Translation*, in «Texas Law Review», 71, 1165 ss.
- LEVI E. 1949. *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago University Press.
- LLEWELLYN K.N. 1950. *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about how Statutes are to be Construed*, in «Vanderbilt Law Review», 3, 395 ss.
- MOORE, G.E. 1903. *Principia Ethica*, Cambridge University Press.
- MORESO, J.J. 2020. *Regreso a Villa Valeria. Sobre el constitucionalismo de Luis Prieto Sanchís*, in ANDRÉS IBÁÑEZ P., GRÁNDEZ CASTRO P.P., MANCIANI BURGOS B., POZZOLO S. (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Libro Homenaje a Luis Pietro Sanchís*, Palestra, pp. 85 ss.
- MORESO J.J. 2021. *Estado de Derecho*, in GÓNZALEZ RICOY I., QUERALT J. (eds.), *Razones públicas. Una introducción a la filosofía política*, Ariel, 258 ss.
- MORESO J.J. 2022. *Filosofía del lenguaje para juristas*, in LARIGUET G., GONZÁLEZ LAGIER D. (eds.), *Filosofía. Una introducción para juristas*, Trotta, 49 ss.
- PERRY J. 2011. *Textualism and the Discovery of Rights*, in MARMOR A., SOAMES S. (eds.), *Philosophical Foundations of Language and Law*, Oxford University Press, 105 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- POGGI F. 2020. *Il modelo conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, Edizioni ETS.
- RECANATI F. 2004. *Literal Meaning*, Cambridge University Press.
- SANDRO P. 2022. *Making Constitutional Democracy. From Creation to Application of Law*, Hart Publishing.
- SAVIGNY F.C. VON. 1840. *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Veit und Comp.
- SCHAUER F. 1988. *Formalism*, in «The Yale Law Journal», 97, 509 ss.
- SCHAUER F. 1991. *Playing by the Rules*, Oxford University Press.
- SINCLAIR M.B.W. (2008/2009). *Only a Sith Thinks Like That: Llewellyn's "Dueling Canons", Seventeen to Twenty*, in *New York Law School Legal Studies. Research Paper Series*, 08/09, 27.
- WALDRON J. 2020. *The Rule of Law*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2020 Edition)*, URL: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>.



WHO FEARS  
THE ANTI-LITERALIST  
BOGEYMAN?  
ON PAOLO SANDRO'S  
MEANING-DETERMINISM

NICOLA MUFFATO



# Who Fears the Anti-literalist Bogeyman? On Paolo Sandro's Meaning-determinism

NICOLA MUFFATO

Associate Professor of Legal Philosophy at the University of Trieste.

E-mail: [nmuffato@units.it](mailto:nmuffato@units.it)

## ABSTRACT

The paper is devoted to deepening the philosophical background of Paolo Sandro's conceptual distinction between law-application and law-creation. In §1, I present his main arguments for this distinction, which recommend the adoption of Mario Jori's macro-pragmatics combined with text-act theory and semantic minimalism. I then offer an alternative characterization of their rival conceptions, skepticism and contextualism in §2, before raising five objections to Sandro's a-contextualist meaning-determinism, to show how its persuasiveness depends on a misleading conception of language, the fixed-code fallacy – to borrow Roy Harris' captivating label.

## KEYWORDS

literalism, interpretive legal skepticism, contextualism, reification of norms, fixed-code fallacy



# Who fears the anti-literalist bogeyman? On Paolo Sandro's meaning-determinism

NICOLA MUFFATO

1. *The central pillar (and some modus ponens arguments)* – 2. *Philosophical crossfire*

## 1. *The central pillar (and some modus ponens arguments)*

I am grateful for the opportunity to discuss Paolo Sandro's thought-provoking and well-written book, *The Making of Constitutional Democracy* (henceforth, MoCD). I apologize in advance for not being able to do full justice to its complexity and the connections of the theses the author argues for within this limited space. I will instead directly approach a central argument that I consider flawed and try to deepen in the philosophical background it presupposes of the work.

Sandro's main goal consists in defending a reconstruction of the common fundamental structure of constitutional democracies grounded in the distinction between law-creation and law-application. By *law-creation* Sandro means – if I'm right – a (legally) proceduralized linguistic production of a text providing a set of provisions that communicates new general and abstract legal norms. By *law-application*, he refers to a (legally) proceduralized linguistic production that results in a particular and concrete legal norm and expresses a decision whose content can be either bound – i.e., derived from a general and abstract norm (*application in a strict sense*) – or discretionary – i.e., implying a choice among possibilities pre-determined by the communicative frame vehiculated in the relevant legal text. To make a long story short, for Sandro, if this distinction is *de facto* or theoretically blurred – as some legal realists suggest – then 1) against the rule of law, the exercise of power by legal authorities appears to be indeed unconstrained; 2) against the principle of legal certainty, law is prospectively indeterminate and cannot guide the actions of individuals to solve conflicts and cooperation problems; 3) against the democratic principle of collective autonomy, people cannot rule themselves through their elected representatives.

Sandro adopts a fruitful multidisciplinary methodology, offering historical, political theoretical, sociological, and philosophical considerations to resist different debunking analyses and narratives about the unfeasibility of the law creation/application distinction. However, the central pillar that bears most of the weight of his jurisprudential cathedral is, in my opinion, a conceptual argument from analytical language philosophy. It can be summarized along the following lines:

1.1. First, the law is a semiotic system, «a linguistic, and more generally expressive, activity, in that it is based on (abstract) entities such as rules (and norms) created through speech acts»<sup>1</sup>; it is «the kind of practice whose point is the general guidance of conduct through rules expressed linguistically, and those rules must be able to be followed, by and large, by the public without further intervention by the courts»<sup>2</sup>. Accordingly, «the legal system needs to successfully communicate standards of behaviour (at least in a majority of cases) to incredibly vast audiences in a stable manner across time and space and through multiple contexts»<sup>3</sup>. Moreover, it must accomplish this task assuring a sufficiently high level of objectivity, otherwise a legally

<sup>1</sup> SANDRO 2022, 25.

<sup>2</sup> SANDRO 2022, 177.

<sup>3</sup> SANDRO 2022, 201.

organized society would not exist at all. These conditions can be met, and wherever they are met legal communication takes place.

Sandro's first point can also be framed as an enthymematic *modus tollendo tollens* argument:

«if we always needed to go through the adjudicative moment in order to know what the law is for a given situation, it is not clear at all how law [...] could ever [i.e., law could never] fulfil [its] general guiding function»<sup>4</sup>

– first premise ( $A \rightarrow B$  or  $A \leftrightarrow B$ );

but (it would be absurd to deny that) the law fulfils its general guiding function (at least in a great majority of cases) – second premise ( $\neg B$ );

therefore, it must be possible to know what the law is without going through the adjudicative moment – conclusion ( $\neg A$ ).

1.2. The fulfilment of law's guiding function – and this is Sandro's second point – is only possible if legal language works in a very peculiar way. This remark was originally made by Mario Jori<sup>5</sup>, who described legal language as a *tertium genus* between ordinary language (spontaneously and cooperatively evolved, characterized by a general effability and a bottom-up, “customary” normativity) and “instrumental/technical” languages (intentionally developed by experts to pursue specific aims, characterized by a limited effability and a top-down normativity). Legal language is different because its use is not backed by a common specific aim or principle of cooperation. Instead, given the semiotic backlashes of the practical conflicts the law deals with, it is administered by linguistic legal authorities, *in primis* legislatures and judges. These subjects «establish what can and cannot be said with specific uses of legal language, thus reducing its overall pragmatic scope»<sup>6</sup>. More precisely, «legal authorities retain the power to modify the rules of legal language (in particular at the semantic level) in their pursuit of a more precise and verifiable intersubjective tool to expose and manage conflicts within the group».<sup>7</sup> So, according to Sandro, legal discourses «are more formalised (in the sense of the precision of their semiotic rules) and less dependent on context than ordinary linguistic conversation»<sup>8</sup>. In brief, the macro-pragmatic structure of legal language guarantees a sufficient degree of determinacy of the meanings of legal texts.

1.3. This second point is reinforced by a consideration of the *textual* nature (at least in the great majority of cases) of legal communication. Statutory norms, for example, are conveyed by written provisions, which can be seen as text-acts. Now, the third fundamental thesis in Sandro's reconstruction holds that to offer an adequate account of legal communication, we should replace conversational pragmatics and speech act theory with a text-act theory supported by some qualified versions of semantic minimalism, the variety of literalism defended by Emma Borg<sup>9</sup>. On one side, only text-act theory takes the written, unilateral (“closed”), context-free (or context-invariant), and unsponsored dimensions of legal communication seriously. On

<sup>4</sup> SANDRO 2022, 176.

<sup>5</sup> Cf. JORI 1996.

<sup>6</sup> SANDRO 2022, 188.

<sup>7</sup> SANDRO 2022, 188.

<sup>8</sup> SANDRO 2022, 185.

<sup>9</sup> Cf. BORG 2004.

the other, semantic minimalists' reference to a layer of conventional meaning better fits the needs of compositionality and explains, without conjuring up more or less hidden non-linguistic causes, the normal convergence in the abiding behaviours of officials and lay-people: they simply come to understand the sufficiently pre-determined meaning-contents of legal provisions. As Sandro maintains,

«the author of a text-act can make the co-text of an utterance as informative as she considers necessary for the successful outcome of the communicative act [...] in these communicative text-acts the author, if she wants to successfully transmit exactly the same message to any number of different recipients across a variety of contexts, must seek a higher degree of 'accuracy and precision of meaning' than in ordinary, face-to-face conversation. This means not just reducing as far as possible syntactical ambiguity, but also, for instance, making the co-text as informative as possible – so that the saturation and/or connotation of lexical-grammatical elements are exhausted by said co-text and, in this sense, determined by it»<sup>10</sup>.

More precisely, not only are legal provisions independent from the context of legislative utterances and the potentially infinite contexts of reception/interpretation, but even “the boundaries of the relevant co-text [...] can be artificially fixed *ex ante*, unlike in ordinary communicative exchanges”<sup>11</sup>.

As one might expect, Sandro cannot examine in detail the endless ramifications and subtleties of the enduring debates between literalism and contextualism. He rather proceeds arguing again by *modus tollens*. Here are some examples:

(1) «if [legal standards of behaviour] were to be, in the vast majority of cases, a function of the opaque context of creation and potentially infinite wide contexts of reception, then it is not clear how the law could communicate ([i.e., the law could never communicate] in a stable manner anything at all»<sup>12</sup>

– first premise ( $A \rightarrow B$  or  $A \leftrightarrow B$ );

but (it would be absurd to deny that) law can communicate in a stable manner its prescriptions  
– second premise ( $\neg B$ );

---

therefore, legal standards of behaviour are not, in the majority of cases, a function of the opaque context of creation and potentially infinite wide contexts of reception – conclusion ( $\neg A$ ).

(2) According to contextualism, despite the difference between the context of legislation and the potentially infinite contexts of interpretation, «there is a striking convergence of (pragmatic) interpretations [...]. But what is this convergence due to, if not precisely to the conventionality of (the level of) meaning deployed by the author(s) of a text?»<sup>13</sup>. In other words, if the meaning of the legislative text were not conventional, then the convergence of pragmatic interpretations would be either impossible or a striking coincidence – first premise ( $A \rightarrow B$  or  $A \leftrightarrow B$ );

but (it would be absurd to deny that) the convergence of interpretations is a normal fact about legislative communication – second premise ( $\neg B$ );

---

<sup>10</sup> SANDRO 2022, 204.

<sup>11</sup> SANDRO 2022, 199.

<sup>12</sup> SANDRO 2022, 201.

<sup>13</sup> SANDRO 2022, 209.

therefore, the meaning of the legislative text must be conventional – conclusion ( $\neg A$ ).

(3) «if it is always context-dependent [...], semantic (lexico-syntactic) meaning cannot be used as a general means of transmitting constantly any kind of content across different subjects and different contexts [...], any kind of objective relation – even minimal – between signifier and signified is obliterated»<sup>14</sup>

– first premise ( $A \rightarrow B$  or  $A \leftrightarrow B$ );

but (it would be absurd to deny that) meaning can be used as a general means of transmitting constantly any kind of content across different subjects and different contexts, and signs exist – second premise ( $\neg B$ );

therefore, meaning is not always context-dependent – conclusion ( $\neg A$ ).

In sum, law's communicative goals are achieved in virtue of the macro-pragmatic peculiarity and textual nature of legal language, which can pre-determine the meaning of, e.g., legislative utterances, and fix their co-text. Legal provisions can thus be applied without always resorting to interpretive discretion, thereby securing the distinction between law-creation and law-application and a conceptual space for the rule of law and the principle of collective autonomy.

## 2. *Philosophical crossfire*

2.o. The narrative/rhetorical development of MoCD can be reconstructed as the dramatization of a dialectical battle against interpretive skeptics, who contend that the law is inevitably indeterminate, and contextualists, who deny that the meaning of a text can be fixed and determined before its interpretation, in the context of reception. Both the skeptic and the contextualist attack the *modus tollens* arguments sketched above, rejecting their premises. The skeptic typically deems the second premise ( $\neg B$ ) to amount «to a dogmatic insistence on mistaking common sense for scientific truth»<sup>15</sup>. The contextualist, on the other hand, disallows a construction of the first premise as a biconditional logically equivalent to an exclusive disjunction ( $\neg A \text{ aut } B = A \leftrightarrow B$ ) – regarded as a false dilemma – and offers a completely different conception of signification, not compromised with language mythologies. Taken together, skeptical and contextualist arguments subject Sandro's view to a fatal crossfire.

Before delving into these dialectics, however, let us pause to see how Sandro defines the skeptical and contextualist positions. The third chapter of MoCD is devoted to distinguishing four varieties of skeptical claims applied to law: 1) the *radical-immanent indeterminacy thesis*, according to which the law is globally indeterminate due to the characteristics of the legal practice – there are neither objective *legal* meanings nor binding *legal* norms nor exclusionary *legal* reasons; 2) the *radical-transcendental indeterminacy thesis*, which denies *tout court* the possibility of objective meanings and binding norms; 3) the *moderate-immanent indeterminacy thesis*, according to which the law is indeterminate only in litigated cases; 4) the *moderate-transcendental indeterminacy thesis*, which states that interpretive statements are neither true nor false, but only more or less persuasive.

<sup>14</sup> SANDRO 2022, 183.

<sup>15</sup> TAYLOR 1997, 189.

Sandro's quadripartition, however, is ill-conceived. Not only does it fail to precisely indicate the sense in which the moderate-transcendent indeterminacy thesis is both "moderate" and "transcendent", but it also misses the fundamental difference between radical and moderate *meaning*-indeterminacy, which is conceptually independent of the fact that some cases happen to be litigated and others not, and surely does not rely on the acknowledgement of easy cases. According to the skeptic, a case is not easy because its solution is pre-determined by legislative provisions or past decisions. A sounder alternative classification, then, could be the following: the radical skeptic accepts that "anything goes" because if there is no objective standard against which to measure the correctness of meaning-ascriptions, then, *à la* Ivan Karamazov, any interpretation is permissible. The "moderate" skeptic, instead, allows for the possibility of *unjustified* meaning-ascriptions<sup>16</sup> (interpretive errors), while insisting that every speech or text is subject to multiple interpretations (*plurality thesis*), which are equally justified (*parity thesis*)<sup>17</sup>. Nonetheless, it must be noted that the plurality thesis admits degrees, so that it can appear more or less skeptical depending on the breadth of the range of the admitted interpretive canons and solutions.

Translating this distinction into two "law-immanent" theses, we obtain that 1) radical skepticism amounts to the view of a Humpty-Dumpty in robes, according to which the meaning of a legal provision is created (depends on) the interpreter, while 2) moderate skepticism maintains that any interpreter can always ascribe more than one (but not whatever) meaning to each legal text, in each context of application of the relative norm, by either following the ordinary linguistic rules or employing the variety of alternative interpretive methods and techniques, legal doctrines, and normative theories available to lawyers in their interpretive community. Moderate skepticism seems, then, to conceive of interpretive criteria as technical (non-regulative) rules.

Moreover, some authors observe that the indeterminacy of *law* does not depend so much on *linguistic* indeterminacy as on the *practical attitudes* of the interpreters – especially judges – towards the legal norms<sup>18</sup>. Beyond the distinctions between literal and non-literal meaning, what is *said* and what is *meant*, interpretation and integration are often hard to trace. Not only is the locution *literal meaning* itself ambiguous, but the very fact that a norm is entrenched or defeasible depends on how the interpreter *treats* it, in a publicly justifiable way: legality must be balanced with other principles.

A legal skeptic might thus say that:

- (a) legal rules can (and do) exist and can be (are) binding, but "paper" rules are not *real* rules, due to the indeterminacy of their a-contextual meaning (*interpretive skepticism*);
- (b) legal rules can and do exist, but they can always be treated as subject to unpredictable yet justifiable exceptions (*unrestricted defeasibilism*);
- (c) "General propositions [linguistic formulations of legal rules] do not decide concrete cases"<sup>19</sup> (*particularism*).

But there is more. The last station along the tracks of skepticism is the claim that

- (d) we are not justified in assuming that legal rules exist at all (*rule-skepticism*).

In current jurisprudential debates, however, (d) is rarely – if ever – expressly underwritten.

<sup>16</sup> As a first approximation, a meaning-ascription is unjustified when it is not supported by valid reasons, that is, accepted meaning rules and reasonableness standards. Whenever a meaning-ascription lacks this support, it is usually unpersuasive.

<sup>17</sup> Cf. LAUDAN 1990; MEDINA 2006, 15 S.; CHIASSONI 2019, 98.

<sup>18</sup> Cf. SCHAUER 2012, 23 f.; LUZZATI 2016a, 306; CHIASSONI 2019, 240-253.

<sup>19</sup> HOLMES 1905, 76.

A further problem in the classification of the skeptical varieties concerns its possible overlaps with the spectrum of contextualist positions. To clarify, let me list some theses in the analytical philosophy of language:

- (i) a-contextual meaning is always theoretically determinate (*radical literalism*);
- (ii) in many cases, if not all, a-contextual meaning can be *known* because it is sufficiently determinate – univocal, clear, precise – for the purposes of communication (let us call *moderate literalism* this conception);
- (iii) a-contextual meaning – if it makes sense to talk about an “a-contextual meaning” at all – is always theoretically indeterminate (*anti-literalism*);
- (iv) contextual meaning is always *theoretically* determined – that is, it can be inferred with enough approximation by applying a hierarchy of rational principles to the salient features of the context (*radical cognitivist contextualism*);
- (v) contextual meaning is always theoretically indeterminate (*theoretical contextualist skepticism*);
- (vi) contextual meaning is always *practically* determined – that is, it can be ascribed as the result of a semiotic process that always involves decisions (*non-cognitivist contextualism*);
- (vii) in some cases (hard cases) contextual meaning cannot be theoretically determined and must be practically determined (*moderate cognitive contextualism*);
- (viii) contextual meaning is always theoretically and practically indeterminate (*radical meaning skepticism*).

Leaving aside (viii) – which I will try to make sense of later – it is quite apparent that an interpretive/meaning skeptic would reject both literalism and cognitivist contextualism. This would leave her with anti-literalism, theoretical contextualist skepticism, and non-cognitivist contextualism. Note, however, that the latter is not, strictly speaking, an indeterminacy thesis. Sandro is then almost right when he assumes that the drop point for the interpretive legal skeptic is meaning-contextualism<sup>20</sup>. Yet, the skeptic can pick out only some contextualist arguments against literalism because she is called to turn out the idea that the ascription of meaning in context and the relative contextualization are just (or usually) rule-governed inferential processes: the contextual meaning cannot be fixed through meaning rules that make rational interpretive principles applicable as if they were algorithms.

2.1. As far as I can see, Sandro’s arguments aim at rejecting the parity thesis and unrestricted defeasibilism by showing that, in a legal system informed by the requirements of legality and collective autonomy, there’s a default standard of interpretive correctness – the literal, a-contextual, conventional, fixed meaning of legal provisions. But skeptics and contextualists know this line of thought very well and have their counterarguments.

Pierluigi Chiassoni provides a first clear objection in his recent book *Interpretation without Truth*, where he criticizes *semantic formalism*, i.e., the conception according to which the provisions enacted by a legislature, in most situations, «prove univocal [...] [and] determinate enough so as to clearly include [the facts of the case] within the scope of the norms, or clearly exclude them from it»<sup>21</sup> and *limited cognitivism*, i.e., the view that «interpreters face an interpretive code that is objective, intrinsically endowed with strict normativity, and exclusive»<sup>22</sup> (even if the code may

<sup>20</sup> Cf. SANDRO 2022, 203: «radical contextualist theories (à la Recanati) applied to legal communication reinforce certain strands of scepticism, and are used to disprove the notion of sentence (or literal) meaning as a valid candidate for the meaning of legal utterances». This idea is shared by skeptical legal realist Pierluigi CHIASSONI (2019, 86-97).

<sup>21</sup> CHIASSONI 2019, 81.

<sup>22</sup> CHIASSONI 2019, 131.

prove inefficient, so that the interpreters are called to exercise their applicative discretion). Chiassoni notes that to pass from the premise that legal provisions are made of certain “linguistic materials” to the conclusion that the literal meaning conventionally associated to these materials is their correct *legal* meaning, a further *normative* premise is required: an interpretive directive (or a wider “hermeneutic code”) that prescribes the interpreter to treat the literal meaning as the correct legal meaning. However,

«[t]he need for adding such further premises is, apparently, something supporters of the conventional meaning variety seem to overlook, being somehow bewitched by a sort of “linguistic naturalism”. There is indeed a further point they seem to overlook when they present the conventional linguistic reading of legal provisions as the “proper”, “obvious”, “natural”, “evident” legal way of reading them. They seem to overlook that such a claim [...] actually belongs to the normative theory of interpretation and normative philosophy of law. Indeed, it is in fact a claim about the correct, proper, natural way of interpreting legal provisions, and, consequently, a claim concerning the correct, proper, natural way of establishing what the law – what the actual content of legal systems – really amounts to. A moment’s reflection suggests that the conventional meaning variety is the (perhaps unconscious) servant to an influential practical master: the legal policy master preoccupied with such ethical goals as “making practical sense of legislation”, “restoring the dignity of legislation as a veritable legal source”, “establishing legal security so far as possible”, “making the law, so far as possible, readable and knowable to any competent speaker of the relevant natural language”, etc. Notice that all these ethical goals belong to the Enlightenment doctrine of legislation. They belong to a specific normative view of legislation and statutory construction»<sup>23</sup>.

In brief: adherence to the literal meaning of statutory provisions is not bound by the very concept (essence?) of legal communication; it requires instead a well-considered or conformist *decision* to adopt literalism out of many other possible doctrines of interpretation.

Sandro would probably address this criticism by pointing out 1) that the law is not a natural, ordinary language, but an administered, more determinate, language and 2) that the written character of legislative communication speaks in favour of its a-contextuality. Moreover, he would probably add 3) that the fact that the meaning of legal provisions is in most cases pre-determinate, is a condition for the fulfilment of law’s guiding function.

2.2. Let us then move to a second objection. Claudio Luzzati<sup>24</sup> warns against identifying the law with a semiotic system. In his view, law and language are two different normative systems, that are, however, at least partially inter-dependent. It is true that in most cases legal statements are expressed using words from ordinary language, while legal authorities often modify the meaning rules of the natural language through legislative re-definitions. Yet, not even a legislator can create an entire new language. Languages evolve and can be made more precise for specific purposes, but not created *ex nihilo* (which is why I find the figurative expression *law-creation* unfortunate): even instrumental languages and sophisticated conceptual apparatuses can only be elaborated starting from ordinary language words and common-sense concepts. On the other hand, a single judge surely administers the law relative to a given case, but she does not administer the legal language directly: her decisions usually concern the meaning of a legal text, but to have an impact on the whole language and on the way legal concepts are generally understood by other officials and, in some cases, lay-people, these decisions need to enter in *performative citational chains* as *legacies of use*<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> CHIASSONI 2019, 116.

<sup>24</sup> LUZZATI 2016b, 98-102.

<sup>25</sup> MEDINA 2006, 140 f.

I will return to these ideas in §2.5. Here, I just want to highlight that written law is better understood as a corpus of a legal sentences that are repeatedly interpreted, rather than as a language, and that statutory law – although diachronically considered – cannot be deemed to control the meaning of its provisions, even if the language it employs is especially refined. Even legislative language is semiotically distributed, made and re-made by all legal operators (in civil law systems, especially by legal science/dogmatics) within open-ended cultural processes. Now, if legal meanings are influenced by all legal-operators and “administered” by many different legal authorities whose conceptions and practical attitudes towards the law may vary and diverge, why should we expect that the way statutes are usually written and applied by the courts produces «a more precise and verifiable intersubjective tool to expose and manage conflicts»?

2.3. Third, in many passages, Sandro claims that legal language can be seen as a fixed/invariant conventional code. Roy Harris characterizes this conception as the *fixed-code fallacy*, which is part and parcel of a persistent *language myth*. The fallacy consists in taking for granted that

«[i]ndividuals are able to exchange their thoughts by means of words because – and insofar as – they have come to understand and to adhere to a fixed public plan for doing so. The plan is based on recurrent instantiations of invariant items belonging to a set known to all members of the community. These items are the “sentences” of the community’s language. They are invariant items in two respects: form and meaning. Knowing the forms of sentences enables those who know the language to express appropriately the thoughts they intend to convey. Knowing the meanings of sentences enables those who know the language to identify the thoughts thus expressed. Being invariant, sentences are context-free, and so proof against the vagaries of changing speakers, hearers and circumstances, rather as coin of the realm is valid irrespective of the honesty or dishonesty of individual transactions»<sup>26</sup>.

Chiassoni shows how this assumption becomes, in the legal domain, a *code model of legislation* (where the word *code* refers not to a legal code, but to a “linguistic cipher”):

A legislature, wishing to convey a certain regulation of a certain matter, codifies the intended regulation in a message made of a string of sentences in a natural language, according to the grammar and semantics of that natural language. In the form of a statute published, say, in the Official Journal, the message is sent to the interpreters (the judges). These, in turn, translate – decode – it according to the grammar and semantics of that natural language, retrieve the normative communication the legislature meant to convey [...] and use it to decide individual cases<sup>27</sup>.

According to Chiassoni, many defenders of the code model – such as Herbert L.A. Hart, Genaro Carrió, Eugenio Bulygin or Enrico Diciotti – if asked to justify its adoption,

«would answer, apparently, either by pointing to the “evident” explanatory correctness of the model (the relation between legislature and judges plainly works in that way), or by suggesting that it would be absurd denying the code model, since legal provisions are formulated in a natural language precisely to that very purpose, or else by claiming that it is the only way compatible with allowing for the existence of (definite) legal norms, indeed, with our “having norms” at all»<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> HARRIS 1981, 10. See also MEDINA 2006, 3.

<sup>27</sup> CHIASSONI 2019, 82.

<sup>28</sup> CHIASSONI 2019, 82.



The similarity of this justification with at least part of Sandro's argumentation, transfused in his *modus tollens* inferences, is apparent.

If this is the received view about communication (legal or not), then the doubts raised by the radical meaning skeptic become, at least philosophically, more comprehensible: for all we know, even if we act as if we understand each other, mutual understanding and the existence of shared, objective meanings could be an illusion. In fact, the radical skeptic *à la* Kripkenstein «argues that we are unable to isolate facts that can endow our words with fixed and definite meanings, that is, facts that can ground our normative assessments and allow us to deem every application of a term either correct or incorrect»<sup>29</sup>. Following Ludwig Wittgenstein and Gary Ebbs, José Medina diagnoses such skeptical challenge as stemming from a reifying and decontextualizing perspective that pictures sentences and meanings as (objective or subjective, empirical or abstract) things, objects, entities – a foundationalist picture of meaning shared by both the “fixed-code theorist” and the skeptic – «in a vain attempt to distil the semantic essence of our words»<sup>30</sup> from particular contexts of use. The main point of Wittgenstein's regress argument in his rule-following considerations consists in showing that, if meanings are objects, their identity will always escape our attempts to determine it: «The indeterminacy that afflicts objective reifications casts doubts on [...] the idea that the world has self-indicating powers, that it contains self-identifying objects [...] unaffected by our conceptualizations and our ways of dealing with the world»<sup>31</sup>. Subjective reifications of meaning as mind-dependent objects do not fare better, «for nothing is intrinsically self-interpreting, neither mind nor the world»<sup>32</sup>.

In his *Post-Scriptum* to the sixth chapter of MoCD, Sandro tries to avoid the regress threat and, at the same time, satisfy the requirement of *advance determination* – i.e., the condition that «[a]t least some instances of application of the rule must be determined in advance of anyone's judgements about it»<sup>33</sup> – which is deemed crucial for the fulfilment of law's guiding function. His solution, borrowed from Jussi Haukioja's *meaning determinism*, consists in relying on the *extrapolative dispositions* of language-users. The problem with this explanation is that the dispositions to extend the patterns of application of a concept to new cases are not acquired out of any context and are always exhibited in the varying circumstances of application. They are thus developed as abilities to *contextualize*, i.e. to make a sign signify in order to achieve something, *taking into account* the varying circumstances in which it will be interpreted and to treat an action or its visible traces (e.g., the written text) as signifying, taking into account how the author of the signifying action perceived (or imagined) and conceptualized the context (or contexts) of interpretation. This is quite different from using a ready-made meaning.

2.4. What about the written character of modern and post-modern law? Is not textuality evidence of the possibility of a-contextual communication? According to the fourth objection, it is not. Even if the advent of glottic writing made the incorporation of spoken words into a material support possible, thereby separating them from their “human sponsors” and facilitating theoretical decontextualizations and “the institutionalised orthographical practices of literate societies”<sup>34</sup>, the following step in the semiotic process always requires a recontextualization. As Dorte Duncker explains,

<sup>29</sup> MEDINA 2006, 5 f.

<sup>30</sup> MEDINA 2006, 13.

<sup>31</sup> MEDINA 2006, 10.

<sup>32</sup> MEDINA 2006, 5 F.

<sup>33</sup> SANDRO 2022, 253. Cf. HAUKIOJA 2005, 38.

<sup>34</sup> LOVE 2017, 146.

«Unless someone in a particular situation attaches semiological value to it, the sign is simply not a sign. A sign does not have a form of existence in which it is not contextualized by a person. [...] Nevertheless, it is perfectly possible to treat signs in this way, as if they were decontextualizable, without discovering that their identity and original (historical) semiological status are thereby affected, misconstrued, and possibly even destroyed, because it is impossible to talk about an abstraction without (re)contextualizing it. This can happen because and only because language is reflexive»<sup>35</sup>.

In fact, in writing a text, its author produces an artefact that functions as a tool for contextualization as and when required, not an instance of an autonomously existing abstract entity.

2.5. The fifth objection is directed against the anxiety-provoking determinist sting, presenting the defenders of constitutional democracies with a contextualist alternative to literalism and skepticism. Contextual variability is not something to be afraid of. Historical linguistic continuities are matters of course: they depend on our biological capacities, shared training, education, the enculturation we receive from childhood, joint participation in social dynamics, and the repetition/re-contextualization/re-signification of successful communicative behaviours on new occasions. Biology, education, socialization, and episodes of successful repetition shape our dispositions to find similarities between the contexts of application and expectations of normalcy, which in turn have a stabilizing effect over the communicative practices.

However, people's perception and understanding of the communicative situation, as sign-makers, are different, since the contexts are not self-contained, isolated vessels that encapsulate meaning, but unsaturated and reciprocally interconnected aspects of different (re-)significations that can echo each other through unfinished citational chains. Accordingly, «there is no room in pragmatic contextualism for a conservative attitude towards semantic innovations and eccentricities»<sup>36</sup> or for a «polarized dichotomy between rigid contextualization and unconstrained decontextualization»<sup>37</sup>. Every speech act, text-act, or interpretation is at the same time linked to and partially constrained by past uses and is susceptible to innovative re-signification for which the sign-maker has to take responsibility. As Medina emphasizes,

«[t]he contexts of use in which a term finds application can be expanded and diversified; or they can be narrowed down and homogenized; and, accordingly, meaning *can* grow or shrink, become enriched or impoverished. But what a meaning *cannot* do is to become absolutely static, frozen in time»<sup>38</sup>.

In the legal domain, consider the principle of precedent: new judicial decisions are citationally linked to (and echo) past holdings, but every new reconstruction of the norms implicit in the practice is also innovative, even if the degree of innovation may vary (from unnoticeable variations to declared overrulings). In the case of legislation, each statute is citationally linked to (and echoes) past statutes, but also to judicial decisions and doctrinal conceptualizations, and every new reconstruction of their meaning in a new context inherits some degree of similarity with past cases and transformative possibilities. This view is compatible with a diversification of the communicative and institutional roles of legislators and judges, but the making of a constitutional democracy cannot be subtracted from the *open-ended intercontextual constitution*<sup>39</sup> of our linguistic agency.

<sup>35</sup> DUNCKER 2019, 11.

<sup>36</sup> MEDINA 2006, 21.

<sup>37</sup> MEDINA 2006, 145.

<sup>38</sup> MEDINA 2006, 10.

<sup>39</sup> MEDINA 2006, 147.

## References

- BORG E. 2004. *Minimal Semantics*, Oxford University Press.
- CHIASSONI P. 2019. *Interpretation without Truth*, Springer.
- DUNCKER D. 2019. *The Reflexivity of Language and Linguistic Inquiry*, Routledge.
- HARRIS R. 1981. *The Language Myth*, Duckworth.
- HAUKIOJA J. 2005. *A Middle Position between Meaning Finitism and Meaning Platonism*, in «International Journal of Philosophical Studies», 13, 1, 2005, 35 ff.
- HOLMES O.W. jr. 1905. Dissenting Opinion, Supreme Court of the United States, *Lochner vs New York*, 198 U.S., 45: 74 ff.
- JORI M. 1996. *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in «Analisi e diritto 1995», 109 ff.
- LOVE N. 2017. *On Linguaging and Languages*, in «Language Sciences», 61, 2017, 113 ff.
- LUZZATI C. 2016a. *Del giurista interprete*, Giappichelli.
- LUZZATI C. 2016b. *La pragmatica di Mario*, in PINTORE A., ZORZETTO S. (eds.), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, ESI, 83 ff.
- MEDINA J. 2006. *Speaking from Elsewhere*, SUNY Press.
- SANDRO P. 2022. *The Making of Constitutional Democracy*, Hart Publishing.
- TAYLOR T. 1997. *Theorizing Language*, Pergamon.



# CREATIVE INTERPRETATION? THE DISTINCTION BETWEEN APPLICATION AND CREATION IN HARD CASES

LORENA RAMÍREZ-LUDEÑA



Creative Interpretation?  
The Distinction Between Application and Creation in Hard Cases

LORENA RAMÍREZ-LUDEÑA

Lecturer, Pompeu Fabra University.  
E-mail: [lorena.ramirez@upf.edu](mailto:lorena.ramirez@upf.edu)

ABSTRACT

In this paper, I critically address some of the main contributions of Paolo Sandro's book, *The Making of Constitutional Democracy*. In particular, chapters 4, 5 and 6 are analysed, by first exposing Sandro's considerations in support of the distinction between application and creation of law, and then carrying out a critical analysis. As I will try to show, despite Sandro's essential considerations for our understanding of law, semantic minimalism does not allow us to properly distinguish between discretion and creation in the legal field.

KEYWORDS

Paolo Sandro, interpretation, creation, discretion, semantic minimalism

# Creative Interpretation?

## The Distinction Between Application and Creation in Hard Cases

LORENA RAMÍREZ-LUDEÑA

1. *Introduction* – 2. *A Unified Account of Legal Discretion* – 3. *The Defence of Semantic Minimalism* – 4. *Creation vs. Bound and Discretionary Application*

### 1. *Introduction*

Paolo Sandro's excellent book, *The Making of Constitutional Democracy*<sup>1</sup>, contains innovative reflections on the distinction between the creation and the application of law, illuminatingly drawing on and linking discussions in legal theory, semantics, and political philosophy. The relevance of the distinction, and thus the justification for writing a book on it, can hardly be questioned. But Sandro shows very clearly the relevance of the distinction in the context of constitutional democracies, especially if we want to achieve the action-guiding function of law and preserve collective autonomy through law.

To support this distinction, in chapter 4, Sandro deals with the concept of *legal discretion*, presenting a unified account that distinguishes between normative and interpretive discretion. In chapter 5, he takes an intermediate view about legal interpretation, advocating a kind of semantic minimalism to defend against sceptics the possibility of applying pre-existing law. In chapter 6, he differentiates, on the one hand, formal and substantive application and, on the other, the question of deontic modality and the question of interpretive discretion. In this paper, I'll focus on these three sets of issues by first stating what Sandro claims and then conducting a critical analysis. To this end, I will explain the controversies surrounding the interpretation of the term "violence" in the context of the crime of coercion in the Spanish legal system (Article 172 of the Penal Code<sup>2</sup>). In particular, it has been debated whether the provision includes only physical violence against persons or also psychological coercion and the use of force on things, which are considered to be covered by "intimidation" and "use of force" in other criminal offenses. The legislature has not included these other expressions ("intimidation" and "use of force") in regulating coercion, while it has done so for other crimes such as sexual assault and robbery. In deciding specific cases, the Spanish Supreme Court has moved toward a so-called progressive spiritualization of violence, understanding "violence" in a broad sense, which has led to disagreements about whether it is creating new law<sup>3</sup>.

### 2. *A Unified Account of Legal Discretion*

To maintain the distinction between creation and application of law, Sandro presents a *unified* account of legal discretion in chapter 4. In his view, discretion always constitutes a limited

\* I am grateful to Josep Joan Moreso and Diego Papayannis for their comments to a previous version of this contribution.

<sup>1</sup> SANDRO 2022.

<sup>2</sup> The article is applied to someone who, without being legitimately authorized, prevents another person *with violence* from doing something not prohibited by law, or compels them to do something they do not want to do.

<sup>3</sup> On the interpretation of "violence" in the crime of coercion, see RAMÍREZ-LUDEÑA 2021.

power to decide: all discretionary power is legally constituted, which means that to a certain extent it is normatively limited by higher rules and principles. According to Sandro's view, both in the judicial and the administrative spheres, *normative* discretion can be distinguished from *interpretive* discretion (SANDRO 2022,158 ff.). The two kinds of discretion are asymmetrical and analytically independent from each other. Normative discretion (SANDRO 2022,162-165) presupposes the intentional distribution of decision-making power among agents at different levels of an institutional normative system<sup>4</sup>. As for interpretive discretion (SANDRO 2022,165-167), it points to the degree of choice of anyone who has to make a decision. While the first notion implies that there is no right answer and that the body exercising discretion has the final say if it remains within the normative limits of the delegation, the second notion does not imply a systemic determination of who has the final say in the matter, being inherent to every act of interpretation and application of law. Nor does it imply that there is a right answer, as it may be absent due to the amount of interpretive discretion involved in the decision. Unlike normative discretion, interpretive discretion admits of degrees, and the review of this discretion depends on the combination of institutional rules, judicial conventions and interpretive canons adopted in a particular legal system. This classification seems preferable to the one that distinguishes between judicial and administrative discretion, since normative and interpretive discretion can occur in both spheres and, according to Sandro, it is clearer than the distinction between weak and strong discretion.

Normative discretion may give rise to general or individual rules. Only when it gives rise to general rules, however, does it imply the creation of law; when it gives rise to individual rules there is discretionary application. Normative discretion may involve the power to make or not to make a decision, or over the content of the decision. It is important to notice that even if there is discretion to choose among several equally available normative options, once that choice has been made and some standards established, those standards become normative together with requirements of practical reason such as rationality. Moreover, delegation may be express or tacit. In this last case, it all depends on the interpretation of the distribution of power in the system, which depends in turn on the functioning of the system in question and may lead to disagreements.

Interpretive discretion is pervasive. It can be semantic, factual, or systemic. Semantic discretion is inversely proportional to the degree of semantic determination of the language of the law in question. Factual discretion occurs in the process of recognizing the facts related to a decision. Both are the result of the necessary use of natural languages in legal communication and the interpretative nature of empirical knowledge more generally. In contrast, systemic discretion is a purely legal phenomenon. It depends on contingent aspects of legal systems, such as the defeasibility of the norms, the principles accepted in the system, the contradictions and fragmentation of the sources, the accepted canons of interpretation, the specific conventions accepted among legal actors, and the jurisdiction and structure of the courts. Different legal systems will have different institutional features and, consequently, higher or lower levels of systemic discretion. At the end of chapter 4, Sandro points out that systemic discretion is sometimes difficult to distinguish from normative discretion, and that it can even be considered a subcategory of normative discretion, in which the distribution of power is not intentional and can lead to the creation of law if it involves the generation of general rules.

The first question that seems to be problematic is how to understand intentionality in Sandro's scheme, and what agents and facts are relevant to determine that there is an intentional delegation (express or tacit). This relates to the question of whether the two types of discretion are distinguishable. First, Sandro points out that in the case of normative discretion there is an intentional distribution of power but that the delegation may be tacit. In discussing systemic

<sup>4</sup> In a similar vein, see SHAPIRO 2013.



discretion, however, he acknowledges that there may be unintended normative discretion (SANDRO 2022,167). But then it becomes unclear what makes a certain exercise of discretion normative and what enables us to distinguish it from interpretive discretion (of any of the three types).

The distinction seems clearer if instead we acknowledge the central role of intentionality to consider that we are facing normative and not interpretive discretion. But if we also concede that the delegation can be tacit, doubts will arise as to whether there is normative or systemic discretion. It is not only that doubts may occasionally arise, but that all cases in which the delegation is not explicit may be reconstructed as cases in which normative discretion has been delegated intentionally or as cases in which there is interpretive discretion. That is, if whenever doubt arises it can be understood that there were more precise alternatives, then it can also be assumed that there is always some kind of intent to confer discretion. This problem arises not only with respect to systemic discretion, but also with respect to semantic and factual discretion. As Sandro acknowledges, in relation to semantic and factual discretion it is always possible to understand that there are ways in which the regulation could have been established that would leave less room for discretion. Consequently, in all those situations there seems to be discretion to determine the type of discretion (normative or interpretive) we are faced with, calling into question the usefulness of the distinction.

Sandro points out that in the case of imprecise terms, understanding that there is discretion of one type or the other is a choice that each system must make; a choice which resists analytical treatment. This means emphasizing that it all depends on how it is understood in that system. That, in turn, seems to assume that, in tacit normative discretion, the intentional element is not relevant. What becomes relevant is how practice develops. However, we have already seen that considerations such as the absence of right answers or the question of the reviewable nature of decisions are not conclusive in determining whether we are dealing with one kind of discretion or another. What aspects, then, are crucial to knowing whether we are dealing with a case of tacit normative discretion rather than interpretive discretion? In any case, whether what is emphasized is the intentions of the agents who introduced the regulations, or how those rules are understood in subsequent legal practice, Sandro does not provide us with a (more general) theory of why one thing or the other would be relevant, and which agents, actions and mental states would be decisive. Undoubtedly, controversies will arise over those issues that cannot be resolved by his account<sup>5</sup>.

More importantly, it is not clear that the distinction is useful for differentiating creation and application, which is one of the main goals of the book. According to Sandro, normative discretion leads to creation of law inasmuch it involves general rules, and it is necessary to distinguish creation in that sense from that which supposes exceeding the limits in the delegated activity. As for interpretive discretion, from what he points out it follows that, if systemic discretion gives rise to general norms, it also implies creation. Thus, if in both cases there can be no right answer and no possibility of control, and there is a creative activity when it involves general norms, the distinction between normative and interpretive discretion becomes less useful for distinguishing between creation and application.

Another relevant question is whether it is possible to distinguish, within interpretive discretion, between semantic and systemic discretion. Given the existence of disagreements about how to understand the semantic question, and how often these discussions imply a discussion about intentions, contexts, and other elements related to legal tools of interpretation, semantic discretion seems to entail systemic discretion. I will return to this point in the next section.

<sup>5</sup> In fact, as Sandro himself argues against Kelsen (SANDRO 2022, 136), it would be questionable to speak of intentional discretion without giving priority to the interpretation that emphasizes the legislator's intention, something Sandro does not commit himself to, as we will see in the next section.

To illustrate the above problems, let's reflect on the term "violence". The Spanish Supreme Court has decided that even cases without physical violence, but psychological coercion or the use of force on things, constitute crimes of coercion. Is this a case of normative or interpretive discretion? This is not easy to determine: since there have been opportunities to make the Criminal Code more precise, it might be argued that there is an intentional distribution of power in favour of the courts. But it also seems to be plausible to think that there is interpretive discretion. Which agents or facts are decisive to determine whether there has been a delegation or not is difficult to specify, there being disagreements among participants in the legal practice about the relevance of the legislator's intention, the creative role of the Supreme Court or with respect to its fallibility. If we assume that there is interpretive discretion, it is not clear whether it would be semantic or systemic, as the various arguments have often been presented as different reconstructions of the literal and/or ordinary meaning of the term, but also other interpretative tools have been invoked. Moreover, it is not clear to what extent the distinction between types of discretion is helpful in determining whether the Supreme Court is creating new law, since the determining factor seems to be whether it creates general norms, which Sandro argues can be the case with either type of discretion.

### 3. *The Defence of Semantic Minimalism*

In order to maintain that in the legal sphere there is genuine application of pre-existing law, Sandro questions the pragmatic turn that can lead to rule scepticism. He challenges two fundamental assumptions underlying the current mainstream understanding of legal practice: that law is a subspecies of ordinary language and that legal communication can be analysed through the same lens as ordinary communication

First, he rejects the emphasis on adjudication and stresses the importance of the general public in legal communication, which is not limited to legislators and judges. In order to reject that law is a subspecies of ordinary language, Sandro highlights the (macro)pragmatic purpose present in legal communication: «the creation and maintenance of a separate 'universe of discourse(s)' where group conflicts as to 'what needs to be the case' can be managed, and compromises or authoritative resolutions be reached (as well as peacefully challenged)» (SANDRO 2022, 185). While borrowing natural language as a whole to fulfil the guiding function of law, legal authorities also claim the power to modify some of those rules *ad hoc* in their pursuit of a more precise and verifiable intersubjective tool to manage conflicts within the group (SANDRO 2022, 184-190).

Moreover, Sandro argues that legal communication differs from ordinary language in virtue of its written form and its distinctive functions (SANDRO 2022, 190-195). In written communication, there are no paralinguistic cues (e.g., body movements) and no prosody (e.g. changes in intonation). But written communication allows for a greater degree of precision and objectivity, as well as the ability to address vast audiences in a stable manner across time and space.

Furthermore, texts might be interpreted in a potentially infinite number of contexts where there might be no direct epistemic access to the context of creation, being participants on both sides of law's communicative endeavour irrelevant to a great extent. There is no correspondence between individual legislative provisions and the norms that emerge from them, and often several norm-sentences interact with each other to yield a complex meaning. Indeed, in the legal field, the relevant co-text may extend beyond the immediate norm-sentence and even beyond the statute in which the provision is contained. In any case, it is important to note that the boundaries of the relevant co-text of the legislative utterance can be artificially fixed in advance

According to Sandro, we can only intelligibly account for instances of multi-contextual, text-based communication if we adopt some form of *semantic minimalism* as a theory of legal meaning, especially in the form defended by Emma Borg (SANDRO 2022, 200-205). Following

Borg, Sandro notes that the four main claims of minimalism are: 1) semantic content for sentences is truth-evaluable content; 2) it is fully determined by syntactic structure and lexical content; 3) there are only a limited number of context-sensitive expressions in natural language; 4) recovery of semantic content is possible without access to current speaker intentions (SANDRO 2022, 202). On this account, the notion of what is said shifts depending on the social aims and purposes of the different linguistic acts we perform. In some written endeavours such as legal communication what is said is determined by the literal content of the utterance prior to wide pragmatic enrichment (SANDRO 2022, 204). This is because, in these situations, written language is a means to communicate standards of behaviour and other normative contents to a multitude of recipients across different contexts of application. It is also a consequence of the fact that, in the case of typical text-acts, the context of creation of the utterance that is fully accessible to the recipients of the communication is limited to the co-text. As noted by Sandro, there seems to be a fundamental difference between the notion of co-text of a text-act and that of the context surrounding a speech-act, in that the former can be purposely fixed by the author of the text-act itself. As he points out,

«in the case of complex text-acts, what is said is not a direct function of the intention of the speaker, as contextualists claim for ordinary communication, but of what we can call ‘objective’ determinants: lexico-grammatical structures and their interrelations as part of a complex text» (SANDRO 2022, 205).

It is in those cases in which the content of the utterance is not determined that we must seek the intention of the author of the text-act, Sandro argues.

Following Guastini, Sandro distinguishes different senses of “interpretation”, and he considers the distinction between cognitive and adjudicative interpretation particularly important. Adjudicative amounts to selecting one of the meanings as the correct meaning of the text, and it contrasts with creative interpretation, that is related to the ascription of a meaning that is not among the meanings identified through cognitive interpretation. Creative interpretation, in fact, involves not interpretation, but interstitial legislation or construction (SANDRO 2022, 207).

In his view, interpretation is what brings us from a legal text to the meaning expressed by that text. Application, instead, is the activity of using the norm as a reason for action and thus deciding to act in a certain way because of the norm. This means that someone can apply both a norm that is the product of interpretation and a legal norm that is not. In a sense, all judicial decisions are acts of law-application. The real question, Sandro argues, is whether the law, as identified by the judge and which is the basis for the decision in the case at hand, is the product of understanding or interpretation, or the product of construction. If we apply a radical contextualist picture of meaning to legal communication, this last distinction disappears, for there are no limits to the potential meanings expressed by each individual utterance. In Sandro’s view, minimalism is necessary to have intersubjective criteria for distinguishing between interpretations and constructions of a legal text.

Considering the above, Sandro’s views on semantics leads us again to the question of whether the distinction between semantic and systemic discretion can be accepted. If the appropriate semantics must be sensitive to the fact that we are in the legal realm and to elements such as the co-text, they seem sensitive to the legal particularities, which Sandro understood as related to systemic interpretative discretion. That is to say, if semantics in the legal domain must pay attention to the specificities of that domain, which involves attending to elements that are normally understood as interpretive tools and conventions, then it is not clear how semantic discretion can be distinguished from issues related to systemic discretion.

Second, as noted in the previous section, it is not clear what role intentions play and how they are to be determined. For example, we have seen that social goals and purposes are assumed to be relevant, and Sandro mentions that the legal co-text is intentionally set by the

author of the text. But it is not clear how those elements are to be identified. Sandro also affirms that «if she wants to successfully transmit exactly the *same* message to any number of different recipients across a variety of contexts, must seek a higher degree of ‘accuracy and precision of meaning’ than in ordinary, face-to-face conversation» (SANDRO 2022, 204). In the chapter, he clearly distinguishes between the intention to create a text and more specific intentions, but he does not specify which agents are relevant in relation to the former and how these intentions extend, for example, to a particular understanding of the co-text that isn't limited to the mere intention to create a normative text. According to Sandro, if his account were not correct, then the functions of legal systems, such as preserving autonomy, would not be fulfilled. However, I think that his view of the functions of the system does not enable us to exclude the possibility that the legislator does not intend to create a regulation by determining a well-defined co-text, or that different agents want to transmit different messages, just to mention a couple of examples.

Moreover, Sandro does not take a clear position on how to understand the relationship between the norm expressed by legal provisions based on semantic minimalism (which leads to determining a minimal literal content) and other interpretative tools. If we adopt a position that focuses on the communicated meaning according to semantic minimalism, we would have at least two problems. On the one hand, semantic minimalism so understood does not allow us to distinguish between discretionary application and creation of law, for it would provide us with a reconstruction only of clear cases, not of those in the penumbra. On the other hand, it is not then clear to what extent it is possible to speak of semantic discretion, since it seems that in this area there is either unproblematic application (without discretion) or creation. If instead, following Guastini<sup>6</sup> we argue that the provisions may express different norms depending on the different instruments of interpretation we take into account, then for us literal interpretation will not play a preponderant role: it will not always be decisive and sometimes it will be completely irrelevant. We would then have a way to distinguish creation from interpretation depending on whether it goes beyond the permissible interpretations, but then literal meaning would not play a central role in distinguishing interpretation from creation, as Sandro claims. In other words, he seems to face a dilemma: The first horn leads to the impossibility of accounting for discretion (and distinguishing it from creation) and the second to the irrelevance of semantic minimalism.

Furthermore, if we were to adopt a position like Guastini's, the distinction between interpretation within the framework and creation by integrating gaps would no longer depend on this minimal content. There may be instances where we can identify a gap using one interpretative instrument, but not if we were to use another instrument, which would view the case as clearly falling within the scope of the rule in question. This means that the distinction between creation and application becomes less relevant, because a case in which there is a gap, which involves creation, can be reconstructed by appealing to another instrument as a case of non-problematic application. In fact, I think the problem with adopting such a conception is much deeper, because it runs the risk of falling into scepticism, which Sandro wants to avoid. I will elaborate on this point in the next section.

To return to the term “violence” and the crime of coercion, there have been discrepancies about whether other articles of the Criminal Code are relevant, aspects such as the intentions and purposes have been emphasized, and different readings about the meaning of “violence” have been offered, by invoking different readings about its literal and/or ordinary meaning. In such a context, what might be considered the content of the provision, which would be communicated, according to the minimalism suggested by Sandro? Would it refer to clear

<sup>6</sup> For example, GUASTINI 2012.

instances of physical violence? Or, if not, what generic property would be decisive? In any case, if instruments other than literal interpretation have been foregrounded in many cases, wouldn't that show that semantic minimalism is not a limitation on permissible interpretations?

#### 4. *Creation vs. Bound and Discretionary Application*

Throughout the book, and especially in chapter 6, Sandro is interested in the possibility of distinguishing between cases in which a court has applied existing law and cases in which it has created (and applied) new law. In contrast to a Kelsenian view, Sandro argues that it is possible to speak of acts of application without creation of law (e.g. in the granting of certain administrative licenses). In his view, judges do not create norms when deciding cases if the decision is derived from the premises. What is relevant, in line with the action-guiding function of law, is whether the decision is an innovation in the legal system in question. Judges create law only when they create a general and abstract norm that cannot be derived from the sources of the legal system in question, the norm being the product of "construction" or "invention", not obtained through the process of cognitive interpretation. It is important to note that if a norm that does not follow from the system is created, the general norm is the *ratio*, not the individual decision. Following Bulygin, Sandro points out that when the judge decides according to a vague standard and chooses one of the many possible norms expressed by such standard, she is still applying the given standard, whereas if she fills a normative gap, or invents a new norm (for whatever reason), we can say that she is creating the law (SANDRO 2022, fn. 66).

Sandro emphasizes that application, unlike rule-following and mere compliance, is a justified (SANDRO 2022, 231-234) and intentional (SANDRO 2022, 234-237) activity related to power conferring rules. He also distinguishes formal from substantive norms in the application of law (240 ff.). According to Sandro, formal application always requires conformity to the norms that establish formal requirements for the exercise of a power-conferring norm, so that the decision-maker is bound to do exactly what the formal norms require in order to produce a valid token-act of the type established by the power-conferring norm. By contrast, a decision can be governed by substantive requirements in two ways: by the modality of obligation or by permission to determine the content of the decision, resulting in a discretionary application of the law. Moreover, the fact that a decision is substantively bound, as to its contents, by higher norms, does not necessarily mean that it is also determinate. Consequently, we can speak of a bound application of the law only when the decision is mandatory and the extent of interpretative discretion present is negligible. In all other cases, where the decision is mandatory but non-determinate or non-obligatory but determinate, the decision is discretionary in the sense that the decision-maker yields some power to choose *vis-à-vis* the exercise of the relevant power. When the exercise of the relevant power-conferring norm is both (substantively) non-obligatory and non-determinate, it is constrained, according to Sandro, in an autonomous way.

Turning to the critical analysis of these elements of the chapter, it is worth questioning the fact that Sandro considers that application, related to norms that confer powers, is always intentional, and that it is a justified activity. With regard to the first point, it is important to note that judges sometimes make decisions in which they consider a particular interpretation of the rules to be the correct one, and it is only later that the practice of considering these decisions as binding precedents with legal relevance develops. What is the most appropriate reconstruction in these cases? Are they empowered to unintentionally dictate general rules? Are the rules that determine the relevance of precedents not power-conferring norms? As for justification, the emphasis on this question seems to presuppose that applicability is a necessary condition for application, which Sandro does not point out. Moreover, the question of justification is at odds with what he says at the end of the chapter, in which he acknowledges

the possibility of referring to “application” in cases in which a norm outside the framework of possibilities that arise from cognitive interpretation is being taken into consideration. In fact, by reading the chapter it is not clear if, according to Sandro, it makes sense to speak of “misapplication” or “unjustified application”. Moreover, it is questionable whether formal application is always bound, because it seems that even in relation to formal issues (such as deadlines or the formal way in which contracts can be implemented, to mention just two examples), there may be discretion in their application.

More importantly, a sharp distinction is assumed (again in this chapter) between filling gaps and solving problems of interpretation, which I have already described as problematic in the previous section. In any case, if we assume that judges create a general and abstract norm when there are gaps, it is useful to reflect on why this is not what happens when adjudicative interpretation takes place. In adjudicative interpretation, judges opt for one of the interpretations within the framework of possibilities derived from the existence of different interpretative tools and conventions, identifying one of the norms as *the* norm expressed by the provision. In principle, as we have already seen, it seems to be a central argument of Sandro’s position that creation is opposed to the (non-creative) application of law within the interpretative framework. However, he argues at the end of the chapter that this is a matter of degree and that it may ultimately be considered that law is created depending on how far the interpretive option is from what the provision in question communicates. Apart from the fact that the distinction between (application with) creation and application (without creation) becomes less clear, I think that additional arguments are needed to claim that, in general, in adjudicative interpretation within the interpretive framework there is no creation. This is so given that in adjudicative interpretation a decision is being made regarding which norm integrates the legal system (i.e., about the relevant correlation between legal properties and legal consequences), in contrast to other options that would lead to other decisions and would motivate conducts in a different way. This seems to involve the creation of an individual norm to solve the case, but also the determination of the general norm expressed by the provision. Moreover, this affects not only the adjudicative interpretation *stricto sensu*, where one of the interpretations within the framework is chosen, but also what happens when problems of subsumption are solved. The resolution of these problems seems to have an impact on the interpretation in the abstract because ultimately it affects the determination of which norm is expressed by the provision. Thus, whenever interpretative doubts are resolved and an interpretation chosen, the norm expressed by the provision is being identified or determined, which in turn seems to affect the initial configuration of the norm expressed by the rule (which, in his view, is derived from the minimalist conception that he advocates)<sup>7</sup>.

To illuminate this point of criticism, let’s think about what happens with the term “violence” in the offence of coercion, where the interpretation of the Spanish Supreme Court conforms to a great extent with existing interpretative conventions. In principle, it would seem that according to Sandro, there is no creation of law. However, in a system like the Spanish one, the reading of the Supreme Court is binding on the lower courts and deviating from it can lead to the invalidation of the decision. The Supreme Court’s decision presupposes that a particular norm, resulting from the consideration of a particular interpretative tool (instead of other possibilities) integrates the normative system and is legally binding. Therefore, it seems intuitive to say that it is creating law. But, for this to be the case, what is the relevant factor? It may be emphasized that, while adopting an interpretation, an activity that is creative is being carried out (at least in some cases); or that there are rules of adjudication that determine the

<sup>7</sup> See my analysis in RAMÍREZ-LUDEÑA 2012, in the special issue of *Discussions* on Riccardo Guastini's moderate scepticism.

binding nature of the Supreme Court's decision; or it may be pointed out the fact that the Supreme Court's interpretative decisions are considered law according to the rule of recognition in Spain.<sup>8</sup> In any case, the answer to the question about the relevant factor is not clear if we consider Sandro's view. In fact, if in the case of normative gaps judges create law (general and abstract norms) regardless of whether there is a system of precedents, why would the existence of binding precedents that are considered law be required in the case of interpretative decisions?

All of the above are just minor remarks that do nothing more than show the interest that Paolo Sandro's excellent book arouses and the relevance of his reflections for drawing the crucial distinction between application and creation of law.

<sup>8</sup> Distinguishing the three issues, RAMÍREZ-LUDEÑA 2023.

## References

- GUASTINI R. 2012. *El escepticismo ante las reglas replanteado*, in «Discusiones», 11, 2012, 27 ss.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2012. *El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a “El escepticismo ante las reglas replanteado”*, de Riccardo Guastini, in «Discusiones», 11, 2012, 87 ss.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2021. *La irrelevancia de la violencia en el delito de coacciones*, in «InDret Penal», 3, 2021, 344 ss., <https://indret.com/revista-critica-de-jurisprudencia-penal-4/>.
- RAMÍREZ-LUDEÑA L. 2023. *Statutory Interpretation and Binding Precedents in the Civil Law Tradition*, in ENDICOTT T., KRISTJANSON H., LEWIS S. (eds.), *Philosophical Foundations of Precedent*, Oxford University Press, 418 ss.
- SANDRO P. 2022. *The Making of Constitutional Democracy. From Creation to Application of Law*, Hart Publishing.
- SHAPIRO S. 2013. *Legality*, Harvard University Press.



STILL DEFENDING  
MODERATE  
COGNITIVISM IN LEGAL  
INTERPRETATION:  
A REPLY TO FOUR,  
EXCELLENT, CRITICS

PAOLO SANDRO



Still Defending Moderate Cognitivism in Legal Interpretation:  
A Reply to Four, Excellent, Critics

PAOLO SANDRO

Lecturer in Law, University of Leeds.  
E-mail: [p.sandro@leeds.ac.uk](mailto:p.sandro@leeds.ac.uk)

ABSTRACT

In this reply, I address many of the comments raised by the four commentators of this symposium on my book *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law*. In particular, I defend the moderate cognitivism in legal interpretation developed in the book from the sharp critiques by each of the authors of the comments.

KEYWORDS

constitutional democracy, moderate cognitivism, legal realism, semantic minimalism, contextualism

# Still Defending Moderate Cognitivism in Legal Interpretation: A Reply to Four, Excellent, Critics

PAOLO SANDRO

1. *Introduction* – 2. *A brief methodological clarification* – 3. *On the distinction between creation and application of law (part one)* – 4. *The alternative between cognitivism and realism/scepticism* – 5. *Law and language, law as language: a rejoinder* – 6. *The role of pragmatics in legal communication* – 7. *Discretion, semantic minimalism, and the distinction between law-creation and law-application (part two): Ramirez Ludeña's challenge(s)* – 8. *Conclusion*

## 1. *Introduction*

I cannot but begin this piece by expressing my gratitude to the four colleagues – Jorge Baquerizo Minuche, José Juan Moreso, Nicola Muffato, and Lorena Ramirez-Ludeña – who have taken a considerable amount of time off their busy personal and professional schedules to engage so carefully with many of the key claims in my book *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law* (TMCD, hereinafter)<sup>1</sup>. This is, honestly, the best sort of engagement/feedback a book author could hope for. I am also thankful because their probing critiques grant me an opportunity to reconsider and hopefully further clarify those claims. I do not think for a second though that clarification alone will suffice in addressing at least some of the critiques levelled at the position I develop in the book on matters of legal interpretation. If anything, then, my reply might end up emphasising even more some of the differences in the theoretical viewpoints we respectively assume.

To begin with, it is worth emphasising where we seem broadly to agree: namely, on the conceptual dependence of constitutional democracy on the possibility of distinguishing between the activities of law-creation and law-application. This is clearly the case with Baquerizo Minuche, Moreso, and Ramirez-Ludeña — while Muffato (surely due to his radical realist/contextualist stance) is less committed to this distinction, speaking instead of the “compatibility” of constitutional democracy with a «diversification of the communicative and institutional roles of legislators and judges»<sup>2</sup>. But agreement, arguably, stops here. Each comment takes issues with one or more aspects of the account of law I put forward in TMCD, sometimes with considerable overlap between the different authors. This is why, in what follows, I reply by topic/issue rather than by responding to the comments of each scholar in turn. This will hopefully help me in addressing the challenges raised in the clearest possible way.

I begin by offering a brief methodological clarification, motivated by Muffato's reconstruction of several of the key arguments I put forward in TMCD as *modus tollens* ones. I then discuss the version of the distinction between law-creation and law-application developed in the book, to address a doubt raised by Baquerizo Minuche. Following this, I analyse Baquerizo Minuche and Muffato's rejection of the moderate cognitivist picture of legal interpretation I offer, raising doubts in turn as to the internal consistency of realist accounts which claim to be compatible with the collective autonomy and action-guidance requirements. I then offer a rejoinder to Muffato's

\* My utmost gratitude goes to Sebastian Lewis for making time, at very short notice, to provide me with invaluable comments on a previous draft.

<sup>1</sup> SANDRO 2022.

<sup>2</sup> MUFFATO 2023, 40.

criticism of my conception of the relationship between law and language, followed by consideration of the critical notes offered by Moreso on the role of pragmatics (and of the intention of legislators) in legal interpretation. Finally, I consider the probing comments by Ramirez Ludeña which cast doubt on the compatibility between the theory of interpretation and the concept of discretion I defend.

## 2. A brief methodological clarification

I need to start from a methodological point. In this contribution *Who fears the anti-literalist bogeyman? On Paolo Sandro's meaning-determinism*, Nicola Muffato reconstructs several key claims I make in the book as *modus tollendo tollens* arguments where one or more premises are implicit<sup>3</sup>. This allows him then to clarify, in some cases, which premises of my reasoning my “opponents” – interpretive sceptics and radical contextualists – reject<sup>4</sup>. While I will engage with the rejection of those premises in sections four and five below, I want to clarify at the start why Muffato’s reconstruction of my argumentative strategy in those passages is not quite correct.

That a reconstruction of my argument like Muffato’s could be offered was indeed anticipated by Felipe Jiménez in the first journal review of TMCD ever published<sup>5</sup>. Jiménez, presciently, explains how some key claims in the book could be reconstructed as *modus tollens* arguments and as such easily dismissed, being revealed then as nothing more than misguided examples of «reverse *wishful thinking*»<sup>6</sup>. I reckon this is another way to capture what Muffato calls, quoting Talbot Taylor, «dogmatic insistence on mistaking common sense for scientific truth» or «languages mythologies»<sup>7</sup>. But, to my rescue, Jiménez goes on immediately in his review to illustrate how such a reconstruction of part of my argumentative strategy in the book would be “uncharitable”. This is so because said reconstruction would miss a crucial meta-theoretical premise which underlies the whole work: the thesis that legal theory does not «merely describe legal practices but can also have an impact on them»<sup>8</sup>.

This is indeed a crucial remark, as it clarifies that the theorist cannot stand “neutral” and pretend to be doing pure description of legal practices (*à la* Kelsen), but always needs to take into account the potential pragmatic impact of her theorising *vis-à-vis* the object of study (law). Thus, what I am doing in those (reconstructed) *modus tollens* arguments is not to claim the falsity of rule-scepticism or meaning-contextualism *because* they are incompatible with our constitutional democracies; but, rather, to convey that we have reasons, because of said incompatibility, to question their truth (or theoretical cogency)<sup>9</sup>. This step is necessary, as I explain in the introduction of TMCD, because barring very few exceptions<sup>10</sup> the incompatibility between various types of legal realism and our existing political practices is not made manifest in the literature. But this is only the first step of an argumentative strategy which then questions squarely and on their own terms some of the most basic theses put forward by interpretive sceptics and radical contextualists (to name but two of my book’s “targets”). In hindsight, however, I should have made even clearer in the text of the book made that this is a two-step (and not one-step) argumentative strategy, so as to avoid the materialisation of the incorrect (but *prima facie* arguable) interpretation put forward by Muffato.

<sup>3</sup> MUFFATO 2023, 1.1., 1.3.

<sup>4</sup> MUFFATO 2023, 2.0.

<sup>5</sup> JIMÉNEZ 2023.

<sup>6</sup> JIMÉNEZ 2023, 79.

<sup>7</sup> MUFFATO 2023, 34.

<sup>8</sup> JIMÉNEZ 2023, 79-80. This position has been famously defended, among others, by MacCormick and Weinberger, Ferrajoli, and more recently by Arie Rosen (2018).

<sup>9</sup> JIMÉNEZ 2023, 80.

<sup>10</sup> MARTÍ 2002; CHIASSONI 2021.

### 3. *On the distinction between creation and application of law (part one)*

The main thesis of TMCD is that the possibility of distinguishing between the activities of law-creation and law-application – a possibility more or less rejected, through different theoretical routes, by many common legal-theoretical approaches in the literature – is constitutive of the very existence of constitutional democracy. This is because, if there is no such thing as law-application and individual rulings (be by civil servants or judges) are always the product of jurisgenerative activity by those who adopt them, neither the principle of democracy nor what I call the action-guiding function of law can ever obtain (or at least not in any meaningful way). As a result, given that in my view legal realist accounts of all kinds (including moderate ones) cannot argue for the possibility of the distinction while remaining consistent with their fundamental theoretical assumptions, I end up putting forward a rather stark dichotomy before the reader: either we assume some version of “moderate legal cognitivism”<sup>11</sup> or, if we are to subscribe to a sceptical view of legal interpretation, we must effectively completely revise – if not abandon – our institutional and political theories and practices<sup>12</sup>.

In his comment *That Obscure Object of Desiring Literal Meaning. A critique to “moderate” legal cognitivism*, Baquerizo Minuche suggests that I might be proposing a false dichotomy after all. For, as he correctly notes, there are surely several different ways of conceiving of the distinction between law-creation and law-application. And among those, must there not be one which a legal realist is happy to subscribe to, thus demonstrating the ultimate compatibility between legal realism and constitutional democracy? Let us take each point in turn.

Baquerizo Minuche correctly notes that Guastini holds some version of the distinction despite the fact he is one of the most prominent legal sceptics/realists. For him, law-creation amounts to the formulation of a legal provision, while law-application is the activity of ascribing meaning to it. Furthermore, norm-creation amounts to the production of a norm via interpretation of a legal provision, while norm-application is to use that norm as a premise in a deductive reasoning whose conclusion is an individual precept. What’s wrong with holding this version of the distinction? To begin with, “law-application” and “norm-creation” appear here to be different ways to call the same activity (the ascription of meaning to a legal provision which returns a norm). This is surely confusing. Also, cannot there be cases in which the application of law is not an instance of norm-creation?

Most importantly, though, Guastini’s conception of the distinction between creation and application of law is completely idle when it comes with the two requirements – the democratic and the action-guidance one – that I submit any theory of law must respect to be compatible with constitutional democracy. For if law-application is the activity of ascribing meaning to a legal provision but there are always multiple meanings which cannot be pre-determined and can be assigned via different interpretive canons, it is not clear what is the applicative relationship between the text and the norm supposedly ascribed to said text. To put it differently: if the text of the provision does not determine, even in part, the contents of the norm that it is being ascribed to it via interpretive operations, I do not understand in what sense we can meaningfully talk of *applying* anything.

Cannot a legal realist hold this version of the distinction while still saying that the text of the provision somehow determines at least the range of potential meanings which can be ascribed via interpretation to said provision? This is precisely what Guastini does in one of his latest restatements of his legal realist theory. In chapter three of TMCD, however, I show precisely why his latest and “moderate” scepticism is untenable, being plagued by an inescapable internal

<sup>11</sup> BAQUERIZO MINUCHE 2023.

<sup>12</sup> See MARTÍ 2002; CHIASSONI 2021.

contradiction at the meta-theoretical level which leaves him unable to ground non-contradictorily the “determinative” function of literal meaning within his theory<sup>13</sup>. As I will argue in the next section, this same meta-theoretical contradiction seems fatal for all realist attempts to strike a middle ground between moderate cognitivism and radical scepticism (according to which everything goes – the law is what the courts say).

#### 4. *The alternative between cognitivism and realism/scepticism*

Both Baquerizo Minuche and Muffato explicitly reject the “moderate cognitivism” I defend in chapters 5 and 6 of TMCD. Interestingly, both of them appear keen to be able to meet the challenge I raise in the book – namely that a theory of law compatible with constitutional democracy must meet the democracy and action-guidance requirements – while at the same time retaining a broadly realist or sceptical view about legal communication and legal interpretation. Or at least Baquerizo Minuche certainly does. Thus, after criticising my moderate cognitivism as “naïve”, he goes on to argue that other mixed theories are available which meet the challenges above without falling into the naivete of my account.

As to the latter, Baquerizo Minuche identifies an ambiguity in the theory of legal interpretation put forward in TMCD between what he finds are two different theses that I would be alternatively holding:

- a) A juxtaposition between the ideas of “understanding” and “interpreting” a rule, based on the discussion of the rule-following paradox by Wittgenstein in chapter 6, which would broadly support the famous legal maxim *in claris not fit interpretatio*; and
- b) The idea instead that interpretation is always necessary in legal adjudication (and so no naïve account of merely ‘understanding’ a rule is at play), but that there are conceptual reasons which make preference for literal or sentence meaning a necessity for a theory of legal interpretation.

Both of these theses are naïve, for Baquerizo Minuche, because they neglect the complex, stratified, constantly changing institutional nature of legal interpretation. As to the first, a case is never clear *before* interpretation and the law never applies “by itself” to its addressees. As a result, Baquerizo Minuche says following Pino, «in legal communication, there is an inevitable intermediation of the law-applying organs and interpreters in general»<sup>14</sup>. Talking of “understanding” obscures this necessary “step” of legal interpretation. And while the second thesis is less naïve than the first one – because it recognises that there is *always* an interpretation between a rule and its applications – still it would be inaccurate to hold that in a majority of cases interpretation is a cognitive activity aimed to discover the literal meaning of legal utterances. Correct answers to legal problems are not simply “discovered” in this way, and Baquerizo Minuche raises a number of objections, ‘ranging from the lack of agreement of definitions such as “literal meaning” and “literal interpretation” to the more fundamental observation that even a literal interpretation has always a discretionary or creative component.

Let me clarify a few things. First, I discuss the juxtaposition of “understanding” and “interpreting” as qualitatively different activities in the context of the rule-following paradox (or considerations) raised by Ludwig Wittgenstein in his *Philosophical Investigations*. Against sceptical readings of it (including the famous “Kripkenstein”), I defend a non-sceptical reading of

<sup>13</sup> SANDRO 2022, 108-110.

<sup>14</sup> BAQUERIZO MINUCHE 2023, 13.

Wittgenstein's thought which rejects the idea that there must always be an "interpretation" (a creative or discretionary activity) between a rule and at least some of its applications (in particular, core or "normal" ones). This, for the reasons I show in the book, is the most convincing reconstruction if we take a comprehensive view of Wittgenstein's discussion and especially considering his remark that «there is a way of grasping a rule which is not an interpretation»<sup>15</sup>.

Now, as I explain on page 247 of TMCD, at least three levels of discourse about legal rules and their interpretation which should be kept separate are instead routinely bundled up together:

- The philosophical level, at which the question is about rule-following *tout court*;
- The language level, at which the question is about the relationship between the words we use and their meanings; and
- The juridical level, at which the question is about legal rules and their application to particular cases.

There is nothing contradictory, then, in holding at the same time that:

- a) when it comes to rule-following, including following the rules of language (that is applying our words), there is a distinction between the mental activity which takes place in core or normal cases (understanding) and the mental activity which takes place in all other cases (interpretation)<sup>16</sup>; and
- b) when it comes to following legal rules, that there is a level of meaning (literal meaning) that pre-exist (pragmatic) interpretation and that, in a majority of cases, this level of meaning must be given preference by the legal interpreter vis-à-vis other potential meanings (and in particular the purposive one) for *conceptual* reasons<sup>17</sup>.

In other words. In my view, there is a way of grasping a legal rule – in core or normal cases, that is, when the statutory language in question is precise (determinate) enough to clearly refer to at least some scenarios in the real world – that does not involve a creative or discretionary interpretive activity, and for the conceptual reasons I explain at length in TMCD that grasping of a rule – however you might want to call it – must be preferred to other and *potentially infinite* interpretations of said rule. This means that, contrary to what Baquerizo Minuche holds, there is not always a "creative or discretionary" component even in literal interpretation, because setting aside those other potential interpretations of the rule is a theoretical necessity ensuing from the concept of law and legal system we adopt.

Of course, this picture can be complicated by the existence, in any given legal system, of a significant variety of accepted interpretive approaches (or codes) which depart from what we routinely call literal interpretation, as well as by the fragmentation, complexity, contradictoriness, and overall obscurity of statutory language. I broadly refer to all of these as sources of "systemic discretion" in chapter 4 of TMCD, and I will discuss them more in section seven below. The point is that the more systemic discretion is pervasive in a legal system, the more even literal interpretations of a legal rule will have to be considered discretionary, as the scope of core or normal cases where the rule can be directly applied to the situation at hand will diminish exponentially.

<sup>15</sup> WITTGENSTEIN 2009: para 202. As I write in TMCD, this constitutes «an insuperable obstacle for any sceptical reading of his analysis».

<sup>16</sup> Cf. PINO 2021, 336.

<sup>17</sup> SANDRO 2015; cf also PINO 2021, 178.

Is another moderate objectivism possible? And more specifically, can a realist theory of legal interpretation nonetheless meet the challenges of collective-autonomy and action-guiding as raised in TMCD? Baquerizo Minuche thinks so, and he illustrates in broad strokes the theory of legal interpretation put forward very recently by Giorgio Pino as an example.<sup>18</sup> Pino's masterful 2021 book was published when I had already sent the final manuscript version of TMCD to the publisher, and so I could not have discussed it within the text. Neither can I now do justice to such an impressive work – a true treatise on legal interpretation, notwithstanding what the subtitle says –<sup>19</sup> in the context of the present reply. I will limit myself to two macro-observations.

First (and foremost), Pino explicitly affirms that legal interpretation is always an interpretation of *something* (a normative text) and due to this it has also always a cognitive dimension. Such cognitive element, in turn, would establish limits as to what can be considered an interpretation properly speaking and what instead goes beyond the realm of acceptable or legitimate interpretive outcomes<sup>20</sup>. I see, *prima facie*<sup>21</sup>, two problems with this position. On the one hand, any theory of legal interpretation which *establishes* (viz *recognises*, *postulates*, etc) limits as to which interpretations can be considered valid (or correct, or justified, etc) cannot be considered a purely descriptive theory. This is intrinsically problematic because it contradicts one of the epistemic tenets of legal realism (at least in its Italian and North-American variant), and forecloses the possibility of maintaining any neat distinction between cognitive and prescriptive approaches to interpretation<sup>22</sup>. On the other hand, on Pino's account it is not immediately clear what grounds the cognitive dimension of legal interpretation. For unless Pino presupposes a similar distinction between understanding and interpretation as the one offered in TMCD and which Baquerizo Minuche rejects, the sceptical paradox of rule-following appears again, and there can be no determinacy – but only «the illusion of determinacy», as Kripke puts it<sup>23</sup> – even in “core” or “normal” cases of the application of linguistic meaning. In other words, unless Pino presupposes the very thing Baquerizo Minuche rejects in my theory as “naïve”, it is not clear at all how the legislative text from which an interpretation departs can set any limits as to which interpretations of said text might be correct and which are not so (as in the “plus two” rule example in the *Investigations*)<sup>24</sup>. There would be no objectivity, not even in a thin sense – as intersubjectivity – in law.

Second, standing tall among the reasons which in my view establish the conceptual necessity for literal or sentence meaning in legal interpretation in most cases is the crucial yet widely neglected observation that the majority of events in which legal rules are followed or applied take place outside courtrooms<sup>25</sup>. That is, Baquerizo Minuche seems to presuppose the traditional model of legal communication according to which there are only two actors, legislatures (or law-makers in general) and courts. This in turn returns a skewed picture of legal interpretation, both in the sense of the cases considered (predominantly hard cases) and in terms of the characteristics of the interpreters.

Things change dramatically though once we acknowledge a) that legal officials not necessarily equipped with formal legal training constitute the vast majority of *official* law-appliers; and b) that laypeople more generally must be part of any theory of legal interpretation, as they constitute, in a

<sup>18</sup> PINO 2021.

<sup>19</sup> “Like a treatise”.

<sup>20</sup> PINO 2021, 333-34. Pino adds that this cognitive dimension of interpretation depends not only on the text at stake, but also on the accepted interpretive or justifying criteria in that particular legal culture.

<sup>21</sup> As I said above, I cannot do justice to Pino's wonderful book in this piece, and I look forward to engaging with it properly in the near future.

<sup>22</sup> BAQUERIZO MINUCHE 2023, fn 52; PINO 2021, 17-20.

<sup>23</sup> KRIPKE 1982.

<sup>24</sup> WITTGENSTEIN 2009, para 201.

<sup>25</sup> SANDRO 2015; SANDRO 2022.



significant number of cases, the primary addressees of legislation and other types of regulative measures. To put it differently, I reject the (Kelsenian) idea that «in legal communication, there is an inevitable intermediation of the law-applying organs and interpreters in general»<sup>26</sup> as a misleading reconstruction of legal phenomena in modern legal systems. I have illustrated the reasons for this at length elsewhere<sup>27</sup>. For the purposes of this reply I only want to add that putting laypeople (and other non-judicial officials) back at the centre of law's interpretive picture appears to complicate the relationship between the two criteria of correctness of legal interpretation for Baquerizo Minuche/Pino. For if “appropriate justifications” more regularly than not licence a significant departure from the “starting normative text”, it is not clear (again) how the law can fulfil the democratic and action-guiding requirements Baquerizo Minuche is keen to comply with<sup>28</sup>. This indicates that in determining the concept of “correctness” of a legal interpretation we cannot put on the same level the meaning of the text to be interpreted and the interpretive codes or justifications accepted in the system, at least if we want to put forward a theory compatible with the tenets of constitutional democracy. And so we go back to legal realism.

##### 5. *Law and language, law as language: a rejoinder*

Muffato's razor-sharp contribution shares many of the criticisms levelled already by Baquerizo Minuche against the theory of legal interpretation I sketch in TMCD. Thus after rejecting my quadripartition of legal realism as “ill-conceived”,<sup>29</sup> Muffato explains what characterises the “moderate scepticism” position and differentiates it from radical scepticism: the fact that not *all* interpretive ascriptions of meaning to a legal text are justified (for any context of application). He then goes to discuss the potential overlap with contextualist positions in philosophy of language, of which he identifies at least eight, to highlight that I am “almost right” (but not quite) in identifying meaning-contextualism as the “drop point” for legal sceptics. This is because the sceptic, according to Muffato, does not need to buy wholesale into any defined contextualist position, but can rather «pick out only some contextualist arguments against literalism»<sup>30</sup>. This leads him, with his first horn of his critique, to adopt Chiassoni's argument against supporters of the “conventional meaning variety” that these latter positions would be plagued by a form of “linguistic naturalism”<sup>31</sup>. As Muffato sums it up:

«adherence to the literal meaning of statutory provisions is not bound by the very concept (essence?) of legal communication; it requires instead a well considered or conformist decision to adopt literalism out of many other possible doctrines of interpretation»<sup>32</sup>.

My answer, *ca va sans dire*, is the same as above where the exact same criticism is raised by Baquerizo Minuche. But Muffato does not stop here: he brings on a second line of attack, this time aiming at the conception of the relationship between law and language developed in TMCD. Let's have a look.

Muffato, following this time Claudio Luzzati, warns against the identification of law with a semiotic system. Languages, says Muffato, cannot be created *ex nihilo*: for «even instrumental

<sup>26</sup> BAQUERIZO MINUCHE 2023, 13.

<sup>27</sup> SANDRO 2015; SANDRO 2022.

<sup>28</sup> See KRAMER 2007, 139-140.

<sup>29</sup> MUFFATO 2023, 35.

<sup>30</sup> MUFFATO 2023, 36.

<sup>31</sup> MUFFATO 2023, 37, citing CHIASSONI 2019.

<sup>32</sup> MUFFATO 2023, 37.

languages and sophisticated conceptual apparatuses can only be elaborated starting from ordinary language words and common sense concepts»<sup>33</sup>. Furthermore, individual judges do «not administer directly the legal language», given that their decision as to the meaning of a specific text must enter into «performative citational chains» in order to have an impact on the whole legal system<sup>34</sup>. This is why, according to him, it is better to understand written law as a corpus of legal sentences that are constantly interpreted rather than as a language, and that statutory law «cannot be deemed to control the meaning of its provisions»<sup>35</sup>.

On this point, there is no amount of clarification on my part that can bridge our disagreement. To begin with, it is not clear to me how Muffato can claim that new languages cannot be created *ex nihilo*, given that there is an abundance of examples not just in computer science, but also if one thinks about constructed auxiliary languages and so-called *a priori* ones in particular. Muffato's objection appears to be that, to be truly considered 'created', a new language should be elaborated in a biological and cultural vacuum, but if this is the case, I think the objection misses the mark by a large margin. For what is relevant about the distinction between natural and artificial or administered languages is not the context in which the creation takes place (which clearly cannot be in a vacuum), but the possibility to establish conventionally the (macro) pragmatic purposes and the semantic and syntactic rules (at least) of said languages. This is not possible in natural languages, which persist over time precisely because they can be used for whatever purpose the speakers want and whose rules resist 'fixing' by linguistic authorities.

Muffato denies that this can happen in legal language as well: courts do not administer legal language directly. But it is hard to reconcile this position with what happens in our legal systems, where (to take but one example) apex courts – both in civil and common law systems – are indeed capable of fixing the meaning of legislative or other regulatory utterances for the system. This appears perhaps clearer in constitutional adjudication in many jurisdictions, where judicial decisions dealing with primary legislation in order to make it compatible with constitutional norms have effects *erga omnes* immediately. More generally, one can consider the citation by other courts as *constitutive* of the impact that apical judicial decisions have on legal language only if one denies normativity to the system of precedent. But if precedents are binding on lower courts (whether *de jure* or *de facto*, the point being secondary here) – and for all other purposes, including administrative decisions, practices, and so forth – then it seems hard to deny that courts *directly* administer legal language when they widen or restrict the rules of applications of legal concepts and expressions. The same is true, *mutatis mutandis*, for legislatures. Thus law is, as I put it in TMCD following Ferrajoli, at the same time a *langue* and a *parole*, a tongue and a discourse: it consists of *both* rules (about how to speak and what to say) and the discourses created by applying those rules<sup>36</sup>. And it is an *administered* language, in which certain users have the power to change those rules and create new ones.

After criticising my general understanding of law as a language, Muffato goes on to question the specific theory of legal communication I advance in TMCD. In particular, he characterises it as a “fixed/invariant conventional code” and argues that it amounts to an instance of the well-known “fixed-code fallacy”, as it takes for granted the existence a “fixed public plan” for human communication<sup>37</sup>. To be sure, I am in extremely good company, because other defenders of the “code model” of legal communication include Hart, Carrió, Bulygin, Diciotti, to name but a few. But, like them, I would not provide any real *positive* argument – as opposed to one of the *modus tollens* inferences discussed above – to justify its adoption<sup>38</sup>. On this charge, for reasons of space, I can only

<sup>33</sup> MUFFATO 2023, 37

<sup>34</sup> MUFFATO 2023, 37.

<sup>35</sup> MUFFATO 2023, 38.

<sup>36</sup> SANDRO 2022, 186.

<sup>37</sup> MUFFATO 2023, 38 (following Harris).

<sup>38</sup> MUFFATO 2023, 38 f.

point the interested readers to the argument developed in chapter five of TMCD. I hope they will agree with me that the three main tenets of the argument developed therein – the necessity to include laypeople in the theory of legal communication and interpretation; the particular nature of law as an administered language; and the fundamental different structure of text-based communication as opposed to “conversational” one – provide a viable positive case for the existence of a substantially conventional level of meaning in many cases of legal communication.

In any case, as it turns out this preliminary observation does not seem even central to Muffato’s critique, because he appears to reject altogether the picture that both “fixed code” theorists as well as radical sceptics *à la* Kripkenstein share: a “foundationalist picture of meaning” which stems «from a reifying and decontextualizing perspective that pictures sentences and meanings as (objective or subjective, empirical or abstract) things, objects, entities»<sup>39</sup>. Instead, the meaning of our words cannot be severed from their particular contexts of use<sup>40</sup>. Muffato, in other words, defends an occasionalist picture of meaning, which is commonly held to be the most extreme version of contextualism in philosophy of language<sup>41</sup>. It is no surprise then that my attempt to strike a middle ground between Platonism – the picture of meaning which sees words as abstract objects governing their own application in all cases – and radical contextualism at the end of chapter 6 of TMCD does not win him over. Nor does clearly my argument as to the specificity of text-based communication<sup>42</sup>, because for him even text always requires a “recontextualization”<sup>43</sup>.

Considering the different and sophisticated theories of meaning available out there, my disagreement with Muffato will have to be fully explored on another occasion. Here I will limit myself to note what could be the initial point of our future debate. Muffato denies that the extrapolative dispositions of language-users can successfully ground the advance determination of at least some instances of the application of a rule *vis-à-vis* anyone’s judgement about it<sup>44</sup>. By contrast, I think they can. He nonetheless claims that “past uses” are capable of constraining (“partially”) every speech- or text-act or act of interpretation in general<sup>45</sup>. This is rather surprising, as it is not clear: a) how past uses can constrain (even partially) future ones, if not precisely through the extrapolative dispositions of language-users; and b) more fundamentally, how meaning can be constrained *at all* from an occasionalist viewpoint (given that all meaning is *determined* by the context of use on this picture)<sup>46</sup>. Therefore, to conclude, it seems to me that also Muffato’s attempt at showing the compatibility of a sceptical view of legal meaning and legal interpretation with constitutional democracy is not free from the intrinsic tensions (and, possibly, contradictions) I have already identified for other similar attempts above (and in TMCD).

## 6. *The role of pragmatics in legal communication*

The theory of semantic minimalism I endorse in chapter 5 of TMCD is also questioned by JJ Moreso in his contribution *The Discreet Charm of the Formalism: Paolo Sandro on Creating and Applying the Law*. Moreso agrees with me that «there are limitations to applying conversational pragmatics to legal communication»<sup>47</sup> and that legal interpretation requires a different approach from ordinary

<sup>39</sup> MUFFATO 2023, 39.

<sup>40</sup> MUFFATO 2023, 39.

<sup>41</sup> See eg. BORG 2012, ch 1.

<sup>42</sup> SANDRO 2022, 193-94.

<sup>43</sup> MUFFATO 2023, 39 f.

<sup>44</sup> MUFFATO 2023, 39.

<sup>45</sup> MUFFATO 2023, 40.

<sup>46</sup> See the discussion in SANDRO 2022, 183.

<sup>47</sup> MORESO 2023, 23.

conversation. Both the original context [of creation of the utterance] as well as that of application must be taken into account to determine meaning. Legal interpretation is akin to translation in this respect<sup>48</sup>. Yet Moreso does not want to exclude the relevance of the locutionary intentions of the members of a collective law-making body towards the determination of the meaning of legislative utterances. This is because «[s]ometimes we cannot determine the meaning of legal texts without certain pragmatic operations» such as implicatures or more general pragmatic enrichment<sup>49</sup>. He illustrates the point with an example from the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court in which the Court interpreted the “silence” of a constitutional provision forbidding the Civil Administration from imposing penalties that may imply the deprivation of freedom as authorising, arguing *a contrario*, the Military Administration to do so. This is clearly a pragmatic argument – arguably an implicature, only one out of many. What is relevant, for Moreso, is that they are crucially dependent on *both* the context of enactment as well as of judicial interpretation.

For Moreso, then, the relevance of pragmatic enrichment to legal interpretation requires that the semantic minimalism for legal meaning I rely on (and partially modify) in TMCD must be rejected. As he puts it, «it is impossible to fully understand the content of legal texts without considering pragmatics»<sup>50</sup>. And so the text of legislative enactments is “relevant” – but possibly nothing more –<sup>51</sup> «for determining the content of our legal obligations, rights and power»<sup>52</sup>. Although he immediately adds that «pragmatic operations are compatible with the previous determination of the normative solution of individual cases»<sup>53</sup>.

I must confess I am not sure about the extent of the disagreement between myself and Moreso. The theory of legal meaning advanced in TMCD does not exclude a role for pragmatics in legal interpretation altogether (as Moreso acknowledges at first): it excludes that a certain type of pragmatic enrichment based on the situational context of interpretation of a legal text is *always* necessary, i.e. for and in all contexts of application, to determine the meaning of said text (or of a portion of it)<sup>54</sup>. In other words, and as I have already highlighted before in this reply, I take a minimalist theory of meaning as necessary to explain how literal (or sentence) meaning can *constrain* the interpretation of text-acts, especially where a) the “author” of said text-acts is a collective body; and b) the contexts of application are potentially infinite and the context of creation (with the exception of the co-text) is opaque to the interpreters<sup>55</sup>.

In this respect, denying relevance to the locutionary intentions of members of a legislature (*qua* law-making body) towards the determination of meaning does not exclude that pragmatic enrichment might be needed, for some contexts of applications, because the text-act is underdetermined (or, perhaps, because it produces “absurd” results). The point is that such pragmatic enrichment will be of a counterfactual, “objective” type – a reconstruction of the “will” or “intention” of an *ideal* (or rational) legislator<sup>56</sup>. But this could not be any other way, given that

<sup>48</sup> MORESO 2023, 23.

<sup>49</sup> MORESO 2023, 23, also noting the similar approach in PINO 2021.

<sup>50</sup> MORESO 2023, 25.

<sup>51</sup> MORESO 2023, 25 f., quoting Greenberg.

<sup>52</sup> MORESO 2023: 25. Other ways of putting the same point, for Moreso, are to say that legal texts might display potential meanings (following Dancy) or that they may determine the content of the law only *pro tanto* (following Asgeirsson). I won’t be pressing the point here, but I do not think these expressions are equivalent.

<sup>53</sup> MORESO 2023, 25.

<sup>54</sup> SANDRO 2022, 201-202.

<sup>55</sup> SANDRO 2022, 201.

<sup>56</sup> Hence tenet (iv) of the minimalist semantics discussed in SANDRO 2022, 202. The more I think about it, the more I am convinced that pragmatic enrichment is counterfactual (“objective”) even in the case of ordinary communicative exchanges, given that we do not have (presently) access to each other’s mental states. One of the crucial differences between speech-act and text-acts, as I explain in SANDRO 2022, 195, is then precisely that legislative text-acts are “closed” and “unilateral”, whereas in an ordinary conversational exchange we are always capable of asking our interlocutor: “is that what you meant?”.

it is not far-fetched to think of examples in which a large numbers of members of a legislature might pass a bill they have not fully read or understood (let alone authored in the first place, which is very much the normal case).

Therefore, the problem on a contextualist picture of meaning is two-fold. On the one hand, its notion of “what is said” – being wholly dependent on speaker’s intentions and retrievable only after pragmatic enrichment through inferential reasoning –<sup>57</sup> cannot be straightforwardly applied to the case of legislative enactments. On the other, and more fundamentally, the text itself cannot have any *direct* relevance towards the determination of meaning and so even less *constrain* interpretation<sup>58</sup>. In TMCD I defend instead a conventional notion of “what is said” in legal communication, one that is determined by the text and the co-text of the legislative (often complex) utterance<sup>59</sup>. Clearly, this notion of what is said won’t return, for each and every context of application, a determinate result. In these cases, pragmatic enrichment is necessary – which will depend not only on the features of the individual context of application but also on the specific interpretive codes or canons accepted in that jurisdiction. This implies that, far from “disproving” it, the examples from Spanish and Italian Criminal Codes that Moreso discusses are wholly compatible with my approach. They are cases of ambiguity of the term ‘man’ in those legislative frameworks, which thus make the provisions in question under-determined at least vis-à-vis some (but not all) contexts of applications.

Once more, the consideration that the vast majority of acts of application of law takes place, non-problematically, outside courtrooms becomes relevant here. For it would be foolish to dispute the amount of legal agreement which takes place routinely among laypeople and officials alike. For example, there can be little if any doubt, in most developed legal systems, of what speed motorists are expected to limit themselves to in normal scenarios<sup>60</sup>. The theory of meaning I propose is capable of accounting for that – and more generally for the vast amount of legal agreement on what the law requires which takes places every day outside courts – in a plausible and non-contradictory way, while allowing for the need of pragmatic enrichment in cases where some features of the context make the conventional meaning underdetermined. Contextualist theories, as I have argued already in TMCD and in this reply, cannot do so without displaying an intrinsic tension and, ultimately, contradiction with their theoretical premises. For text (or sentence/literal meaning in general) cannot play any special role vis-à-vis other contextual factors within an internally consistent contextualist position<sup>61</sup>.

### 7. Discretion, semantic minimalism, and the distinction between law-creation and law-application (part two): Ramirez Ludeña’s challenge(s)

Last, but certainly not least, let us consider Lorena Ramirez-Ludeña’s powerful challenge vis-à-vis the core theoretical framework developed in TMCD. Is my account plagued by an internal tension/inconsistency?

In her comment *Creative interpretation? The distinction between application and creation in hard cases* Ramirez-Ludeña starts by reconstructing the unified account of discretion in chapter four

<sup>57</sup> I am following BORG 2009 in noting that moderate contextualism is untenable (it necessarily “slides back” towards radical contextualism).

<sup>58</sup> See discussion in SANDRO 2022, 183 fn 96.

<sup>59</sup> SANDRO 2022, 203-05.

<sup>60</sup> WATSON 2023.

<sup>61</sup> In other words, it is always author’s intention which is constitutive (and determinative) of meaning. See for example NEALE 2004 where he tries to reject the association of intentionalism with “Humpty Dumptyism” by asserting that sentence meaning does not constrain which potential meanings an utterance can express (this would be clearly contradictory for him), but what kind of “genuine communicative intentions” a speaker can hold in uttering it.

of TMCD, carefully illustrating the differences between normative, interpretive, and systemic discretion. Her first doubt is about the role of intentionality within the framework I have developed, in particular «what agents and facts are relevant to determine that there is intentional delegation (express or tacit)»<sup>62</sup>. This prompts a second, crucial, set of questions: are normative and interpretive discretion really distinguishable after all? And if that is the case, to what extent is the distinction (and the sub-distinction within interpretive discretion) useful towards the differentiation of law-application from law-creation? Ramirez-Ludeña illustrates with the example of the Spanish Supreme Court extending the scope of application of the term “violence” within the crime of “coercion” to the use of psychological coercion or the use of force on things. She asks: «[i]s this a case of normative or interpretive discretion?»<sup>63</sup> Was this a case of tacit delegation of decision-making power to the courts, given the opportunities to specify the legislation not taken by the Spanish Parliament? Or if it is interpretive discretion, is it semantic or systemic? And more importantly, how is the alternative between the two overall categories of discretion relevant for distinguishing between law-application and law-creation, given that this latter can occur in either case?

The doubts do not stop here. In the following section, Ramirez-Ludeña questions whether the semantic minimalism defended in chapter five of TMCD can “sustain” the distinction between semantic and systemic discretion. For is not precisely the case that a semantics for the legal domain must pay attention – rather than leave out from its scope – elements which are normally understood as interpretive tools and conventions?<sup>64</sup> And again, what is the role of intentions – and *whose* intentions? – in creating both the text and the co-text of legislative utterances? And how are we to understand the relationship between the norm expressed by a minimal literal content and other interpretive tools? This position, in other words, would not allow us to «distinguish between discretionary application and creation of law, for it would provide us with a reconstruction only of clear cases, not those in the penumbra»<sup>65</sup>. Moreover, she adds, the very concept of semantic discretion appears questionable, since «it seems that in this area there is either unproblematic application (without discretion) or creation»<sup>66</sup>. Overall, Ramirez-Ludeña thinks I face a dilemma with my theory: If I want to properly account for the concept of discretion, distinguishing it clearly from law-creation, I must abandon semantic minimalism; but if I “stick” with the latter, then my unified theory of discretion (or at least part of it) becomes superfluous.

Finally, Ramirez-Ludeña is not convinced by my acknowledgement, at the end of chapter six of TMCD, that due to the (contingent) existence of systemic discretion in every modern legal system, even ascriptions of meaning to a legal provision which are outside the communicative frame as developed in my book could be considered instances of law-application. What do the courts do in those cases? Are they creating law, or simply applying it (albeit discretionarily)? This means, once again, that on the picture of legal interpretation I sketch it is not clear how to draw neat boundaries between filling gaps (in which the judge would create law) and “adjudicative” interpretation, whereas the court instead opts for one of the potential meanings derived from applying the interpretive tools and conventions existing in that jurisdiction<sup>67</sup>. How cannot this second activity, she wonders, be properly considered a case of law-creation as well?

I try to address Ramirez-Ludeña probing challenges in what follows. My hope is that, if my answers are not convincing, we might continue this incredibly fruitful (certainly for me) discussion elsewhere.

<sup>62</sup> RAMIREZ-LUDEÑA 2023, 46.

<sup>63</sup> RAMIREZ-LUDEÑA 2023, 48.

<sup>64</sup> RAMIREZ-LUDEÑA 2023, 49.

<sup>65</sup> RAMIREZ-LUDEÑA 2023, 50.

<sup>66</sup> RAMIREZ-LUDEÑA 2023, 50.

<sup>67</sup> RAMIREZ-LUDEÑA 2023, 52.

First, what is the relationship between the unified account of discretion I develop in chapter four of TMCD and the overall distinction between law-creation and law-application I put forward? Is the former even necessary to ground the latter? And if so, how? To keep it brief, the overall distinction I draw between normative and interpretive discretion is necessary to identify the concept of ‘bound’ law-application – where there is no normative discretion, interpretive discretion is negligible, and the decision-making modality is obligatory – and distinguish it from discretionary and what I call (following Ferrajoli) “autonomous” law-application.<sup>68</sup> To simply say that there is *no* discretion in bound law-application would be theoretically coarse, as the discussion of the different characteristics of normative vis-à-vis interpretive discretion in chapter four of TMCD indicates. For while we could certainly imagine a legal system where the presence of normative discretion is a “yes or no” matter (because in that system normative discretion is recognised only in the presence of certain explicit linguistic markers), no amount of conventional rigidity in regulating the presence of legal discretion can eliminate completely the presence of factual and semantic one. Thus, in a significant sense, the explanatory powerful quadripartition of law-application is directly dependent on the account of discretion defended in TMCD.

In turn, the distinction between bound and discretionary (and autonomous) types of law-application has significant consequences for a theory of judicial review, especially when considering the question of whether a court is legitimated to adopt administrative acts *in lieu* of the relevant administrative decision-maker<sup>69</sup>. This analytical clarification of the different types of law-application would simply not be possible on the basis of the other accounts of discretion that exist in the literature: for the previous distinction between *administrative* and *judicial* discretion, as well as the one between *weak* and *strong* discretion, both confuse rather than clarify matters.

Second, as to the role of intentions within my account of discretion, how do we distinguish tacit normative discretion from interpretive systemic discretion?<sup>70</sup> As I explicitly say in chapter four of TMCD, there might well be cases where the two “overlap completely”<sup>71</sup>. This is particularly true when it comes to potential delegation of decision-making power through the use of vague concepts and expressions in legislative acts. I specifically alert that in these cases, as opposed to when the delegation is clearly signalled by the use of specific linguistic markers in the text of the legislation, the delegation of decision-making power is inherently more problematic, giving rise to doubts as to how exactly we should understand it. In any case though, as already indicated above, I understand “intention” and “intentional” necessarily in an objective sense, given that the reconstruction of a mental state must always be counterfactual.

<sup>68</sup> SANDRO 2022, 242-43.

<sup>69</sup> According to my theory, this would be wholly legitimate in cases involving bound law-application, and possibly legitimate (depending on the type of discretion at play) in case of discretionary law-application. I could not develop this point further in TMCD for reasons of space.

<sup>70</sup> I adopted the umbrella term ‘systemic discretion’ to try and capture all those contingent sources of discretion vis-à-vis interpreters which are not either clearly semantic (ie due to ambiguity, polysemy, etc) nor factual (ie related to the evaluation of the factual circumstances of application), but are inherent in the working of any modern legal system. I thought that such a category would be helpful from the analytical point of view with potential pragmatics benefits, because while semantic and factual discretion cannot likely be significantly reduced overall, at least some of the sources of systemic discretion – for example, the normative fragmentation and contradictoriness of the legal system – can (and arguably should) be. This was particularly important to me then precisely because – and not despite the fact that – the greater the degree of systemic discretion present in a system, the more officials could find themselves equipped with ‘unintended’ normative discretion. That is, I was well aware from the start that it would be virtually impossible to offer a principled distinction in general between cases of tacit normative discretion and systemic interpretive discretion. Once again, there are too many contingent variants at stake which cannot simply be theorised under a model which seeks to be general and multi-jurisdictional (like mine). See SANDRO 2022, 164-67.

<sup>71</sup> SANDRO 2022, 164.

This means that it is effectively always the practice which develops that determines the criteria to distinguish (if possible) between different types of discretion existing in each system<sup>72</sup>.

So, in a nutshell, Ramirez-Ludeña is right when she writes that «controversies will arise» [in this respect] «that cannot be resolved by his account»<sup>73</sup>. But I believe that no *general* account of discretion can resolve such controversies, because how best to reconstruct theoretically each example will be a function of how the practice in that system develops (and other contingent features of that jurisdiction). And there might not be clarity even within a single system, as the debate in Germany over the *unbestimmte Rechtsbegriffe* indicates<sup>74</sup>. But, unlike Ramirez-Ludeña, I do not think that that takes away from the benefits of having a clear conceptual distinction which can be applied without issues at least in a relevant number of cases<sup>75</sup>.

Third: is the sub-distinction between semantic, factual, and systemic interpretive discretion compatible with the modified version of semantic minimalism defended in TMCD? And more specifically, how can we properly distinguish between semantic and systemic discretion on this picture? Does not the former entail the latter? I did not specify the relationship between the minimal literal content of a statutory provision and other interpretive tools in TMCD because said relationship will depend significantly on the number and types of interpretive tools and conventions accepted in each legal system. As I said already above, I think it is a feature – and not a bug – of the theory I defend that it can (non-contradictorily) account for “clear cases” through the conceptual necessity for a conventional type of meaning<sup>76</sup>, while leaving open how best to reconstruct unclear (or difficult) ones. Nevertheless, Ramirez-Ludeña’s question remains: does a legal norm that is obtained via accepted interpretive tools and which, as such, goes beyond the literal content expressed by the provision in question count as law-creation or discretionary law-application?

Strictly speaking, all cases where the norm applied by a court goes outside the linguistic frame (which always includes the co-text) are problematic from the perspective of collective autonomy. But modern legal systems are not made up only by democratically-legitimated law. As I said at the end of chapter six of TMCD, this is precisely where the distinction between *lex* and *ius*, defended in chapter two as key to the development of modern constitutionalism, comes back to the fore<sup>77</sup>. The interplay between the two sources of law is complex, and will change depending on the specific features of legal culture in each system. Therefore, in my view, whether to consider a norm created via interpretive tools which goes beyond the “linguistic frame” of the text as an instance of either law-creation (or judicial construction, or interstitial legislation) or (discretionary) law-application will depend on a number of factors which resist general theoretical treatment: how many and what kinds of interpretive canons are accepted in that system; how consistent are courts in applying them; whether there is more often than not a contrast between different accepted interpretive canons; and what type of departure do they license from the literal meaning of the legislative text-act. Thus in a system with fewer accepted interpretive tools which are historically and consistently applied by courts and do not usually give rise to multiple conflicting interpretations, it will be more arguable that said norms

<sup>72</sup> SANDRO 2022, 164. This means that in theory a practice could develop that even when recognise interpretive discretion even in case of specific linguistic markers (the question would then be one of intra-systemic relation between the legislature and the courts of that system).

<sup>73</sup> RAMIREZ-LUDEÑA 2023, 47.

<sup>74</sup> SANDRO 2022, 148-49. As a result, I do not think I have all the elements to answer the question as to whether the decision by the Spanish Supreme Court to extend the concept “violence” to include also psychological and coercion or the use of force on things should be understood as an act of creation of law. Whether the court is creating new law or applying existing one will depend ultimately on two axes: how vague terms (like violence) are considered in that system, and how many, of what kind, and how consistently applied further interpretive tools and conventions are.

<sup>75</sup> RAZ 1979, 93-94.

<sup>76</sup> RAMIREZ-LUDEÑA 2023, 50 explicitly acknowledges this.

<sup>77</sup> SANDRO 2022, ch 2.



are still the product of law-application (in the sense of *ius*) rather than creation<sup>78</sup>, whereas in a system at the opposite end of the spectrum that would not be the case<sup>79</sup>.

But if we acknowledge that norms created outside the linguistic frame via interpretive tools can still be considered as an instance of discretionary law-application rather than law-creation, does not that significantly reduce the explanatory role/usefulness of semantic minimalism for legal interpretation? I do not think so. First and foremost, semantic minimalism is still the only theory of meaning capable to account non-contradictorily for the vast majority of cases of law-application in our modern legal systems, which take place outside courtrooms. Second, the more the meaning of the provision obtained via the accepted interpretive tools in difficult or hard cases is detached from its literal one(s), the more said norm will have to be understood as an instance of *ius* rather than *lex*. That is, the more the norm is outside the linguistic frame established by the relevant text (plus co-text), the less a court will be able to justify their decision through the formal democratic legitimacy of law-application and will have instead to resort to the substantive justificatory force of judge-made rules and principles<sup>80</sup>.

Overall, the analytical account put forward in TMCD is capable of identifying the two core cases of law-application and law-creation respectively: clear cases where the literal interpretation (as understood in my book) suffices to determine the legal meaning of a provision and difficult cases where legal officials create a new norm that is not based either on the linguistic frame established by the relevant text nor on one of the accepted interpretive tools or codes in that jurisdiction. In between these two, there is the area of discretionary law-application in hard cases which can also be understood as law-creation depending on the specific practices and conventions of that jurisdiction, and where the literal meaning of the provision (as obtained through semantic minimalism) still represents a cognitive yardstick against which further interpretations of the norms can be evaluated.

## 8. Conclusion

I want to express again my utmost gratitude to Jorge Baquerizo Minuche, José Juan Moreso, Nicola Muffato, and Lorena Ramirez-Ludeña for their engagement with my work. While differences clearly remain, especially on the alternative between moderate realism and cognitivism, their sharp criticisms have pushed me to reflect so much more carefully about many of the claims in the book. That I will keep doing so for quite some time is a testament to the intellectual quality of their contributions.

<sup>78</sup> In such a system, indeed, there would be little if no difference between semantic and systemic discretion (in this respect).

<sup>79</sup> SANDRO 2022, 221.

<sup>80</sup> So effectively the decision could be considered at the same time a case of law-creation from the perspective of *lex* and of law-application from the perspective of *ius*.

## References

- BAQUERIZO MINUCHE J. 2023. *That Obscure Object of Desiring Literal Meaning. A Critique to “Moderate” Legal Cognitivism*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 2023, 7 ff.
- BORG E. 2009. *Meaning and Context: a Survey of a Contemporary Debate*, in WHITING D (ed.), *The Later Wittgenstein on Language*, Palgrave Macmillan, 96 ff.
- BORG E. 2012. *Pursuing Meaning*, Oxford University Press.
- CHIASSONI P. 2021. *Is Realism at Odds with Constitutional Democracy?*, in CHIASSONI P., SPAIĆ B. (eds.), *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer, 35 ff.
- JIMÉNEZ F. 2023. *Review of The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law*, in «The American Journal of Jurisprudence», 68(1), 2023, 77 ff.
- KRAMER M. 2007. *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press.
- KRIPKE S.A. 1982. *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Harvard University Press.
- MARTÍ J.L. 2002. *El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?*, in «Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho», 17, 2002, 259 ff.
- MORESO J.J. 2023. *The Discreet Charm of the Formalism: Paolo Sandro on Creating and Applying the Law*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 2023, 19 ff.
- MUFFATO N. 2023. *Who Fears the Anti-Literalist Bogeyman? On Paolo Sandro’s Meaning-Determinism*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 2023, 29 ff.
- NEALE S. 2014. *Stephen Neale on Meaning and Interpretation*, in EDMONDS D.,WARBURTON N. (eds), *Philosophy Bites Again*, Oxford University Press.
- PINO G. 2021. *L’interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- RAMIREZ-LUDEÑA L. 2023. *Creative Interpretation? The Distinction Between Application and Creation in Hard Cases*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 2023, 43 ff.
- RAZ J. 1979. *The Identity of Legal Systems*, in ID., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 78 ff.
- SANDRO P. 2015. *To whom does the law speak? Canvassing a neglected picture of law’s interpretive field*, in ARASZKIEWICZ M., BANAS P. GIZBERT-STUDNICKI T, PLESZKA K. (eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Springer, 265 ff.
- SANDRO P. 2022. *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law*, Hart Publishing.
- WATSON B. 2023. *Explaining Legal Agreement*, in «Jurisprudence», online first. Available at: <https://doi.org/10.1080/20403313.2023.2165789>.
- WITTGENSTEIN L. 2009. *Philosophical Investigations* (rev. 4th ed., PMS Hacker & J. Schulte eds.), Blackwell.

STUDI



# LA EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS Y LA RACIONALIDAD MATERIAL DE LA LEY

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO



La eficacia y efectividad de las normas y la racionalidad material de la ley

Normative Efficacy and Effectiveness and the Substantial Rationality of the Legislation

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO

Investigadora postdoctoral, Universidad de Girona.

E-mail: [carolina.fernandez@udg.edu](mailto:carolina.fernandez@udg.edu)

#### ABSTRACT

Este trabajo se enmarca en las discusiones que se dan en el campo de estudio de la teoría legislativa y tiene como propósito principal proponer una pequeña modificación a uno de los niveles de racionalidad legislativa ideados por Manuel Atienza. El trabajo se estructura del siguiente modo: en primer lugar se presentan los desafíos que enfrenta la teoría legislativa como campo de estudio incipiente y en formación; luego se ofrece una explicación sobre los parámetros que se consideran los más importantes para evaluar la calidad legislativa y se concluye que la eficacia y la efectividad son los objetivos de calidad a los que debiera aspirar la legislación; finalmente se presenta, en sustitución del nivel de “racionalidad ética” propuesto por Manuel Atienza, un nivel llamado de “racionalidad material” que no solo supera los problemas encontrados en la propuesta de Atienza y resulta más fácilmente aceptable por un sector más amplio de la comunidad jurídica, sino que además funciona como una herramienta de impulso de la eficacia y la efectividad.

This paper is framed within the discussions that take place in the field of legislative theory and its main purpose is to propose a small modification to one of the levels of legislative rationality devised by Manuel Atienza. The paper is structured as follows: first, it presents the challenges facing legislative theory as an incipient and emerging field of study; then it offers an explanation of the parameters that are considered the most important for evaluating legislative quality and concludes that efficacy and effectiveness are the quality objectives to which legislation should aspire; finally, replacing the level of “ethical rationality” proposed by Manuel Atienza, a level called “material rationality” is presented, which not only overcomes the problems encountered in Atienza's proposal and is more easily acceptable to a wider sector of the legal community, but also functions as a tool for promoting efficacy and effectiveness.

#### KEY WORDS

legislation, theory of legislation, efficacy, effectiveness

legislación, teoría legislativa, eficacia, efectividad

# La eficacia y efectividad de las normas y la racionalidad material de la ley

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO

1. *Introducción* – 2. *Sobre los fines últimos de la calidad legislativa* – 3. *Un análisis crítico de la racionalidad ética* – 4. *El nivel de racionalidad material* – 4.1 *¿Cuándo está justificada la sanción de una ley?* – 4.2 *La argumentación exigible* – 4.2.1. *Normas que restringen derechos o implementan diferenciaciones en el acceso a derechos* – 4.2.2. *Normas que establecen derechos o implementan derechos constitucionales* – 4.3. *La justificación de la permanencia de una norma en el sistema jurídico* – 4.4. *La coherencia del sistema jurídico como aspecto relevante de la racionalidad material* – 5. *Conclusiones*

## 1. *Introducción*

La actividad legislativa se ha desarrollado en los últimos siglos en un estado de singular aislamiento tanto del derecho y de la teoría jurídica como de otras disciplinas científicas. Se han brindado diversas razones sobre este aislamiento y actualmente otras explicaciones intentan, dar cuenta de por qué esta situación se está revirtiendo en los últimos años. Lo cierto es que desde hace algunas décadas el aislamiento del legislador ha comenzado a ser menor y la llamada teoría legislativa se encuentra en expansión como campo de estudio y como herramienta a disposición de los legisladores<sup>1</sup>.

A pesar de su crecimiento como campo de estudio, la teoría legislativa aparece todavía como altamente relegada dentro de la formación jurídica y la actividad de producción académica. Basta pensar en los pocos cursos universitarios de grado y posgrado que se ofrecen en Europa y América Latina sobre temas de legislación y teoría legislativa. Tampoco es observable todavía un impacto cierto en la actividad legislativa (por ejemplo, la mención en los antecedentes de un proyecto de ley de criterios de racionalidad legislativa) o el uso de argumentos provenientes de la teoría legislativa en debates parlamentarios. Lo que sí ha tenido algún tipo de desarrollo es el control semi-procedimental por parte de tribunales de la calidad de los debates legislativos, pero no es posible determinar si el desarrollo de la teoría legislativa ha influido o no en esa tendencia jurisprudencial<sup>2</sup>.

Entiendo que, tras la descripción anterior de la situación, la teoría legislativa tiene desafíos como área de estudio que deben ser tomados en cuenta seriamente: a) es necesario promover la

\* Este trabajo se ha realizado dentro del marco del proyecto de investigación “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho” 2021-2024 (PID2020-114765GB-I00). Organismo financiador Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad del Reino de España.

<sup>1</sup> Aunque puede haber algunas diferencias entenderé como sinónimos del área de estudios de la teoría legislativa a otras denominaciones tales como “Legisprudencia”, “Racionalidad Legislativa”, “Legislación Racional” o más ambiciosamente “ciencia de la legislación”.

<sup>2</sup> Ver sobre este tema OLIVER-LALANA 2016, OLIVER-LALANA 2019. El autor propone diversos ejemplos de este control de constitucionalidad atípico: la ausencia de estudio y discusión en el Congreso estadounidense contribuyó a convencer a la Corte Suprema de que una ley que pretendía salvaguardar la decencia en las comunicaciones violaba en realidad la libertad de expresión (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 1997, 874 y 879). Otro ejemplo viene del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien ha concedido en ocasiones importancia a defectos argumentativos similares a los de la Corte de EE. UU (Cfr. STJUE 9/09/2010 (C-92/09, Volker y Markus Schecke y Eifert), §§ 81 y 83). De modo inverso, también un proceso argumentativo cuidado puede inclinar la balanza hacia el lado de resoluciones que mantengan la validez de la ley. Así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha valorado positivamente que una ley sea la «culminación de un análisis excepcionalmente detallado de las implicaciones sociales, éticas y jurídicas» del tema, así como «el fruto de mucha reflexión, consultas y debate» (TEDH 10/4/2007, *Evans v. UK*, § 86) (Cfr. por todo esto OLIVER-LALANA 2016, 5).

formación universitaria en este campo de manera más generalizada incluyendo la formación en el grado de ciertas carreras (principalmente derecho pero también podría pensarse en ciencias políticas o economía); b) es necesario promover la formación en esta área de estudio no solo en ámbitos universitarios sino en la comunidad jurídica ampliamente considerada; c) es menester generar puentes entre la teoría y las legislaturas en un doble sentido, por un lado, para llevar los desarrollos teóricos a la práctica y que esto se refleje en la calidad de las leyes y en la calidad de la justificación legislativa, y por otra parte, para entender los límites prácticos que la realidad legislativa puede señalar a los desarrollos teóricos, o mostrar cuáles son las cuestiones sobre las que se debería pensar para mejorar la legislación. Para ello hay que evitar el autoaislamiento de los académicos<sup>3</sup> y promover, entre otras vías de intercambio, la difusión de los desarrollos teóricos en los parlamentos y entre otros encargados de la creación de normas (como las agencias regulatorias, los ministerios, etc.). Uno de los propósitos de este trabajo es proponer una pequeña modificación a un modelo de racionalidad legislativa para que sea más universalmente aceptable por la comunidad jurídica general, así como por los encargados de la producción jurídica.

A partir de la aceptación de la posibilidad de que la teoría jurídica pudiera tener alguna injerencia en el ámbito legislativo comenzaron a dividirse las aguas entre los autores que consideraron que el posible aporte de los juristas se detiene en la optimización de los medios para conseguir los fines decididos por el legislador<sup>4</sup> y aquellos que entienden que los juristas no deben limitarse a dar pautas sobre cómo seleccionar y usar los mejores medios para maximizar objetivos o fines, sino también discernir entre los fines que pueden resultar preferibles o más justificados<sup>5</sup> o incluso éticamente aceptables<sup>6</sup>. Ambas corrientes fueron distinguidas entre sí apelando a la etiqueta de “minimalista” para referir a la primera y “maximalista” para mencionar a la segunda<sup>7</sup>. Así, un grupo de teóricos vinculados a la teoría legislativa en su versión maximalista ha promovido una preocupación por el contenido ético o axiológico de las leyes. En este trabajo propondré una versión maximalista (en el sentido que se entromete en los fines legislativos que pueden resultar preferibles o más justificados) pero que deja de lado la opción de juzgar ese contenido por su adecuación ética o axiológica. El nivel de racionalidad legislativa, que propondré y que llamaré “nivel de racionalidad material” entiendo podría ser satisfactorio (o al menos aceptable) para un sector más amplio de la comunidad jurídica y generaría menor resistencia entre los más escépticos.

Presentaré inicialmente algunas ideas sobre la calidad de la ley (§2); luego algunas observaciones sobre el nivel de racionalidad ética propuesto por Manuel Atienza (1997 y 2013) (§3), y a continuación una propuesta de reformulación del nivel de racionalidad ética al que denominaré “nivel de racionalidad material” (§4) y en donde distinguiré diferentes criterios de racionalidad material y obligaciones de justificación de los parlamentarios en este nivel, que se desarrollarán en subsecciones dentro de §4 (§4.1 ; §4.2 ; §4.3 y §4.4). Finalmente, en (§5) se ofrecen unas breves conclusiones.

El nivel de racionalidad material que se presentará contempla los aspectos relevantes de la racionalidad ética, pero resulta más fácilmente aceptable por un sector más amplio de la comunidad jurídica, y resuelve algunos de los problemas que se identificarán sobre el nivel de racionalidad ética.

<sup>3</sup> Tomo prestada la frase del título del artículo «*Scholars in Self-Strangement*» (TRUBEK, GALANTER, 1974) en el que los autores describieron crudamente cómo el aislamiento de la academia en el área del “Derecho y Desarrollo” (*Law and Development*) llevó a que prácticamente desapareciera como campo de estudio.

<sup>4</sup> MARCILLA CÓRDOBA 2005, 279.

<sup>5</sup> GARCÍA AMADO 2000, 301.

<sup>6</sup> ATIENZA 1997.

<sup>7</sup> MARCILLA CÓRDOBA 2005, 275 ss. Entre los autores que son identificados por Marcilla Córdoba como “minimalistas” se encuentran DASCAL, WROBLEWSKI 1991; BULYGIN 1991, 409-425 y, agregaría que de un modo más moderado también podríamos identificar a CALSAMIGLIA 1993.



## 2. Sobre los fines últimos de la calidad legislativa

La propuesta de Manuel Atienza sobre los niveles de racionalidad legislativa ha contribuido enormemente, –desde fines de la década del 80’ del siglo XX– al desarrollo de la teoría legislativa. Atienza proponía originalmente cinco niveles de análisis de la racionalidad legislativa: un nivel de racionalidad comunicativa o lingüística (Nr1); un nivel de racionalidad jurídico-formal (1997) que en las últimas versiones ha cambiado por la denominación de “racionalidad sistemática” (2013 y 2019) (Nr2)<sup>8</sup>; un nivel de racionalidad pragmática, vinculado a la eficacia normativa (Nr3); un nivel de racionalidad teleológica, vinculado a la efectividad o eficacia como éxito (Nr4)<sup>9</sup> y finalmente un nivel de racionalidad ética o axiológica (Nr5) (1997 y 2013)<sup>10</sup>.

Antes de abordar el tema de la racionalidad ética (que es el nivel que propongo redimensionar) comenzaré por una cuestión más básica sobre cuál o cuáles deberían ser los estándares sobre los que valorar la calidad de una ley y sostendré que los parámetros más importantes de racionalidad o calidad legislativa son la racionalidad pragmática (eficacia) y la racionalidad teleológica (efectividad).

Evidentemente la concepción de este trabajo acerca del derecho y la legislación es de tipo instrumentalista en la que el derecho se concibe como una serie de normas y reglas que el parlamento sanciona *para conseguir objetivos específicos de política pública* (ver Van Klink, 2019: 173)<sup>11</sup>. Asimismo, el análisis en este punto estará orientado primordialmente a normas prescriptivas ya que la eficacia es tradicionalmente entendida como una característica que se puede predicar únicamente de normas que imponen prohibiciones u obligaciones<sup>12</sup>.

Seguiré el uso del lenguaje propuesto por Atienza y denominaré a los niveles como él lo ha hecho, pero entendiendo que ellos nos permiten evaluar la calidad legislativa, en definitiva, entenderé a la racionalidad como un estándar de calidad legislativa. La “racionalidad” o “irracionalidad” en estos niveles se presenta generalmente de manera gradual: no hay prácticamente leyes completamente irracionales o racionales en todos o algunos de los niveles de análisis.

Considero que existe una diferencia de relevancia y una relación de instrumentalidad y condicionalidad entre los diferentes niveles de racionalidad legislativa que permite sostener que la eficacia y la efectividad deben ser considerados los principales objetivos de calidad legislativa. Afirmar lo anterior no significa que necesariamente sea aceptable el sacrificio de un nivel de

<sup>8</sup> Adoptaré esta última denominación y llamaré al Nr2 nivel de *racionalidad sistemática*.

<sup>9</sup> Es necesario aclarar que sigo aquí el lenguaje más difundido por los teóricos del derecho de habla castellana ya que en italiano, por ejemplo, los términos eficacia y efectividad se utilizan habitualmente en modo inverso al que se hace aquí y se han identificado, en ese idioma, por lo menos cuatro sentidos con que se ha empleado el término “eficacia” (PINO 2012, 174; TUZET 2016, 207).

<sup>10</sup> En su trabajo de 2013, el autor agregó un sexto nivel vinculado con una suerte de equilibrio entre los distintos niveles al que denomina nivel de razonabilidad (ATIENZA 2013, 715). De este modo, para Atienza en el nivel de la razonabilidad, habría una exigencia de que exista un equilibrio entre los distintos niveles de racionalidad y el sacrificio de alguno de esos fines (por ejemplo, de la racionalidad lingüística o de la sistemática) tiene que hacerse a un coste razonable (ATIENZA 2013, 715).

<sup>11</sup> En los últimos años han tomado fuerza versiones que se alejan del instrumentalismo jurídico. Se trata de modelos de legislación simbólica “positiva” y que se emparentan con el modelo de “Derecho como Símbolo” y también de versiones que le atribuyen al derecho una función eminentemente comunicativa. La diferencia esencial con el modelo tradicional de legislación es que la legislatura ya no emitirá comandos respaldados por sanciones severas sino normas abiertas y aspiracionales que pretenden modificar los comportamientos no ya mediante amenazas sino indirectamente mediante el debate y la interacción social (POORT et al. 2016, 2; ver también VAN KLINK 2016, 24). Algunos aspectos de este modelo han sido criticados, entre otros, por PŘIBÁŇ 2016, 107 y por FERRARO 2022,112-113.

<sup>12</sup> La posibilidad de explorar cuestiones no tradicionales de eficacia o de “uso” de normas no prescriptivas es muy interesante en general y además relevante cuando las reglas que establecen permisos, potestades, competencias, etc. que en general podemos llamar *anti-directivas* (SHAPIRO 2011, 146) forman parte de una política pública y el legislador tiene un interés especial en que se realice la conducta permitida o se haga uso de la potestad, etc. Ver FERNÁNDEZ BLANCO 2021 y FERNÁNDEZ BLANCO 2019.

racionalidad en favor de otro y mucho menos que se sacrifiquen ideales jurídicos indiscutibles como el del Estado de Derecho en pos de conseguir la eficacia y la efectividad.

El nivel de racionalidad lingüística (Nr1) es a mi entender principalmente instrumental (condición contribuyente) a los otros niveles. La exigencia de que las leyes sean claras y precisas en su redacción tiene sentido en tanto esa claridad y precisión contribuya a que puedan ser eficaces (Nr3) y luego efectivas (Nr4), así como en el nivel de la sistematicidad (Nr2), a evitar principalmente redundancias y contradicciones.

Por su parte, la exigencia de racionalidad sistemática (Nr2) es, por un lado, también instrumental (condición contribuyente) a los otros niveles, ya que normas que generen lagunas, redundancias o contradicciones con normas de la misma jerarquía (llamaré a estos supuestos “caso I de irracionalidad sistemática”) pueden promover deficiencias en el nivel pragmático (eficacia, Nr3) y/o en el nivel teleológico (efectividad, Nr4); sin embargo, por otro lado, el nivel de racionalidad sistemática puede ser (en casos de contradicción con normas de jerarquía superior) condición de validez de la legislación (caso II de irracionalidad sistemática); y por lo tanto, en estos casos, la ley sería inválida y por lo tanto, una vez detectada en un análisis teórico o declarada por un tribunal, no cabría analizar los restantes niveles de la racionalidad legislativa por no encontrarnos frente a una legislación válida.

Finalmente, el nivel de racionalidad ética o axiológica –y esto también será aplicable al nivel de racionalidad material que se propondrá– será de algún modo dependiente de los niveles de eficacia y efectividad, pues su concreción dependerá de la eficacia (racionalidad pragmática), es decir, que las personas adecuen sus conductas a lo que la ley ordena (Nr3); y también dependerá de que las leyes o normas obtengan los resultados para las que han sido sancionadas, es decir, de la efectividad (racionalidad teleológica, Nr4). La racionalidad pragmática (eficacia) y la racionalidad teleológica (efectividad) son entonces condiciones necesarias para la realización de la racionalidad axiológica y también de la propuesta racionalidad material (Nr5).

Albert Calsamiglia ha expresado esta última idea sobre el predominio que debiera asignarse a la eficacia y la efectividad de modo muy claro:

«Lo importante de una ley no es la declaración de principios que ofrece sino lo que consigue. Una ley muy excelsa éticamente pero que no se cumple no es una buena ley. Puede tener una racionalidad ética pero si no se cumple, si no se obedece, no consigue su objetivo fundamental. Puede estar legitimada desde cualquier punto de vista pero carece de suficiente fuerza como para regir la conducta humana. La función de un legislador no es hacer declaraciones de principios, sino dirigir la conducta y garantizar derechos»<sup>13</sup>.

Es decir, se exige racionalidad lingüística (Nr1) y sistemática (Nr2) (caso I, cuando no hay contradicción con una norma superior) para que (a) las personas guíen sus conductas de acuerdo con lo que las normas establecen (Nr3), y ello se requiere porque (b) hay ciertos objetivos sociales, económicos o de justicia que se quieren obtener como resultados de esas conductas (Nr4) y que, deberían ser racionales también en el nivel de racionalidad axiológica (para Atienza) o material (de acuerdo con lo que aquí se propone) (Nr5). Si bien no hay una relación conceptual entre eficacia y efectividad, sí existe una relación estadística importante que está condicionada al buen diseño de la norma (a una adecuación entre los medios y los fines de la norma). Es decir, las normas efectivas (exitosas en la consecución de sus fines) son por lo general previamente eficaces (los sujetos realizan la conducta ordenada o los jueces ordenan su cumplimiento y se alcanzan los objetivos o resultados previstos), por lo que entenderé, que habitualmente la eficacia es precondition de la efectividad<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> CALSAMIGLIA 1993, 173.

<sup>14</sup> Existen casos infrecuentes de normas no eficaces que logran efectividad, en otros trabajos he llamado a este fenómeno “efectividad impropia” (FERNÁNDEZ BLANCO 2019).

Si se acepta este esquema de relaciones instrumentales y condicionales, podemos entender, junto con autores como Xanthaki<sup>15</sup>, que los principales parámetros de calidad legislativa son la eficacia y la efectividad, y agregar que la racionalidad sistemática (caso II, o sea, cuando hay una antinomia con una norma superior) es condición de validez de la ley.

Dentro del binomio eficacia (racionalidad pragmática, Nr<sub>3</sub>) y efectividad (racionalidad teleológica, Nr<sub>4</sub>), se puede entender que hay también una relación de condicionalidad pues sin la realización de las conductas (Nr<sub>3</sub>) es muy improbable que se llegue a los resultados esperados (Nr<sub>4</sub>), lo que haría de la eficacia una buena candidata a ser el objetivo principal de la legislación. Sin embargo, también hay razones para entender que la efectividad es el nivel de evaluación más relevante: desde una visión instrumentalista del derecho, se puede entender que «(L)a legislación es simplemente una herramienta de regulación, es decir, una herramienta dentro del proceso por el que se llevan a cabo las políticas gubernamentales, en el grado y hasta el punto pretendidos por el gobierno»<sup>16</sup>. Si la idea anterior se comparte el fracaso de la efectividad sería entonces el fracaso de la legislación.

Desde otra perspectiva, pero en el mismo sentido, se podría argumentar que, en las normas prescriptivas, si las conductas son cumplidas o las leyes aplicadas (es decir, hay racionalidad pragmática o eficacia), pero no se alcanzan los objetivos sociales, económicos o de justicia para los que han sido sancionadas, es muy probable que se interfiera en la autonomía individual, prohibiendo u obligando a ciertas conductas sin que ello esté finalmente justificado. Pareciera entonces que las razones expuestas permiten aceptar que eficacia y efectividad, tienen una relevancia similar y que conjuntamente son los principales objetivos de la legislación siempre que las conductas ordenadas o prohibidas y los objetivos buscados por la norma o la ley se adecúen a las normas superiores del sistema que es su condición de validez.

### 3. *Un análisis crítico de la racionalidad ética*

Atienza ha presentado a lo largo del tiempo dos versiones sobre el nivel de racionalidad ética que difieren bastante entre ellas. En su primera versión sostenía: «...una ley es irracional si no está justificada éticamente, bien porque la haya dictado quien carece de legitimación ética, bien porque prescriba comportamientos inmorales (o porque no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese), bien porque persiga fines ilegítimos»<sup>17</sup>.

La impresión que transmiten los textos de esa primera época es que el juicio sobre la racionalidad ética justificaría la decisión de incumplir la norma por ser irracional en ese nivel (lo que pondría a la racionalidad ética por encima de la racionalidad pragmática y teleológica). Esto parecía aceptado por Atienza cuando sostenía que: «...en el nivel de racionalidad ética, los edictos son vistos desde el punto de vista de quiénes están legitimados y en qué circunstancias para ejercer poder normativo sobre otros. El problema esencial de los destinatarios es, por tanto, el de cuándo existe obligación ética de obedecer a las leyes»<sup>18</sup>.

Esta propuesta me generaba dudas en muchos aspectos que simplemente mencionaré sin detenerme en ellos de manera detallada:

1) El primer problema es el de la aceptación del objetivismo moral del que esta propuesta de

<sup>15</sup> XANTHAKI 2019, 90-91.

<sup>16</sup> XANTHAKI 2019, 85.

<sup>17</sup> ATIENZA 1997, 39.

<sup>18</sup> ATIENZA 1997, 39.

racionalidad ética parece depender<sup>19</sup>. Esto se advierte cuando se indica que se debe identificar como irracional en este nivel a la norma que prescribe «...comportamientos inmorales (o porque no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese)». Como es sabido muchos juristas no aceptan los puntos de partida del objetivismo moral<sup>20</sup>, sin embargo, no me voy a detener en los debates sustantivos acerca de este tema pues no es ese mi interés en este trabajo. Ahora bien, sí merece destacarse una consecuencia para el éxito del propio modelo de análisis: buena parte de la comunidad jurídica y de los legisladores no estaría dispuesta a aplicar uno de los niveles de racionalidad del modelo. Entiendo que la *racionalidad material* que propondré podría ayudar a encontrar un modelo utilizable por un segmento más amplio de la comunidad jurídica además de que mantendría las virtudes más sustantivas que Atienza y otros juristas extraen de la racionalidad ética.

2) Como segunda cuestión, me resulta problemático identificar a una autoridad que carezca de “legitimación ética”. Entiendo que las autoridades pueden ser legítimas o ilegítimas y esto es una cuestión normativa que se centra en establecer quién debería tomar las decisiones o hacer las regulaciones, y en cómo deberían hacerse, esto es, en los procedimientos que deben seguirse para que pueda decirse que una decisión o norma genera obligaciones para las personas que se encuentran sujetas a ella<sup>21</sup>. Puede que Atienza no comparta el criterio normativo expuesto y se incline por una concepción descriptiva de la legitimidad que se vincula con la idea de que una autoridad es legítima si las personas así lo perciben, y si tienen la voluntad de obedecer las normas lo que se trata, básicamente de una cuestión empírica<sup>22</sup>.

En ninguna de las dos opciones de legitimación parece sostenerse realmente la racionalidad ética de las leyes y su vinculación con la legitimidad: si se trata de una cuestión normativa entonces las autoridades ilegítimas no producen normas válidas y la cuestión se dirime en el nivel de la racionalidad sistemática (Nr2). Por el contrario, si se trata de una cuestión de percepción de la legitimidad de la autoridad es la propia idea de “racionalidad legislativa” (en sus diversos modelos y enfoques no solamente en el de Atienza) la que pierde sentido e incluso la idea misma de estado de derecho podría quedar fuera de escena.

<sup>19</sup> Atienza ha defendido el objetivismo moral desde una perspectiva particular que puede ser presentada, en sus palabras, del siguiente modo: «Los criterios que puede ofrecer el objetivista moral a favor de que un determinado juicio moral (normativo o de valor) es objetivo son los que proporcionaría una argumentación racional sobre el tema; lo que respalda una pretensión de corrección es que eso es lo que aceptarían todas las personas razonables. Esa, como se sabe, es la base de todos los constructivismos de inspiración kantiana: lo objetivamente correcto sería aquello a lo que se llegaría por consenso, como fruto de una discusión en la que se respetaran determinadas condiciones que, según cada autor (por ejemplo, Rawls o Habermas), pueden variar algo, pero que, en el fondo, apuntan siempre en la misma dirección, hacia la idea de imparcialidad» (ATIENZA 2017, 33).

<sup>20</sup> Podrían citarse decenas de trabajos en esta dirección y fundados en argumentos muy diversos o mencionarse importantes juristas que no comparten ese punto de partida. Sin embargo, me limitaré a transcribir algunas ideas de García Amado en un texto en el que discute con Atienza justamente sobre sus diferencias acerca del objetivismo moral. Dice García Amado que la posición de Atienza (citada en la nota anterior) no es aceptable pues: « (...) cuando, ante un dilema moral, una persona maneja seriamente razones en pro y en contra de tal o cual acción y acaba decidiendo que pesan más las razones para lo uno que para lo otro, si hace seguidamente el experimento mental de preguntarle a la comunidad ideal de hablantes va a concluir... lo mismo. Seguro que ahí está la explicación de que con tanta frecuencia veamos a cinco magistrados ponderar con el mismo método las mismas normas y los mismos hechos en un mismo caso y que terminen en votación de tres contra dos; o que entre iusfilósofos objetivistas morales de corte constructivista haya un acuerdo pleno sobre los fundamentos de la teoría y una discrepancia radical sobre lo que es justo o injusto y, en consecuencia, sobre qué normas del Derecho son plenamente jurídicas y cuáles no. Ahora mismo podría citar a algún estimado latinoamericano, colega de Atienza y mío, cuyo iusmoralismo es perfectamente acorde con el de Atienza y que cita también con fruición a Alexy o Nino, amén de a Aristóteles, pero que coincidiría bien poco con Atienza a la hora de señalar enunciados morales objetivamente correctos e incorrectos o de indicar qué normas son plenamente jurídicas y cuáles no llegan a tales por su carácter tan injusto» (GARCÍA AMADO 2020, 34).

<sup>21</sup> LATORRE 2023, 1473; MARTÍ, BESSON 2018, 508.

<sup>22</sup> LATORRE 2018, 148.

3) La última crítica al modelo originario de la racionalidad ética proviene de la siguiente posibilidad de irracionalidad ética: «...una ley es irracional si no está justificada éticamente, bien porque (...) o bien porque persiga fines ilegítimos»<sup>23</sup>. La persecución de fines ilegítimos puede ser captada de algún modo por el nivel de racionalidad material que presentaré, sin embargo, en el contexto de la racionalidad ética y la racionalidad sistemática, como las presenta Atienza otra vez nos encontramos en el mismo atolladero que se presentó sobre la legitimidad ética de las autoridades. Esto es: si la concepción de ilegitimidad de los fines es normativa, la ausencia de fines legítimos es la ausencia de racionalidad sistemática y colapsan los dos niveles; sin embargo, si la ausencia de legitimidad es entendida en un sentido descriptivo o empírico como *la percepción de las personas y la voluntad de obediencia*, que los fines sean ilegítimos dependerá de ese juicio de valor de los destinatarios de la ley y esto no solo afectaría la idea misma de racionalidad legislativa sino que se pondría en riesgo de manera muy significativa el estado de derecho, la idea misma de orden normativo y se perturbaría gravemente la seguridad jurídica.

Por algún motivo, Atienza modificó su modo de describir el nivel de racionalidad ética y en la versión de 2013 el autor sostuvo que para superar el análisis en este nivel NR5: «...las conductas prescritas y los fines de las leyes suponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética (tendrían que ser conformes con los valores constitucionales adecuadamente interpretados)»<sup>24</sup>.

Respecto de la versión más actualizada de la racionalidad ética de Atienza podría señalarse alguna oscuridad sobre el significado de la frase «valores constitucionales adecuadamente interpretados». Una posible interpretación de esa frase podría suponer la superposición de este nivel de racionalidad con el nivel de racionalidad sistemática (Nr2). En este sentido, podría interpretarse que una norma que se oponga a los valores constitucionales adecuadamente interpretados será inconstitucional, por lo tanto, inconsistente con el sistema jurídico en el cual pretende insertarse y por ello irracional en Nr2. También resulta poco claro que significa que los valores constitucionales estén “adecuadamente” interpretados. En este aspecto pareciera que surge nuevamente la impronta del objetivismo moral ya que o bien el “adecuadamente” significa que hay una única forma posible de interpretarlos, o bien “adecuadamente” queda al arbitrio de quien juzga o interpreta lo que no parece ser aceptable por Atienza.

Sin embargo, también es posible darle a la frase una lectura a otra luz que podría no superponerse con Nr2 y no presentar los problemas que se han señalado en el párrafo anterior, pero que capta la idea de una adecuación de las normas a los valores del sistema jurídico. A continuación, presentaré la idea central del nivel de racionalidad material.

#### 4. *El nivel de racionalidad material*

En la relectura que propongo el Nr5 puede ser entendido como un nivel que permite evaluar la racionalidad del contenido del derecho, desde una perspectiva jurídica amplia que incluye los valores adoptados por el sistema jurídico (no solo por la Constitución) y de racionalidad legislativa en sí misma. Además, esta propuesta podría mejorar la eficacia y efectividad de las normas (racionalidad pragmática y racionalidad teleológica) que son considerados aquí como los objetivos más importantes de calidad normativa.

De acuerdo con la relectura que propongo el nivel de racionalidad material debería contemplar los siguientes aspectos: (a) la necesidad de una justificación legislativa sobre *aspectos sustantivos para la sanción de las normas* y la necesidad de una *revisión adecuada y oportuna* de esa justificación y (b) la

<sup>23</sup> ATIENZA 1997, 34.

<sup>24</sup> ATIENZA 2013, 715.

necesidad de que la norma se inserte de una manera *coherente* en el conjunto de valores del sistema jurídico (que es, tal como lo entiendo, un concepto más amplio que el de la consistencia).

Propondré entonces que una ley es racional en el nivel material (Nr5) *si su sanción y su permanencia en el sistema jurídico está justificada sustantivamente y se inserta coherentemente dentro del conjunto de valores que promueve el sistema jurídico.*

Muchos aspectos que surgirán pueden ser entendidos como requisitos argumentativos o de justificación en los niveles de racionalidad lingüística (Nr1), de racionalidad sistemática (Nr2), de racionalidad pragmática (Nr3) y de racionalidad teleológica (Nr4). Sin embargo, en este nivel esas mismas exigencias serán entendidas como justificando cuestiones de índole material o sustantiva. Así, por ejemplo, en el nivel de racionalidad teleológica es razonable exigir frente a una restricción de derechos, una adecuación de medios a fines. En ese nivel la justificación se requiere para poder evaluar si la norma, una vez sancionada y en vigor, realizará el propósito para el que fue dictada, es decir, para poder valorar su efectividad. En el caso de la racionalidad material se requerirá de una argumentación similar sobre la adecuación de medios a fines, pero no ya para evaluar su efectividad sino, por ejemplo, para valorar si de todos los medios disponibles el legislador ha escogido aquel que colisiona en menor medida con otros principios constitucionales o que resulta menos disruptivo de la coherencia del conjunto de valores que promueve el sistema jurídico.

Desgranaré a partir de aquí la idea de la racionalidad material que, reitero, podría enunciarse diciendo que una ley es racional en el nivel material (Nr5) (i) si su sanción y (ii) su permanencia en el sistema jurídico está justificada y (iii) se inserta coherentemente dentro del conjunto de valores que promueve el sistema jurídico. Me referiré separadamente a los tres puntos señalados.

#### 4.1. *¿Cuándo está justificada la sanción de una ley?*

Para empezar a explorar la propuesta en este nivel Nr5 es menester, por un lado, preguntarnos *¿cuáles son los contenidos legislativos necesarios, es decir, aquellos contenidos que debe tener un sistema jurídico de acuerdo con su Constitución?* La respuesta a esta pregunta nos permitirá diferenciar cuándo una intervención legislativa es exigible o necesaria, o, por el contrario, simplemente está justificada en el nivel material.

Trataré de esbozar a continuación algunas respuestas generales a la pregunta de cuándo una legislación es exigible y cuándo está simplemente justificada. Luego en el §4.2 intentaré llenar estas respuestas generales con mayor contenido:

(i) **Contenidos necesarios:** el legislador debe dictar ciertas normas que permitan cumplir con el programa constitucional. Esto es, debe recoger legislativamente los principios, el programa político, económico y social que establece la Constitución. La Constitución no es entendida aquí únicamente como un límite a la actividad legislativa sino también, como lo ha hecho Wintgens<sup>25</sup>, como un mandato de actividad<sup>26</sup>. De este modo, se requiere que, cuando sea necesario, se traduzcan las directrices constitucionales en normas, programas o medidas concretas<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> WINTGENS 2012, 288.

<sup>26</sup> El Tribunal Constitucional español ha hecho referencia a esta obligación del legislador de un modo muy claro: «...de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa» Tribunal Constitucional Español, Sentencia 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985) fundamento 4.

<sup>27</sup> Por supuesto que no es difícil identificar normas constitucionales que no requieran de una traducción legislativa y por ello se hace hincapié en la idea de que la obligación de actuar es sólo cuando resulte necesaria.

Cuando se piensa en este tipo de mandatos constitucionales que se pueden entender como obligaciones de hacer que pesan sobre el legislador, generalmente se vincula el contenido de estas obligaciones con la satisfacción de derechos fundamentales exigibles al Estado (tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales); sin embargo, creo que también deberían pensarse como incluidas cuestiones vinculadas al derecho privado que permitan ordenar la vida comercial, responder en caso de daños o regular la vida familiar y de las sucesiones hereditarias, en definitiva en un régimen liberal permitan el desarrollo de la autonomía personal. También se incluirían las obligaciones de los habitantes para con el Estado (por ejemplo, las obligaciones impositivas o de seguridad social), que resultan fundamentales para poder garantizar la propia estructura constitucional y la satisfacción de derechos<sup>28</sup>. Asimismo, disponer normas para el funcionamiento del Estado y la estructura política que dispone la Constitución es un mandato constitucional esencial. Finalmente, muchos de los mandatos constitucionales deberán ser satisfechos necesariamente por el poder legislativo (y no por cualquier edictor) pues, por ejemplo, las materias objeto de reserva de ley implican la obligación de regular, con el fin de que no queden delegadas en manos de la Administración o de los Tribunales.<sup>29</sup>

Estas obligaciones de dictar normas en determinado sentido, no relevan de la obligación de justificación o argumentación que se debe brindar durante el proceso legislativo y que será objeto de tratamiento más adelante.

Asimismo, para que estos mandatos tengan sentido debe entenderse que existe una obligación adicional a la anteriormente descrita que exige dictar las normas necesarias para evitar que se frustren las medidas adoptadas.

(2) Contenidos no necesarios pero autorizados y justificados: el legislador tiene amplio margen para legislar acerca de aspectos que no responden a mandatos constitucionales siempre que éstos estén justificados en los términos que se verán más adelante, que estén autorizados expresamente o no estén prohibidos directa o indirectamente por la Constitución, no se opongan a normas superiores a la que se dictará y no generen innecesaria hipertrofia normativa (estos últimos supuestos generarían además irracionalidad en Nr2). Además, propondré como requisito adicional de justificación que este tipo de contenidos no resulten en una ruptura de la coherencia del sistema jurídico – que como se ha dicho es un concepto más amplio que el de la consistencia. Es necesario aclarar que este último requisito, no se trata de un límite jurídico (no está impuesto por el derecho positivo) sino que se puede entender como un requisito propio del modelo de legislación racional.

#### 4.2. *La argumentación exigible*

Si los argumentos dados hasta aquí son mínimamente convincentes, corresponde continuar preguntándose ¿qué tipo de argumentos o justificaciones deberían brindar los legisladores para que la adopción de una norma pueda entenderse como necesaria o justificada?

(a) Considero que, el primer requisito argumentativo debería ser muy general. Se vincula con las razones generales (el por qué) el legislador adopta determinada medida legislativa. Como indica Kristan:

«(...) toda decisión particular por parte del legislador debe ser acompañada por una notificación de las

<sup>28</sup> El goce efectivo de *todos* los derechos que las leyes y constituciones consagran tienen un coste. Como sostienen Holmes y Sunstein, ningún derecho es simplemente el derecho a que los funcionarios públicos no lo molesten a uno, y agregan que, si los derechos fueran sólo inmunidades contra la interferencia estatal la virtud suprema del gobierno en relación con el ejercicio de los derechos sería la parálisis o la incapacidad; pero un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera aquellas en apariencia completamente negativas como el derecho a no ser torturado por agentes penitenciarios o guardias de seguridad (HOLMES, SUNSTEIN 2011, 64).

<sup>29</sup> MARCILLA CÓRDOBA 2019, 330.

razones. Además, debido a que cada elección por los poderes autoritativos es cuestionable (por arbitraria), deben ser publicadas las razones que fundamentan el haber adoptado una de las diversas posibilidades de acción. En caso contrario, estas razones no se podrían realmente revisar»<sup>30</sup>.

El deber general de justificación del contenido de las normas se puede precisar un poco más a través de los siguientes requisitos adicionales. Algunos de estos requisitos se vinculan también con exigencias argumentativas de otros niveles anteriores.

(b) Es posible entonces adicionar a la exigencia argumentativa general señalada anteriormente la siguiente: como las personas no siempre están en condiciones de comprender algunos aspectos técnicos de la legislación, las decisiones legislativas deberían estar explícitamente conectadas a valores o intereses abstractos<sup>31</sup>. De esta manera, especialmente respecto de leyes complejas o muy técnicas, es posible controlar de alguna manera preliminar si el legislador al dictar una norma lo hace dentro de las alternativas que son mandato constitucional, que son permitidas (y en tal caso si está justificado su dictado) y si se inserta coherentemente en el sistema de valores.

(c) Lo anterior se conecta con otra idea que tomo de Kristan y que constituye el segundo requisito específico. Los legisladores deberían justificar que el contenido dado a la norma es necesario para proteger el valor, lograr el objetivo o el fin de la intervención legislativa<sup>32</sup>. Se trata de una argumentación similar a la que se debería llevar adelante en el nivel de racionalidad teleológica sobre adecuación entre los medios y los fines, pero *respecto de los valores* que informan la sanción de una norma.

(d) Finalmente pero no menos importante, la justificación legislativa en caso de materias que involucren la necesidad de decisiones científicas o el uso de conocimiento experto deben estar basadas en la mejor evidencia científica o técnica disponible libre de intereses. No profundizaré en este tema en este trabajo, pero se trata evidentemente de uno de los aspectos a los que la teoría legislativa debería tomar muy seriamente en el desarrollo de su campo de estudios.

Los siguientes requisitos son muy importantes y extensos por lo que se tratarán como subtítulos diferenciados, pero continúan siendo exigencias argumentativas respecto del contenido. Se trata de diferenciar entre normas que restringen derechos o de algún modo implementan diferenciaciones en el acceso a derecho entre personas, de aquellas normas que confieren derechos o que regulan legislativamente derechos constitucionales.

#### 4.2.1. Normas que restringen derechos o implementan diferenciaciones en el acceso a derechos

Si la norma en cuestión es restrictiva de derechos fundamentales o de algún modo implementa diferenciaciones en el acceso a derechos entre personas, surge un nuevo requisito: la justificación debería incluir, como mínimo, la proporcionalidad en sentido amplio (no solamente en su faceta de idoneidad como se hizo en el punto c) anterior y que se debería también aplicar al analizar la racionalidad teleológica). Este análisis de proporcionalidad en sentido amplio podría aumentarse adicionando o precisando requisitos de acuerdo con el tipo de derecho restringido. La idea es trasladar el análisis de proporcionalidad en sentido amplio a la instancia legislativa. Con diferentes enfoques y alcances han propuesto algunas ideas similares Marcilla Córdoba (2019) y Sieckmann (2019)<sup>33</sup>.

El test de proporcionalidad en sentido amplio, aunque en su versión más sencilla contiene los siguientes pasos o fases: a) la determinación explícita de la licitud del objetivo buscado al

<sup>30</sup> KRISTAN 2013, 483.

<sup>31</sup> Tomo esta idea de Andrej Kristan aunque él no encuentre para ella la misma razón de ser, pues para él la idea de la explicitación de los valores se vincula con la posibilidad de que el electorado escrute la conducta de los legisladores (KRISTAN 2013, 484).

<sup>32</sup> KRISTAN 2013, 486.

<sup>33</sup> MARCILLA CÓRDOBA 2019, 301-341 y SIECKMANN 2019, 267-300.



restringir el derecho; b) la argumentación sobre la idoneidad de medios a fines (que es también parte de la racionalidad teleológica); b) la argumentación acerca del medio menos lesivo alternativo o de la necesidad del medio empleado; c) y el análisis de proporcionalidad propiamente dicho. El fin es lícito cuando es necesario o justificado (de acuerdo con lo expuesto en el punto anterior); el medio es idóneo, cuando conduce al fin deseado; es necesario, cuando no pudo ser establecido otro medio igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho afectado (para ello se deberán descartar justificadamente los otros medios posibles). A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, esto es, debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado<sup>34</sup>. De este modo, la proporcionalidad en sentido estricto (última fase del análisis) no impide totalmente el sacrificio de ciertos principios que se presuponen últimos. Lo que impide es que tal sacrificio resulte desproporcionado en relación con los beneficios<sup>35</sup>.

Estimo, sin embargo, que los anteriores pasos pueden ser incluso más exigentes si se trata de una restricción grave del derecho o de potenciales diferenciaciones discriminatorias (fundamentadas en categorías sospechosas o no)<sup>36</sup>. El legislador podría intentar en esos casos un estándar más exigente que podría ser una adaptación del llamado test de racionalidad intermedia (*intermediate scrutiny*) o de la prueba de la racionalidad estricta (*strict scrutiny test*) tomando como posible camino el que ha desarrollado la Corte Suprema de EE. UU. La prueba de racionalidad intermedia requeriría que el legislador argumente que los objetivos perseguidos son importantes (lo que requiere no solo ser un objetivo público legítimo o lícito) respecto de algún valor constitucional y que los medios utilizados para conseguirlo se dirigen sustancialmente a conseguir esos fines. Por su parte, una adaptación del test de racionalidad o proporcionalidad estricta requeriría expresar que se persigue un fin primordial dentro de los valores constitucionales y que el contenido de la norma se encuentra en directa relación con la necesidad de protección del valor.

#### 4.2.2. Normas que establecen derechos o implementan derechos constitucionales

Por lo general, cuando se establece un derecho o se implementa un derecho constitucional por medio de la legislación, se establecen ciertas normas que regulan el propio derecho (restringiéndolo de algún modo) o normas que restringen otros derechos para hacer posible el ejercicio del primero. Por lo tanto, habitualmente, el análisis propuesto en el punto anterior se debería realizar a la par con el que se propondrá aquí pues ambos son necesarios y casi con seguridad complementarios.

Cuando el legislador establece un derecho (o implementa un derecho constitucional por medio de la legislación), debe realizar un ejercicio similar al del análisis de proporcionalidad, pero con ciertas adaptaciones. Seguiré aquí de manera simplificada algunas de las ideas que Laura Clérico (2008) ha desarrollado al analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y que denomina, siguiendo a ese tribunal «mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente»<sup>37</sup>. En estos casos «...lo que afecta el derecho fundamental es una omisión o una

<sup>34</sup> CLÉRICO 2008, 126.

<sup>35</sup> Marcilla CÓRDOBA 2019, 330.

<sup>36</sup> En general se considera que la raza, el origen étnico, nacional o religioso, y en ciertas ocasiones el sexo o la orientación sexual son categorías sospechosas. No se trata de un *numerus clausus* y lo importante para identificar una categoría sospechosa es que la diferenciación se realice sobre la base de cuestiones inmutables o difícilmente modificables (*Lyng v. Castillo* 477 U.S. 365); que se trate de rasgos visibles o notorios y que el grupo diferenciado se encuentre en una situación inferior para proteger sus derechos por medio del proceso político (*United States vs. Carolene Products*, 304 U.S. 144). Sin embargo, más allá de estas líneas generales para reconocer las categorías sospechosas, es posible encontrar una variedad de matices en cada país de lo que podrían resultar categorías sospechosas de acuerdo con sus composiciones demográficas, culturales, entre otras circunstancias.

<sup>37</sup> CLÉRICO 2008, 127.

acción estatal insuficiente, la que debe ser examinada para determinar si se respetó el mandato de prohibición por omisión, defecto o acción insuficiente (Untermaßverbot)»<sup>38</sup>. Dado que la autora analiza la cuestión en el ámbito jurisprudencial es posible que una de las opciones sea la de la “omisión” completa del legislador (lo que acarrearía posiblemente una “inconstitucionalidad por omisión” es decir, el incumplimiento de la obligación de legislar contenidos exigibles tal como se vio en el §4.1 que implica una irracionalidad en el nivel material de acuerdo con la propuesta que aquí se expone). En lo que sigue, el interés estará en el defecto o acción insuficiente para la consagración de un derecho o su reglamentación legislativa.

En este sentido, el legislador deberá argumentar que las medidas que adoptará son idóneas y suficientes para que el derecho pueda ser ejercido. Esto requiere considerar diversos aspectos de acuerdo con el tipo de derecho que se trate pues no será la misma argumentación si se trata de poner en marcha un derecho con “carácter de principio”, como el derecho a la libertad religiosa o de conciencia, que si se trata de un derecho que requiere que se dicten normas o reglas «indispensables para la aplicación técnica de la ley...»<sup>39</sup> como ocurriría si lo que se regulara fuese el acceso a la vivienda. La omisión de consideración de los medios adecuados podría tener como resultado un problema de ineficacia por factores objetivos.

Es posible realizar un análisis de proporcionalidad en la esfera de la consagración de derechos, pero es necesaria su adaptación: especialmente la identificación del fin, los mandatos de idoneidad y de medio alternativo o necesidad, deberán ser modificados. En el mandato de prohibición por exceso (cuando se trata de la evaluación de la restricción de un derecho) la identificación precisa del fin es muy necesaria pues ello permitirá que se evalúe no sólo la idoneidad del medio escogido sino también otros problemas como la sobre y subinclusión y muy especialmente la necesidad del medio empleado. En cambio, en el mandato de prohibición por defecto el legislador puede enfrentarse a situaciones en las que pretende hacer efectivo un derecho con “carácter de principio”, como garantizar la libertad religiosa; pero también puede intentar regular “derechos de prestación”. El mandato de idoneidad, entonces se verá necesariamente vinculado al tipo de fines de los derechos sobre los que legisla. Sin embargo, el legislador debería ser en todos los casos sumamente exigente en la evaluación de la idoneidad en este ámbito y evaluar la idoneidad, dependiendo del caso, respecto de cuestiones cualitativas, cuantitativas y de probabilidades.

#### 4.3. *La justificación de la permanencia de una norma en el sistema jurídico*

Como se adelantó, la racionalidad material incluye la evaluación de la necesidad de la permanencia de una ley o una norma en el sistema jurídico. Esta exigencia se vincula de manera directa con los deberes legislativos de retrospección y de corrección enunciados por Wintgens<sup>40</sup>. Sin embargo, lo ideal sería que el principal “filtro” de la racionalidad material estuviera no en el ámbito de la derogación sino en la justificación de la necesidad de incorporación de nuevas normas al sistema. En efecto, como sostiene Wintgens<sup>41</sup> los sistemas jurídicos se parecen bastante a Internet: una vez que pones algo en ellos es muy difícil eliminarlo. Las dificultades de la derogación para la consistencia y completitud de los sistemas jurídicos han sido señaladas con acierto por Bulygin<sup>42</sup>, al igual que también se han identificado problemas acerca de las derogaciones parciales de prohibiciones<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> CLÉRICO, 2008, 128.

<sup>39</sup> KELSEN 1963, 74.

<sup>40</sup> WINTGENS 2012, 302-303.

<sup>41</sup> WINTGENS 2012, 303.

<sup>42</sup> «Así como al promulgarse una norma se incorporan al sistema todas las normas que son derivables de la norma promulgada, en el caso de la derogación se produce un efecto análogo, pero en cierto modo inverso: cuando se deroga una norma quedan derogadas todas las normas de las que la norma derogada es consecuencia...pero puede suceder que la

Los criterios materiales para juzgar si una ley debe ser derogada (o sea justificar que su permanencia en el sistema jurídico ya no es deseable), entiendo que deben ser de cuatro tipos: (a) por resultar ineficaces o, (b) por resultar inefectivas (o ambas cosas); y por otra parte se debe aplicar también el criterio de (c) la incompatibilidad con nuevas interpretaciones de normas jurídicas jerárquicamente superiores o con criterios de aplicabilidad superiores (p.ej. norma posterior) y (d) por resultar incoherentes con los valores del sistema jurídico.

Los problemas de eficacia y efectividad que tornan materialmente irracional a la legislación no son los casos de ineficacia más comunes que se vinculan con la dificultad de la ley para motivar la conducta acerca de cuestiones que son de interés mantener para el legislador o que son congruentes con el sistema jurídico<sup>44</sup>. Los problemas de eficacia y efectividad que tienen impacto en el nivel de la racionalidad material son algo más complejos. Algunos de ellos pueden ser identificados como sigue:

A) Ineficacia porque la conducta que las normas mandan o prohíben ha dejado de ser relevante ya que ha desaparecido la situación generadora de la necesidad de la norma. Es decir, se trata de casos en donde la interacción social ya no está fallando<sup>45</sup>. El caso de la subsistencia de la regulación penal sobre el duelo en muchos códigos penales de occidente es un ejemplo de ello<sup>46</sup>. Las normas sobre duelo, por un lado, castigan la realización del duelo o la participación en él como padrinos, y por el otro, reducen las penas en caso de homicidios o lesiones. En este caso el resultado social esperado no ha perdido actualidad, es decir su resultado continúa siendo valioso. Nadie duda que sigue siendo un resultado social valioso que la gente no se bata a duelo, pero ha perdido sentido la norma por la desaparición de la conducta, la práctica social, que conducía al resultado social indeseado. También, por la misma razón, ha perdido sentido la disminución de las penas de homicidio y lesiones cuando estos resultados son producto de un duelo. Desde una perspectiva legisprudencial en el nivel de racionalidad material la norma estaría deslegitimada y

norma expresamente derogada no sea consecuencia de ninguna norma en particular, pero sí de una pluralidad, es decir, de un conjunto de normas. En tal caso este conjunto queda también derogado. Pero la derogación de un conjunto no significa que haya que eliminar todas y cada una de las normas que forman ese conjunto: basta con eliminar una de ellas para que el conjunto desaparezca como tal» (BULYGIN 1991, 421). En definitiva, señala el autor que «(...) mientras que la promulgación es siempre unívoca en el sentido de que al agregársele un conjunto de normas a un conjunto dado, el resultado es siempre un conjunto, la derogación no lo es, o al menos, no lo es siempre. El resultado de restar un conjunto de normas de otro conjunto puede no ser un conjunto, sino una pluralidad de conjuntos» (BULYGIN 1991, 422).

<sup>43</sup> Agradezco el ejemplo a Pablo Navarro quien refiere que el artículo 18 de la Constitución Argentina de 1853 establecía lo siguiente: 'quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento, los azotes y las ejecuciones a lanza o cuchillo'. Luego, en la reforma de 1860 se derogó parcialmente ese artículo y se suprimió la expresión 'las ejecuciones a lanza o cuchillo' y su redacción actual establece: 'Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes'. El problema es que, si se admite que la derogación parcial de una prohibición implica una autorización, entonces podría interpretarse que en caso de que correspondiese la pena de muerte, se podría utilizar la lanza y el cuchillo. Más adelante argumentaré sobre las regulaciones anacrónicas y en este caso pareciera que lo que se quiso suprimir fue justamente una modalidad de ejecución particularmente cruel y que ya no era coherente con los valores del sistema jurídico. Lo que propone Navarro es que si se admite esta última lectura (es decir que la derogación parcial funciona como una autorización), entonces es necesario un criterio adicional para determinar en qué casos la derogación de una prohibición puede verse como una autorización y en qué casos ella no tiene esa función permisiva.

<sup>44</sup> Por ejemplo, se dicta una nueva ley sobre reciclaje de residuos domésticos y ésta no logra motivar la conducta de los vecinos que siguen descartando los plásticos junto con los restos orgánicos. Aquí la ley es ineficaz pero el objetivo de su dictado sigue siendo valioso y coherente con los otros valores del sistema jurídico. En estos casos, la reforma de la ley o la mejora en sus condiciones de aplicación (v.gr. el aumento de las multas o la identificación más eficaz de los incumplidores) puede resultar en una mejora de la eficacia sin que sea necesaria o conveniente la derogación de la ley, pues la ley no es irracional en el nivel de racionalidad material sino en el de racionalidad pragmática.

<sup>45</sup> WINTGENS 2012, 283.

<sup>46</sup> Por ejemplo, el Código Penal argentino mantiene esta regulación en los artículos 97 a 103.

no estaría justificada debido a los principios de alternatividad y densidad normativa y, por lo tanto, debería ser derogada<sup>47</sup>.

Por supuesto que el análisis que debiera realizar el legislador en estos casos debe ser minucioso: si bien puede estar justificada la derogación de la regulación penal del duelo, ello no es equivalente a pensar que la derogación del delito de genocidio esté en el mismo plano, por más que haga más de 50 años que no se produce un genocidio en un determinado país (o que nunca se haya producido). En ciertos casos la existencia de una ley se justifica por razones vinculadas a los valores más importantes del ordenamiento jurídico y aunque su existencia sea solo simbólica (en el sentido positivo indicado por Van Klink)<sup>48</sup>, no resulta prudente su exclusión. Por otra parte, llevando el razonamiento a un extremo, la idea de derogar el genocidio por su no ocurrencia en mucho tiempo nos llevaría a la justificación de la derogación de todas las normas prohibitivas que han sido eficaces y efectivas.

B) Hay otras normas cuya necesidad de permanencia debería revisarse por su falta de efectividad, que son las que establecen como obligatorias o prohibidas conductas que han quedado obsoletas o desactualizadas, aunque, al igual que en el caso del duelo, el resultado social esperado de ellas sigue siendo valioso. La diferencia con el caso anterior es que en estos el resultado social no se logra alcanzar por la forma anacrónica en que está concebida la conducta (no porque haya desaparecido la posible interacción social que debe regularse). Schauer trae el ejemplo de la Séptima Enmienda de la Constitución de EE. UU. que prohíbe que se someta a juicio por jurados todo litigio que no supere los veinte dólares<sup>49</sup>. El resultado social esperado con la regla era evitar poner en movimiento la maquinaria judicial por juicios con poca relevancia económica, y esta, sigue siendo una razón subyacente válida, vigente y coherente con los valores del sistema jurídico. Sin embargo, la depreciación del valor de la moneda desde 1791 hasta hoy ha tornado a esa suma irrelevante y en este caso «las palabras de la ley derrotan a su propósito»<sup>50</sup>. La revisión de este tipo de situaciones generaría que normas jurídicas cuyo fin es relevante como contenido para el sistema jurídico volvieran a ser efectivas (rationales en Nr4, racionalidad teleológica) y por su valor, cuando son efectivas, las tornaría racionales también en Nr5.

C) El último caso de normas inefectivas que tiene impacto en la racionalidad material es tal vez el más grave, y se presenta cuando el resultado social esperado es el que ha quedado superado o desactualizado, y justificar o argumentar (hoy) para mantener la norma resultaría problemático para el legislador de acuerdo con los estándares de justificación presentados anteriormente y el que se presentará en el punto siguiente, vinculado con la coherencia del sistema jurídico. En estos casos, las normas pueden ser eficaces o no, pero más allá de ello el problema es que el resultado social esperado –a diferencia de lo que pudo haber ocurrido en el momento de su dictado y de lo que ocurre con los dos casos anteriores– es hoy considerado disvalioso, innecesario o superfluo con relación a los valores que ha incorporado el sistema jurídico.

Hay muchos ejemplos de este tipo de situaciones. Todavía están vigentes, por ejemplo, normas que prohíben a las mujeres administrar sus bienes cuando han contraído matrimonio (Art. 1749 del Código Civil chileno); o que impiden a las mujeres realizar ciertos trabajos como «el expendio de bebidas alcohólicas, destiladas o fermentadas y en cualquier local o dependencia en que se expendan» (Art. 11 de la ley 11.317 de Argentina). El cumplimiento de esta última norma llevaría al absurdo de que las mujeres tuvieran prohibido trabajar en todo tipo de restaurantes, cafeterías, bares e incluso en supermercados.

Las normas sobre trabajo femenino en Argentina son completamente ineficaces no así la del Código Civil chileno, pero ambas comparten un problema de racionalidad material por ser

<sup>47</sup> WINTGENS 2003, 39.

<sup>48</sup> VAN KLINK 2016, 24.

<sup>49</sup> SCHAUER 2013, 40.

<sup>50</sup> SCHAUER 2013, 41.

incompatibles con los valores actuales del sistema jurídico. Esto se vincula con el último requisito argumentativo que propondré en el nivel de racionalidad material: al dictar una norma los legisladores tienen la obligación de revisar que los valores o las razones de esas normas sean coherentes con los valores constitucionales y con los valores más relevantes que las otras normas del sistema jurídico promueven. Esto es lo que llamaré la coherencia del sistema jurídico.

#### 4.4. La coherencia del sistema jurídico como aspecto relevante de la racionalidad material

Habitualmente se evalúa la consistencia o inconsistencia de un sistema jurídico mediante la constatación de la presencia o no de antinomias. Es decir, la precisa contradicción entre un caso C de un universo de casos que está correlacionado con al menos dos soluciones incompatibles entre sí<sup>51</sup>. Esta visión de la consistencia de un sistema jurídico vinculada con la racionalidad sistemática (Nr<sub>2</sub>), es de suma importancia para que las normas resulten eficaces y válidas (casos I y II de irracionalidad sistemática vistos anteriormente). Sin embargo, es posible evaluar la congruencia de un sistema jurídico en términos que no se limiten a su consistencia lógica sino también a la coincidencia y armonía entre las razones como valores de las normas<sup>52</sup>, es decir a su coherencia<sup>53</sup>.

La ausencia de coherencia a la que me referiré no tendrá como consecuencia la exclusión de la aplicación de una norma como ocurre frente a la inconsistencia lógica, pero es posible prever que un más alto grado de coherencia promoverá no solo una mayor justificación sustantiva de las normas, sino que además contribuirá a la inteligibilidad de las reglas del juego presentes en una sociedad. Las incoherencias pueden presentarse en diferentes grados y en distintas versiones, solo exploraré aquí un puñado de ejemplos<sup>54</sup>.

Hay casos de incoherencias muy notables (que podrían acercarse a una inconsistencia) como cuando una ley contradice de manera directa las razones y valores que otras promueven. Los casos de Chile y Argentina respecto de las mujeres que se han planteado anteriormente pueden ser un buen ejemplo de ello. En este sentido Chile, ha firmado y ratificado la «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer» y cuenta con leyes muy avanzadas sobre igualdad de género y de prohibición de la discriminación tales como la Ley 20.609. Sin embargo, el artículo 1749 del Código Civil todavía mantiene el régimen de que las mujeres casadas no pueden administrar el patrimonio conyugal ni el propio.

También hay casos menos evidentes en donde los efectos de una ley resultan contradictorios con los valores que promueven otras normas: como ya se ha dicho muchos países tienen normas sobre igualdad de género e igualdad de trato y condiciones laborales entre hombres y mujeres, pero al establecer que las bajas por nacimiento de un hijo rigen exclusivamente para las mujeres, producen un efecto disvalioso: que la contratación de una mujer sea siempre más riesgosa para el empleador y ante la opción de contratar un hombre o una mujer se decanten por el primero o trasladen el riesgo de la baja maternal a la desigualdad salarial.

<sup>51</sup> MORESO, VILAJOSANA 2004, 105.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ BLANCO 2018.

<sup>53</sup> Hay una razón más para sostener que la idea de racionalidad ética en las últimas versiones de Atienza colapsa en gran medida con la idea de racionalidad sistemática (Nr<sub>2</sub>), ésta radica en que para el autor la cuestión de la *coherencia* no es un problema de racionalidad ética sino que es un problema de racionalidad sistemática (Nr<sub>2</sub>). Así explica Atienza en un trabajo de 2019 que «... la noción de sistema jurídico quizás no pueda caracterizarse exclusivamente en términos de lagunas y contradicciones; o, mejor dicho, las lagunas y las contradicciones no involucran únicamente reglas, sino también principios y valores, como corresponde a nuestros sistemas jurídicos, en los que la Constitución juega un papel preeminente. Dicho de otra manera, esas razones no son simplemente formales, y eso es lo que me ha llevado a evitar hablar ahora (como hacía en anteriores ocasiones) de una «racionalidad jurídico-formal» (ATIENZA 2019, 384).

<sup>54</sup> Es posible asimilar la idea de coherencia que aquí transmitiré a lo que Wintgens denomina nivel de coherencia, y nivel de coherencia. Tomaré algunas de las ideas de Wintgens respecto de la coherencia, aunque sin pretender utilizar completamente su concepción de este término (ver WINTGENS 2012: 235-257).

Asimismo, la falta de coherencia podría aparecer a través de excepciones a las normas cuya justificación no resistirían el análisis de justificación de la racionalidad material. En la República Argentina, por ejemplo, el impuesto a las ganancias se aplica a todos los habitantes que perciban un ingreso que supere un monto que se ajusta anualmente. Sin embargo, sin ninguna razón jurídica que actualmente justifique tal diferenciación, los jueces, y otros miembros del Ministerio Público estaban hasta hace poco exentos del pago de ese impuesto generando una incoherencia en el sistema jurídico<sup>55</sup>.

Estas ausencias de coherencia en el sistema jurídico generan irracionalidades en el nivel material pero además son potenciales generadores de problemas en el nivel de la eficacia (Nr3) y ello no tanto por la dificultad para comprender una determinada institución o regla del juego sino para *entender el juego en sí mismo* y para poder comportarse de acuerdo a lo que el juego exige pudiendo prever cuál es el comportamiento exigido o esperable aunque se desconozca la norma precisa que rige en ese ámbito. La idea es que la eficacia (y luego la efectividad) se verá favorecida si somos capaces de comprender no sólo las reglas aisladamente sino cómo ellas se interrelacionan y, de alguna manera, el modo en que funcionan como sistema.

## 5. Conclusiones

La teoría legislativa hasta el momento continúa teniendo un papel relegado en el mundo jurídico y por lo tanto enfrenta diversos desafíos como es frecuente en todo campo de estudio incipiente y en formación. Entre estos desafíos he identificado el de que se logren difundir y aceptar sus ideas en la comunidad jurídica ampliamente considerada y en que se advierta su relevancia para la formación de juristas en todos los niveles educativos. Estos dos objetivos requieren de herramientas que puedan discutirse, por supuesto, pero que integren a un grupo más amplio de la comunidad jurídica. Lo mismo ocurre con un desafío todavía mayor que es el de evitar el aislamiento académico y poder construir puentes con la actividad legislativa de manera tal que esta área del razonamiento práctico tenga un resultado en la obtención de leyes de mejor calidad y en la mejor justificación de las razones para legislar.

El modelo de análisis legislativo de Manuel Atienza es un excelente candidato a llevar la bandera en los tres desafíos, pues se trata de un modelo accesible a cualquier tipo de formación jurídica (no es necesario tener una formación filosófica para comprenderlo, por ejemplo), que encaja con naturalidad en la cultura jurídica de varios países del sur de Europa como España, Italia y Portugal y también con la de los países herederos de la tradición jurídica de Europa del sur como son los países de América Latina. Por otra parte, el modelo de Atienza es, a mi entender, el más completo en cuanto al análisis que promueve de las leyes y de la justificación legislativa y puede cazar bien con otra área imprescindible para la legislación que es la técnica legislativa o legística.

<sup>55</sup> Solo pagan impuesto a las ganancias los jueces y funcionarios del Ministerio Público nombrados con posterioridad a 2017 pues la ley 27.346 derogó este privilegio, pero no lo hizo para los jueces ya nombrados. Se trata de una discusión que se remonta a 1936 cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declaró la inconstitucionalidad del impuesto que gravaba el sueldo de los jueces federales. En 1996 se eliminaron legislativamente algunas exenciones de impuestos, como el de Ganancias para los jueces. Sin embargo, a las pocas semanas de que la ley entró en vigor la Corte Suprema dictó una acordada en la que declaró inaplicable esa norma por el principio constitucional que establece que los salarios de los jueces no pueden ser disminuidos (no declaró la inconstitucionalidad sino la inaplicabilidad y lo hizo por un medio heterodoxo como es una acordada y no una sentencia judicial). La razón de esta inaplicabilidad es el artículo 110 de Constitución argentina que dispone que los jueces recibirán por su servicio «una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna». Evidentemente lo que la norma constitucional intentaba preservar era la inamovilidad y la independencia judicial pero difícilmente ese mecanismo de preservación de la independencia judicial sea extensible al no pago de un impuesto que recae sobre toda la población que recibe ingresos por encima de cierto monto.

Sin embargo, el modelo de Atienza (al menos para ser aceptado en su totalidad) no puede no ser mirado con recelo por un sector importante de la comunidad jurídica que no comparte las ideas del objetivismo moral. Este trabajo ha intentado poner énfasis en dos cuestiones: en primer lugar, promover una discusión sobre qué características de las leyes son las más importantes para valorar su calidad y, en segundo término, aportar a las ideas de Atienza un conjunto de propuestas que, creo que no serían rechazables de plano por el autor, y que promoverían una mayor posibilidad de aceptación de la teoría legislativa por grupos más extensos de juristas, estudiantes y legisladores. Estos dos temas están además conectados entre sí porque entiendo que los parámetros más importantes de la calidad de la ley son la eficacia y la efectividad, y el nivel de racionalidad material que se propuso, tiene impacto positivo en ellas también.

*Referencias bibliográficas*

- ATIENZA, M. 1997. *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas.
- ATIENZA M. 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Trotta.
- ATIENZA M. 2017. *Objetivismo moral y Derecho*, en ORTEGA GARCÍA R. (ed.), *Problemas constitucionales contemporáneos*, Fontamara, 11 ss.
- ATIENZA M. 2019. *Un modelo de análisis de la argumentación legislativa*, en OLIVER-LALANA D. (ed.), *La Legislación en Serio*, Tirant lo Blanch, 343 ss.
- BESSON S., MARTÍ J.L. 2018. *Legitimate Actors of International Law-making: Towards a Theory of International Democratic Representation*, en «Jurisprudence», 2018, 504 ss.
- BULYGIN E. 1991. *Teoría y Técnica de Legislación*, en BULYGIN E., ALCHOURRON C., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales.
- CALSAMIGLIA A. 1993. *¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?*, en «Doxa, cuadernos de filosofía del derecho», 13, 1993, 161 ss.
- CLÉRICO L. 2008. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, en CARBONELL M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, 125 ss.
- DASCAL M., J WROBLEWSKI J. 1991. *The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation* en «Journal of Pragmatics (North-Holland)», 15, 421 ss.
- FERNÁNDEZ BLANCO C. 2019. *Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas*, en «DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho», 42, 259 ss.
- FERNÁNDEZ BLANCO C. 2021. *Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas*, en «Diritto & Questioni Pubbliche» 2, 2021, 8 ss.
- FERRARO F. 2022. *Deception and Expression: The Puzzling Rationality of Symbolic Legislation*, en FERRARO F., ZORZETTO S. (eds.), *Exploring the Province of Legislation*, Springer, 103 ss.
- GARCÍA AMADO J.A. 2000. *Razón Práctica y Teoría de la Legislación*, en «Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas», 2000, 299 ss.
- GARCÍA AMADO J.A. 2020. *Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza*, en «Teoría y Derecho», 27, 2020, 14 ss.
- HOLMES S., SUNSTEIN C. 2011. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores.
- KELSEN H. 1963. *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA.
- KRISTAN A. 2013. *¿Cómo justificar una (no) intervención legislativa?*, en GRÁNDEZ P., MORALES F. (eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Palestra Editores, 479 ss.
- LATORRE I. 2018. *La Legitimidad Democrática de las Agencias Reguladoras Domésticoglobales*, Tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/664136/tilg.pdf?sequence=1> (consultado el 13/06/2023).
- LATORRE I. 2023. *Las agencias reguladoras independientes y sus desafíos de legitimidad democrática: revisión de literatura y agenda para el derecho constitucional en Latinoamérica*, en «International Journal of Constitutional Law», 20, 2023, 1431 ss.
- MARCILLA CÓRDOBA G. 2005. *Racionalidad Legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.



- MARCILLA CÓRDOBA G. 2019. *La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del derecho*, en OLIVER-LALANA D. (ed.), *La Legislación en Serio*, Tirant lo Blanch, 301 ss.
- MORESO J.J, VILAJOSANA J.M. 2004. *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons.
- OLIVER-LALANA D. 2016. *¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes*, en «Lisbon Law Review», LVII, 2, 2016, 5 ss.
- OLIVER-LALANA D. 2019. *Deliberación legislativa y control judicial de las leyes: entre el respeto y la desconsideración por los legisladores electos*, en OLIVER-LALANA D. (ed.), *La Legislación en Serio*, Tirant lo Blanch, 397 ss.
- PINO G. 2013. *Norma giuridica*, en PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 144 ss.
- PRIBÁÑ, J. 2016. *On Legal Symbolism in Symbolic Legislation: a systems theoretical perspective*, en VAN KLINK, B., VAN BEERS B., POORT L. (eds.), *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*, Springer.
- RODRÍGUEZ BLANCO V. 2018. *Transnational Rule of Law and Practical Reason: The Principles Lie in the Author Herself*, en HIMMA K., JOVANOVIĆ M., SPAIC B. (eds.), *Unpacking Normativity*, Hart Publishing.
- SCHAUER F. 2013. *Pensar como un abogado*, Marcial Pons.
- SHAPIRO S. 2011. *Legality*, The Belknap press of Harvard University Press.
- SIECKMANN. 2019. *La legislación como ponderación*, en OLIVER-LALANA D. (ed.), *La Legislación en Serio*, Tirant lo Blanch, 267 ss.
- TRUBEK D., GALANTER M. 1974. *Scholars in Self-Estrangement: Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, en «Wisconsin Law Review», 1974, 1062 ss.
- TUZET G. 2016. *Effettività, Efficacia, Efficienza*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLVI, 1, 2016, 207 ss.
- VAN KLINK B. 2016. *Symbolic Legislation: an Essentially Political Concept*, en VAN KLINK B., VAN BEERS B., POORT L. (eds.), *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*, Springer, 19 ss.
- WINTGENS L. 2012. *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Ashgate.
- WINTGENS L. 2003. *Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación*, en «Doxa, cuadernos de filosofía del derecho», 2003, 261 ss.
- XANTHAKI H. 2019. *Malentendidos sobre la calidad de la legislación: un enfoque fronético del drafting legislativo*, en OLIVER-LALANA D. (ed.), *La Legislación en Serio*, Tirant lo Blanch, 63 ss.



# TWO CONCEPTIONS OF GLOBAL DEMOCRACY: THE OPTIMAL AND THE IDEAL

M. VICTORIA **KRISTAN**



## Two Conceptions of Global Democracy: The Optimal and the Ideal

M. VICTORIA KRISTAN

MSCA-EUTOPIA Fellow, University of Ljubljana (Slovenia).

E-mail: [victoria.inostroza@pf.uni-lj.si](mailto:victoria.inostroza@pf.uni-lj.si)

### ABSTRACT

The author presents a distinction between two conceptions of global democracy: a broad and a narrow one. The broad conception encompasses any theory that aims to establish a global order capable of safeguarding individual freedom and addressing global risks. Within this broad conception, global democracy is compatible with various approaches to determining which model of political power is legitimate under the existing conditions of global governance. By contrast, the narrow conception of global democracy entails a cosmopolitan and institutionally robust model. In light of this, the author contends that while the narrow conception of global democracy is the ideal, there are reasons to prioritize the broad conception as it offers the optimal approach in times of disagreement.

### KEYWORDS

global democracy, broad conception of global democracy, narrow conception of global democracy, theory of transition

# Two Conceptions of Global Democracy: The Optimal and the Ideal

M. VICTORIA KRISTAN

1. *Introduction* – 2. *The Idea of Globalization and The Ideal of Global Democracy* – 3. *The Broad Conception of Global Democracy* – 4. *The Narrow Conception of Global Democracy* – 5. *Grounds for Adopting the Broad Global Democracy Conception*

## 1. *Introduction*

Most people are aware that the world is facing new, unprecedented global challenges – a phenomenon that some have described as a new geological epoch, the Anthropocene (DRYZEK, PICKERING 2018) – and that these changes are being amplified by globalization. As a complex phenomenon, globalization has many and varied impacts on our lives. Some of them are generally seen as very positive, for example global trade. But there are other consequences of globalization (such as the spread of the 2008 global economic crisis and the Covid-19 pandemic) that are paradigmatically negative. Aside from magnified global risks, globalization also has negative implications for individual freedom. Globalization poses a challenge to individual freedom. However, one defines globalization, it's clear that it has changed the geography of international relations. It is causing a social reorganization of actors and relationships that challenges the traditional international legal relationships between states and international organizations, international non-governmental organizations, standard-setters, and other hybrid regulatory bodies, among others. Globalization enables traditional and novel non-traditional actors to interact and produce decisions, rules, or norms.

In a globalized world, most decisions and rules created by global actors have some impact on our lives, though they are mainly created without any participation or control by the people. Other decisions are made by traditional actors, such as states, but their impact goes beyond their borders and interferes in the lives of people who are not their citizens. Of course, globalization does not have exclusively negative effects on freedom. For one thing, it increases both the factual and economic opportunities to exercise our freedom of movement. Many scholars of political philosophy strive to deal with the negative effects that the circumstances of global domination<sup>1</sup> have on individual freedom. The challenges that globalization poses to our world lend a new sense of urgency to debates on global democracy, as the need for global institutions capable of addressing profound political issues becomes evident.

\* I am grateful to José Luis Martí, Nahuél Maisley, Andrej Kristan, Alba Lojo and Matija Žgur as the anonymous reviewers for their valuable comments.

<sup>1</sup> The *circumstances of global domination* is an idea adapted from Waldron's discussion of the “circumstances of politics” (hereafter CP), which is itself an adaptation of Rawls's discussion of the “circumstances of justice” (CJ): «The circumstances of justice are those aspects of the human condition, such as moderate scarcity [CJ<sub>1</sub>] and the limited altruism of individuals [CJ<sub>2</sub>], which make justice as a virtue and a practice both possible and necessary (RAWLS 1971, 126-130). We may say, along similar lines, that the felt need among the members of a certain group for a common framework or decision or course of action on some matter [CP<sub>1</sub>], even in the face of disagreement about what that framework or decision or course of action should be [CP<sub>2</sub>], are the circumstances of politics» (WALDRON 1999, 102; emphasis removed). While the circumstances of justice and those of politics come in pairs, there are three circumstances that give rise to global domination: (1) a globalized world, (2) an unequal distribution of power among various global actors, and (3) the coexistence of non-dominating democratic actors and dominators. See KRISTAN 2022.

The literature on global democracy is vast and complex. Within this complexity, however, most scholars agree that the solution, if any, lies in implementing a democratic model of global governance that could effectively protect individual freedom from the negative effects of globalization, and provide some form of governance capable to deal with global risks<sup>2</sup>. Beyond this agreement, however, there is an important and ongoing debate that draws from a variety of issues and positions about global democracy. The debate ranges from statism to cosmopolitan proposals, with several subdivisions – monism, pluralism – therein.

In this paper I will argue that there are in fact two conceptions of global democracy. On the one hand, a broad conception that aims to include any theory that seeks a global order capable of protecting individual freedom and dealing with global risks. Under this broad conception, global democracy is compatible with different answers to the question of which model of democracy makes it possible to legitimize political power under the current conditions of global governance. On the other hand, the narrow conception of global democracy implies a cosmopolitan and institutionally robust conception. This distinction, which has important implications for the design of global democracy, is intended to claim that the legitimacy of global democracy, which makes a weak claim to its institutional form – identify with a state-centric approach –, may rest on two distinct grounds. These reasons can be described as follows: (1) any normative theory that seeks a global order capable of preventing or reducing global domination, and thus aims to keep it under the ultimate control of those governed by, is committed to the ideal of global democracy, regardless of its institutional form; (2) in times of urgent need, it's important to emphasize the commonalities and shared goals of the various proposals, rather than the disagreements among them. As I'll explain, a consequentialist view, however intuitive, cannot lead us to adopt the broad notion of global democracy for which we need the theoretical elements of ideal and non-ideal theory.

## 2. *The Idea of Globalization and The Ideal of Global Democracy*

The circumstances that currently shape the international sphere are changing significantly due to a profound transformation process: globalization. Globalization is a world-changing phenomenon. Recalling David Held

«Globalization is a process (or a set of processes) which embodies a transformation in the spatial organization of social relations and transactions – assessed in terms of their extensity, intensity, velocity and impact – generating transcontinental or interregional flows and networks of activity, interaction, and the exercise of power» (HELD et al. 1999, 16).

This definition reflects the complexity and multidimensionality of the phenomenon it denotes.

Due to globalization, the world no longer resembles the circumstances that existed at the time of the creation of the Westphalian international order in the 17th century. These circumstances have changed as the aforementioned effects of globalization focus on the ability of states to be relevant decision-makers, while at the same time it's clear that other actors, distinct from states and international organizations, are regulating more and more aspects of our lives. This raises the following question: Is it (still) possible for people to retain some capacity for influence and control? Normative debates about freedom have mostly remained limited to the context of the state. The world as it is, however, isn't just about states (ARCHIBUGI 2008). Rather, it is also about the global

<sup>2</sup> Global risks – or new global risks, as Beck (BECK 2011) called them – are «nuclear risks, ecological risks, technological risks, economic risks created by radicalized modernity and insufficiently regulated financial markets, and so on» (BECK 1998, BECK 2011). The global aspect of risks means that they cannot be limited to one territory. It is not possible to limit risk X to territory or state Y.

governance of private organizations (CORDELLI 2020), corporations, international organizations, hybrid global actors (LATORRE 2023), and their interactions. As the number of these transnational institutions has increased with globalization, so has their capacity to exercise authority (ZÜRN et al. 2012). In short, the governance in the world has become much more complex than it used to be.

Against this background, global democracy aims to make the global political system more democratic. It addresses the question of how global and transnational decision-making processes can be legitimized and who should be entitled to participate in shaping global rules, laws and regulations. In this sense, an idea of global democracy can be identified with an idea of the legitimacy of the global order that depends on its ability to prevent or reduce global domination<sup>3</sup>, – that our world is characterized by undemocratic global governance<sup>4</sup> (PETERS 2010) – which in turn requires the democratization of this global order in the sense that it remains under the ultimate control of the people.

With this definition in mind, the view that individuals should collectively rule themselves not just in the state but also beyond it, is shared by scholars with different positions regarding how global democracy should be implemented. To the extent that decision-making power migrates beyond the state, democracy should follow. However, even if scholars are aware of the problem of global domination and global risks, the realization of democracy is a valuable task in the global political arena and share the value of self-government they differ on how global democracy is understood and designed.

These different views on how to understand and shape global democracy are mainly represented by the statist and cosmopolitan versions of global democracy. On the one hand, statist hold a view under which supra-state decisions are subject to demands for democratic legitimacy. However, they understand that the best design institutional framework to meet those demands is not one based on the direct participation of the people, but focuses on the role of the state as the representative of individuals. The most detailed version of this “statist model” is the scheme that Thomas Christiano and Philip Pettit call “voluntary association of States”. On the other hand, cosmopolitans go one step further by advocating that in making global democracy a reality, the creation of representative international institutions, directly elected by world citizens – as global parliamentary assemblies – is in place. Different versions of this proposal come from authors like David Held (1999), Daniele Archibugi (2008, 2012, 2021), Samantha Besson (2009), James Bohman (2007) or José Luis Martí (2010).

In the following sections, I will introduce two conceptions of global democracy: the broad global democracy and the narrow global democracy. The advantage of introducing these conceptions is that they clarify the implications of this distinction for shaping global democracy. A key implication is that the legitimacy of global democracy, which makes a weak claim to its institutional form, can still be defended as I will explain in Section 5.

### 3. *The Broad Conception of Global Democracy*

The broad conception of global democracy is identified with a superficial understanding of the normative ideal of global democracy, with the ideal of making the global political system more democratic. This conception is the one that is compatible with very different understandings of global legitimacy, whether statist or cosmopolitan. What both conceptions have in common is the

<sup>3</sup> See MARTÍ 2010.

<sup>4</sup> Anne Peters (PETERS 2010) explains that global governance is undemocratic even by modest standards. The deficits, she argues, lie in the institutional design of international organizations and bodies themselves, they result from the way states are integrated into the system of global governance, and finally, they concern the relationship between citizens and international institutions.

core idea of global democracy that supra-state decisions are subject to demands for democratic legitimacy, but the statist approach is less demanding in terms of global governance innovation.

According to this broad understanding of global democracy, the legitimacy of the global order depends on how democratic this order is, in the sense that it helps prevent or reduce global domination while remaining under the ultimate control of the people, without presupposing yet which is the most effective way of articulating both the prevention of global domination and that ultimate popular control.

It should be noted at the outset that global democracy as an ideal is generally defined in two steps, by saying (a) that it is a democracy (whatever the authors mean by ‘democracy’), and (b) that it extends to the whole world or across state borders or beyond states, etc. I shall elaborate on this briefly first.

(a) As far as the first step is concerned, I shall rely on the definition elaborated by Thomas Christiano (CHRISTIANO 2018, 2), according to which democracy is a «method of group decision making characterized by a kind of equality among the participants at an essential stage of the collective decision making». By saying that democracy is a method of group decision making, this definition emphasizes that democracy (i) concerns collective decisions that (ii) “are made for groups”, e.g., families, voluntary organizations, business enterprises, states, transnational or global organizations, and (iii) “are binding on all the members of the group”. Moreover, by saying that democracy is characterised by a kind of equality among participants, this definition is intentionally vague. Indeed, it is meant to cover everything from conceptions of formal equality of “one-person, one-vote” in the process of selecting representatives to make decisions about group laws and policies to conceptions of substantive equality of participants in the process of deliberation or coalition building. Finally, it is important to note that Christiano’s definition, as he says, “does not settle any normative questions” about the desirability of democracy and is therefore quite compatible with the view that in some particular contexts (like families or business enterprises or the entire world population, for example) such a method of group decision making is to be avoided.

(b) Apart from saying that global democracy is a democracy that extends to the whole world, or across state borders, or beyond states, etc., it is important to note that this definition is, again, intentionally indeterminate as to the composition of the “global collective”. In other words, the definition remains neutral in respect of the disagreement between the statist and the cosmopolitan proposals, among others. Accordingly, it does not precise whether the group in question is composed of individuals or cities or states, etc. And it does not even say whether it is composed homogeneously of individuals, cities or states only, or whether it is heterogeneous, that is, whether the participants are of different kinds.

With this definition in mind, we can see that while “democracy” is primarily associated with the sovereign state, which is bound to a clearly defined and singular demos (DRYZEK 2008), “global democracy” is associated with the process of democratizing global governance, with the aim of giving the participants a say in decisions affecting their lives in a complex, multi-layered context where the influence of actions extends beyond state borders, and thus keeping global institutions under the ultimate control of the people<sup>5</sup>.

As I mentioned in the introduction to this paper, there is a myriad of global actors<sup>6</sup> who exercise their power in ways that influence or even determine our lives. So, the idea of global democracy is, in a first approximation, the idea of a democracy that extends beyond state

<sup>5</sup> Scholars such as Richard Falk, David Held, Jürgen Habermas and Ulrich Beck trace a path regarding the idea of democracy beyond borders (BECK 2018). Of course, many remain unconvinced that democracy can be applied beyond states and consider the idea of a global democracy an unattainable dream (DAHL 1999) or, worse, think that its proponents are barking at the moon (DAHRENDORF 2001).

<sup>6</sup> By global actors I mean actors that operate beyond domestic borders.



borders (HOLDEN 2002, 2). Global democracy therefore includes the idea of democracy as “rule by the people”, even if understood in its more minimal sense of ultimate control, which means that it extends the terms “rule” and “people” to the global sphere<sup>7</sup>. However, it is still compatible, with different understandings of the rule of the people, whether it should turn for instance into something like the rule of the peoples, in plural, and thus assuming that the main actor in a legitimate global order should still be the state, or whether it should rely on a global, single demos composed of all individuals, as the cosmopolitans assume.

Adopting the broader conception of global democracy allow us to put together the efforts of those scholars that are committed with the ideal of making global governance legitimate and, by consequence, non-dominating. Indeed, we can agree that scholars that hold a moral cosmopolitan view – normative individualism, universality, and generality – in the sense that they believe that every moral agent has the same claim to freedom as non-domination, can differ, however, in terms of their institutional proposals: not all who agree with the moral cosmopolitan view are institutional and political/legal cosmopolitans. This difference affects how global democracy is understood and designed. For example, one of the problems that the circumstances of global domination present for individuals is that they cannot shape and reshape the rules that affect them, and that this situation leads to domination. I also mentioned that global democracy is fit to avoid domination. But the specific institutions that characterize an ideal legitimate world order will differ greatly depending on whether or not we subscribe to institutional cosmopolitanism. Those scholars who disagree with institutional cosmopolitanism generally advocate a statist approach, that is, they rely primarily on the state's association ability to prevent global domination rather than on a multi-level system of global democracy.

As it was mentioned, the broad conception of global democracy can apply to both statist and cosmopolitans. The reason is that most statist approaches to such a legitimate global order presuppose, ideally, that states in a multilateral system of association should be representative or democratic. A global democracy broadly understood is a democracy that extends to the whole world, or across state borders, or beyond states, etc.

In this superficial and broad understanding, global democracy is compatible with different answers to the normative question of which model of democracy makes it possible to legitimize political power under the current conditions of global governance.

#### 4. *The Narrow Conception of Global Democracy*

In contrast to the broader conception of global democracy, the narrow conception of global democracy is more demanding in terms of institutional change because it implies institutional cosmopolitanism. Within a cosmopolitan approach global democracy aims to extend global governance at different levels in a democratic direction to prevent global domination. Proposals for the institutional forms of global democracy require creative thinking to extend democracy across borders while expanding people's representation.

In this context of preventing global domination, it is worth to remember that those who embrace moral cosmopolitanism are compromised with the believe that every moral agent is entitled to the same claim of nondomination (RONZONI 2019, 322; LOVETT 2016). However, that does not imply that they are institutional cosmopolitans as well (CANEY 2006). Alluding to republican theory, Ronzoni (RONZONI 2019, 320) explains that:

<sup>7</sup> This does not mean that the implementation of a global democracy will be parallel to domestic government, as two different democratic tracks, instead different actors shall be articulated as a network. See CASTELLS 2010, CASTELLS 2015, SLAUGHTER 2017, DRYZEK 2012, and KUYPER 2014.

«different republican institutional blueprints are a reflection of a disagreement about what it takes to best guarantee the claim to nondomination of all moral agents, not about who has such a claim against whom in the first place. Thus, republican statist concede that there is a deep sense in which we have the same fundamental obligations of justice to all moral agents (whether or not they are fellow citizens): they are all entitled to non-domination. They simply believe that a state system is the best way to honor such obligations».

In this sense, the difference between the statist and the cosmopolitan approaches lies primarily in the role of the state. While for statist the state is and must remain the main actor in the creation of international law, the cosmopolitan approach requires a thicker global democratic framework. In short, while some scholars argue that honoring the ideal of freedom as nondomination requires some global institutions, not all think so. Not all moral cosmopolitans subscribe to institutional cosmopolitanism<sup>8</sup>. As I explained in the previous section, all who embrace moral cosmopolitanism defend global democracy broadly understood. Contrary to this definition the narrow global democracy implies a commitment to a particular institutional form that lead us to our second conception of global democracy.

This conception involves a narrower and more robust understanding of global democracy, which is equated with cosmopolitan democracy. Only cosmopolitan republicans would endorse such a view, leaving out the advocates of a voluntary association of states. The narrower conception of global democracy implies, then, a cosmopolitan and institutionally thicker conception. “Global democracy”, in this particular version, is

- (a) A democracy,
- (b) That extends to the whole world or across state borders or beyond states, and
- (c) Concerns decisions on global politics or, more precisely, decisions on issues of global relevance made by a system of – centralized or decentralized – global institutions authorized to enact global norms that allow ultimate popular control under conditions of political equality, deliberative contestability, and protection of human rights (BESSON, MARTÍ 2018).

Here, I do not need to specify here what is of global relevance and what is not. We can leave it open. But just to give an example, we can assume, at least hypothetically, that a decision about street parking prices in Barcelona is not considered globally relevant, but a decision about climate change targets definitely is<sup>9</sup>. In this case, it would be incompatible with our idea of

<sup>8</sup> Ronzoni (RONZONI 2013, 159) argues that «[i]t is, for instance, perfectly consistent to endorse moral cosmopolitanism and yet be wary of both global political action and supranational institutional building. One can, for instance, believe that our moral duties towards others are universal in scope, but that they are best discharged through forms of personal conduct, such as donations or voluntary work. Moreover, moral cosmopolitans can be skeptical towards the establishment of global institutions with sovereign powers, on the grounds that these might be difficult to hold accountable, are necessarily undemocratic, and are prone to becoming exceedingly technocratic or even positively oppressive».

<sup>9</sup> Other definitions of global democracy that are present in the recent literature are those of Mathias Koenig-Archibugi and Thomas Christiano. Koenig-Archibugi says the term «refers to a range of conceivable institutional systems» that share seven characteristics. More precisely, he says they (1) encompass all regions of the world; (2) empower supranational bodies to make binding decisions on a range of (enumerated) issues of global relevance; (3) ensure that the members of those bodies are representative of, and accountable to, groups of citizens, through electoral mechanisms or other formal and transparent relationships of political delegation; (4) promote the equal representation of all world citizens in conjunction with other principles such as a balanced representation of the constitutive territorial units and possibly forms of functional representation; (5) allow the supranational bodies to take decisions in accordance with a variety of decision rules, but exclude veto rights for small minorities, except when they are based on legitimate and impartially determined vital interests; (6) empower independent supranational judicial bodies to resolve conflicts in accordance with constitutional rules; and (7) include robust mechanisms for promoting compliance with decisions and rulings, possibly, but not necessarily through the centralized control of the means of coercion. See KOENIG-ARCHIBUGI

global democracy if the decision on the price of street parking in Barcelona was to be taken in some kind of global parliament. In other words, such a decision would be illegitimate, because the local price of street parking in Barcelona is not globally relevant. The principle of subsidiarity might be an excellent criterion to decide which decisions possess global relevance and should consequently be allocated at the level of global institutions. But there might be other acceptable criteria. As I said, we can leave this open.

With this definition in mind, “global democracy”, in this particular version, is associated with the process of democratizing global governance by a centralized or decentralized system of global institutions. Its aim is to give individuals a say in decisions affecting their lives in a complex, multi-layered context where the influence of actions extends beyond state borders, and of course, to create an institutional infrastructure capable to deal with global challenges.

Those who defend institutional cosmopolitanism<sup>10</sup> introduce some argumentative strategies on its favour, which are variants of the narrow conception of global democracy. Caney (2005) distinguishes three approaches to institutional cosmopolitanism which are not incompatible with each other: (1) the intrinsic approach; (2) the right-based approach and (3) the instrumental approach. The intrinsic approach (POGGE 1992) claims that moral cosmopolitanism should include a commitment to the right to self-government. It comprises two versions, the individualist approach (WELLMAN 1995) and the collectivist approach (POGGE 1994). The former infers from the right to freedom of association that people should be able to choose by whom to be governed; while the latter, the collectivist approach, argues that people should be free to choose who should be part of the political system, and to choose the type of political authority that will govern them<sup>11</sup>.

Up to this point I have introduced two different conceptions of global democracy. Under this view, global democracy can be encompassed from the superficial broad conception, as well as from the narrow thicker conception, even though there is not consensus in the literature about the preeminence of one position. The reconstruction of the debate about global democracy under the broad and the narrow conception allow us to deliberate adopt the broad definition of global democracy.

In the next section, I will explain why pursuing a consequentialist perspective does not lead us to accept the broad version of global democracy, but to defend the best-equipped theory for implementing global democracy (MARCHETTI 2004). I will argue that the distinction between ideal and non-ideal theory provides a foundation if we consider our question to be in the realm of non-ideal theory.

## 5. *Grounds for Adopting the Broad Global Democracy Conception*

What grounds do we have for adopting the broad definition of global democracy? Or, to put it another way: why should those who believe in the merits of the narrow conception of global democracy deliberately compromise with the broad conception of global democracy? The decision

2010, 522. By contrast, Christiano understands global democracy as «a centralized democratic decision-making process for solving global problems. These processes would involve a global legislature directly elected by the world’s adult population. It would operate in a roughly majoritarian way within certain limits grounded in basic human rights» (CHRISTIANO 2012, 73).

<sup>10</sup> Among them are Brian Barry, Charles Beitz, Simon Caney, Lea Ypi, Onora O’Neill, Thomas Pogge, Robert Goodin and others.

<sup>11</sup> The rights-based approach is advocated by scholars such as Held (1985) and Linklater (1998). They believe that cosmopolitan institutions provide the framework for the transition from the current statist international system to a system of cosmopolitan democracy. This argument has an empirical claim and a moral base. The instrumental approach claims that appropriate political institutions are those that best promote cosmopolitan moral ideals. This third approach thus adopts a consequentialist perspective, even though the goals by which institutions are to be judged are the promotion of cosmopolitan ideals of justice rather than utilitarian goals such as the satisfaction of needs or preferences.

to adopt the broad conception of global democracy has the consequence of including any theory that seeks a global order capable of preventing or reducing global domination, and thus aims to keep it under the ultimate control of those who are governed by it. This decision has the major drawback that almost everyone is in some sense a global democrat. However, there are good reasons – apart from the conception’s own merits – to adopt the broad conception of global democracy.

These reasons are identified with making the world a better place where there is no such thing as global domination. To avoid domination, a legitimate global system must be built that allows people to help shape and reshape the rules under which they live. Consequentialism (PETTIT ed. 1993, PETTIT 1997, PETTIT, SMITH 2000, PARFIT 1984) is mainly concerned with the moral rightness of acts. It holds that whether an act is morally right depends only on the consequences of that act or on something related to that act, such as the motive behind the act or a general rule requiring acts of the same kind (SINNOTT-ARMSTRONG 2022). One fundamental question introduced by consequentialism is the question of rightness, of what makes an option right (PETTIT 1997, 92). Under this approach, «the right option in any choice is that which produces the goods, that which promotes expected, neutral value» (PETTIT 1997, 92). The neutrality of these values implies that the fundamental determinants of rightness are the values on the basis of which the property is predicated of options and these values satisfy the relevant version of the universalizability test. As Pettit explains,

«what ultimately makes any option the right one for an agent to take or to have taken is the fact that that option best promotes the neutral values that are relevant in the situation on hand» (PETTIT 1997, 151).

Following the consequentialist perspective, however, doesn't lead us to accept the broad version of global democracy, but to defend the best-equipped theory for implementing global democracy (MARCHETTI 2004). And in this point the literature, as I explained before, is divided between statism and cosmopolitan positions. Since consequentialism thus leads us to a goal-oriented normative theory, is it not satisfactory to explain why those who believe in the merits of the narrow conception of global democracy should deliberately compromise with the broad definition of global democracy?

Here, the distinction between ideal and non-ideal theory provides a ground, if we consider our question to be in the realm of non-ideal theory. However, much of what is proposed about global democracy is presented as a contribution to ideal theory. The latter is the part of political philosophy that distinguishes the principles and values that govern ideal social and political institutions, while the non-ideal theory of democracy is presented as that which specifies a particular institutional design represented by the rights and duties of institutional actors in circumstances potentially remote from any moral or political ideal<sup>12</sup>.

In this sense, democratic ideals, in the form of values and principles, should inform the design of institutions in non-ideal circumstances. Ideal and non-ideal theory has developed to encompass a number of quite different distinctions<sup>13</sup>. From here, the question posed above finds an acceptable answer. That is, those who believe in the merits of the narrow conception of global democracy should deliberately compromise with the broad definition of global democracy from a non-ideal perspective, whether or not one adopts the traditional distinction between ideal and non-ideal conceptions of democracy, but especially if one adopts the distinction between a state of affairs as an end- state (as a goal) and a non-ideal theory understood as a “transitional” theory<sup>14</sup>. In this sense, the debate over ideal and non-ideal theory focuses on the question of whether a normative political

<sup>12</sup> About this distinction see RAWLS 1971, STEMPLOWSKA 2008, STEMPLOWSKA, SWIFT 2012, SEN 2009, SIMMONS 2010, VALENTINI 2012, among others.

<sup>13</sup> See VALENTINI 2012.

<sup>14</sup> Farrell (FARRELL 2015, 152), explaining the distinction he uses in reconstructing the Rawlsian idea, Simmons points out that «the ideal theory indicates the goal, while the non-ideal theory indicates the path to that goal».

theory should aim to determine an ideal of societal perfection, or whether it should focus on transitional improvements without necessarily determining what the “optimum” is.

In either case, those who hold to the narrow conception of global democracy can accept the argument that the broad global democracy serves not only to prevent domination (on a superficial level, since it doesn't guarantee the participation of individuals in the global sphere) but also to provide the basis for solving practical problems identified with both non-ideal conceptions of democracy. Thus, the ideal theory sets a long-term goal for institutional reform, which in our case would be the achievement of global democracy. The non-ideal theory, on the other hand, asks «how this long-term goal might be achieved, or worked toward, usually in gradual steps»<sup>15</sup>.

Leaving aside the discrepancy in logical priority between one theory and the other<sup>16</sup>, if our ideal to be achieved is the narrow conception of global democracy, the transition to it involves the acceptance of the superficial global democracy. Taking the ideal/non-ideal distinction between state of affairs as an end (as a goal) and a theory of transition, we can see global democracy in a superficial sense as falling within the latter. Global democracy is thus a long-term challenge that requires a transition from current governance structures to a global governance structure. This shows us that in today's time of urgent needs, it may be important to emphasize the commonalities and common goals of the various proposals, rather than the disagreements between them. From this point of view, the fact that almost everyone is in some way a global democrat is no longer a disadvantage, but a desirable transitional step.

The reasons that explained it can be described as follows:

- (1) any normative theory that seeks a global order capable of preventing or reducing global domination, and thus aims to keep it under the ultimate control of those governed by, is committed to the ideal of global democracy regardless of its institutional form;
- (2) in times of urgent need, it becomes crucial to highlight the shared objectives and resemblances among different proposals, rather than focusing on their disagreements.

Both reasons are grounded in that global democracy should be our political priority if we want to avoid global domination at the time of reducing global risks – such as climate change – of the present and the future of an increasingly interdependent society. If we think that major global challenges can only be addressed effectively at the global level and in a coordinated manner between states and other political institutions<sup>17</sup>, the consequence lead us to accept, for the sake of the reasons introduced before, the broad conception of global democracy.

Against this argument, however, one might raise the following objection: The broad understanding of global democracy runs the risk of emptying the concept and making the claims associated with it so weak that they lose any normative bite<sup>18</sup>. However, this is not the case since the acceptance of the broad conception of global democracy, instead of being a normative ideal, acts as a common starting point within a transitional theory. In other words, contrary to the potential objection, it can be argued that the acceptance of the broad conception of global democracy is actually instrumental in achieving the ideal version of global democracy. In this perspective, the broad understanding serves as a transitional theory, acting as a common starting point rather than a fully-fledged normative ideal. The realization of broad global democracy plays a crucial role in paving the way for the realization of the narrow conception of global democracy. By starting with the implementation of a broad and superficial understanding, it becomes possible

<sup>15</sup> RAWLS 1999, 89.

<sup>16</sup> See SEN 2009.

<sup>17</sup> Contra: DAHL 1999.

<sup>18</sup> I thank an anonymous reviewer for raising this point.

to bridge the diverse positions about global democracy. The transitional aspect of the broad understanding acknowledges that reaching the ideal version of global democracy requires a process of transformation and adaptation. It recognizes that different perspectives about global democracy have different starting points and varying degrees of readiness to embrace the ideal conception. Therefore, the implementation of the broad understanding of global democracy, albeit superficial, provides a practical framework for advancing towards the realization of a robust and inclusive global democratic order and will act as a stepping stone towards the realization of the narrow conception of global democracy, by encompassing a more comprehensive and nuanced set of normative principles and institutional structures.

To conclude this article, I want to say why we should seek convergence instead of disagreement on the concept of global democracy. Although there are many good reasons, the main one on which this article is based is to overcome stagnation and deadlock. In situations where disagreements dominate, progress can be hindered, leading to stagnation and deadlock. However, if we strive for convergence, we can overcome these obstacles and move forward. By focusing on common goals, we can find common ground and compromise that allows forward momentum even on complex and contentious issues. While disagreement and differing perspectives are natural and valuable for fostering critical thinking and exploring alternative solutions, prioritizing some point of convergence allows us to overcome impasses, find common purpose, and work collectively toward shared goals.

## References

- ARCHIBUGI D. 2008. *The Global Commonwealth of Citizens: Toward Cosmopolitan Democracy*, Princeton University Press.
- ARCHIBUGI D. 2012. *Cosmopolitan Democracy: A Restatement*, in «Cambridge Journal of Education», 42(1), 2012, 9 ff.
- ARCHIBUGI D. 2021. *Cosmopolitan Democracy*, in CICCHELLI V., MESURE S. (eds.), *Cosmopolitanism in Hard Times*, Brill.
- BECK U. 1998. *Politics of Risk Society*, in FRANKLIN J. (ed.), *The Politics of Risk Society*, Polity Press, 9 ff.
- BECK U. 2011. *Cosmopolitanism as Imagined Communities of Global Risk*, in «American behavioral scientist», 55(10), 2011, 1346 ff.
- BECK U. 2018. *What is Globalization?*, John Wiley & Sons.
- BESSON S. 2009. *Institutionalising global democracy*, in MEYER L.H. (ed), *Legitimacy, justice and public international law*, Cambridge University Press, 58.
- BESSON S., MARTÍ J.L. 2018. *Legitimate Actors of International Law-Making: Towards a Theory of International Democratic Representation*, in «Jurisprudence», 9(3), 2018, 504 ff.
- BOHMAN J. 2007. *Democracy Across Borders: From Demos to Demoi*, MIT Press.
- CANEY S. 2005. *Cosmopolitanism, Democracy and Distributive Justice*, in «Canadian Journal of Philosophy», 35(sup1), 2005, 29 ff.
- CANEY S. 2006. *Justice Beyond Borders: A Global Political Theory*, Oxford University Press.
- CASTELLS M. 2010. *The Rise of the Network Society*, vol. 1, John Wiley & Sons.
- CASTELLS M. 2015. *Networks of outrage and Hope: Social Movements in the Internet Age*, John Wiley & Sons.
- CHRISTIANO T. 2012. *Is Democratic Legitimacy Possible For International Institutions?*, in ARCHIBUGI D., KOENIG-ARCHIBUGI M. & MARCHETTI R. (Eds.), *Global Democracy: Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge University Press, 69 ff.
- CHRISTIANO T. 2018. "Democracy", in ZALTA E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, available at: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/democracy/>.
- CORDELLI C. 2020. *The privatized state*, Princeton University Press.
- DAHL R.A. 1999. *Can International Organizations be Democratic? A Skeptic's View*, in SHAPIRO I., HACKER-CORDON C., *Democracy's Edges*, Cambridge University Press, 19 ff.
- DAHRENDORF R. 2001. *Can European democracy survive globalization?*, in «The National Interest», 65, 2001, 17 ff.
- DRYZEK J. S. 2008. *Two Paths to Global Democracy*, in «Ethical perspectives», 15(4), 2008, 469 ff.
- DRYZEK J. S. 2012. *Global Civil Society: The Progress of Post-Westphalian Politics*, in «Annual Review of Political Science», 15, 2012, 101 ff.
- DRYZEK J. S., PICKERING J. 2018. *The politics of the Anthropocene*, Oxford University Press.
- FARRELL M. 2015. *Enseñando ética: valores morales y modos de tratarlos*, Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- HELD D. 2010. *Cosmopolitanism: Ideals and Realities*, Polity.
- HELD D., MCGREW A., GOLDBLATT D., PERRATON J. 1999. *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, in PIERSON C., TORMEY S. (eds.), *Politics at the Edge*, Palgrave Macmillan, 14 ff.

- HOLDEN B. 2002. *Democracy and global warming*, A&C Black.
- KOENIG-ARCHIBUGI M. 2011. *Is Global Democracy Possible?*, in «European Journal of International Relations», 17(3), 2011, 519 ff.
- KRISTAN M.V. 2022. *Sovereign Schliberties. Where Pettit's International Protection of Individual Freedom Falls Short*, in «Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law», 46, 2022, 183 ff.
- KUYPER J. W. 2014. *Global democratization and international regime complexity*, in «European Journal of International Relations», 20(3), 2014, 620 ff.
- LATORRE I. 2023. *Independent regulatory agencies and their challenges of democratic legitimacy: literature review and agenda for Constitutional Law in Latin America*, in «International Journal of Constitutional Law», 20(4), 2022, 1463 ff. Available at: <https://doi.org/10.1093/icon/moac106>.
- LINKLATER A. 1998. *The Transformation of Political Community: Ethical Foundations of the Post-Westphalian Era*, Polity.
- LOVETT F. 2016. *Should Republicans be Cosmopolitans?*, in «Global Justice: Theory Practice Rhetoric», 9(1), 2016, 28 ff.
- MARCHETTI R. 2004. *Consequentialist Cosmopolitanism and Global Political Agency* in EADE J., O'BYRNE D. (eds.), *Global Ethics and Civil Society*, Ashgate, 57 ff.
- MARTÍ J.L. 2010. *A Global Republic to Prevent Global Domination*, in «Diacrítica. Revista do Centro de Estudos Humanísticos da Universidade do Minho», 24(2), 2010, 31 ff.
- PARFIT D. 1984. *Reasons and persons*, Oxford University Press.
- PETERS A. 2010. *Dual Democracy*, in KLABBERS J., PETERSA., ULFSTEIN G., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 263 ff.
- PETTIT P. (ed.) 1993. *Consequentialism* (vol. 6), Dartmouth Publishing Company.
- PETTIT P. 1997. *The consequentialist perspective*, in BARON M., PETTIT P., SLOTE M. (eds.), *Three Methods of Ethics*, Blackwell, 92 ff.
- PETTIT P., SMITH M. 2000. *Global consequentialism*, Edinburgh University Press.
- POGGE T. 1992. *Cosmopolitanism and sovereignty*, in «Ethics», 103(1), 1992, 48 ff.
- POGGE T. 1994. *Cosmopolitanism and Sovereignty*, in BROWN C. (ed.), *Political Restructuring in Europe: Ethical Perspectives*, Routledge.
- RAWLS J. 1971. *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press.
- RAWLS J. 1999. *The Law of Peoples*, Harvard University Press.
- RONZONI M. 2019. *The Cosmopolitan Responsibilities of Republican States: Inevitable, but Inevitably Constrained*, in BEARDSWORTH R. (ed.), *The State and Cosmopolitan Responsibilities*, Oxford University Press, 319 ff.
- SEN A. 2009. *The Idea of Justice*, Penguin.
- SIMMONS A.J. 2010. *Ideal and Nonideal Theory*, in «Philosophy & Public Affairs», 38(1), 2010, 5 ff.
- SINNOTT-ARMSTRONG W. 2022. *Consequentialism*, in ZALTA E. N., NODELMAN U. (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2022, available at: <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/consequentialism/>.
- SLAUGHTER A. M. 2017. *The Chessboard and the Web: Strategies of Connection in a Networked World*, Yale University Press.
- STEMPŁOWSKA Z. 2008. *What's Ideal about Ideal Theory*, in «Social Theory and Practice», 34(3), 2008, 319 ff.



- STEMPLOWSKA Z., SWIFT A. 2012. *Ideal and Nonideal Theory*, in ESTLUND D. (ed.), *The Oxford Handbook of Political Philosophy*, Oxford University Press, 373 ff.
- VALENTINI L. 2012. *Ideal vs. Non-ideal Theory: A Conceptual Map*. in «Philosophy Compass», 7(9), 2012, 654 ff.
- WALDRON J. 1999. *Law and Disagreement*, Oxford University Press.
- WELLMAN C. 1995. *Real rights*, Oxford University Press on Demand.
- ZÜRN M. 2002. *Societal denationalization and positive governance*, in ID., *Towards a global polity*, Routledge, 98 ff.
- ZÜRN M., BINDER M. & ECKER-EHRHARDT M. 2012. *International authority and its politicization*, in «International Theory», 4(1), 2012, 69 ff.



# DERECHO E INVESTIGACIÓN NEUROCIENTÍFICA: ENCUENTROS EN LA TERCERA FASE

MARIBEL NARVÁEZ MORA



Derecho e investigación neurocientífica:  
encuentros en la tercera fase

Law and Neuroscientific Research:  
Close Encounters of the Third Kind

MARIBEL NARVÁEZ MORA

Professoressa titolare di Filosofia del diritto, Universitat de Girona.  
E-mail: [maribel.narvaez@udg.edu](mailto:maribel.narvaez@udg.edu)

#### ABSTRACT

A lo largo de los últimos treinta años han tenido lugar distintos tipos de encuentros entre el derecho y la investigación neurocientífica. Prestando atención a las peticiones hechas al derecho, en tanto que instrumento de regulación, con base en el conocimiento neurocientífico, estamos viviendo actualmente los encuentros de la tercera fase. Pese a la verdad encerrada en las metáforas conceptuales de leer y escribir en la mente, hace falta discutir sobre la utilidad de algunos neurodescubrimientos y la necesidad de tener neuroderechos para lograr ciertos objetivos valorativos.

Along the last thirty years several kinds of encounters between law and neuroscientific research have taken place. Paying attention to what has been asked to the law, as a regulation instrument, grounded in neuroscientific knowledge, we are now living the close encounters of the third kind. Despite the truth embodied in the metaphors of reading the mind and writing in it, we need to discuss both the necessity of some neuro-findings and the necessity of neuro-rights to achieve some evaluative goals.

#### KEYWORDS

neuroderecho, neuroimagen, lectura de la mente, neuroderechos

neurolaw, neuroimaging, mind-reading, neuro-rights

# Derecho e investigación neurocientífica: encuentros en la tercera fase

MARIBEL NARVÁEZ MORA

1. *Encuentros entre derecho e investigación neurocientífica* – 2. *Distintas fases: ver el daño neurológico, leer la mente, y escribir en ella* – 3. *Neuroimagen para leer la mente viendo el cerebro* – 4. *La falta de datos normativos para el paso del grupo al individuo* – 5. *Política criminal con base en la investigación neurocientífica* – 6. *Encuentros en la tercera fase: protegerse de la escritura cerebral*

## 1. *Encuentros entre derecho e investigación neurocientífica*

La relación entre el derecho y la investigación neurocientífica puede contemplarse desde perspectivas diversas, siquiera sea por el carácter polisémico de ambas expresiones.

Francis X. Shen<sup>1</sup>, por ejemplo, hablando de la historia de la relación, subraya que los juristas se interesan desde antiguo por el conocimiento neurocientífico, y marca cuatro momentos relevantes de innovación tecnológica para un cambio en el modo de relacionarse. Con ello quiere negar el carácter emergente del ámbito “derecho y neurociencia”. En un trabajo posterior, Shen distingue entre Neuroderecho 1.0 y Neuroderecho 2.0 como nombres para separar en la relación lo ocurrido hasta el momento del futuro que se avecina<sup>2</sup>. Pero una cosa es la continuidad de unas relaciones y sus variaciones y otra, la existencia de un ámbito de estudio autónomo.

Si consideramos los vínculos entre ambas esferas desde la perspectiva de la consolidación de una o varias disciplinas académicas, el disparador que puso a trabajar a toda máquina la producción de literatura especializada fue la promoción de la metáfora conceptual *leer la mente*<sup>3</sup>. Esta metáfora se desarrolló gracias a, por un lado, el nacimiento de la neurociencia cognitiva<sup>4</sup>, con la que el conocimiento sobre los estados cerebrales se amplió al de todo tipo de cerebros y no solo a los que sufrían daños o patologías y, con ello, a todo tipo de procesos cognitivos; y, por otro, gracias a la obtención de neuroimágenes no solo anatómicas o estructurales, sino también funcionales. De ese modo, tales neuroimágenes anunciaron la lectura de toda una batería de estados mentales esperando a ser descubiertos. La disciplina, por tanto, se convirtió en una discusión sobre en qué medida era posible y/o pertinente traducir el conocimiento neurocientífico sobre estados cerebrales a categorías jurídicas sobre estados mentales<sup>5</sup>.

En este trabajo, la relación entre derecho e investigación neurocientífica se definirá por las demandas que se han presentado al derecho, justificadas en los resultados de la investigación neurocientífica, con el fin de que cambiase alguna de sus prácticas, concepciones o regulaciones. ¿Qué transformaciones se le han pedido y piden al derecho en nombre de ciertos resultados en la investigación neurocientífica?

Por regla general, la pragmática subyacente ha sido exhortar a los operadores jurídicos para que no desatendiesen una mejora científica, parapetados en el anquilosado quehacer jurídico de lentas

<sup>1</sup> SHEN 2016.

<sup>2</sup> SHEN 2022.

<sup>3</sup> NARVÁEZ MORA 2022.

<sup>4</sup> Fueron Michael S. Gazzaniga (neurocientífico) y George A. Miller (psicólogo), por lo visto mientras iban en taxi, quienes acuñaron la expresión “cognitive neuroscience” para referirse al estudio de cómo el cerebro posibilita la mente, la cognición. En este momento, esos trabajos sobre memoria, percepción, aprendizaje y computación cuentan con la sexta edición de la obra de POEPPPEL, MAGNUM, GAZZANIGA 2020.

<sup>5</sup> MORSE 2011a.

modificaciones. En estos contextos, se afirma que los avances neurocientíficos traerán consigo profundas transformaciones para el derecho, lo que seguramente sea cierto, y como tesis ese vaticinio forma parte del mensaje con el que se ha desarrollado la disciplina del Neuroderecho. Los trabajos al respecto nos resultan tan sugerentes<sup>6</sup> que se van sumando conclusiones que están en tensión entre ellas, cuando no resultan abiertamente contradictorias, y eso consolida un campo de estudio por la cantidad y no por la compatibilidad y consistencia de sus contenidos. Se nos dice, por ejemplo, que el cerebro objetivo revelará los secretos de la mente subjetiva (GREELY, FARAHANY 2019, 451)<sup>7</sup>, de modo que el derecho hará bien en desterrar de entre sus conceptos el libre albedrío, propio del maltrecho dualismo filosófico, pero también se nos pide que legislemos para proteger el neuroderecho humano al libre albedrío<sup>8</sup>. En lo que sigue, como es obvio, no pretendo cuestionar la validez o fiabilidad de las investigaciones en neurociencias de la conducta<sup>9</sup>, que están abriendo posibilidades de recuperación y mejora médica en múltiples frentes, sino tan solo analizar críticamente dos peticiones que se le hacen al derecho: que abandone el retribucionismo penal y que proclame neuroderechos humanos.

Uno de los defensores más firmes del reduccionismo entre estados celulares y moleculares del cerebro y conducta, John Bickle, tiene una admonición que nos viene al pelo a quienes desde la filosofía escribimos sobre estas cuestiones, aunque sus concretas palabras fuesen dirigidas a filósofos dualistas:

«Abject dualisms, of at least the property or event varieties, are now widespread. These are promulgated by people who couldn't distinguish a neuron from a liver cell. Perversely, every one of their arguments depends at least implicitly on some assumed limit to neuroscientific explanation of cognition or behaviour – assumed by people who don't know even the rudiments of the discipline they disparage!»<sup>10</sup>.

En sentido inverso, podemos decir que algunos de los argumentos con los que se pide la modificación del derecho parecen también hechos por quienes, en el mejor de los casos, no pueden distinguir la Declaración Universal de los Derechos Humanos del Código Penal, o desconocen que existe un amplio abanico de políticas jurídico-criminales. A tenor de las peticiones específicas que se le hacen al derecho, y su justificación, cabe afirmar que nos encontramos inmersos en lo que voy a

<sup>6</sup> Tanto que ya se habla de la moda neuro: neuroeconomía o neuroeducación, que siendo esferas de interés legítimo y bien articulado utilizan el prefijo precisamente como reclamo a tenor del neuromarketing. Nótese que el prefijo “neuro”, que se utiliza por primera vez en el término *neurona* entendida como unidad mínima del sistema nervioso, refiere a este. Si el prefijo usado hubiese sido el latino, hablaríamos ahora de nervioeducación, o nervioeconomía, lo que al oído nos devela una semántica diferente, *pace* la semántica diferencial. Ese primer uso de *neurona* en 1891 se debe a Heinrich Wilhelm Gottfried Waldeyer-Hartz, pero el contenido teórico de la conocida como “doctrina de la neurona” se debe a Santiago Ramón y Cajal y fue aceptada en el congreso de la Sociedad Anatómica Alemana en 1889. Cfr. RAMÓN Y CAJAL 1954. También los trabajos de libre acceso en el Centro Virtual Cervantes, donde agradece el apoyo de su amigo WALDEYER-HARTZ, pero deja clara su opinión de que no hizo aportaciones teóricas.

<sup>7</sup> En GREELY, FARAHANY 2019, 451, podemos leer: «The criminal justice system acts directly on bodies, but fundamentally it cares about minds. As neuroscience progresses, it will increasingly be able to probe the objective, physical organ of the brain and reveal secrets from the subjective mind. This is already beginning to affect the criminal justice system, a trend that will only increase», Posteriormente, en una entrevista editada Farahany sostiene: «I have not argued that neuroscientific evidence is “hard” and “objective,” whereas behavioral evidence is “soft” and “subjective”», FARAHANY 2021.

<sup>8</sup> YUSTE et al. 2017; IENCA, ANDORNO 2017.

<sup>9</sup> Vale decir que estoy utilizando apelativos muy genéricos, como investigación neurocientífica o neurociencias de la conducta, pero que cada una de las disciplinas y especializaciones en este ámbito tiene sus propias hazañas en ciencia básica, en experimentación y en aplicaciones clínicas. Para una exposición de la vinculación entre neurobiología y conducta, haciendo un recorrido que va de lo genético pasando por la formación embrionaria, la anatomía, hasta el funcionamiento celular y químico del sistema nervioso, véase el curso de MASON 2017.

<sup>10</sup> BICKLE 2005, 232; texto que refiere a su trabajo BICKLE 2003.

llamar, parafraseando el título de la película de Spielberg, *encuentros en la tercera fase*<sup>11</sup>. Steven Spielberg utilizó para el título de su pieza<sup>12</sup> la clasificación de J. Allen Hynek, en *The UFO experience: A scientific enquiry*. En ufología se siguen taxonomías, muy elaboradas, sobre los tipos de encuentros cercanos entre objetos voladores no identificados y humanos. Estos pueden ir desde el mero avistamiento confuso hasta la abducción. Las fases van acercando cada vez más al terrestre y al “ente animado” hasta que este último acaba con el primero. Por lo que hace a nuestro ámbito, se inició una fase, en la que continuamos, que pedía más humanidad en nombre de los avances científicos, cuando para ser más humanos dichos avances eran innecesarios. Estamos en una fase en la que se exige protección jurídica del más alto nivel para salvarnos de los usos perversos de la neurotecnología. Sin embargo, la modalidad de protección que se reclama sería tan eficaz, para librarnos de ser manipulados, como envolverse la cabeza en papel de aluminio para despistar extraterrestres.

A continuación, presentaré, en primer lugar, las características que configuran las distintas fases de la relación entre investigación neurocientífica y derecho a partir de las peticiones de transformación solicitadas. En segundo lugar, se detallarán algunos aspectos tecnológicos a partir de cuya utilización se justifica la necesidad de tales transformaciones. En tercer lugar, se analizarán críticamente las peticiones y, por último, cuestionaré que debamos sucumbir ante las reclamaciones hechas en los encuentros en la tercera fase, si bien el razonamiento jurídico para ello sea mucho menos atractivo que las propuestas en sentido contrario.

## 2. Distintas fases: ver el daño neurológico, leer la mente, y escribir en ella

Los encuentros en la primera fase se produjeron cuando la neuroimagen y la investigación clínica sobre daños cerebrales y medulares disponibles permitieron *ver* el alcance de ciertas lesiones y entender mejor sus posibilidades de recuperación. Ello justificaba, según los profesionales involucrados, un cambio en los protocolos utilizados en los litigios que afectaban a personas que habían sufrido daño neurológico. En esta cuestión, una de las figuras capitales fue J. S. Taylor, quien utilizó la expresión *neuroderecho*<sup>13</sup> para referirse, casi exclusivamente, a la necesidad de esos nuevos principios de actuación durante los procedimientos en los que se escuchaba a expertos en lesiones, sobre todo medulares. En realidad, tales principios eran una concatenación de afirmaciones con las que se formaba un razonamiento a tenor de cuya conclusión la actividad de los abogados dedicados al daño neurológico tenía que valorarse y otorgársele una mejor posición. En el razonamiento se sostenía que los resultados clínicos de los pacientes, su rehabilitación, eran mejores cuanto mayores eran sus éxitos en los litigios, esto es, cuanto más altas eran sus indemnizaciones<sup>14</sup>. Puesto que estos resultados dependían de la calidad y cantidad de la evidencia científica presentada por expertos en los juicios, se imponía la mejora de esa calidad y cantidad mediante la formación en la materia y la cooperación entre profesionales médicos y operadores jurídicos.

<sup>11</sup> Para que no haya malas interpretaciones sobre este particular, me sumo a la opinión en la reseña de MURRAY 1972 al libro de HYNEK 1972. La editorial conservadora Regnery utilizó la seriedad del astrónomo, que rompió con las Fuerzas Armadas por no avalar un estudio científico del fenómeno *UFO*. Vale decir que la reseña aquí mencionada fue la más favorable de entre las publicadas y que la reputación académica de HYNEK se hundió.

<sup>12</sup> *Close encounters of the third kind* (1977).

<sup>13</sup> Entre los años 1991 y 2000, en Houston la editorial HDI, editor oficial de la Asociación Americana de Daño Cerebral (BIAA), publicó la *NeuroLaw Letter* mensual, dirigida por J.S. Taylor y Tyron Elliot. Se trataba de un boletín informativo dirigido a familiares y abogados de afectados por daño cerebral y medular. Ofrecía conocimientos actualizados y datos en los que apoyar la presentación de sus casos en juicios y negociaciones. Con cuatro números al año se sumó, en 1998, la *NeuroTrauma Letter*, que pretendía «[...] to serve as international communication tool for professional in field of neurotrauma care, policymakers, advocacy organizations and others». En este momento, el boletín lleva por título *International NeuroTrauma Letter / International Brain Injury Association*.

<sup>14</sup> TAYLOR 1995.

En pocas palabras, si podemos ver como nunca hasta ahora el alcance anatómico y funcional de una lesión, hace falta que abogados y médicos forenses cambien sus prácticas en favor de las víctimas del daño, lo que se consigue logrando mejores indemnizaciones. Se buscaba la comprensión mutua (TAYLOR et al. 1991) de quienes participaban en tales procesos. El neurólogo podía ofrecer información sobre el alcance del daño sufrido porque *ver* el estado del sistema nervioso podía correlacionarse con actividad motora o con capacidades cognitivas. Por ejemplo, se podían detectar y evidenciar secuelas fingidas<sup>15</sup> y evitar costes innecesarios, o en sentido contrario, prever efectos negativos a lo largo del tiempo a pesar de la aparente poca gravedad de una lesión. Se hablaba de que los operadores jurídicos comprenderían mejor lo ocurrido, y lo que cabía esperar, y las víctimas no verían dilatados los procesos. El cobro de indemnizaciones, fundamental para los procesos de rehabilitación, solo llegaría a sus beneficiarios si se demostraba con profesionalidad el impacto presente y futuro de las lesiones sufridas. El neuroderecho defendido aquí era el conjunto de pautas y recomendaciones que debían crearse para, y usarse en, tales litigios y que se configuró por la colaboración entre expertos en neurología y juristas conocedores del procedimiento judicial. Nos encontramos en el ámbito de la medicina forense en la especialidad de daños cerebrales.

Por supuesto, esta es una lectura favorable, según la cual, se alienta una mejora de la práctica profesional. Otra lectura nos hablaría de la necesidad de gestionar, distribuir y controlar el dinero de indemnizaciones que, en el modelo del derecho de daños estadounidense, para este tipo de lesiones, pueden resultar cuantiosas. Ello supuso la promulgación de una ley sobre daño cerebral que autorizaba al Estado a realizar un seguimiento de la información relativa a dicho tipo de daños y que se comprometía a financiar mediante subvenciones y contratos, «expanded studies and the establishment of innovative programs with respect to traumatic brain injury, and for other purposes»<sup>16</sup>.

Las relaciones en la segunda fase, por su parte, se produjeron a la par que la metáfora conceptual de *ver el cerebro* mutaba a la de *leer la mente*, con el impulso de la neurociencia cognitiva y el desarrollo de las técnicas de neuroimagen.

Durante el bienio 2004-2006, las publicaciones de BRENT GARLAND (2004)<sup>17</sup> y ZEKI, GOODENOUGH (2006)<sup>18</sup> sellan la relación entre derecho e investigación neurocientífica, aunque no fue hasta la aparición de la revista *Neuroethics*<sup>19</sup> cuando se retomó el término *neuroderecho*, en este caso como apelativo para la disciplina. En este momento se le pidió -y continúa haciéndose- a la práctica jurídica que revisase algunas concepciones sobre el derecho y ciertas categorías jurídicas, ya que no podría evitarse un cambio en las intuiciones morales sobre libre albedrío y responsabilidad (GREENE, COHEN 2004, 1775)<sup>20</sup> o una transformación en la justicia penal sustituyendo el modelo retribucionista por uno consecuencialista (ZEKI, GOODENOUGH 2006, 231).

El análisis comparado en la edición de SPRANGER de 2012<sup>21</sup> y el libro de casos de JONES et al. 2014<sup>22</sup> aceleraron la producción académica haciéndola del todo inabarcable<sup>23</sup>. Ello se debió, en

<sup>15</sup> ZASLER 1995.

<sup>16</sup> Preámbulo de la *Public Law 104-166, the Traumatic Brain Injury Act of 1996*. Esta modificaba la *Public Health Service Act* de 1944.

<sup>17</sup> GARLAN 2004.

<sup>18</sup> ZEKI, GOODENOUGH 2006.

<sup>19</sup> En el trabajo de TOVINO 2008.

<sup>20</sup> GREENE, COHEN 2004.

<sup>21</sup> SPRANGER 2012.

<sup>22</sup> JONES, SCHALL, SHEN 2014.

<sup>23</sup> La literatura especializada al respecto es tan extensa que en este texto se van a usar solo aquellas referencias que ilustran ejemplificaciones específicas y no los materiales que, por lo general, se incluyen en el estado del arte. Existen bases disponibles donde puede encontrarse indexada la mayor parte de esa literatura. Una de las bases de referencia es <https://www.lawneuro.org/bibliography.php>.



parte, a que el ámbito de trabajo en la primera fase, como se ha dicho, venía restringido por la necesidad práctica de profesionales en casos de rehabilitación y a que su capacidad de difusión e influencia en los años 90 tenía ciertos límites. Pero en la segunda fase, las áreas de trabajo y estudio se desarrollan de la mano de la producción académica, con sus objetivos de exploración y producción. Por supuesto, la relevancia para la filosofía y teoría del derecho fue inmediata, ya que nociones tales como volición, elementos subjetivos de la acción, capacidad de obrar, responsabilidad jurídica, entre muchas otras, se verían afectadas si se daba una revolución en filosofía de la mente que afectase a la teoría jurídica, y ese es, o al menos era, el auspicio<sup>24</sup>.

La más reciente tercera fase está discutiendo la necesidad de regular el uso de la neurotecnología. Aunque son diversas las definiciones de “neurotecnología” que se utilizan en la literatura especializada, suelen subrayar cómo ésta permite el contacto directo entre máquina y cerebro para la obtención y transmisión de datos. Pero más relevante que la novedad así presentada, lo que sí es de interés, y esta es la clave, son los procesos de computación con datos masivos acerca de estructuras dinámicas cerebrales para la obtención, mediante técnicas de aprendizaje profundo, de algoritmos predictivos y clasificatorios. La metáfora apunta ya no solo a *leer* sino a *escribir* en nuestras mentes. Por ello, esta fase reclama una transformación legislativa, del más alto nivel, para protegernos de usos dañinos de la neurotecnología y favorecer su adecuada utilización. Se habla, entonces, de *neuroderechos*, en plural, para referirse a normas, tanto programáticas como jurídicamente vinculantes y a sus contenidos, con las que llevar a cabo esa tarea de salvaguarda y garantía para el uso correcto de la neurotecnología. La idea central es acelerar la gobernanza efectiva de la neurotecnología puntera.

En todos estos años de avistamientos y encuentros cercanos entre el derecho y la investigación neurocientífica, como dije, una exuberante producción de literatura especializada se ha ido incorporando al acervo de la información académica<sup>25</sup>. No han desaparecido el tipo de encuentros en la primera fase, ya que siguen dándose negociaciones y litigios en los que una compañía aseguradora abonará una cantidad que depende del concreto alcance de una lesión medular. Seguirá así el diálogo entre juristas y médicos forenses sobre baremos y protocolos, para alcanzar la comprensión mutua, y se hará utilizando cada nueva neurotecnología disponible. No trataré este tipo de encuentros, precisamente porque la petición hecha implica la integración del conocimiento anatómico y funcional del sistema nervioso en el tratamiento del daño con relevancia jurídica. También se siguen mejorando las prácticas de actuación sobre menores infractores a partir de su estudio cognitivo, precisamente porque el avance neurocientífico confirma el conocimiento fenomenológico. Puesto que, como veremos, las aportaciones neurocientíficas son excelentes para obtener información grupal si cuentan con amplias bases de datos normativos, tiene sentido que integren cambios en políticas públicas que vienen a corroborar información, por ejemplo, de psicología social o criminológica. El encuentro en la segunda fase tiene un enorme atractivo editorial cuando publica libros sobre la mente del asesino, y genera promesas que muchos juristas necesitarían ver cumplidas para la mejora de su trabajo. Pero son los encuentros en la tercera fase los que ahora publicitan cascos de cómoda portabilidad para hacer la compra, calculando el precio final solo con ver los productos en el supermercado, o divulgan cómo se conecta el cerebro de una persona paralizada con un ordenador para que pueda comunicarse. Es la explicación de qué hace posible esas novedades la que está justificando las peticiones de cambio de gobernanza.

<sup>24</sup> Una de las discusiones que se quiere dar por zanjada con la investigación de Deborah Denno, por ejemplo, refiere a lo que se conoce como “la navaja de doble filo”. El uso de la información neurocientífica en el enjuiciamiento de la responsabilidad penal, ¿aumenta los casos de culpabilidad?, ¿disminuye los de inocencia? En el trabajo con 800 casos de entre los años 1992 y 2012, la autora concluye que no se verifica la hipótesis de la navaja de doble filo. Abogados y jueces reclaman el uso de esa información y la utilizan conforme a estándares bien establecidos. Cfr. DENNO 2015.

<sup>25</sup> Contra la que ya se alertaba en MORSE 2011b.

Por ello pasaremos a ver algunos elementos técnicos que han fundamentado la metáfora de leer, a partir de, en efecto, ver el cerebro mejor que nunca.

### 3. Neuroimagen para leer la mente viendo el cerebro

El 26 de noviembre de 1877, el profesor Alexander Outerbridge Jr. escribía una carta al editor del *Popular Science Montly* con el título *How to practice mind-reading*<sup>26</sup>. En ella explicaba la técnica por la que, con los ojos vendados, se podía encontrar un objeto escondido por un desconocido, de entre el público, en una sala. El hábil adivinador, en realidad, no está siendo guiado a través del recinto gracias a, como se le ha dicho al auditorio, leer la mente del incauto participante que ha subido al escenario, sino que está siendo guiado por este, ya que sabe leer los imperceptibles e inconscientes movimientos de su brazo y codo a los que, para evitar tropezar, va asido mientras caminan<sup>27</sup>.

Postular la existencia de movimientos ideo-motores fue la forma de desenmascarar charlatanes en la segunda mitad del siglo XIX<sup>28</sup>. Se adivinaba dónde estaba oculto un objeto sin contar con información previa al respecto, esto es, se podía, por decirlo así, acertar en una predicción, pero no se había leído la mente. Sin embargo, esa parecía ser la promesa que catapultó la segunda fase de la relación entre derecho e investigación neurocientífica y que justificaba la petición de transformación y modernización del anquilosado mundo jurídico. Por supuesto, se dio a conocer sin revestirse de magia o misterio, sino como el resultado del avance científico. Se trataba de la mejora de técnicas de neuroimagen y del uso que estaba dándole a dichas técnicas la neurociencia cognitiva.

De entre las técnicas de neuroimagen<sup>29</sup>, aquella que, por su capacidad de ofrecer información funcional, se consideró en su momento más prometedora para leer la mente, destacó la resonancia magnética funcional (RMf). Las imágenes que ofrece esta técnica, ya muy populares, necesitan ser interpretadas para la adscripción de estados cognitivos, si bien no suele prestarse atención al procedimiento por el que se consensua dicha interpretación. Vale la pena hacer una pequeña descripción, por separado, del mecanismo de producción de imágenes con dicha técnica y de la forma de interpretación de sus resultados. De este modo, podrán entenderse mejor las limitaciones que presenta si se trata de transformar la concepción de nociones jurídicas.

Sabemos bien que para obtener imágenes de RMf es necesario colocarse en una máquina tubular, que en realidad es un potente imán. Las neuronas, como cualquier otra célula del organismo, requieren energía para funcionar. La premisa que subyace a la obtención de imágenes en una RMf es que las neuronas que participan de cierto proceso requieren más energía que las que no lo hacen. Dicha energía procede, básicamente, del oxígeno que las células obtienen de la sangre que circula por los capilares circundantes. El transporte de oxígeno lo lleva a cabo la hemoglobina, de modo que en la zona que se requiere energía aumenta la concentración de hemoglobina oxigenada y disminuye la concentración de hemoglobina sin oxígeno. La molécula de hemoglobina tiene ciertas propiedades magnéticas que varían en función de si está o no oxigenada. Cuando la hemoglobina está oxigenada experimenta una pequeña repulsión ante un campo magnético, y cuando no lo está es atraída por

<sup>26</sup> OUTERBRIDGE 1878.

<sup>27</sup> OUTERBRIDGE (1878, 363) acababa su explicación diciendo que: «Apart of the amusement which these performances invariably afford at a social gathering, the subject of the “ideo-motor movements” is one of the highest physiological interests, and very surprising results may be obtain by a careful study of all the conditions, and an ingenious complication of the experiments».

<sup>28</sup> Vale decir que, desde que CARPENTER hiciese su clasificación de movimientos, no se ha dejado de intentar conocer el alcance práctico de estos. Cfr. CANTERGI, AWASTHI, FRIEDMAN 2021.

<sup>29</sup> Puede encontrarse una descripción accesible de las diferentes técnicas de lo que se conoce como *Neuroimaging* en DOUGHRTY, RAUCH, ROSENBAUM 2004. En ese texto, las explicaciones están pensadas para el uso diagnóstico psiquiátrico, por lo que tienen todo el rigor técnico, pero, a la vez, se asocian a la comprensión de diversas patologías y trastornos, lo que nos hace a los legos más accesible el contenido.

este. Gracias a esa diferencia varía lo que se conoce como tiempo de relajación transversal, que es lo que tarda en desaparecer el efecto magnético transversal en los núcleos de hidrógeno, cuando se apaga un pulso magnético previamente en marcha, el del famoso imán en el que está el sujeto. Cuando una región está activada, el valor del tiempo de relajación es diferente a cuando está en reposo. Es esa señal, que como se ha dicho depende del nivel de oxígeno en sangre (señal BOLD)<sup>30</sup>, la que más se utiliza para la obtención de las imágenes. Esa diferencia se considera un indicador del grado de actividad neuronal. Es importante notar que considerar la actividad neuronal a partir de esa señal constituye una inferencia: más sangre en una región, más actividad neuronal en esa región. Medir actividad neuronal a partir de la señal BOLD no es medir directamente actividad neuronal (PASLEY, INGLIS, FREEMAN 2008).

Pero esta es solo una parte del trayecto que hay que recorrer para conseguir imágenes que puedan luego ser interpretadas, y más tarde, usadas como resultado validado de la investigación científica. Se requiere el desarrollo de experimentos para recoger imágenes que puedan resultar significativas y ser guía de interpretación de otras imágenes<sup>31</sup>. De entrada, hay que establecer qué situación experimental contará como presencia de la función que quiere conocerse, para medir cuán activada está un área del cerebro cuando realiza la función, y qué situación valdrá como su ausencia, para medir cómo está el cerebro en estado de reposo. Pero ocurre que la idea de reposo no es tan clara cuando se trata de un cerebro, por más que la persona “no esté haciendo nada”. No en balde un cerebro que no hace nada es un cerebro muerto. Precisamente lo que, como explicaré más adelante, ha dado pie al estudio de conexiones funcionales, centrales para los encuentros en la tercera fase entre derecho e investigación neurocientífica, es que el cerebro, de modo espontáneo y no llevando a cabo la persona una tarea específica, tiene rutas y patrones de conexión específicos. Si se contrasta cómo está el cerebro cuando no realiza una tarea con cómo está cuando la realiza, poder obtener información sobre el estado de reposo es fundamental<sup>32</sup>. Además, en todo este proceso de obtención de imágenes de manera experimental, es imprescindible eliminar falsas activaciones, así como el ruido -en términos de información- que puede producirse al generarse la imagen. Puesto que la obtención de resultados se hace por agregación de diversas mediciones a diversos sujetos, hay que estandarizar el entorno y contorno de las imágenes con procesos de normalización y suavización para que los vóxeles (píxeles tridimensionales de los que se compone la imagen<sup>33</sup>), tengan la combinación de nitidez y precisión adecuadas. A los vóxeles con significación estadística se les asigna un color determinado, y dicha significación va a depender de cómo se haya realizado esa fase experimental. Se quiere obtener así un mapa estadístico que, superpuesto a una imagen anatómica, permita hacer corresponder el lugar en el cerebro con la activación y desactivación de la función.

Por lo tanto, si resumimos el recorrido para la obtención de la imagen que va a ser interpretada, tenemos que, a partir de propiedades físicas y químicas de ciertas moléculas, que producen propiedades magnéticas, que permiten la variación de señales que pueden detectarse y cuantificarse, se genera una imagen computarizada donde los colores (convencionalmente elegidos) varían en función de su relevancia estadística. Por su parte, la determinación de dicha relevancia proviene de haber construido experimentalmente los parámetros de interpretación con la misma técnica. En el transcurso de tales experimentos, se ha promediado la magnitud de la activación de zonas, en la realización de tareas controladas, para representarla con conjuntos de vóxeles que son ubicados en la

<sup>30</sup> Se conoce como contraste BOLD, por su sigla en inglés de Blood Oxygen Level Dependent.

<sup>31</sup> Precisamente, lo costosa que es la obtención de información mediante RMf está promoviendo el acceso en abierto de conjuntos de datos de neuroimagen (MADAN 2021), en especial aquellos que han devenido en masivos por la vía del análisis dinámico de la conectividad funcional. Las plataformas – como OpenNeuro – que facilitan la localización de datos para ser reutilizados, conminan a cooperar manteniendo estándares compartidos de organización de archivos, para no perder potenciales resultados por dispersión y fragmentación de la información.

<sup>32</sup> LV et al. 2018.

<sup>33</sup> Téngase en cuenta que la señal en el interior de un vóxel de  $4\text{mm}^3$  se promedia a través de ciertas operaciones.

imagen tras un proceso de normalizado y suavizado, es decir, dando como óptimo cierto nivel de ruido y precisión. Pido disculpas por estas descripciones, pero es importante comprender la diferencia entre el “Mind Reading”<sup>34</sup> y el proceso efectivo de interpretación, puesto que las peticiones hechas al derecho en el caso de la lectura de la mente son de extraordinario calado<sup>35</sup>.

#### 4. La falta de datos normativos para el paso del grupo al individuo

Dejando al margen posibles críticas sobre la validez de esta técnica computacional<sup>36</sup>, existen dos problemas que provienen del carácter de promedio estadístico que tiene la imagen con la que se interpreta la obtenida en el caso individual.

Lo que nos interesa, cuando contamos con una imagen de la activación de concretas zonas en un cerebro, es poder decir qué es lo que esa imagen significa o, al menos, que es lo que normalmente significa una imagen así. Por ello, hay que vencer el problema del paso del grupo al individuo<sup>37</sup>, hace falta contar con datos normativos<sup>38</sup>.

He dicho que el parámetro de interpretación de las RMf se obtiene experimentalmente, pero el elevado coste de cada imagen hace que el grupo con el que se construye el modelo sea poco numeroso. En el uso clínico de las técnicas de medición, son los datos normativos los que permiten comparar a un individuo con un grupo de características similares (edad, educación, etc.) y ubicar sus resultados. Por ejemplo, en una evaluación del desarrollo infantil, se puede determinar si respecto a su edad, altura, sexo, origen de los progenitores, etc., el peso de un bebé concreto se encuentra dentro de los parámetros “normales”. Contar con datos normativos supone haber decidido si, por encima, o por debajo de cierta medición, cabe asociar una anomalía. Pues bien, en el caso de una función neurocognitiva también hace falta un estándar de referencia, un umbral a partir del cual decidir aplicar o no cierto tratamiento. Si recordamos la primera fase de la investigación en neuroderecho, encontramos múltiples supuestos. Por ejemplo, es posible decidir si una lesión deportiva (golpes recibidos en la cabeza en encuentros de boxeo) aconseja la retirada del deportista por los riesgos que corre, o si la lesión afectará a corto plazo cierta capacidad cognitiva o emocional, porque se cuenta con los estándares adecuados. Obviamente estos son revisables, pero están corroborados en la práctica clínica.

Si la presentación de las posibilidades, en cierto estado de la técnica, se describen como «Thus, oxygenated blood flows to certain parts of the brain when a subject is lying, which can be contrasted against the scan of a subject’s brain when said subject is at rest or telling the truth» (ZARRILLI 2022, 8)<sup>39</sup>, se está obviando el problema del grupo al individuo. Por ejemplo, imágenes obtenidas, sobre treinta personas a las que se les ha pedido que mientan o digan la verdad sobre un dato objetivo, durante una resonancia magnética funcional mostraron el problema<sup>40</sup>. La actividad

<sup>34</sup> Nótese que en el mejor de los casos «[...] even in the future when technological or methodological hurdles can be overcome, how we mistakenly encode memories in the brain will limit the accuracy of any decoding process» (MURPHY, RISSMAN 2020), es decir, que el límite a la lectura está en la biología del recuerdo y no en la tecnología.

<sup>35</sup> BROWN 2022.

<sup>36</sup> Aunque la RMf se ha considerado una de las técnicas de imagen más precisas y fiables aplicadas al cerebro y goza de gran reputación en las incursiones del neuroderecho, su validez ha sido cuestionada. Una revisión en profundidad de los datos ha revelado malas prácticas y errores de programación en una parte sustancial de la investigación realizada para la consolidación de esta técnica. Existe, es especial, un debate abierto sobre la significatividad estadística de los resultados. Cfr. EKLUND et al. 2019.

<sup>37</sup> FAIGMAN et al. 2016.

<sup>38</sup> O’CONNOR 1990.

<sup>39</sup> ZARRILLI 2022, en el contexto de dar sentido a la noción de “coerción”, especifica que esa tecnología ya ha sido superada y que son otras más precisas las que proveen la lectura; pero, *a fortiori*, si la que no lee a un individuo es presentada con ese nivel de seguridad, una técnica mejor a esta hará que no dudemos de su validez.

<sup>40</sup> BUCKHOLTZ, FAIGMAN 2014.

cerebral de contraste durante las condiciones de “mentir” *versus* “decir la verdad” muestra que, en todos los sujetos, mentir se asocia con una mayor actividad en la corteza prefrontal dorsolateral (DLPFC), en comparación con decir la verdad. Sin embargo, si se examinan los valores de cada uno, se verifica gran variabilidad entre ellas. Mientras que, en efecto, mentir está correlacionado con una mayor actividad de DLPFC en la media, un participante no mostró diferencia en sus valores cuando mentía o decía la verdad y otro mostró mayor actividad cuando estaba diciendo la verdad que cuando mentía. Así que confiar en la actividad de DLPFC para determinar si alguien miente o dice la verdad conduciría a falsos negativos y falsos positivos<sup>41</sup>.

Si tenemos una imagen de lo que se activa “normalmente” cuando se tiene miedo, se miente, o se está nervioso, tenemos una información valiosa, pero que no versa sobre una concreta persona, de la que requerimos conocer su estado, y hacerlo para justificar una decisión que permita o impida aplicar derecho. Podría ser que nuestro interés fuese de subsunción probabilística, de manera que pudiésemos ofrecer diagnósticos y pronósticos perfectamente. Por eso, lo que se aporta para usos en encuentros de la primera fase funciona con mucha más claridad que las pretensiones de cambios conceptuales. Los diagnósticos y pronósticos poblacionales no necesitan de esos cambios conceptuales, o no los pueden producir de forma tan inmediata.

Por ejemplo, si se “fotografía” la acumulación de placas beta amiloides y ovillos neurofibrilares en un concreto cerebro, y se puede correlacionar ese estado cerebral con errores graves en las actividades de la vida cotidiana, es decir con lo que presuponemos cierta conducta, sostener que se ha leído un estado mental, como la pérdida de memoria es algo bien asentado y permite diagnosticar la enfermedad de Alzheimer. De hecho, tenemos dos niveles de explicación igualmente válidos de lo que ocurre. Podemos invocar tanto el estado mental, pérdida de memoria, como el estado cerebral (acumulación de placas beta amiloides y ovillos neurofibrilares), y además de forma precisa, pues se puede medir clínicamente la pérdida de memoria y la acumulación de placas. La neuroimagen ha ayudado a los neurólogos a establecer diagnósticos más acertados, precisamente porque el estado cerebral puede explicar la conducta, distinguiendo al enfermo del despistado y del negligente. Pero eso es distinguir conducta de lo que son acaecimientos. En el caso del Alzheimer, cometer errores graves en las actividades de la vida cotidiana no es algo que se “hace”, sino algo que le “ocurre” a quien está en ese estado cerebral o estado mental. Así que, aunque se trate como conducta, por sus elementos externos, la comprobación de que lo realizado no ha sido voluntario, esto es, al cerciorarnos de que la persona no podía actuar de otro modo, se sustituye el “hace” por el “le pasa”.

Debido a la conciencia sobre esta situación, los expertos en neuroimagen han trabajado, como dije, en la construcción de un mapa cerebral que pase de considerar zonas activas a tener en cuenta conexiones funcionales. Se postula que, de ese modo, la comparación del caso individual con el mapa de conexiones sí podría dar respuestas para el supuesto concreto. En la metodología para la obtención de esta información, se busca qué puntos conectan con qué puntos en el cerebro en estados de reposo y luego, en ciertos estados funcionales. Se elige un nivel de precisión y se construyen modelos de conexión. Existen muchas técnicas para la obtención de mapas de conexión. El problema en esta forma de afinar ha sido que, o se acababa ofreciendo la misma información de la que se disponía, si bien corroborada, o se constataba que la flexibilidad de conexiones es tan grande que cada persona, no solo tiene su propio conectoma, sino que este se utiliza de modos cambiantes según se requiera<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> FAIGMAN, MONAHAN, SLOBOGIN 2014.

<sup>42</sup> Para construcción de modelos basados en el conectoma, con el fin de poder predecir conducta o puntuación en una tarea, hay que tener información sobre qué conexiones particulares están asociadas con qué conducta. En concreto, se realiza la medición para un conjunto de personas para descubrir cuales son las conexiones para ese comportamiento. Cfr. SALEHI et al. 2020. A propósito de tales limitaciones, véase la presentación del profesor de radiología e imagen biomédica, quien dirige la investigación de MRI en la Facultad de Medicina de Yale, Todd

Ante las dificultades para establecer relaciones sólidas entre imágenes que representan estados cerebrales y estados mentales jurídicamente relevantes, como se dijo, los trabajos que asumen el carácter de epifenómeno para los estados mentales, y hablan de leer la mente, parece que exageran. El título de los libros y artículos incluyen el “leer la mente” por decisión de los auténticos lectores de mentes del marketing editorial. Saben que presentarse como: «algunas correlaciones entre imágenes computacionales obtenidas en condiciones controladas de experimentación por agregación probabilística y normalizada, de difícil replicación y de validez limitada, y actitudes e intenciones presupuestas en los estados funcionales que originaron las imágenes», no sería lo suficientemente atractivo como para mantener o aumentar el nivel de ventas, ni el de financiación de las investigaciones.

En otras ocasiones, se populariza un descubrimiento alegando que satisfará una necesidad, cuando esta ya es satisfecha por otras vías.

### 5. *Política criminal con base en la investigación neurocientífica*

La popularidad y el atractivo del campo semántico propio del neuroderecho es indudable. Pero lo que nos interesa son algunas implicaciones de esa popularidad. Ocurre que se refuerza mutuamente aquello que se presenta como muy interesante por novedoso y aquello que se cree novedoso por muy interesante. De ahí a asumir desde políticas para la gestión del delito hasta recomendaciones sobre financiación necesaria va un paso.

Los casos más llamativos, vinculando el conocimiento de los estados y conexiones neuronales con la transformación de conceptos jurídicos, provienen de quienes se llaman escépticos del libre albedrío. Dicho muy rápidamente, sostienen que las neurociencias han probado que el libre albedrío no existe. Por lo visto, creen que al conocer con precisión el cerebro, estados y patrones de conexión, se ha demostrado que allí no hay nada que sea el libre albedrío, por lo que los estados mentales que nos hacen sentir lo contrario son epifenómenos, así que debemos asumirlo y, sobre todo, no errar en cómo asumirlo. La consecuencia principal sería que carece de sentido una práctica como la del castigo retribucionista basado en el demérito de la acción. Dan por sentado que las dificultades para establecer sólidas correlaciones entre estados cerebrales y conducta se superarán en breve, cuando no se han superado ya, y se ocupan de contestar a quienes temen que la inexistencia del libre albedrío nos deje sin poder “aislar” delincuentes. En su argumentación, aunque creen que el escepticismo sobre el libre albedrío, en efecto, supone una amenaza para mantener el retribucionismo como justificación para el encarcelamiento merecido, no creen que lo sea para ofrecer una respuesta al delito violento. Lo interesante es que, desde las primeras incursiones de GREEN, COHEN (2004), pasando por las de EAGLEMAN (2009), hasta la más reciente de Gregg CARUSO (2021)<sup>43</sup>, ofrecen otras (nuevas) maneras de aislar justificadamente a quien comete delitos: aquella que los rehabilita y reintegra. Afortunadamente, las funciones reintegradora y rehabilitadora, en muchos lugares, han sido elegidas como la mejor justificación constitucional a la privación de libertad y a otras penas privativas de derechos. Es tan robusta la dinámica de las prisiones privadas en USA que parece olvidarse que contaron con el uso de criterios mixtos de justificación, hasta que “la guerra contra el crimen” desembocó en la práctica comercial de la “ley y el orden”<sup>44</sup>. No hace falta la neuroimagen

Constable, hecha en el Dartmouth College Center for Cognitive Neuroscience, *Functional Connectivity, Parcellation, and the Assumptions of Brain Mapping* (filmada el 3 de octubre de 2019) (Último acceso: 6/07/2022).

<sup>43</sup> CARUSO 2021.

<sup>44</sup> La cárcel privada se justifica sociológicamente en que sus costes son menores para la ciudadanía y si hay algo caro es la rehabilitación. Por supuesto, existen dichos programas (ahora un caso bastante interesante es el de menores y adolescentes), pero la cuestión de la novedad es dudosa.

más avanzada para tener programas de rehabilitación, aunque sea excelente contar con ella para hacer más efectivos tales programas.

El reciente modelo de G. Caruso es paradigmático en este sentido. Adopta, a partir de la analogía de la cuarentena desarrollada por Derk Pereboom<sup>45</sup>, un modelo que nos propone como más humano que el retribucionista. Su denominado *public health-quarantine model* dice tomar la ética de la salud pública para llevar a cabo programas de intervención. De nuevo aquí, estamos ante un caso de condición innecesaria. Para defender programas de atención y reintegración no ha hecho falta negar ontológicamente el elemento subjetivo del libre albedrío. Ser conscientes de los determinantes de la conducta, factores de riesgo conocidos, en los que sin duda se incluye la condición psicológica, la fisiología y funcionamiento cerebral, ha permitido que dichos programas se utilicen y evalúen, con mejor o peor tino. El trato que el derecho da a quien produce un daño, claro que depende de la noción de naturaleza humana que se tenga, pero las posturas normativas no se establecen en una correspondencia biyectiva biunívoca a partir de tales nociones. Caruso nos dice que así se es más humano, pero es una paradoja que su querer ser más humano solo pueda explicarse por los estados cerebrales que a él le producen dicho deseo. Si sus propios deseos también son epifenómenos, se acabó para siempre la práctica de la argumentación, que es donde se utilizan razones para justificar políticas.

En la misma línea, Eagleman entiende que la famosa pregunta «¿Quién es el culpable, él o su cerebro?» no tiene sentido y que no debería ser una cuestión tratada en juicio. Hasta ahí, nada que objetar. Pero su rechazo, no proviene de querer evitar la falacia mereológica<sup>46</sup>, ya que con vehemencia dice que ya sabemos que la biología es la responsable de lo que hacemos. Por eso nos dice que si llegan a juicio tres personas han llevado a cabo el mismo delito, pero una es un psicópata, otra esquizofrénica y otra adicta a las drogas, no tiene que dictarse la misma sentencia u otorgarse el mismo trato. Algo funciona mal en su cerebro y, visto por la juez, no es cuestión de culpabilidad, sino de qué hacer como tratamiento, ofreciendo nuevas terapias<sup>47</sup>. No han hecho falta avances en neuroimagen para que las personas acusadas de delitos acaben siendo tratadas, en función de ciertas condiciones médicas, mentales, cerebrales, psicológicas o sociales, que el derecho recoge. Los mejores diagnósticos, con las mejores pruebas científicas, son siempre bienvenidos, pero no hace falta ver en ello una revolución jurídica. Para Eagleman, hay que modular las sentencias, rehabilitar e intentar conocer el riesgo de reincidencia o la peligrosidad, como diría también Caruso. La evaluación del riesgo de conducta futura está en el centro de sus actuales investigaciones. Eagleman y sus colegas creen que la capacidad de predicción de los riesgos de reincidencia bajo ciertos modelos<sup>48</sup>, como el que elabora mediante aprendizaje profundo, puede ser tan acertada que justificaría la denegación de permisos o el establecimiento de condenas condicionales u otras formas de salida/permanencia en prisión. Se trata de la defensa de modelo actuarial<sup>49</sup>. Claro que eso depende del acierto en los modelos predictivos y no cabe duda de que la actual investigación de Eagleman abunda en ese sentido. Otra cosa es a quien se le encarga en el Estado de derecho la propuesta, el debate, la decisión y la implementación de las políticas criminales.

<sup>45</sup> Modelo criticado en LEVIN, FARINA, LAVAZZA 2021.

<sup>46</sup> Esta se produce cuando la neurociencia cognitiva «[...] replace the wide range of ordinary psychological explanations of human activities in terms of reasons, intentions, purposes, goals, values, rules and conventions by neurological explanations. And it cannot explain how an animal perceives or thinks by reference to the brain's or some part of the brain's perceiving or thinking» BENNETT, HACKER 2003, 3. A resultas de la confrontación entre quienes acusan a la neurociencia cognitiva de cometer la falacia mereológica, y quienes, estudian las correlaciones entre estados cerebrales y conducta cfr. ROBINS, CRAVER 2009, y SMIT, HACKER 2014.

<sup>47</sup> Cuando se consideran las aportaciones a la política criminal desde esta perspectiva, explicadas de manera sencilla puede comprobarse que para los juristas versados en política criminal no serían tan novedosas.

<sup>48</sup> HAARSMA et al. 2020.

<sup>49</sup> HARCOURT 2007a y HARCOURT 2007b.

## 6. Encuentros en la tercera fase: protegerse de la escritura cerebral

El tercer tipo de encuentros entre el derecho y la investigación neurocientífica se caracteriza por reclamar la regulación<sup>50</sup> del uso de la neurotecnología<sup>51</sup>, que ahora añade, a la metáfora de la *lectura* mental, la *escritura* cerebral. Para avalar dicha petición se sostiene que, al aunarse, por un lado, la existencia de procesos de aprendizaje automático sobre datos masivos referidos a conexiones funcionales y, por otro, la posibilidad de leer y escribir con técnicas no invasivas en el cerebro, es imprescindible limitar el alcance de uso de dicha tecnología. Se habla abiertamente de implantar recuerdos falsos<sup>52</sup>, así que nada puede parecer más sensato. Por su parte, las lecturas críticas sobre este particular discuten acerca de la modalidad jurídica de protección más adecuada<sup>53</sup>. Tenemos que entender algo más de lo que ocurre para que la cuestión tecnológica se situé en el centro de las peticiones en la tercera fase.

En su momento, un modelo biológico de conexiones entre neuronas brindó la posibilidad de producir modelos neuronales artificiales. Estos obtuvieron sus aciertos al simular conducta neuronal y nos han llevado al actual estado de desarrollo de la inteligencia artificial, que encontramos en la vida cotidiana, y que sorprende cada día con posibilidades creativas<sup>54</sup>. Pero, nótese, que ahora el recorrido es de doble vía. Por un lado, son los modelos de aprendizaje neuronal artificiales los que pueden arrojar luz sobre el funcionamiento cerebral, y es el nuevo conocimiento sobre las formas de conexión cerebral el que aporta hipótesis para generar novedades en el aprendizaje automático de la inteligencia artificial.

En esta tercera fase, la neurotecnología relevante, por tanto, viene de haber aunado neurobiología e inteligencia artificial. Dicho de forma sencilla, el proyecto fue que el algoritmo obtenido por la generación de modelos neuronales aprendiera a realizar una tarea (identificación, clasificación) a partir del uso de datos masivos que cumplen ciertas características y, luego, se han utilizado modelos biológicos para restringir y corregir la actuación del aprendizaje automático. Esto es: se mejora el resultado de la IA con modelos neuronales, se aprende algo de la capacidad de adquisición cognitiva de las personas gracias al uso de esa IA, y luego se mejora la IA, ya que los resultados que esta arroja pueden compararse con los que se obtendrían cerebralmente y permiten saber si son coincidentes<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> YUSTE et al. 2017; IENCA, ANDORNO 2017.

<sup>51</sup> La recomendación de 11 de diciembre de 2019 de la OCDE define neurotecnología como «devices and procedures used to access, monitor, investigate, assess, manipulate, and/or emulate the structure and function of the neural systems of natural persons», en Recommendation of the Council on OECD Legal Instruments Responsible Innovation in Neurotechnology, [OECD/LEGAL/0457](#).

<sup>52</sup> En este caso se puede hablar de implantar recuerdos falsos y de eliminar recuerdos existentes, e incluso de cambiar su valor negativo por uno positivo. La técnica de la optogenética lo posibilita. Cfr. ADAMCZYK, ZAWADZKI 2020.

<sup>53</sup> Analizando la necesidad de neuroderechos humanos BORBÓN, BORBÓN, LAVERDE 2020. El mejor trabajo que he podido leer por lo que hace al equilibrio en el tratamiento, su exhaustividad y profundidad, es el de E. MOREU CARBONELL (2021). Con una fuerte crítica a la regulación mediante derechos humanos BUBLITZ «This paper argues that the proposed rights, as individuals and a class, should not be adopted and lobbying on their behalf should stop. The proposal tends to promote rights inflationism, is tainted by neuroexceptionalism and neuroessentialism, and lacks grounding in relevant scholarship. None of the proposed individual rights passes quality criteria debated in the field» (BUBLITZ 2022).

<sup>54</sup> En especial, los programas de creación de imágenes se encuentran en un momento de expansión. Por ejemplo, el Dall E 2 de OpenAI ofrece imágenes producidas tras una sola primera instrucción escrita que exhiben cada vez una mejor alineación del propio sistema de inteligencia general artificial y las intenciones humanas.

<sup>55</sup> A partir de 2014, por ejemplo, las GAN (Generative Adversarial Networks), en las que dos redes neuronales artificiales van entrenándose a la vez. Una genera unos datos a partir de entradas aleatorias y otra recibe muestras tanto de las salidas de esta primera red como del conjunto real con el que se entrena. Esta segunda red tiene que discriminar entre ambas y, cuanto mejor lo hace, mejores tienen que ser los envíos de la primera red. Esa competición entre ambas redes genera resultados excelentes para generación de imágenes y textos.



Es importante ver la diferencia con los casos de neuroimagen antes mencionados. En estos veíamos activaciones neuronales, que tenían que interpretarse, con los problemas de no tener datos normativos y no poder dar el salto interpretativo del grupo al individuo<sup>56</sup>. Además, aunque cada vez se contase con un mayor número de imágenes, por razones metodológicas podían compararse solo respecto de pocas correlaciones<sup>57</sup>. Luego se consideró, no la activación, sino el patrón de conexión, y eso llevaba a una variabilidad entre individuos que impedía la construcción de mapas útiles para la predicción. Pues bien, si esos patrones espacio-temporales dinámicos, esto es, qué se conecta con qué, por qué vía, durante cuánto tiempo, haciendo qué, se integran sobre una base de datos masivos obtenidos por la colaboración entre laboratorios con diversas metodologías<sup>58</sup>, que se ponen a operar en un entorno de aprendizaje automatizado cooperativo<sup>59</sup>, el resultado por supuesto tiene un impacto extraordinario<sup>60</sup>. Y, además, lo tiene, no solo para el conocimiento de las funciones cognitivas que se estudien, sino para el propio perfeccionamiento del método de obtención. Ya no se trata de computación de la imagen para obtener neuroimágenes, sino de la computación sobre neuroimágenes analizadas para obtener algoritmos predictivos, que se pueden autovalidar. Tales algoritmos, resultantes del aprendizaje automatizado, pueden ser opacos para el investigador, pero, aun así, dar por verificada la presencia de una función cognitiva. El problema no sería tanto, que también, que la determinación de qué ha hecho alguien se acabe dejando a la máquina. Eso no es problemático si el supuesto tiene corroboración por otras vías, como ocurre en los encuentros en la primera fase, en los que cada mejora para ver el cerebro puede obtener validación si se corrobora con el diagnóstico psicológico o conductual. Lo importante es que los casos que en otro contexto contarían como discutibles o indeterminados, dejen de ser discutidos o no lleguen ni a serlo. Por esa misma razón, para modalidades como la detección de mentiras resulta más prometedor el modelo del reconocimiento externo (facial y/o corporal), junto con la provisión de información de usuario conectado a lo largo del tiempo a distintos dispositivos en línea, que el del registro de imágenes intracraneales. Dicho de otro modo, lo que consigue el aprendizaje automático con datos intracraneales lo está consiguiendo más fácilmente sobre otro tipo de datos que generamos de continuo y cuya autorización de uso otorgamos cada vez que utilizamos los múltiples sensores de nuestros dispositivos.

Pero lo que la tercera fase pone por delante, como problema, es la intervención con las tecnologías no invasivas y con el uso de enorme potencia computacional para intervenir y modificar el cerebro. Esa es la razón por la que se postulan los llamados “neuroderechos”. Se trata del derecho a la privacidad mental, a la identidad personal, al libre albedrío de pensamiento, al acceso equitativo a las tecnologías que aumenten las capacidades humanas y a la protección contra sesgos y discriminación. El listado<sup>61</sup>, de *lege ferenda*, se auspicia para proteger a las personas de incursiones cerebrales en las

<sup>56</sup> Además de la relevancia del tamaño de la muestra para los resultados. A propósito de un caso de estudio sobre neuromarketing Cfr. VOZZI et al. 2021.

<sup>57</sup> Contrariamente a lo que se cree, se comprobó que contar con algunos datos de muchos más individuos brindaba relativamente pocos beneficios, comparado con un muestreo extenso (aquel en el que se obtienen muchos detalles y más horas de estudio) de un número limitado de personas. Este supuesto es más productivo para obtener principios generales. NASELARIS, ALLEN, KAY 2021.

<sup>58</sup> Los datos se necesitan para validar nuevas mediciones, ya sean sobre estructura cerebral, conectividad o sobre activaciones relacionadas con ciertas tareas. El cuadro de acumulación en curso para la cooperación en este [enlace](#), presentado en MADAN 2021.

<sup>59</sup> Como ocurre en el caso de FAIR (FAIR Data - Findable, Accessible, Interoperable, and Reusable), se proponen buenas prácticas para el uso cooperativo de los datos, metadatos y algoritmos. Se prefieren, en este ámbito de cooperación, estándares de trabajo compatibles para evitar un equivalente a lo que pasa con los muchos tipos de enchufes: sería mejor un solo tipo de enchufe, aunque no cuente con las mejores funcionalidades en todos sus aspectos, a cinco tipos perfectos en alguna funcionalidad pero que resultan incompatibles.

<sup>60</sup> Los supuestos de detección precoz y de pronósticos clínicos para los que la técnica es muy eficiente están más que verificados. La cuestión por venir está directamente relacionada con la adscripción cognitiva.

<sup>61</sup> Alojado como [texto programático](#) en la Universidad de Columbia, se encuentra el elenco propuesto por la *NeuroRights Initiative* (2021): The Five Ethical NeuroRights.

que participan las neurotecnologías. Se exigen para vigilar el acceso a, y el uso de, información cerebral obtenida con nuevas tecnologías (lectores, tanto intracraneales como cascos externos) cuando esta es procesada con aprendizaje automático de inteligencia artificial.

Aunque diría que la idea de proteger neuroderechos se ha usado de buena fe<sup>62</sup>, tal como ha ocurrido en Chile con su reforma constitucional y su proyecto de ley<sup>63</sup>, también participa en la competición de posicionamiento tecnológico con China y Europa<sup>64</sup>. En estos momentos, no está del todo claro si el beneficio de implementar neuroderechos sería la protección efectiva de derechos fundamentales, o, más bien, dificultar cierta competencia empresarial, precisamente porque el lobby que los defiende con ahínco propone, casi como única opción de protección, la existencia de nuevos derechos humanos.

Vale decir que, en los debates para tomar decisiones sobre la regulación de las nuevas neurotecnologías, cabe considerar tres materias distintas, si atendemos al propio desarrollo del marco normativo. Una es la neurotecnología tal y como se contempla en la tercera fase de la relación entre derecho e investigación neurocientífica, otra la inteligencia artificial propiamente, y una tercera, la específica noción de datos. Como ocurrió en la primera fase de la relación aquí examinada, se vuelve a hablar de comunicación entre juristas y expertos en neurotecnología, en este caso incluyendo desarrolladores de software, para proveer una regulación eficaz.

Cada uno de esos tres ámbitos se ha ido desarrollando de manera independiente y, normativamente, se ha trabajado en especial en la protección de datos, ámbito en el cual se ha regulado para salvaguarda de la privacidad y la intimidad, así como para evitar la discriminación<sup>65</sup>. Se ha comprobado que la técnica de regulación en la que se establecen obligaciones y prohibiciones, más o menos precisas, no es la más adecuada ante rápidas transformaciones tecnológicas<sup>66</sup>. De ahí la defensa, ya con más de una década de elaboración, de la regulación por diseño<sup>67</sup>.

Es importante comparar la propuesta de regulación vía el mecanismo de derechos humanos o fundamentales con la regulación desde el diseño. El aparente valor jerárquico, o generalizado, internacional de una ampliación de derechos humanos, hablando incluso de derechos humanos de una nueva generación, no es precisamente una vía eficaz de regulación. No creo que se trate de darse un tiro en el pie (MOREU CARBONELL 2021, 150), sino de pedir con fuerza un tipo de control<sup>68</sup> para evitar otro que restrinja las propias actividades de los solicitantes. Que se requiera la obtención de autorización para el uso de datos cerebrales parece ser una forma de protección contra el mal uso que, a la vez, permite que la investigación revierta en la mejora de la salud pública. Pero también, es una garantía para la obtención de datos que necesitan investigadores e inversores de la industria del sector<sup>69</sup>. Así que las vías que nos reclaman una buena técnica legislativa y una calidad normativa razonables parecen ser otras:

<sup>62</sup> Cfr. El encuentro [Neuroderechos en Chile](#).

<sup>63</sup> Véase la [tramitación del proyecto de Ley](#) sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías.

<sup>64</sup> Para un examen de las opciones internacionales al respecto puede verse la página de la [International Brain Initiative](#). Quizá resulte algo confundente que entre los logos incluidos bajo la leyenda: «The International Brain Initiative is represented by some of the world's major brain research projects», el de China resulte ser un enlace a una noticia, y no a un proyecto (última consulta 10/10/2022).

<sup>65</sup> MOREU CARBONELL 2021.

<sup>66</sup> HOFFMANN-RIEM 2020.

<sup>67</sup> BUCHHOLTZ 2020.

<sup>68</sup> Se ha obtenido la aprobación de la decisión A/HRC/51 L3. En tanto que Observación General, solicita, en sustancia al «[...] Advisory Committee of the Human Rights Council to prepare a study, in an accessible format including easy-to-read version, on the impacts, opportunities, and challenges of neurotechnology with regard to the promotion and protection of all human rights». Se han presupuestado 6400 dólares para el presupuesto de 2024.

<sup>69</sup> Para conocer el estado de la industria neurotecnológica pueden consultarse los informes de [Neurotech Analytics](#) (filial del Deep Knowledge Group).

«What is needed are [...] normative arrangements which wittily balance a wide range of competing interests, with foresight and under conditions of uncertainty, generating fair, meaningful and operationalizable rules in a variety of domains [...] arguments about substantive questions such as balancing governmental interests in law enforcement with individual privacy, rather than the declaration of novel yet empty legal shells»<sup>70</sup>.

No tenemos que olvidar tampoco algunas consideraciones contextuales que nos mantienen en este tipo de debates. La primera es el modelo académico de evaluación, tanto individual como colectivo. Es una constante el reclamo por la financiación, y también por conseguir marcos regulativos que no restrinjan ciertas formas de experimentación. La segunda, el sistema de financiación privada y pública de la investigación y el modelo de inversión en un mercado emergente y acelerado en el que compiten las empresas neurotecnológicas; y, en tercer lugar, las carreras por posicionarse geoestratégicamente entre Estados que generan alianzas y exclusiones. Con este trasfondo, resulta conveniente pasar a proyectos globales que generen datos masivos y que ofrezcan ventajas competitivas. Si se llega a contar con el ofrecimiento voluntario de datos médicos cerebrales, bajo la pretensión de tener mejor protección, lo que involuntariamente se puede estar haciendo es participar en una competición que salvaguarde unos intereses en detrimento de otros<sup>71</sup>.

Dirimir el ámbito material, la jerarquía o la validez territorial de las normas que resultarán más adecuadas requiere que se conozca el alcance del problema que se desea solucionar, pero en este momento el relato sobre el presente y el futuro de los avances se está construyendo. Por ejemplo, en la Unión Europea no parece recogerse la petición de la *Brain Initiative*, que goza, en general, de mucha mayor difusión y buen predicamento.

En octubre de 2021, el parlamentario del Grupo Europeo Reformista Conservador Emmanouil Fragkos (ECR) dirigió una pregunta escrita<sup>72</sup> a la Comisión acerca de la legislación contra la manipulación del cerebro humano mediante la neurociencia. En su presentación, este parlamentario asume el estado de cosas que el discurso sobre los neuroderechos da por sentado, es decir, que ya se han implantado falsos recuerdos en ratones, que el avance de la implantación en humanos es inminente, que las técnicas ayudarán a curar el Parkinson o el Alzheimer, pero que la industria puede usarlas incorrectamente, y que otros entornos ya se están preocupando de abordar el asunto. La respuesta<sup>73</sup> de la Comisión, emitida a finales de ese mismo año por el Comisario de Justicia Sr. Didier Reynders, rechaza la necesidad de nuevas actuaciones expertas o normativa ulterior dada la, en su opinión, suficiente protección ya existente<sup>74</sup>. Entiende el Comisario que el desarrollo de la investigación neurocientífica a través del programa *Horizon Europe* ya exige el cumplimiento tanto de principios éticos como de legislación nacional e internacional, así como también de la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea, por lo que las exigencias y salvaguardas ya son lo suficientemente estrictas.

El atractivo que tiene la lectura de las preguntas y respuestas en el Parlamento Europeo, y el impacto de su difusión, no pueden compararse con la presentación en el Festival Internacional

<sup>70</sup> BUBLITZ 2022, 12.

<sup>71</sup> La idea de aunar esfuerzos en grandes proyectos se ha comparado con el caso del Proyecto Genoma Humano, para tranquilizar a quien piense que las decisiones de financiación al respecto constituyen un juego de suma cero que acabará perjudicando a quien se queda fuera del reparto. Cfr. KANDEL et al. 2013.

<sup>72</sup> La pregunta se registró como *Legislation against the manipulation of the human brain through neuroscience*. Cfr. Texto completo de la [pregunta escrita](#).

<sup>73</sup> Cfr. la [respuesta](#) completa emitida el 21 de diciembre de 2021.

<sup>74</sup> *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, of 27 April 2016, on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*, OJ L 119, 4.5.2016, 1, y a [Horizon Europe](#).

de cine de Toronto del documental *Theatre of Thought*<sup>75</sup>, en el que el director Werner Herzog, contando con la colaboración, entre muchos otros participantes, del neurocientífico Rafael Yuste, defiende la necesidad de protegernos mediante derechos humanos ante la posibilidad de que la neurotecnología escriba en nuestra mente y transforme nuestra identidad sin permiso.

<sup>75</sup> El primer pase a la prensa se hizo el 9 de septiembre de 2022 en Toronto. Este año fue presentado en el Brainfilm Festival de la Fundació Pasqual Maragall de Barcelona en fecha 17 de marzo 2023. No está disponible bajo demanda por el momento (12 de junio de 2023). Para un tráiler oficial véase este [enlace](#). Para una actualización de los datos en la propia página del festival puede consultarse el siguiente [enlace](#).

## Referencias bibliográficas

- ADAMCZYK A.K., ZAWADZKI P. 2020. *The Memory-Modifying Potential of Optogenetics and the Need for Neuroethics*, en «Nanoethics», 14, 2020, 207 ss.
- BENNETT M.R., HACKER P.M. S. 2003. *Philosophical Foundations of Neuroscience*, Blackwell.
- BICKLE J. 2003. *Philosophy of Neuroscience. A Ruthlessly Reductive Account*, Springer Science.
- BICKLE J. 2005. *Precis of Philosophy and Neuroscience: A Ruthlessly Reductive Account*, en «Phenomenology and the Cognitive Sciences», 4, 2005, 231 ss.
- BORBÓN D., BORBÓN L., LAVERDE J. 2020. *Análisis crítico de los NeuroDerechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejora*, en «Ius et Scientia», 2020, 135 ss.
- BROWN T.R. 2022. *Demystifying Mindreading for the Law*, en «Wisconsin Law Review Forward», University of Utah College of Law Research Paper, 499, 2022, 1 ss.
- BUBLITZ J.C. 2022. *Novel Neurorights: From Nonsense to Substance*, en «Neuroethics», 15, 2022, 7 ss.
- BUCHHOLTZ G. 2020. *Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law*, en WISCHMEYER T., RADEMACHER T. (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer, 175 ss.
- BUCKHOLTZ J.W., FAIGMAN D.L. 2014. *Promises, Promises for Neuroscience and Law*, en «Current Biology», 24, 18, 2014, 861 ss.
- CANTERGI D., AWASTHI B., FRIEDMAN J. 2021. *Moving Objects by Imagination? Amount of Finger Movement and Pendulum Length Determine Success in the Chevreul Pendulum Illusion*, en «Human Movement Science», 80, 102879, 2021.
- CARUSO G. 2021. *Rejecting Retributivism: Free Will, Punishment, and Criminal Justice*, Cambridge University Press.
- DENNO D.W. 2015. *The Myth of the Double-Edged Sword: An Empirical Study of Neuroscience Evidence in Criminal Cases*, en «Boston College Law Review», 56, 2015, 493 ss.
- DOUGHERTY D.D., RAUCH S.L., ROSENBAUM J.L. 2004. *Essentials of Neuroimaging for Clinical Practice*, American Psychiatric Publishing.
- EKLUND A., NICHOLS T., KNUTSSON H. 2019. *Cluster Failure Revisited: Impact of First Level Design and Physiological Noise on Cluster False Positive Rates*, en «Human Brain Mapping», 40, 7, 2019, 2017 ss.
- EKLUND A., NICHOLS T., KNUTSSON H. 2016. *Cluster Failure: Why fMRI Inferences for Spatial Extent Have Inflated False Positive Rates*, en «Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America», 113, 2016, 7900 ss.
- FAIGMAN D.L., MONAHAN J., SLOBOGIN C. 2014. *Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony*, en «University Chicago Law Rev.», 81, 2, 2014, 417 ss.
- FAIGMAN D.L. et al. 2016. *G2i Knowledge Brief: A Knowledge Brief of the MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience* (December 6, 2016).
- FARAHANY N.A. 2021. *NeuroLaw: A Conversation with Nita Farahany*, Open Agenda Publishing.
- GARLAN B. 2004. *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and the Scales of Justice*, DANA, AAAS.
- GREELY H.T., FARAHANY N.A. 2019. *Neuroscience and the Criminal Justice System*, en «Annual Review of Criminology», 2, 1, 2019, 451 ss.
- GREENE J., COHEN J. 2004. *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, en «Philosophical Transactions of the Royal Society of London», Series B, Biological Sciences, 359, 1451, 2004, 1775 ss.

- HAARSMAN G., DAVENPORT S., WHITE D.C., ORMACHEA P.A., SHEENA E., EAGLEMAN D.M. 2020. *Assessing Risk Among Correctional Community Probation Populations: Predicting Reoffense with Mobile Neurocognitive Assessment Software*, en «Frontiers in Psychology», 10, 2020.
- HARCOURT B.E. 2007a. *Against Prediction*, University of Chicago Press.
- HARCOURT B.E. 2007b. *Sulla svolta attuariale in criminologia*, en «Conflitti Globali», 5, 2007, 87 ss.
- HOFFMANN-RIEM W. 2020. *Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation*, en WISCHMEYER T., RADEMACHER T. (eds.). *Regulating Artificial Intelligence*, Springer, 175 ss.
- IENCA M., ANDORNO R. 2017. *Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, en «Life Sciences, Society and Policy», 13, 5, 2017.
- JONES O. D., SCHALL J. D., SHEN F. X. 2014. *Law & Neuroscience*, Wolters Kluwer Law & Business.
- KANDEL E.R., MARKRAM H., MATTHEWS P.M., YUSTE R., KOCK, C. 2013. *Neuroscience Thinks Big (and Collaboratively)*, en «Nature Review Neuroscience», 14, 2013, 659 ss.
- LEVIN S., FARINA M., LAVAZZA A. 2021. *Dealing with Criminal Behavior: the Inaccuracy of the Quarantine Analogy*, en «Criminal Law, Philosophy», 17, 2021, 135 ss.
- LV H., WANG Z., TONG E., WILLIAMS L.M., ZAHARCHUK G., ZEINEH M., GOLDSTEIN-PIEKARSKI A.N., BALL T.M., LIAO C., WINTERMARK M. 2018. *Resting-State Functional MRI: Everything that Nonexperts Have Always Wanted to Know*, en «American Journal of Neuroradiology», 38, 8, 2018, 1390 ss.
- MADAN C.R. 2021. *Scan Once, Analyse Many: Using Large Open-Access Neuroimaging Datasets to Understand the Brain*, en «Neuroinformatics», 20, 2021, 109 ss.
- MASON P. 2017. *Medical Neurobiology*, Oxford University Press.
- MOREU CARBONELL E. 2021. *The Regulation of Neuro-Rights*, en «European Review of Digital Administration & Law», 2, 2, 2021, 149 ss.
- MORSE S. J. 2011a. *Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience*, en FREEMAN M. (ed.), *Law and Neuroscience: Current Legal Issues*, vol. 13, Oxford University Press, 529 ss.
- MORSE S. J. 2011b. *Avoiding Irrational Neurolaw Exuberance: A Plea for Modesty*, en «Mercer Law Review», 62, 2011, 837 ss.
- MUÑOZ J.M. 2019. *Chile—Right to Free Will Needs Definition*, «Nature», 574, 7780, 2019, 634 ss.
- MURPHY E.R.D., RISSMAN J. 2020. *Evidence of Memory from Brain Data*, en «Journal of Law and the Biosciences», 7, 1, 2020, Isaa078.
- MURRAY B. 1972. *Reopening the Question: The UFO Experience. A Scientific Inquiry*. J. Allen Hynek. Regnery, Chicago, en «Science», 177, 4050, 1972, 688 ss.
- NARVÁEZ MORA M. 2019. *How Law and Neuroscience Became a New Field of Study*, en «Bioethics Update», 5, 2019, 75 ss.
- NARVÁEZ MORA M. 2022. *La ilusión neurojurídica: ideas populares sobre mente y neuroimagen*, en SCHAUER F., GONZÁLEZ LAGIER D., SHEN F.X., NARVÁEZ MORA M., JULIÀ-PIJOAN M., BALBUENA PÉREZ D.E., VENTURA MONTROYA M., MADRID RAMÍREZ R., INFANTES CHÁVEZ A., SHINA F.E. (eds.), *Neurociencia y Derecho: aspectos contemporáneos*, Yachay Legal, 91 ss.
- NASERALIS T., ALLEN E., KAY. K. 2021. *Extensive Sampling for Complete Models of Individual Brains*, en «Current Opinion in Behavioral Sciences», 40, 2021, 45 ss.
- O'CONNOR P.J. 1990. *Normative Data: their Definition, Interpretation, and Importance for Primary Care Physicians*, en «Fam Med.», 22, 4, 1990, 307 ss.

- OUTERBRIDGE Jr. A. 1878. *How to Practice Mind-reading*, en «The Popular Science Monthly», 1878, 362 ss.
- POEPEL D., MAGNUM G., GAZZANIGA M.S. (eds.) 2020. *Cognitive Neuroscience*, MIT Press.
- RAMÓN Y CAJAL S.F. 1954. *Neuron Theory or Reticular Theory: Objective Evidence of the Anatomical Unity of Nerve Cells*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (traducción de Purkiss M.U. Fox C.A.).
- ROBINS S.K., CRAVER C.F. 2009. *No Nonsense Neuro-law*, en «Neuroethics», 2009, 195 ss.
- SALEHI M., GREENE A.S., KARBASI A., SHEN X., SCHEINOST D., CONSTABLE R.T. 2020. *There is no Single Functional Atlas even for a Single Individual: Functional Parcel Definitions Change with Task*, en «NeuroImage», 208, 116366, 2020.
- SHEN F.X. 2016. *The Overlooked History of Neurolaw*, en «Fordham Law Review», 84, 2016, 667 ss.
- SHEN F.X. 2022. *Neuroderecho 2.0*, en SCHAUER F., GONZÁLEZ LAGIER D., SHEN F.X., NARVÁEZ MORA M., JULIÀ-PIJOAN M., BALBUENA PÉREZ D.E., VENTURA MONTOYA M., MADRID RAMÍREZ R., INFANTES CHÁVEZ A., SHINA F.E. (eds.), *Neurociencia y Derecho: aspectos contemporáneos*, Yachay Legal, 9 ss.
- SMIT H., HACKER P.M.S. 2014. *Seven Misconceptions About the Mereological Fallacy: A Compilation for the Perplexed*, en «Erkenntnis», 79, 2014, 1077 ss.
- SPRANGER T.M. (ed.) 2012. *International Neurolaw. A Comparative Analysis*, Springer.
- TAYLOR J.S. 1995. *New Concepts Neurolaw: Towards a new Medical Jurisprudence*, en «Brain Injury», 9, 7, 1995, 745 ss.
- TOVINO S. A. 2008. *The Impact of Neuroscience on Health Law*, en «Neuroethics», 1, 2008, 101 ss.
- VOZZI A., RONCA V., ARICÒ P., BORGHINI G., SCIARAFFA N., CHERUBINO P., TRETTEL A., BABILONI F., DI FLUMERI G. 2021. *The Sample Size Matters: To What Extent the Participant Reduction Affects the Outcomes of a Neuroscientific Research. A Case-Study in Neuromarketing Field*, en «Sensors», 21, 18, 6088, 2021.
- YUSTE R., GOERING S., AGÜERA Y ARCAS B. et al. 2017. *Four Ethical Priorities for Neurotechnologies and AI*, en «Nature», 551, 2017, 159 ss.
- ZARRILLI J. 2022. *Paving the Way for Mindreading: Re-Interpreting “Coercion” in Article 17 of the Third Geneva Convention*, en «Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy», 17, 2022, 211 ss.
- ZASLER N.D. 1995. *Recent Developments*, en «The Neurolaw Letter. A monthly HDI publication for Legal and Health Professionals», 9, 8, 47, 1995.
- ZEKI S., GOODENOUGH O. 2006. *Law and the Brain*, Oxford University Press.





# DISCUSSIONI

Discussione su J. Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*  
(Giappichelli, 2020)

a cura di FRANCESCO MANCUSO e VALERIA GIORDANO



# Introduzione

La contentezza di aver proposto e organizzato per *Diritto & Questioni pubbliche* un forum di discussione intorno al bellissimo libro di Javier Ansuátegui, collega e amico con cui da tempo intrecciamo dialoghi fecondi, si accompagna al profondo dispiacere per la scomparsa di Maurizio Fioravanti, avvenuta un anno fa.

Fioravanti, nello stile dialogico e aperto proprio della Scuola Fiorentina di cui era illustrissimo protagonista, aderì con entusiasmo al progetto che oggi vede finalmente la luce, donandoci quello che forse è uno dei suoi ultimi scritti. Per tutti noi i suoi testi sono stati non solo una fonte di primaria importanza per inquadrare il costituzionalismo come un fenomeno storicamente, culturalmente e geograficamente connotato, ma anche una ineguagliata analisi dei modelli costituzionalistici a partire dalla *Grande Révolution*, dei concetti che innervano la figura dello Stato costituzionale nelle sue evoluzioni (e nelle sue regressioni), dell'essere la Costituzione un principio di unità politica e al tempo stesso il baluardo supremo delle libertà e dei diritti.

In tempi in cui si assiste a una distorsione profonda del senso delle parole del costituzionalismo, la lucidità, la profondità, l'onestà intellettuale e la passione democratica delle analisi di Fioravanti rimarranno come preziosa stella polare.

FRANCESCO MANCUSO



# LA DUPLICE VOCAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

MAURIZIO **FIORAVANTI**



## La duplice vocazione del costituzionalismo

### The Double Calling of Constitutionalism

MAURIZIO FIORAVANTI

Professore emerito di Storia del Diritto Medievale e Moderno, Università degli studi di Firenze.  
(1952–2022)

#### ABSTRACT

L'autore ripercorre l'evoluzione storica dei sistemi di garanzia dei diritti degli stati moderni sino a giungere all'analisi del concetto di "Stato costituzionale". Il nucleo centrale del ragionamento è costituito dal bilanciamento tra il principio di solidarietà e il principio di autonomia (paragonati ai due fuochi di una ellisse). Attraverso una sintetica analisi comparatistica l'autore, inoltre, descrive l'approdo allo Stato costituzionale quale sistema più efficace di garanzia dei diritti.

The author traces the historical evolution of the rights guarantee systems of modern states to arrive at the analysis of the concept of the "Constitutional State". The core of the argument is the balancing between the principle of solidarity and the principle of autonomy (compared to the two foci of an ellipse). Through a concise comparative analysis, the author also describes the Constitutional State as the most effective system for guaranteeing rights.

#### KEYWORDS

costituzionalismo, stato costituzionale, diritti, solidarietà, autonomia  
constitutionalism, constitutional state, rights, solidarity, autonomy

# La duplice vocazione del costituzionalismo

MAURIZIO FIORAVANTI

Il volume di Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, raccoglie saggi pensati e realizzati dall'Autore negli ultimi quindici anni. Come recita il sottotitolo, si tratta di reperire nella esperienza giuridica contemporanea i “frammenti” di un “modello giuridico”; mentre nel titolo stesso del volume vengono indicati quei “frammenti” sui quali è comunque necessaria un'opera di carattere ricostruttivo: “norme”, “giudici”, e “Stato costituzionale”.

Ma perché parlare di “frammenti”? Se mi concedete ancora un passo avanti interno alla logica della metafora, potrei rispondere, nel modo più semplice: perché vi è stata una esplosione che ha danneggiato funzioni essenziali del “modello giuridico”, lasciando sul campo per l'appunto quei “frammenti” che la scienza giuridica è chiamata a reperire ed a riorganizzare. Ma di quale scienza giuridica stiamo parlando?

Direi di quella parte della scienza che ha a che fare con un approccio di carattere critico e problematico, che s'interroga sulle motivazioni di fondo della convivenza civile, soprattutto muovendo dalla idea e dalla convinzione che questo non può più essere un periodo storico – come ebbe a dire un giurista tedesco del diciannovesimo secolo – di «tranquillo ed ordinato sviluppo della scienza»: simili confortanti pensieri sono puntualmente smentiti dalla realtà effettuale del Novecento che proponeva, già a partire dagli anni Venti, imponenti trasformazioni, che dal punto di vista giuspubblicistico significavano ricerca di nuovi approdi per la scienza del diritto pubblico, comprensivo di costituzionale ed amministrativo, di libertà fondamentali e di forme di governo, con una presenza permanente del “Diritto pubblico generale”, e dunque delle dottrine sulle quali si era costruita in Europa la figura dello Stato di diritto europeo-continentale<sup>1</sup>.

Tale figura trovò la sua codificazione nella dottrina generale dello Stato di Georg Jellinek, per noi doppiamente rilevante, perché Vittorio Emanuele Orlando, fondatore in Italia della Scuola nazionale del diritto pubblico a partire dagli anni Ottanta del diciannovesimo secolo, volle vedere proprio nella dottrina generale dello Stato del giurista tedesco – delle cui principali opere promosse la traduzione in italiano – il fondamento teorico dello *Stato di diritto* dell'Europa continentale, ed in definitiva il carattere di fondo dello stesso liberalismo, così come si era realizzato nella dimensione degli Stati nazionali sovrani che dominarono l'Europa fino a metà del secolo scorso.

Non me ne vorranno i Colleghi se sto per propinare loro ancora una volta una celebre pagina di Georg Jellinek, alla quale non so rinunciare a causa della sua esemplare chiarezza nel comunicare al lettore odierno cosa fosse – o definitivamente sia stato – lo Stato di diritto del diciannovesimo secolo. Ecco il breve testo:

«La Costituzione dello Stato comprende i principi giuridici in cui è contenuta la determinazione di quali siano gli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e la sfera della loro azione, e infine la posizione fondamentale del singolo di fronte al potere dello Stato».

Il testo è del 1914, che è la data della terza edizione della *Allgemeine Staatslehre*, e funziona in modo eccellente per definire che cosa è “Costituzione” dal punto di vista del positivismo giuridico che aveva dominato tutto il secolo precedente<sup>2</sup>. Ecco i caratteri di quel positivismo che, applicati al diritto pubblico, danno il seguente esito:

<sup>1</sup> Per una rilettura delle questioni del metodo sollevate tra Otto e Novecento cfr. CORTESE, CARUSO, ROSSI 2020 (con un mio intervento conclusivo).

<sup>2</sup> JELLINEK 1914, 506.

1. La Costituzione è “dello Stato”, nel senso che il secondo precede la prima: non c’è alcuna Costituzione senza Stato, mentre non è così netta e chiara la proposizione inversa, che può proporre una situazione certamente non desiderabile, ma possibile, di uno Stato che è pura autorità, libero dalla osservanza di ogni limite, e dunque per l’appunto senza Costituzione.
2. La Costituzione si occupa esclusivamente di “organi supremi dello Stato”, e dunque, in termini più attuali, della forma di governo, ed i cittadini valgono solo in quanto partecipano al “modo della loro formazione”, attraverso il momento elettorale, in modo tale che anche i cittadini elettori esercitando il loro diritto di voto svolgono anch’essi una funzione pubblica.
3. I diritti di libertà derivanti dalla prima radice del costituzionalismo, che vuole – soprattutto nella tradizione *british* – che essi siano rappresentati nel senso della loro inviolabilità, all’interno di una sfera autonoma, in cui l’individuo opera in libertà assoluta, non sono concepibili in tal senso, in quanto le libertà fondamentali sono possibili, ed anche necessarie, nel sistema storico dello Stato di diritto europeo-continentale, ma sulla base della legge dello Stato, del diritto pubblico statale, e non certamente del diritto naturale individuale, o della idea della anteriorità dei diritti della persona.

Da tutti questi punti consegue la celebre soluzione di Jellinek, che rappresentò per lungo tempo la base necessaria per poter discutere dei diritti individuali. Mi riferisco alla auto-limitazione, o anche auto-obbligazione, dello Stato sovrano, che attraverso atti specificamente diretti a limitare la propria sovranità fondava i diritti pubblici soggettivi dei cittadini. L’esito conclusivo non poteva essere altro che questo, che faceva salva la sovranità dello Stato insieme ai diritti, ma il prezzo pagato fu altissimo, perché quei diritti erano salvi solo formalmente, mentre nella sostanza non vi era alcun limite all’esplicarsi della volontà sovrana dello Stato. Quest’ultima infatti era sovrana sia nel momento in cui fondava i diritti restringendo il suo campo, sia nel momento in cui tornava ad occupare in pieno quel medesimo campo riprendendo ad espandersi su una serie di oggetti prima lasciati alla libera considerazione degli individui e dei privati.

Il punto decisivo rimaneva dunque quello della anteriorità dei diritti. Si sviluppò a questo proposito un dibattito acceso alla Costituente, che tra gli altri vide protagonisti La Pira e Togliatti<sup>3</sup>. Ce ne occupiamo brevemente, ed in modo del tutto strumentale, solo per acquisire un ulteriore punto di vista sulla nostra problematica complessiva. I due, per vie del tutto diverse, ritenevano che i diritti fondamentali della persona dovessero precedere le leggi dello Stato, in modo che le seconde non avessero neppure la tentazione di ledere i primi.

È da un ragionamento siffatto che si pongono le prime fondamenta del controllo di costituzionalità. Non vogliamo però soffermarci su questo aspetto, anche perché democristiani e comunisti erano sicuramente d’accordo sul punto della anteriorità, ma in essa ravvisavano poi caratteri, e soprattutto conseguenze, anche molto diverse. Basti pensare alla Corte costituzionale, fino all’ultimo avversata dai comunisti. Nel loro caso, l’anteriorità dei diritti aveva infatti un significato eminentemente politico, coincideva cioè con il primato della politica che si stava traducendo nella legislazione sociale ispirata da una rinnovata concezione del principio di uguaglianza. Ma se questa era l’origine dei diritti, tutta sul piano storico-politico, non erano certo i comunisti quelli che potevano affidare alla ragione dei giuristi, e ad una Corte che su quella ragione fondava le sue decisioni, le soluzioni dei problemi che si sarebbero posti in materia di garanzia di quei medesimi diritti.

Accenno subito di seguito appena a questo problema, in sé assai intricato. Un conto infatti era credere in un universalismo dei diritti, in cui la persona era chiamata ad una lotta continua per l’affermazione dei diritti medesimi, che in sostanza venivano a dipendere dalla capacità di

<sup>3</sup> Atti della Assemblea Costituente Prima Sottocommissione. 9 settembre 1946, 17. Sul profondo significato di questo dibattito tra personaggi così diversi, si veda FIORAVANTI 2017, 46 ss.



agire degli uomini e dei partiti, altro conto è credere nella esistenza di un ordine necessario e naturale degli uomini e delle cose, cui bisogna conformarsi, per occupare il posto che a ciascuno è assegnato. In entrambi i casi l'ordine politico e sociale, comprensivo dei diritti fondamentali della persona, precede la legge positiva dello Stato, ma nel primo caso tale anteriorità è sviluppata al fine di affermare i diritti mediante l'azione politica degli uomini, che a partire dal diciottesimo secolo inventano lo strumento della Costituente, intesa come possibilità di pensare un ordine del tutto diverso da quello esistente; mentre nel secondo caso i diritti sono anteriori alla legge dello Stato in quanto tale anteriorità significa prima di tutto priorità della comunità politica, intesa come storica connessione necessaria di diritti e doveri, sullo Stato, che a questo punto diviene mero strumento, per sua natura successivo alla comunità politica, che provvede a realizzare gli obiettivi che proprio la comunità politica si è data.

Ma, come prima accennavo, non è da questo punto di vista che vorrei discutere i molti problemi sollevati da questo volume. Ciò che vorremmo indagare è piuttosto la successione storica, dalla Rivoluzione ad oggi, delle risposte che sono state date alla problematica della *garanzia dei diritti*. Ben consapevoli però del fatto che il costituzionalismo non può essere ridotto a tale problematica.

Ogni costituzione moderna, dalla Rivoluzione in poi, contiene infatti il tentativo di rispondere a due grandi questioni, e non ad una sola. Essa rappresenta certamente il tentativo di operare al meglio per la tutela dei diritti, ma nello stesso tempo è protesa con altrettanta forza alla affermazione del principio di unità politica. Le Costituzioni vivono per intero entro questa tensione tra principio di autonomia, nel senso della inviolabilità dei diritti fondamentali, e principio di solidarietà, tra l'esaltazione della società civile dei privati e la logica collettiva dei progetti orientati verso finalità di giustizia sul piano sociale.

In breve, vi è qui la grande missione delle Costituzioni democratiche del Novecento, che si muovono nella tensione tra i due concetti-base d'inviolabilità e di solidarietà. Altrove ho immaginato che questo carattere compositivo e mediano delle nostre Costituzioni fosse esprimibile con la figura geometrica dell'ellisse, che è per l'appunto quella figura che non deriva più da un centro, unico per definizione, com'era nella tradizione europea del cerchio, ma dalla tensione tra due fuochi<sup>4</sup>. Così, i meccanismi di riequilibrio, cui era ispirata la Costituzione repubblicana del 1948, hanno svolto a mio parere in modo eccellente il loro compito, che era quello di temperare quella che avrebbe potuto essere una vera e propria deriva in senso collettivistico, presente in una parte della cultura dominante negli anni della Costituente; e in direzione inversa l'avvento a partire dagli anni Ottanta di un clima culturale complessivo di stampo neo-liberistico che non ha potuto produrre tutti i suoi potenziali effetti, nocivi in modo consistente anch'essi, a causa dell'altro lato della Costituzione, per lo meno parimenti della stessa forza e profondità, che era dato dal principio di solidarietà.

In altre parole, la nostra Costituzione non ha sposato alcuna ideologia, né la si è progressivamente attuata per realizzare i dettami di un particolare regime politico. Al contrario, essa impedisce, grazie ai meccanismi di bilanciamento propri dell'ellisse – cui ci riferivamo poco sopra –, che una piena realizzazione del principio di solidarietà possa giungere nelle democrazie contemporanee a generare regimi di stampo collettivistico alla fine pericolosi per le libertà degli individui; o che una smodata esaltazione del principio di autonomia e d'inviolabilità finisca per demolire ogni relazione tra gli individui, e dunque la base stessa della società civile. Una volta riportata la discussione sui diritti fondamentali su un punto medio ideale, ed una volta scongiurato il pericolo della frattura, era possibile e necessario auspicare soluzioni pragmatiche, che prescindessero da "eccessi d'ideologia" – come ebbe a dire lo stesso Togliatti – che finivano per dividere ciò che invece avrebbe potuto essere tenuto assieme, per essere sviluppato su percorsi comuni.

<sup>4</sup> FIORAVANTI 2020. Precedentemente avevo già utilizzato lo schema dei due "fuochi" come base per il commento dell'articolo due della Costituzione: FIORAVANTI 2017, 46 ss.

Queste tendenze alla medietà e alla prudenza ci raccontano di una tradizione che si era sviluppata in Europa dall'età classica fino a metà del diciottesimo secolo, per capirci fino al celebre capitolo sull'Inghilterra dello "Spirito delle leggi" di Montesquieu, del 1748. Grazie a quelle pagine, che riprendevano la secolare tradizione cui sopra accennavamo, l'Inghilterra, ormai a ridosso della Rivoluzione, era ancora il "modello" da imitare in Europa sul piano costituzionale. E tale rimase nonostante la Rivoluzione che operò finalmente un taglio netto, per lo meno su due punti, rilevantissimi per la permanenza in salute del modello costituzionale inglese: opposizione netta tra medioevo ed età moderna, ed esclusione secca totale della componente aristocratica dal costituzionalismo moderno.

Si giunge così ai decenni a cavallo tra Otto e Novecento. A questo punto, abbiamo in Europa regimi politici differenziati secondo le diverse storie nazionali: una Repubblica, la Terza, in Francia, il Secondo Impero in Germania, una monarchia fortemente radicata nella storia ma anche intensamente parlamentarizzata in Inghilterra. Uno studio storico di diritto pubblico comparato tra questi tre Paesi, all'altezza della fine del secolo e dei primi lustri del nuovo, non è mai stato compiuto, ma secondo noi mostrerebbe, sul piano della cultura costituzionale e dei "modelli giuridici", lasciando da parte per il momento l'Inghilterra, un sostanziale riavvicinamento tra Francia e Germania in nome di una cultura dello "Stato di diritto", che progressivamente diviene europea, estendendosi alla penisola iberica ed anche all'Italia. In quest'ultimo caso, assumono particolare significato le reiterate dichiarazioni di Vittorio Emanuele Orlando a favore della Scuola storica del diritto e della figura di Savigny, che ritroviamo all'inizio della sua opera – ad es. nei "Principi di diritto costituzionale" del 1891 – e alla fine, nei dibattiti alla Costituente, che il giurista siciliano vive intensamente, continuamente opponendo la sua concezione storicistica del diritto al lato giacobino della Costituzione repubblicana.

In effetti, se queste esperienze costituzionali stanno insieme, è perché esse hanno in comune una cultura della Costituzione di stampo anti-giacobino, che tiene insieme Germania ed Inghilterra. Sarà poi la Francia della Terza Repubblica ad allinearsi alle altre due esperienze, riprendendo il dialogo che la Rivoluzione aveva interrotto in nome dei diritti naturali e di una particolare versione del contratto sociale, di stampo rousseviano, fondata cioè su un principio di sovranità popolare, inaccettabile dal punto di vista anglo-tedesco. Ma se ora tutto ciò è trascorso, e la Terza Repubblica può tranquillamente proclamare i valori repubblicani senza porsi il problema di una Dichiarazione dei diritti come nell'89, e avendo anzi disinnescato il potenziale rivoluzionario insito in quella Dichiarazione, si può allora far venire alla luce il legame tra le tre esperienze: ciò che esse hanno in comune è proprio la cultura dello "Stato di diritto", comprensivo anche dell'Inghilterra, dove il medesimo concetto assume la denominazione di "*rule of law*".

Riassumiamo ora i caratteri del *primo modo di garanzia dei diritti*, che è storicamente legato alla "riserva di legge", e di giurisdizione, che è più o meno rinforzata secondo quanto della materia da normare debba essere riservato alla legge, in larghezza ed in profondità. E' questa una prima garanzia tutt'altro che irrilevante, poiché se lo scopo è quello di sottrarre all'esecutivo o comunque a poteri diversi dal legislativo il potere di disciplinare in certi casi le relazioni tra i consociati, bisogna allora ammettere che a questo stadio della nostra analisi è già nata la Costituzione, intesa come norma fondamentale, che è tale in quanto è capace di decidere quali atti o rapporti rientrano nel perimetro della riserva di legge, e quali altri ne rimangono fuori.

Tuttavia, se rimaniamo fermi alla riserva di legge, rinforzandola quanto si vuole, ma senza mai uscire dall'orizzonte generato da uno dei processi di maggiore rilevanza che hanno condotto alla Rivoluzione, distendendosi poi nel corso del diciannovesimo secolo, la garanzia che l'ordinamento offre ai diritti rimane pur sempre fondata sulle virtù della legge come *ratio*, e non come mera *voluntas*. E il problema rimaneva per intero lì, proprio nei casi in cui di semplice *voluntas* si trattava, ovvero di diritto meramente posto, magari frutto tutto politico della semplice maggioranza del momento. A questo "tipo" di diritto si doveva la stessa obbedienza che eravamo abituati a praticare nei confronti del diritto dei Codici, o delle leggi organiche? E anche se il

suo contenuto in ipotesi fosse stato quello delle leggi razziali, o di leggi comunque contrarie ai principi più elementari di civiltà giuridica?

La questione finiva poi fatalmente sul tavolo dei giudici: dovevano applicare la legge sempre e comunque, con la medesima forza e convinzione? Stiamo qui già entrando nel *secondo modo di garanzia dei diritti*, ponendoci all'inizio di un percorso che conduce alla situazione attuale. Tale percorso ha inizio – ed è già stato descritto più volte – negli anni della Costituente, e riguarda personaggi come Piero Calamandrei, prima rigidamente positivista, ma che proprio in quegli anni muta orientamento. Il giudice, che prima aveva il dovere specifico di operare per ridurre al minimo l'aspetto creativo del suo lavoro, non può rimanere ora fuori dai grandi mutamenti sociali del Novecento, dei quali deve anzi essere addirittura l'“incitatore”, come scrive lo stesso Calamandrei<sup>5</sup>.

E' su questo terreno, completamente mutato, che prende corpo il secondo modo di garanzia dei diritti. Come dicevamo all'inizio, siamo oggi di fronte ad una trasformazione dell'ordinamento che presuppone un vero e proprio mutamento di paradigma, rispetto alle configurazioni tradizionali. Nel titolo di questo volume non compare la parola “legge”. Evidentemente, non è sulla legge come fonte di diritto che viene collocato il perno attorno al quale tutto ruota. Al posto del meccanismo tanto caro al positivismo del diciannovesimo secolo, che vuole una sola operazione fondamentale, che viene individuata nella applicazione della legge al caso concreto, abbiamo un'interazione tutta da ricostruire tra “norme” e “giudici”, con una sintesi da raggiungere nell'ambito dello “Stato costituzionale”.

La nostra attenzione, seguendo questo filo rosso, verte ora perciò proprio su questo quadro generale in cui è crescente l'uso che viene fatto proprio della locuzione “Stato costituzionale”. In un volume che ha avuto una grande e meritata diffusione a partire dall'inizio degli anni Novanta, Gustavo Zagrebelsky iniziava ad usare la locuzione citata quasi in contrapposizione con il concetto tradizionale di “Stato di diritto”<sup>6</sup>. E' da questo punto specifico che si diparte tutta la discussione che seguirà fino ai nostri giorni, nel senso che dalla fine del secolo scorso ad oggi sempre più viene rivista la tradizionale concezione dei giuristi che vedeva un continuo processo di accrescimento delle garanzie dei diritti, dalle affermazioni rivoluzionarie, alla giustizia amministrativa, e poi, con la Costituzione, alla giustizia fondata sul primato della Costituzione repubblicana.

Zagrebelsky introduce in questa linea trionfalisticamente progrediente l'ipotesi che vi sia invece, da uguale punto di partenza, un salto, un punto di lacerazione; e che prima vi sia lo “Stato di diritto” in senso proprio e stretto, e poi lo “Stato costituzionale”. Non è questa la sede per discutere l'ipotesi del “salto”. Si può però tranquillamente affermare che non sempre le forti discontinuità si esprimono attraverso un nuovo potere costituente. Noi pensiamo che questo stia accadendo sotto i nostri occhi: *trasformazione costituzionale senza potere costituente*.

Nel nostro caso abbiamo dunque un ruolo dei giudici che va mutando in modo consistente, tale comunque da rendere inadeguata la tradizionale formula dello “Stato di diritto”, da sostituire con l'altra dello “Stato costituzionale”, che è ormai indispensabile per indicare una trasformazione profonda, che ha generato un rapporto nuovo tra l'esercizio della funzione giurisdizionale ed i principi costituzionali che anche a noi pare essere irreversibile.

<sup>5</sup> CALAMANDREI 1955, 252 ss. Conviene in questo caso riportare l'intero brano di Calamandrei: «Vi sono tempi di stasi sociale in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, il seguace che l'accompagna passo per passo, ma vi sono tempi di rapida trasformazione, in cui il giudice deve avere il coraggio di esserne il precursore, l'antesignano, l'incitatore». Da sottolineare la perfetta consapevolezza di Calamandrei delle implicazioni costituzionali del suo discorso. Si legge ancora nel saggio di Calamandrei: «siamo ora in un tempo presente e nell'interno di una Costituzione in cui il potere giudiziario è un potere autonomo posto sullo stesso piano del legislativo»; ed ancora: «L'ordine giudiziario per accorgersi della Costituzione e delle mete che essa assegna non ha più bisogno di passare attraverso il tramite del legislatore». Tutte affermazioni addirittura inconcepibili prima della Costituente.

<sup>6</sup> ZAGREBELSKY 1992.

Da una parte, lo Stato “costituzionale”, ovvero quella forma di Stato in cui non può esistere una presunzione di validità della legge. Le leggi approvate dal parlamento sono sì in linea generale valide, ma non si presume più la loro validità per il fatto puro e semplice che esse sono deliberate dai rappresentanti del popolo sovrano.

E dall'altra parte, il tradizionale “Stato di diritto”, fondato sulla preminenza del legislatore, ma soprattutto sulla personificazione del principio di sovranità e di unità politica nello Stato, esprime un grado di difesa e tutela dei diritti dal punto di vista dello Stato costituzionale del presente chiaramente insoddisfacente, perché quella tutela nasce in sé limitata, non potendo in alcun modo neppure incrinare il carattere monistico del potere politico.

Il potere di cui parliamo ora è per l'appunto “politico”, è cioè hobbesianamente rappresentativo della comunità politica, che anzi nasce proprio grazie alla formidabile prestazione che quel potere è capace di offrire. Da esso, in origine unico, si distaccano gli altri poteri. È questo il caso dell'Europa continentale, e delle sue Costituzioni moderne e contemporanee, che muovono in prevalenza tutte dal modello monistico. Più riferibile al caso anglo-americano è invece il modello pluralistico.

Infine, un ultimo chiarimento: per modello “monistico” intendo che la Costituzione contiene una funzione, o un potere, che è sovrano perché originario, non derivato da un altro potere, o da un'altra norma; mentre “pluralistico” è quel modello che vede fin dall'inizio una pluralità di poteri, tutti derivati dalla Costituzione: nessuno potrebbe nella Costituzione Federale americana dire qual è il potere “sovrano” e chi lo impersona, se il Congresso, o il Presidente, o la Corte Suprema.

Nessun dubbio invece nelle Costituzioni derivate dal modello “monistico” costruito sulla base della Rivoluzione e della centralità del Legislatore. È da questo potere originario del Legislatore che si distaccano gli altri due poteri, esecutivo e giudiziario, ed è questa impostazione della nostra problematica che genera una grande quantità di questioni, tra cui anche quella che ora ci interessa, che concerne il rapporto tra il Legislatore e i giudici. Qui c'è anche il secondo modo di garanzia dei diritti, che supera il primo perché esce fuori dalla logica della riserva di legge, e della legge “buona”, per affrontare finalmente la problematica del merito legislativo e della sua sindacabilità alla luce di norme che sono ritenute superiori a quelle ordinarie, spesso espresse in forma di principi.

Dunque, il passaggio dal primo al secondo modo di garanzia dei diritti è passaggio dalla forma alla sostanza: sei garantito, non solo e non tanto, perché il limite all'esercizio del tuo diritto viene fissato da una legge, e non da una fonte di diritto inferiore, ma soprattutto perché ciò che è stabilito in quella legge deve essere conforme a Costituzione. Nello “Stato di diritto” si offriva dunque la garanzia di una forma, che era quella legislativa, nel senso che si riteneva che i diritti fossero comunque tutelati per il fatto stesso che erano previsti in una legge; mentre nello “Stato costituzionale” la garanzia si sposta sul piano dei contenuti, e per la tutela dei diritti si rende necessario che il contenuto della legge sia conforme a Costituzione. Vi è dunque un passaggio storico dall'Ottocento al Novecento, che possiamo così sintetizzare: dalla riserva di legge alla inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, e da questa, in senso ancor più ampio, alla inviolabilità dei principi supremi fissati in Costituzione, che la nostra Corte ha già ripetutamente menzionato, per quanto in modo esplicito nel testo costituzionale tali principi esistano solo mediante il concetto di “forma repubblicana” (art. 139) come limite materiale al procedimento di revisione costituzionale (Corte Cost. 1146/1988).

Qui, il nostro tema della garanzia dei diritti sfocia nella più ampia problematica della garanzia della Costituzione: i diritti sono tutelati perché contenuti in un testo che a sua volta si presenta alle forze politiche e sociali come corredato di clausole rigide, dense di materia non facilmente plasmabile, politicamente non negoziabili. Ecco dunque che è nella natura storica delle Costituzioni democratiche del Novecento possedere una vocazione duplice, come l'ellisse, che abbiamo richiamato all'inizio di questo contributo. Se da una parte proteggono i diritti fondamentali, dall'altra parte sarà necessario che quelle medesime Costituzioni si aprano ai processi di

trasformazione sociale, in modo da poterli governare, e dunque che la zona dell'indecidibile non vada a coprire l'insieme dei rapporti sociali. Insomma, che i cittadini non si trovino di fronte ad una situazione già risolta e definita, ad una specie di etica collettiva amministrata dai giudici.

Se ne accorse anche la generazione dei Costituenti. Così, nella fase in cui si stavano mettendo in moto tutte le azioni necessarie per far partire la Corte ed il controllo di costituzionalità, nella legge sulla organizzazione ed il funzionamento della Corte (l. 11 marzo 1953, nr. 87, art.28) leggiamo: «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del parlamento».

Il minimo che si possa dire a questo proposito è che le cose non sono andate in questo modo. D'altra parte, la democrazia dei partiti e delle assemblee rappresentative è sempre meno riuscita a sostenere ed organizzare la vita pubblica e la partecipazione dei cittadini. Ed è a fronte di questo vuoto che la componente giurisdizionale ha ripreso vigore. Non corrisponde però al vero che i giudici abbiano voluto sostituire i legislatori. Il problema non è quello di sostituire un padrone con l'altro, ma di saper cogliere il mutamento in atto, verso una Costituzione di tipo nuovo, senza più padroni<sup>7</sup>.

Su tutt'altro piano, io stesso, in una importante occasione pubblica, ho voluto piuttosto parlare del «sentimento popolare per la Costituzione»<sup>8</sup>, che a mio avviso è ancora presente tra noi. La Costituzione italiana, certo non come episodio di storia nazionale, ma come espressione compiuta del tipo storico della Costituzione democratica, sviluppato per lo meno nella dimensione europea, ha ancora futuro, non solo nei legislatori e nei giudici, ma anche nel popolo, prima come «sentimento», e poi come convinzione.

Alla base della Costituzione italiana, come di ogni altra Costituzione dell'età contemporanea, vi è sempre un sentimento popolare, che tiene in piedi la Costituzione medesima, altrimenti destinata a deperire. È dunque lì che dobbiamo ricercare la forza permanente della Costituzione. Poiché è lì che vive la Costituzione, dove tutto inizia, prima ancora che nelle aule parlamentari o in quelle giudiziarie.

<sup>7</sup> Torna qui la problematica dello «Stato costituzionale». Si veda ancora: FIORAVANTI 2021; PINO 2010; PINO 2017. Non si deve poi mai dimenticare che le Costituzioni democratiche del Novecento fanno parte di un movimento complessivo dell'ultimo dopoguerra che tornava finalmente a discutere dei diritti umani, di quei diritti che per essere «umani» non possono e non devono presupporre alcuna appartenenza. Su questo decisivo aspetto si veda COSTA 2019, 211 ss.

<sup>8</sup> FIORAVANTI 2018, 477 ss.

*Riferimenti bibliografici*

- CALAMANDREI P. 1955. *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», vol. I, 1955, 252 ss. (ora in «Opere giuridiche», Vol. I, 1965, Morano).
- CORTESE F., CARUSO C., ROSSI S. (eds.) 2020. *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Franco Angeli Editore.
- COSTA P. 2019. *Diritti umani e diritti del cittadino: un campo di tensione nella modernità*, in S. ROGARI (ed.), *Costituzione della Repubblica e Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Lezioni Magistrali 12 gennaio – 8 marzo 2018*, Polistampa, 211 ss.
- FIORAVANTI M. 2017. *Costituzione italiana: articolo 2*, Carocci.
- FIORAVANTI M. 2018. *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Giuffrè.
- FIORAVANTI M. 2020. *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza.
- FIORAVANTI M. 2021. *Stato costituzionale in trasformazione*, Mucchi.
- JELLINEK G. 1914. *Allgemeine Staatslehre* (3° ed.), O. Häring.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino.
- ZAGREBELSKY G. 1992. *Il diritto mite. Legge, Diritti, Giustizia*, Einaudi.

IL PARADISO  
DEI DIRITTI:  
PREVEDIBILITÀ  
DELLA DECISIONE  
GIURIDICA  
E NORMATIVITÀ  
SU “NORME, GIUDICI, STATO  
COSTITUZIONALE. FRAMMENTI  
DI UN MODELLO GIURIDICO”

VALERIA **GIORDANO**



Il paradiso dei diritti: prevedibilità della decisione giuridica e normatività.  
Su *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*

Rights' Heaven: Predictability of Legal Decisions and Normativity.  
On *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*

VALERIA GIORDANO

Università degli Studi di Salerno.  
E-mail: [vgiordano@unisa.it](mailto:vgiordano@unisa.it)

#### ABSTRACT

Il saggio affronta le profonde trasformazioni attraversate dalle democrazie contemporanee, attraverso la chiave di lettura offerta dal volume di Ansuategui, volta a decodificare la complessità sociale emergente e a delineare i confini di un universo giuridico “sfocato” e non più riducibile ad un sistema di deleghe ed autorizzazioni. Mettere sotto la lente il diritto contemporaneo significa pertanto cogliere gli aspetti più enigmatici della costruzione normativa, ricostruendo i frammenti di un universo giuridico caratterizzato da una geometria variabile, nella continuità e nell’interruzione fra nazionale e globale e nel quale si registra un’inedita espansione dei luoghi della decisione giuridica, sempre più spesso demandata alle corti, in una progressiva istituzionalizzazione dei conflitti. Tali aspetti pongono molteplici interrogativi al giurista contemporaneo, che appare sempre più disorientato dinanzi a sfide cruciali per la teoria generale che coinvolgono gli aspetti più salienti e complessi del *decision making* giuridico. All’interno di esso si registra infatti uno squilibrio crescente fra controllo e bilanciamento di poteri secondo il modello tradizionale del *check and balance*, che rende più problematica la prevedibilità di una regolazione giuridica basata sulla specificità del caso e che radicalizza quella tendenza implicita nello Stato costituzionale di concentrazione del politico nella dimensione giudiziaria.

The essay deals with the profound transformations of contemporary democracies, through the reading key offered by Ansuategui’s volume. The aim is to decode the emerging social complexity, delineating the boundaries of a “fuzzy” legal universe that can no longer be reduced to a pure delegation and authorization system. Therefore, to put contemporary law under the magnifying glass means to grasp the most enigmatic aspects of normative construction. This implies an attempt to reassemble the fragments of a variable geometry legal universe, taking into account both its continuity and interruption between the national and global dimensions. This legal universe is characterized by an unprecedented expansion of the legal decision-making places, since the decision itself is increasingly entrusted to the courts, in a progressive institutionalization of conflicts. These aspects pose multiple questions to a contemporary jurist who appears more and more disoriented and faced with crucial challenges. Moreover, these challenges also represent general theory critical issues, because they involve the most salient and complex aspects of legal decision-making: as a matter of facts, we can see a growing disequilibrium within the traditional decision-making check and balance system; undoubtedly, this disequilibrium undermines the predictability of a legal regulation which is based on case-specificity and radicalizes the constitutional state tendency to overlap political and juridical dimensions.

#### KEYWORDS

normatività, principi, democrazia, positivismo, diritto giurisprudenziale

normativity, principles, democracy, positivism, judge-made law

**DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE** | XXIII, 2023 / 1 (giugno) | pp. 149-158

© 2023, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

ISSN 1825-0173

Tutti i diritti sono riservati.



# Il paradiso dei diritti: prevedibilità della decisione giuridica e normatività

Su *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*

VALERIA GIORDANO

1. *Crisi della forma democratica e della reductio ad unum dell'universo giuridico* – 2. *Il ragionamento morale nella pratica dei diritti* – 3. *La funzione morale del diritto. Approccio definizionale o derivativo?*

## 1. *Crisi della forma democratica e della reductio ad unum dell'universo giuridico*

Il bel libro di Javier Ansuátegui costituisce senza ombra di dubbio un importante invito a ripensare criticamente le trasformazioni richieste dal costituzionalismo contemporaneo, attraverso una lente teorica che non deformi la complessità emergente, ma che, invece, provi a decodificarla realisticamente. È proprio tale complessità del sociale, che non consente più quella *reductio ad unum* dell'universo liberal democratico e che scalfisce l'immagine monolitica ed autoreferenziale proiettata dalla modernità politico-giuridica, a porre molteplici interrogativi sul concetto stesso di diritto, risignificandolo in chiave contraddittoria e rendendo problematica una sua nitida messa a fuoco. In tal senso, il diritto contemporaneo è un diritto sfocato, come avverte l'autore, in quanto non più prodotto di una razionalità formale, disegnabile *more geometrico*, ma costruito sociale irriducibile ad un sistema di deleghe e autorizzazioni, avente in sé una valenza sempre più connotabile in chiave dialogico-argomentativa.

Il *file rouge* che accompagna questo volume che con passione si snoda lungo i sentieri che delimitano i confini e i limiti del diritto è, dunque, la necessità di rielaborare categorie giuridiche oggi in tensione dinanzi alla crisi delle concezioni formalistiche, senza incorrere nel rischio di uno slittamento verso forme di giusnaturalismo e rinunciando all'adozione di un *moral point of view* forte e trascendentalmente fondato. Un *moral point of view* che celerebbe inevitabilmente il lato oscuro dei diritti<sup>1</sup>, la tensione costante fra lo slancio universalistico e la pressione dei particolarismi collegabile con lo statuto retorico dei diritti umani: lo scarto irriducibile fra la dimensione universale e simbolica cui i diritti sembrano sospinti e la loro esplicazione contestuale ed effettiva nello scenario globale.

Indubbiamente, con lo Stato costituzionale si registra la positivizzazione di un catalogo di diritti, prevalentemente elaborati dal giusnaturalismo razionalistico settecentesco, che costituisce il formante dei nostri sistemi normativi, interrogando la scienza giuridica sull'adeguatezza delle sue categorie tradizionali alla luce di una problematizzazione dei rapporti fra diritto e morale e della rivalutazione di una razionalità immanente nella Costituzione, della quale ridisegnare di volta in volta i contorni.

Si realizza così, come rileva Bobbio<sup>2</sup> un rovesciamento radicale di prospettiva, affermatosi nella rappresentazione del potere politico, caratteristico dello Stato moderno, che viene sempre più diffusamente guardato dal punto di vista dei diritti dei cittadini, non più sudditi, e che testimonia sul piano teorico la loro dimensione storica, che li lega a circostanze determinate, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri. Lotte per i diritti che ori-

\* ANSUÁTEGUI F.J., *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un discorso giuridico*, a cura di M. Lalatta Costerbosa, Giappichelli, 2020.

<sup>1</sup> COSTA 2014.

<sup>2</sup> BOBBIO 1990, XI.

ginano in un tessuto sociale in mutamento e che comportano un allargamento del catalogo originario ben oltre il perimetro immaginato dai costituenti e una loro moltiplicazione lungo le tappe che segnalano il passaggio dall’“uomo astratto” all’“uomo concreto”, attraverso un processo di progressiva specificazione e differenziazione degli interessi emergenti. Se infatti, la lotta per i diritti riflette inevitabilmente sul piano storico l’esclusione di taluni soggetti dalla qualifica di uguali rendendo finalmente visibile il lemma delle differenze, è proprio nell’istanza di riconoscimento che si affianca alle richieste di differenziazione e specificazione delle esigenze di alcuni gruppi che il discorso sui diritti svela la sua portata emancipatoria, attraverso una stabilizzazione che se pur progressiva non dimentica mai la dimensione progettuale da cui trae origine.

E in tal senso, nel volume, l’analisi degli aspetti più autenticamente legati alla pratica dei diritti, come per es. quelli chiamati in gioco dall’interpretazione costituzionale e dall’argomentazione giuridica, si affianca ai profili di complessità che originano dalla loro dimensione progettuale, con uno sguardo attento, anche se non disincantato, sulle frontiere aperte dal discorso cosmopolitico, da intendersi quale futuro del costituzionalismo contemporaneo, oggi più che mai attraversato da asimmetrie e da divaricazioni fra dimensioni assiologico-normative e livelli empirici concreti. Un terreno segnato da dinamiche di variabilità e incertezza che non consentono – come Ansuategui rileva lucidamente – di accedere al “paradiso dei diritti”, posto il progressivo processo di sconfinamento e policentrismo dei poteri globali che proietta tutto il carico di contraddizioni all’interno di una spazialità sganciata dalla dimensione territoriale e che restituisce il peso degli squilibri della logica globale.

Mettere sotto la lente il diritto contemporaneo significa, pertanto, cogliere gli aspetti più enigmatici della costruzione normativa, ricostruendo i frammenti di un universo giuridico caratterizzato da una geometria variabile, nella continuità e nell’interruzione fra nazionale e globale e nel quale si registra un’inedita espansione dei luoghi della decisione giuridica, sempre più spesso demandata alle corti, in una progressiva istituzionalizzazione dei conflitti.

Non è un caso, infatti, che le sfide più rilevanti per la teoria generale, chiamata oggi ad una risintonizzazione del rapporto diritto/morale/politica a partire dalla rivalutazione della razionalità implicita nelle costituzioni, riguardino gli ingranaggi più opachi del *decision making giuridico*. All’interno di esso si registra, infatti, uno squilibrio crescente fra controllo e bilanciamento di poteri secondo il modello tradizionale del *check and balance*, che rende indubbiamente più problematica la prevedibilità di una regolazione giuridica basata sulla specificità del caso e che radicalizza quella tendenza implicita nello Stato costituzionale di concentrazione del politico nella dimensione giudiziaria.

La crisi della politica costituzionale democratica, che l’autore, del resto, coglie nell’asimmetria fra localismo statale e globalismo finanziario, si accompagna ad una cesura con la società e ad una massiccia riduzione delle forme di partecipazione dei cittadini alle istituzioni politiche; tale cesura ha comportato un affievolimento della garanzia dei diritti fondamentali derivante dalla perdita – nella prospettiva politica statale – di forza normativa delle Costituzioni, che tendono ad emanciparsi sul piano delle corti sovranazionali. Dal canto suo, il circuito giurisdizionale ha contribuito in maniera significativa alla costruzione di regole e standards giuridici globali risultando assolutamente determinante per l’evoluzione stessa del diritto transnazionale, agendo sul crinale opaco intercorrente fra pubblico e privato. Un crinale distintivo della progettualità moderna, ancorata come è noto a quella grande dicotomia di cui parlava Bobbio<sup>3</sup> in relazione alla natura degli interessi protetti e al carattere asimmetrico o orizzontale dei poteri coinvolti e che oggi in uno scenario popolato da attori molteplici e diversificati, tendente a rilanciare la vocazione giudiziaria e privatistico-contrattuale del diritto, risulta scalfito.

<sup>3</sup> BOBBIO 1985.

Si affermano, infatti, modelli di autoregolazione giuridica sempre più vicini alle modalità angloamericane del *judge-made law*, che svolgono all'interno delle democrazie globali una funzione di istituzionalizzazione del conflitto, in una prospettiva di crescente proceduralizzazione dei sistemi giuridici. Esito che svela le metamorfosi delle forme democratiche e la tendenza progressiva a leggere il diritto a vocazione globale quale ragionamento giuridico.

## 2. Il ragionamento morale nella pratica dei diritti

Uno degli aspetti maggiormente rilevanti nell'analisi dei processi di costituzionalizzazione delle democrazie attuali è costituito dal rilancio di una razionalità immanente nelle istituzioni democratiche, nelle quali trasporre la dicotomia natura/artificio, cifra della tradizionale dialettica giusnaturalismo/giuspositivismo, in nome di una pratica dei diritti tendente sempre di più all'universalizzazione. Tale itinerario capovolge, pertanto, l'idea kelseniana che il ragionamento giuridico sia lo schermo logico dentro il quale nascondere la volontà etico-politica dell'interprete, dando nuova linfa vitale al tema della giustificazione giuridica. Tematica che, inevitabilmente, investe le problematiche della certezza e della prevedibilità della vita giuridica dinanzi al carattere controverso dei principi e alla necessità di arginare il disaccordo in campo morale.

Anche il positivismo giuridico è, pertanto, costretto a misurarsi con la valenza dialogico-argomentativa dei diritti e con il ruolo sempre più espansivo che il ragionamento morale ha assunto nelle pratiche giuridiche, registrando ammorbidimenti e revisioni parziali del suo modello, che tengano conto di una connessione fra diritto e morale di tipo contingente.

Certamente, la prospettiva dell'autore confuta la connessione fra il diritto e la morale critica, collocandosi lungo i sentieri tratteggiati dal positivismo inclusivo: tale scelta consente di interpretare il ricorso ai principi e ai valori morali come completamente interno alle operazioni di identificazione del diritto valido, richiedendo una declinazione in chiave debole di quella cassetta degli attrezzi utilizzata dal giurista giuspositivista, prima fra tutte la reinterpretazione del concetto di *convention*, cuore di ogni gioco normativo. L'eredità della filosofia analitica linguistica che fonda la vincolatività dei giochi linguistici in una serie di attitudini critico riflessive connesse al *seguire una regola* si snoda, infatti, nella *Social Rule Theory* di Hart nel convenzionalismo, che spiega la dipendenza del diritto dai comportamenti sociali e, al tempo stesso, la sua normatività, il suo offrire ragioni per agire. In tal senso, la natura prassista del diritto, nel suo richiamo all'attitudine critico-riflessiva dei partecipanti al sistema, mostra i mille volti di un uso del diritto sempre in bilico fra riconoscimento e consenso: consentendo di rappresentare la convenzione stessa come uno strumento di controllo/orientamento ma anche di esclusione/inclusione della normatività giuridica.

In tale prospettiva, allora, da un lato, si potrebbe sostenere che l'identificazione dei criteri di riconoscimento nelle democrazie contemporanee sia sottoposta a delle opzioni ideologico-politiche e che la selezione sia giocata su un filtro valoriale che, dandole una nuova linfa etico-giustificativa, scardina la radice costitutiva dell'effettività<sup>4</sup>. Un'effettività, d'altro canto, non controllata, non progettata, ma invece essa stessa generativa di un surplus di conflitto tale da rischiare seriamente di convertire la pratica sociale del diritto in una convenzione meramente apparente, pena la trasfigurazione della normatività giuridica in chiave etico-fondativa e la rinuncia a quella dicotomia descrizione/prescrizione strutturante la metodologia giuspositivistica.

Certo la natura ambigua dell'accettazione hartiana sembra prestarsi a letture non univoche della normatività, l'istanza formalistica e la circolarità in cui è avvolto l'approccio convenziona-

<sup>4</sup> La chiave di accesso alla trasformazione della convenzione sociale di Hart nei termini di un'attività cooperativa condivisa è data da COLEMAN 2001, e poi da SHAPIRO 2002. Si tratta di un'immagine importata da un'intuizione filosofico-morale di BRATMAN 1992.

listico sembrano, infatti, riflettere l'imprescindibilità di una pratica sociale in qualche modo omogenea in cui l'incertezza del diritto preme ai margini, ma non è completamente dentro il conflitto che genera dal pluralismo morale.

In tal senso, infatti, i processi di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico mettono in campo quella che è stata definita la capacità inventiva<sup>5</sup> del giudice nella costruzione di strade argomentative che offrono soluzioni agli hard cases e al tempo stesso sollevano questioni di giustizia che rispolverano l'antico dilemma relativo alla fondabilità oggettiva dei valori. Domande che il volume affronta in maniera stringente e che dischiudono scenari teorici molto diversificati nella risposta alla questione della collisione fra valori. Esse, infatti, ripercorrono quei sentieri che tradizionalmente si dispiegano intorno alla riflessione su diritto e morale: relazione sempre spinosa che ci interroga sulla funzione esercitata dal diritto nel suo legame con un ideale regolativo da portare a compimento e dunque sulle forme complesse che assume oggi la normatività giuridica rispetto alla indisponibilità di un'etica condivisa, rispetto a quella carica di conflitto che emerge dal carattere ad *excludendum* dei diritti.

### 3. *La funzione morale del diritto. Approccio definizionale o derivativo?*

Sentieri che ci riportano a quei criteri distintivi fra diritto e morale storicamente creati dal giusnaturalismo che, se per quest'ultimo risultavano fondanti una loro connessione, vengono invece reinterpretati in chiave di separazione dal giuspositivismo.

In particolar modo, si potrebbe ricordare la tesi classica della separazione concettuale tra diritto e morale che individua il carattere sociale od obbiettivo del diritto come contrapposto a quello individuale o subiettivo della morale<sup>6</sup>. Si tratta di una tesi che traccia i «caratteri differenziali» della morale e del diritto essenzialmente in una loro diversa funzione: l'esperienza morale è cosa che riguarda essenzialmente l'individuo, l'esperienza giuridica è legata alla nozione della comunità. L'idea espressa in questa tesi non si differenzia nella sostanza da quella modellata sulla distinzione tra *forum externum* e *forum internum*, elaborata dal giusnaturalismo moderno, e utilizzata anche da Hobbes<sup>7</sup>, come del resto un altro modo di presentare questo argomento, è la stessa contrapposizione diritto-morale fondata sul carattere coercitivo dei precetti giuridici, sottolineata da Kelsen<sup>8</sup> e prima ancora di lui da Austin<sup>9</sup>. Un differente modo di difendere la separazione concettuale fra diritto e morale è la distinzione kelseniana tra sistemi statici e sistemi dinamici<sup>10</sup> in base alla natura del fondamento della loro validità. Distinzione, che, come è noto, rinvia per la validità dei sistemi dinamici all'istituzione di una fattispecie produttiva di norme, presupponendo, invece, per quelli statici, l'uso di una ragione capace di statuire norme, inferendole dal contenuto della norma fondamentale, e dunque, pertanto, l'uso di una ragion pratica assunta come autoevidente.

Un ulteriore modo di distinguere concettualmente il diritto dalla morale è, invece, quello proposto da Hart<sup>11</sup>. Si tratta in sostanza di una riformulazione delle tesi utilitaristiche di Bentham ed Austin, e teso, dunque, a sottolineare la necessità di una distinzione tra diritto come è e il diritto come dovrebbe essere. Bentham insisté su questa distinzione caratterizzando la morale con riferimento ai principi utilitaristici, Austin<sup>12</sup> la rimarcò considerando il diritto come il co-

<sup>5</sup> GROSSI 2017.

<sup>6</sup> Cfr. PASSERIN D'ENTREVES 1954.

<sup>7</sup> HOBBS 1992.

<sup>8</sup> KELSEN 1966, 35-73.

<sup>9</sup> AUSTIN 1995.

<sup>10</sup> KELSEN 1952, 407.

<sup>11</sup> HART 1958.

<sup>12</sup> AUSTIN 1995, 81-101.

mando del sovrano distinto dalla moralità positiva, ma entrambi ebbero cura di sottolineare la conseguenza di due semplici fatti: dal mero fatto che una norma violava dei valori morali, non poteva trarsi la conseguenza, che essa perciò non fosse una norma giuridica; dal mero fatto che una norma fosse moralmente apprezzabile, non si poteva trarre all'inverso la conseguenza che essa fosse una norma giuridica. Hart sulla loro scia argomentò la tesi della separazione attraverso la distinzione tra la conoscenza delle norme giuridiche e il rinvenimento di regole morali: mentre nel caso delle norme giuridiche ci troveremmo dinanzi ad un compito descrittivo, nel secondo caso invece prevarrebbe l'elemento prescrittivo. Corollario di questo argomento è l'idea che il diritto quale oggetto di conoscenza possa essere avalutativamente descritto là dove invece la morale, puramente soggettiva, non sia descrivibile empiricamente.

In contrapposizione alle tesi giuspositivistiche della separazione fra diritto e morale, le teorie del neocostituzionalismo come quelle di Alexy<sup>13</sup>, Dworkin<sup>14</sup>, Nino<sup>15</sup>, sostengono la tesi della connessione che ha avuto, anche storicamente, varie e differenti formulazioni. In tali teorie, pur con notevoli differenze nella sua declinazione, la relazione diritto-morale assume i tratti di un legame "definizionale", secondo la demarcazione tracciata da Joseph Raz<sup>16</sup>.

Secondo tale autore, infatti, la connessione diritto-morale può essere affermata attraverso un argomento definizionale e attraverso un argomento derivativo. L'argomento definizionale sostiene che il diritto deve necessariamente essere definito attraverso il riferimento a certe proprietà morali. Secondo quest'argomento, è allora impossibile per definizione, identificare il diritto senza il riferimento a caratteristiche morali. Si può affermare per esempio che «il diritto valido se è valido è sempre giusto» o anche che «è valido solo il diritto giusto» creando così una connessione definizionale tra l'ambito del giuridico e quello della giustizia. L'approccio "derivativo" ammette che l'identificazione del diritto avvenga attraverso il riferimento a proprietà non-morali, ma sostiene che il diritto pur identificabile indipendentemente dalla morale, abbia in quanto diritto, un valore morale. Si può considerare, per esempio, che la semplice esistenza del diritto sia essa stessa un valore morale, oppure si può assumere che qualsiasi diritto esistente, per il fatto stesso di esistere, non possa non avere norme di un certo contenuto e che questo contenuto abbia valore morale. Nel primo senso si può sostenere che il diritto conservando l'ordine sociale esistente abbia già solo per questa funzione un valore morale almeno *prima facie*<sup>17</sup>, nel secondo senso si potrebbe ritenere che in ogni sistema giuridico non possano non esserci norme che proteggono in qualche modo la vita dagli attacchi reciproci, e che questa norma abbia di per sé un qualche valore morale<sup>18</sup>.

Questa distinzione tra i due approcci è abbastanza rilevante in quanto può servire a chiarire come non sempre la connessione necessaria fra diritto e morale implichi l'adesione all'idea della conoscibilità oggettiva dei principi morali (oggettivismo etico): gli argomenti derivativi possono tranquillamente farne a meno.

Adottando la distinzione elaborata da Raz, sarebbe allora forse possibile qualificare la connessione fra diritto e morale elaborata da Ansuategui come di natura derivativa, dal momento che essa assume la possibilità che il diritto incorpori valori negativi, pur riconoscendo al diritto una funzione essenzialmente morale.

Da questo punto di vista, si può sicuramente essere d'accordo con l'autore sull'impossibile neutralità del diritto, ma anche sulla sua funzione di mediazione e razionalizzazione di opzioni valoriali spesso in antitesi dinanzi alla poderosa presenza di rivendicazioni e pretese di una società dif-

<sup>13</sup> ALEXY 1997, ALEXY 1998.

<sup>14</sup> DWORKIN 1982, DWORKIN 1989.

<sup>15</sup> NINO 1996, NINO 1999.

<sup>16</sup> RAZ 1999, 162-170.

<sup>17</sup> È l'argomento di Lord Devlin discusso da HART 1991, 18; cfr. DEVLIN 1965.

<sup>18</sup> È di questo tipo l'argomento hartiano sul contenuto minimo del diritto naturale, per quanto Hart non lo intenda come una prova di una connessione necessaria fra diritto e morale: HART 2002, 225-233.

ferenziata e frammentata. Rispetto ad essa, il diritto manifesta un equilibrio etico-politico sempre più precario, in cui spesso salta la possibilità di discriminare fra valori positivi e valori negativi perché ad impedire la configurabilità di uno spazio pubblico unitario è il carattere sempre più eterogeneo del tessuto sociale. Infatti, è proprio l'esplosione del molteplice a mostrare, in una lotta continua per il riconoscimento giuridico di interessi plurimi e diversificati, di differenti culture ed identità, una conflittualità sempre in azione, rispetto alla quale lo strumento giuridico mostra tutta la difficoltà ad assorbirne il carattere polemogeno, presentandosi come esso stesso vulnerabile.

Per evitare allora di dissolvere la marcia egalaritaria in un ideale vuoto, occorrerebbe allora, nel senso indicato da Ansuategui una strategia dei minimi, un minimo morale comune e condiviso capace di abbracciare la dimensione transculturale di questi valori, in un'ottica di solidarietà e riconoscimento di autonomia e dignità di ciascun individuo, imboccando una strada di ridefinizione garantista che accorci la forbice fra la loro vocazione universale e le divaricazioni empiriche che emergono nelle pratiche sociali.

Si tratterebbe di una sfida complessa volta a ricomporre il rapporto fra etica pubblica e decisione politica<sup>19</sup>, che provi a colmare lo scarto fra l'ambigua contingenza degli strumenti idonei alla sua realizzazione e la radicalità e l'assolutezza del progetto, presentato come uno sviluppo naturale della prassi internazionalistica.

In tal senso, occorrerebbe appellarsi ad una ragion pratica strutturante la nostra forma di vita pubblica, capace di trattenere al suo interno il pluralismo degli interessi, dei valori, delle identità delle società multietniche, inevitabilmente generativo di conflitti sociali, ma che proprio nell'ambivalenza di una fondazione universale rischierebbe di nascondere le tensioni fra concezioni morali non conciliabili, fra etiche irriducibili, portando con sé il peso di uno scollamento con la frammentazione e con il particolarismo che caratterizza la pratica dei diritti. Una sfida da assolvere allora rivolgendo lo sguardo alla costruzione di una cultura dei diritti *bottom up*, aperta al riconoscimento delle differenze identitarie e del pluralismo etico, continuamente rinegoziabile, quale strumento di argine contro l'ineffettività dei diritti, contro quei pericoli di una carente implementazione.

Un consenso, dunque, non calato dall'alto, o delegato esclusivamente alle corti internazionali, ma una mediazione dal basso che ridefinisca il lessico dei diritti guardandoli realisticamente come il rovescio di poteri e mutandone la trazione dialettica su un terreno che includa particolarismi e differenze e che restituisca la loro matrice culturale e identitaria.

Se, infatti il discorso dei diritti si *costruisce* con tutto il carico di ambivalenze e di contraddizioni, all'interno di una spazialità fittizia, fra attori giuridici plurimi e diversificati, in un percorso irregolare di pieni e di vuoti giuridici, di lotte, rivendicazioni e sconfitte, la strada da intraprendere oggi si rivela lunga e tortuosa: vale, però, sempre la pena di percorrerla, rinnovando la matrice partecipativa e democratica di una tecnica di convivenza sociale posta al servizio degli uomini.

<sup>19</sup> Per l'incompatibilità di tale relazione ZOLO 1992.

*Riferimenti bibliografici*

- ALEX Y R. 1997. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi.
- ALEX Y R. 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè.
- ANSUÁTEGUI F.J. 2020. *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un discorso giuridico*, a cura di M. Lalatta Costerbosa, Giappichelli.
- AUSTIN J. 1995. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, il Mulino.
- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Einaudi.
- BOBBIO N. 1985. *Pubblico/privato*, in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, 3 ss.
- BRATMAN M.E. 1992. *Shared Cooperative Activity*, in «Philosophical Review», 101, 2, 1992, 327 ss.
- CELANO B. 2003. *La regola di riconoscimento è una convenzione?* in «Ragion pratica», 21, 2, 2003, 347 ss.
- COLEMAN J. 1988. *Negative and Positive Positivism*, in ID., *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, 3 ss.
- COLEMAN J. (ed.) 2001. *Hart's Postscript. Essay on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press.
- COLEMAN J. 2001. *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press.
- COSTA, P. 2014. *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (eds.), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Universidad Carlos III de Madrid, 27 ss.
- DARDOT P., LAVAL C. 2019. *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, nuova ed., DeriveApprodi.
- DEVLIN P. 1965. *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press.
- DWORKIN R. 1982. *I diritti presi sul serio*, il Mulino.
- DWORKIN R. 1989. *L'impero del diritto*, Il Saggiatore.
- GIORDANO V. 2004. *Il positivismo e la sfida dei principi*, Esi.
- GROSSI P. 2017. *L'invenzione del diritto*, Laterza.
- HART H.L.A. 1958. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 71, 4, 1958, 593 ss.
- HART H. L.A. 1991. *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press.
- HART H.L.A. 2002. *Il concetto di diritto. Nuova edizione con un poscritto dell'autore*, Einaudi.
- HOBBS H. 1992. *Leviatano*, 2<sup>a</sup> ed., Laterza.
- KELSEN H. 1952. *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in Appendice a *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 397 ss.
- KELSEN H. 1966. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi.
- MARMOR A. 2001. *Legal Conventionalism*, in COLEMAN J. (ed.), *Essay on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 192 ss.
- MORESO J.J. 2001. *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, in CHIASSONI P. (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, 37 ss.
- NINO C.S. 1996. *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli.

- NINO C.S, 1999, *Il diritto come morale applicata*, Giuffrè.
- PASSERIN D'ENTRÈVES A. 1954. *La dottrina del diritto naturale*, Giuffrè.
- PERRY S. 2001. *Hart's Methodological Positivism*, in COLEMAN J. (ed.), *Hart's Postscript, Essay on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 310 ss.
- PINTORE A. 2001. *Diritti insaziabili*, in FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, 179 ss.
- RAZ J. 1979. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press.
- RAZ J. 1999. *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press.
- SEBOK A.J. 1998. *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press.
- SHAPIRO S. 2001. *On Hart's Way out*, in COLEMAN J. (ed.), *Hart's Postscript, Essay on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 148 ss.
- SHAPIRO S. 2002. *Law, Plans, and Practical Reasons*, in «Legal Theory», 8, 4, 2002, 387.
- WALUCHOW W.J. 1994. *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press.
- WALUCHOW W.J. 2000. *Authority and the Practical Difference Thesis. A Defence of Inclusive Legal Positivism*, in «Legal Theory», 6, 1, 2000, 45 ss.
- ZOLO D. 1992. *Principio democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Feltrinelli.



IL DIRITTO  
COME LIMITE  
DEL POTERE  
E IL DESTINO DEL  
COSTITUZIONALISMO  
UN COMMENTO AL VOLUME DI  
F.J. ANSUÁTEGUI ROIG

TOMMASO **GRECO**



Il diritto come limite del potere e il destino del costituzionalismo  
Un commento al volume di F.J. Ansuátegui Roig

Law as Limit of Power and the Fate of Constitutionalism  
A Commentary on the Book by F.J. Ansuátegui Roig

TOMMASO GRECO

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Pisa.  
E-mail: [tommaso.greco@unipi.it](mailto:tommaso.greco@unipi.it)

ABSTRACT

In questo articolo ricostruisco e discuto le tesi sostenute da F.J. Ansuátegui Roig relativamente alla natura dello stato costituzionale. In particolare mi soffermo sul rapporto di continuità storica con lo stato di diritto, da un lato, e con lo stato cosmopolitico, dall'altro lato. Queste riflessioni derivano da un modo particolare di intendere i relativi concetti e coinvolge la natura (descrittiva o prescrittiva) della teoria del diritto.

In this article I reconstruct and discuss the theses advanced by F.J. Ansuátegui Roig regarding the nature of the constitutional state. In particular, I consider the relationship of historical continuity between the constitutional state with the rule of law, on the one hand, and the cosmopolitan state, on the other hand. These reflections derive from a particular way of understanding the relevant concepts and involve the nature of the theory of law, whether descriptive or prescriptive.

KEYWORDS

stato di diritto, stato costituzionale, stato cosmopolitico, teoria del diritto, diritti umani

rule of law, constitutional state, cosmopolitan state, theory of law, human rights

# Il diritto come limite del potere e i destini del costituzionalismo

Un commento al volume di F.J. Ansuátegui Roig

TOMMASO GRECO

1. *Premessa* – 2. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato di diritto* – 3. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato costituzionale* – 4. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato mondiale*

## 1. *Premessa*

Se «il merito del costituzionalismo può essere quello di averci aperto orizzonti di comprensione e analisi»<sup>1</sup>, il merito del volume di Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale* è quello di aver dato un contributo significativo a questa comprensione su diversi piani, permettendoci di fare alcune riflessioni che, muovendo dallo Stato costituzionale, si allargano a una più generale riflessione sul diritto e sui suoi destini.

Va detto innanzitutto che questo volume, pubblicato nella bella collana “Bibliotheca” diretta da Andrea Bixio, Pietro Rescigno e Francesco Riccobono, si presenta come un coronamento della relazione feconda che l’Autore intrattiene ormai da tanto tempo con la cultura filosofico-giuridica italiana, con la quale egli dialoga attivamente facendosi anche promotore di molte iniziative scientifiche ed editoriali volte appunto a tenere vivo un rapporto di reciproco arricchimento. Non è una battuta se dico che Ansuátegui è il più *italiano* dei filosofi del diritto spagnoli, e non solo per i rapporti di cui ho appena detto, ma anche per la sua profonda conoscenza del ricco (frastagliato?) panorama culturale offerto dalla nostra disciplina all’interno dei confini nazionali, dei quali, anche in questo volume, mostra una piena conoscenza e padronanza.

Una discussione sul libro dello studioso spagnolo pare assai opportuna perché permette di affrontare alcune questioni che sono al centro del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo, ma che allo stesso tempo si connettono a problemi e domande ricorrenti, di cui il filosofo del diritto è chiamato a occuparsi inevitabilmente. Il libro si inserisce infatti, senza alcun dubbio, nel quadro del dibattito sul costituzionalismo e sulla natura (e i problemi) dello stato costituzionale, ponendo però questioni che incrociano i temi classici della teoria del diritto.

## 2. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato di diritto*

Si può innanzitutto considerare come tesi fondante e notevole del lavoro che qui discutiamo, quella secondo cui il costituzionalismo rappresenti una modalità del diritto la cui logica appare sostanzialmente ineludibile se considerata all’interno della storia (del diritto) occidentale. Poiché, come dice l’Autore in apertura del suo volume, «le strutture politiche acquisiscono il proprio significato all’interno della storia»<sup>2</sup>, è proprio qui, sul piano della storia, che occorre cercare il significato delle tesi di Ansuátegui. E la tesi fondamentale appare innanzitutto come una tesi storiografica, se non addirittura di filosofia della storia, dal momento che uno degli argomenti ricorrenti è che lo stato costituzionale costituisca non la realizzazione di un modello radicalmente differente rispetto allo stato

<sup>1</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 100.

<sup>2</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 1.

di diritto bensì una sua quasi naturale evoluzione: «lo Stato costituzionale altro non è se non un prolungamento, uno sviluppo o una specificazione dello Stato di diritto»<sup>3</sup>.

Questa tesi storiografica rimanda però immediatamente ad una tesi teorica. Affinché possa darsi continuità (e non rottura) tra stato di diritto e stato costituzionale è necessario che il primo venga associato ad una certa accezione. E così è, in effetti, allorché l'Autore ricorre all'argomento secondo cui non si possa, dello stato di diritto, che avere una visione sostanziale, dal momento che quella formale non ha alcuna capacità di connotare in maniera specifica quella forma di stato. Se, infatti,

«l'aspetto distintivo dello stato di diritto è la soggezione del potere pubblico a norme giuridiche e il suo esercizio all'interno di un quadro stabilito dalle norme stesse, risulta poi difficile trovare un sistema giuridico in cui, quanto meno in forma minima, non si verifichi tale circostanza»<sup>4</sup>.

Insomma, se tutti gli stati sono stati di diritto per la semplice ragione che il potere viene esercitato secondo regole giuridiche, qualunque esse siano, allora questa nozione non ha più alcuna ragione (né utilità) di essere impiegata per designare (e catturare analiticamente) un determinato tipo di stato, come è quello che siamo abituati a chiamare “stato di diritto”<sup>5</sup>. La nozione di stato di diritto, dunque, può acquistare un senso teorico, oltreché pratico, soltanto là dove si presenti carica di un contenuto sostanziale (per quanto minimo), che è quello appunto difeso da Ansuátegui. Questo contenuto riguarda essenzialmente la *limitazione del potere attraverso il diritto*, che è la cornice dentro la quale si può comprendere la tesi della continuità tra stato di diritto e stato costituzionale.

Comprendere meglio quale sia il contenuto di questa concezione dello stato di diritto diventa dunque cruciale per cogliere il prosieguo della storia, incarnato dallo stato costituzionale. Per Ansuátegui, la nozione di stato di diritto include necessariamente «alcune esigenze materiali o sostanziali relative al contenuto della legge, che s'identificano essenzialmente con i diritti»<sup>6</sup>. La definizione, pertanto, è impegnativa: una tale concezione dello stato di diritto, infatti, afferma che «la legge ha come finalità la difesa, la garanzia e la protezione delle esigenze morali che si esprimono attraverso i diritti»<sup>7</sup>, esigenze che «in definitiva si ricollegano all'idea di autonomia individuale»<sup>8</sup>. Si potrebbe parlare a questo riguardo di un contenuto minimo dello stato di diritto: non è possibile, in altre parole, impiegare questa locuzione senza trascinarsi dietro quelle implicazioni di carattere sostanziale.

La definizione, come ho detto, è impegnativa perché produce domande su diversi piani. Al di là della sua verificabilità sul piano storico, non possiamo non domandarci: è ammissibile una definizione così “valutativa” di una nozione che generalmente viene impiegata – come ad esempio nella classica formulazione kelseniana – in maniera adiafora e avalutativa? In secondo luogo, cosa ne consegue in termini di rapporti tra diritto e morale? Se uno stato di diritto è uno stato che include necessariamente «imperio della legge e diritti fondamentali»<sup>9</sup>, dobbiamo concluderne che gli stati in cui questi due elementi non siano presenti sono stati di *non-diritto*? E per arrivare a una tale conclusione, possiamo rimanere su un piano meramente descrittivo? Sono temi ai quali il testo di Ansuátegui offre precise risposte, che qui è il caso di riprendere e discutere per offrire all'Autore e al lettore qualche spunto di riflessione.

<sup>3</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 41.

<sup>4</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 34.

<sup>5</sup> Sulla nozione, la storia e le varie declinazioni dello stato di diritto si vedano i saggi raccolti in COSTA, ZOLO 2006, e in PINO, VILLA (eds.) 2016, oltre a RIDOLFI 2017.

<sup>6</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 32.

<sup>7</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 32.

<sup>8</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 36.

<sup>9</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 37.

Innanzitutto, soffermiamoci sul tema della avalutatività e della connessione tra diritto e morale. La prospettiva assunta da Ansuátegui è esplicitamente quella positivista<sup>10</sup>. Egli difende però, sulla scia di Gregorio Peces-Barba, un positivismo giuridico che, pur volendo mantenere sul piano metodologico la distinzione tra descrittivo e prescrittivo, per essere «compatibile con le metamorfosi del costituzionalismo contemporaneo»<sup>11</sup> è chiamato ad includere nella nozione di diritto una serie di contenuti materiali, i quali forniscono «criteri di riconoscimento, senza che questo implichi – secondo l'Autore – alcuna contraddizione con l'idea dell'origine sociale delle fonti del diritto»<sup>12</sup>.

Una prima questione, si pone allora a questo livello: quanto è possibile mantenere la distinzione tra lo sguardo descrittivo e quello normativo se la nostra nozione di diritto include necessariamente una serie di contenuti morali? Che la connessione necessaria tra diritto e morale (più volte ribadita nel testo) non riguardi la morale “corretta” (come, anche qui ripetutamente, precisa Ansuátegui), non significa che non ne derivi la necessità, al momento di considerare la validità del diritto, di *valutarlo* anche dal punto di vista del suo contenuto: proprio ciò che la visione classica del positivismo giuridico vuole evitare. In altre parole, il riferimento a un significato “neutro” della morale, come quello al quale rinvia Ansuátegui, per cui veniamo convinti che «la separazione concettuale tra il diritto e la morale corretta è invece perfettamente compatibile con il riconoscimento della connessione necessaria tra il diritto e una qualche morale»<sup>13</sup>, non implica sempre e comunque una qualche forma di valutazione?

Inoltre, questa concezione può davvero conciliarsi con l'idea del diritto che permea la definizione dello stato di diritto che abbiamo visto poc'anzi, e che poi “scivola” su quella dello stato costituzionale? Mi pare che il rispetto della «specificità dei piani discorsivi»<sup>14</sup>, di cui parla Francesco Riccobono nella nota finale, rischi infatti di saltare se si prende sul serio il discorso di Ansuátegui. Ritorna quindi la domanda precedente: se la connessione necessaria tra diritto e morale si limita a un rapporto formale, tanto da far dire che «il diritto, in qualche modo, esprime una determinata concezione morale del bene e del male», come possiamo dire – rimanendo sul piano descrittivo – che lo stato di diritto implica invece un contenuto che sta inequivocabilmente (almeno per Ansuátegui, e anche per chi scrive) dalla parte del *bene*? Insomma: se il diritto può stare sia dalla parte del bene che dalla parte del male; e se lo stato di diritto sta dalla parte del bene, dal momento che include la limitazione del potere e la garanzia dei diritti, come è possibile conservare uno sguardo avalutativo e descrittivo quando si ha a che fare con quest'ultimo, o quanto meno quando dobbiamo decidere se uno stato è o no “stato di diritto”?

Non sono affatto sicuro, insomma, che nella prospettiva assunta da Ansuátegui si possa dar conto, come pensa Riccobono, di quella dimensione del “valore cattivo”, la cui rimozione viene imputata al costituzionalismo da tutti i critici della “moralizzazione del diritto”<sup>15</sup>. Se si vuole rimanere fermi alla prospettiva positivista – con la sua pretesa di approcciare il diritto da un punto di vista descrittivo – dubito che vi si possa includere una concezione che rende necessario valutare il contenuto materiale delle norme per accertarne la validità<sup>16</sup>. Quindi, delle due, l'una: o si abbandona il positivismo, almeno nella sua versione metodologico-kelsenian-bobbiana, con la sua ferma e incrollabile pretesa descrittiva, riconoscendone la limitatezza su un piano generale e ammettendo che essa non è in grado di “catturare” il fenomeno del costituzionalismo; oppure,

<sup>10</sup> Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 57.

<sup>11</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 57.

<sup>12</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 57.

<sup>13</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 71.

<sup>14</sup> RICCOBONO 2020, 210.

<sup>15</sup> RICCOBONO 2020, 211. Cfr. altresì, oltre a RICCOBONO 2021, CARRINO 2019 e PINTORE 2023.

<sup>16</sup> Questa, infatti, come scrive l'Autore, è «una delle dimensioni del giuspositivismo più problematiche per quanto riguarda la teoria della produzione normativa nello scenario costituzionalista» (ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 96).

se si vuole ancora difendere quella fortezza, si deve ammettere che la difesa dello stato (di diritto) costituzionale non può essere fatta se non riconoscendo che, *almeno in quel caso*, si sta facendo un discorso che si pone su un piano normativo. È lo stesso Ansuátegui, d'altra parte, a riconoscere che «nel momento in cui la validità delle norme viene a dipendere non soltanto dalle sue dimensioni autoritative, bensì anche da quelle giustificative, la neutralità nell'identificazione del diritto sembra risultare impossibile»<sup>17</sup>.

### 3. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato costituzionale*

La mia impressione è che si debba cogliere l'occasione delle aporie a cui dà luogo il costituzionalismo per rendere evidente un problema che in realtà è sempre esistito: parlo del rapporto problematico tra la teoria del diritto e il suo oggetto. Un rapporto che, a dispetto di ogni più pura intenzione scientifica, non può mai essere raffigurato come una mera descrizione "dall'esterno". In altre parole, l'oggettività delle affermazioni che la teoria e la scienza giuridica producono relativamente al loro oggetto di studio si collocano pur sempre in un contesto che richiede loro di adottare dei criteri e di fare delle valutazioni ad essi conseguenti, ciò che non può mai essere classificato come "descrizione" di un qualcosa che si trova "lì davanti": perché, evidentemente, quei criteri e quelle valutazioni contribuiscono a creare l'oggetto che si pretende di descrivere (da questo punto di vista, è difficile che i giuristi possano mai presentarsi come meri "custodi del diritto", per dirla con Aldo Schiavello<sup>18</sup>).

Ciò vale a maggior ragione se si fa un passo avanti nel confrontarsi con le tesi di Ansuátegui e si prende sul serio la tesi della continuità/sviluppo tra stato di diritto e stato costituzionale. Com'è noto, non si tratta di una tesi scontata. Si è insistito molto, ad esempio, sul fatto che solo con l'avvento dello stato costituzionale entri in crisi quel paradigma della sovranità sul quale era ancora incentrato lo stato di diritto e che questo abbia comportato anche un significativo passaggio di poteri dalle mani del legislatore, rappresentante della sovranità, ai giudici, custodi dei diritti proclamati nella Costituzione<sup>19</sup>. Gustavo Zagrebelsky, da parte sua, pur riconoscendo che lo stato di diritto indica «una direzione di sviluppo dell'organizzazione dello Stato»<sup>20</sup>, ha rappresentato il passaggio allo stato costituzionale come un «un vero e proprio mutamento genetico», nel quale si è realizzata una rivoluzione nei punti di riferimento dell'ordinamento giuridico<sup>21</sup>. Ciò perché il costituzionalista torinese impiega un concetto ampio di stato di diritto che può essere riempito di contenuti tra loro assai diversi<sup>22</sup>. La tesi di Ansuátegui, come già ricordato poc'anzi, è che invece i due momenti si pongano lungo una linea continua, sulla quale l'uno è premessa e l'altro conseguenza; ed è una tesi che si regge sull'assunzione di un punto di vista ben determinato, che a questo punto occorre approfondire: e cioè quello relativo al rapporto tra diritto e potere.

Qui si può intanto sottolineare un primo aspetto, sebbene non ci sia modo di soffermarsi: nel modo in cui Ansuátegui presenta il modello dello stato costituzionale appare evidente che ogni teoria del diritto si trascina dietro una teoria del potere, e viceversa. Avere una certa idea di cosa sia il diritto significa – implicitamente o esplicitamente – averne una su cosa sia il potere. Questo emerge chiaramente sia da quanto l'Autore afferma in alcuni passaggi del suo volume (quando ad esempio afferma esplicitamente che un potere non regolato è puro arbitrio), sia da alcuni problemi che vengono in esso discussi, come ad esempio quello della creazione giudiziale del diritto (a cui è dedicato il cap. 5 del volume). Ad ogni modo, il punto rilevante ai nostri fini è

<sup>17</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 96.

<sup>18</sup> Cfr. SCHIAVELLO 2017.

<sup>19</sup> Cfr. ad. es. i lavori di Vincenzo Omaggio: OMAGGIO 2011 e OMAGGIO 2022.

<sup>20</sup> ZAGREBELSKY, 1992, 20.

<sup>21</sup> ZAGREBELSKY, 1992, 39. Cfr. anche SCHIAVELLO 2022, 4 ss.

<sup>22</sup> Cfr. ZAGREBELSKY 1992, 20 ss.

che il costituzionalismo, per Ansuátegui, è quella particolare concezione del diritto che si afferma nell'epoca che Maurizio Fioravanti ha chiamato della «costituzione dei moderni», concezione fondata «sull'idea di *limite*, ossia sulla rivendicazione della necessità urgente di limitare il potere, la quale rimanda a sua volta «alla rivendicazione dei diritti degli individui»<sup>23</sup>. Potremmo dire, riprendendo quanto Ansuátegui dice a proposito di un passaggio ulteriore sul quale ci soffermeremo nel prossimo paragrafo, che la sua è una visione “ottimistica”, in quanto non vede il superamento dello stato di diritto da parte dello stato costituzionale come frutto di un limite del primo che deve essere rimediato nel secondo, bensì come esito di una «vocazione espansiva» del diritto medesimo che conduce a una sempre più decisa limitazione del potere e a un riconoscimento sempre più largo dei diritti dei cittadini.

Mi pare di poter dire che, nella visione di Ansuátegui, ciò che caratterizza lo stato di diritto, prima, e lo stato costituzionale, poi – e che non può non caratterizzare anche gli ulteriori sviluppi degli ordinamenti in senso cosmopolitico – è una certa modalità del rapporto tra diritto e potere, caratterizzata da una «progressiva razionalizzazione delle strutture giuridico-politiche», che non si estrinseca però sul piano formale ma si concretizza nell'affermare «le “ragioni dei diritti”, di fronte alle “ragioni della politica”»<sup>24</sup>. È lo “spirito” dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789 a manifestarsi e a produrre i suoi effetti, nelle modalità che ogni epoca consente e richiede. In questo senso, nella lettura dello studioso spagnolo, quello dallo stato di diritto allo stato costituzionale appare solo come un passaggio di grado, quantitativo più che qualitativo, e lo dimostra il modo in cui viene trattato ad esempio il tema della crisi della legge, che egli interpreta non come crisi di un determinato e specifico atto normativo, bensì di nuovo come trasferimento di determinate modalità regolative dalla legge alla Costituzione. È in quest'ultima che bisogna ora andare a cercare quelle esigenze di generalità e astrattezza che un tempo si realizzavano nella legislazione: ma si tratta pur sempre di affermare e realizzare quell' “imperio della legge” che è alla base delle due diverse modalità politico-giuridiche dello stato di diritto e dello stato costituzionale. I cambiamenti che ciò comporta sul piano dell'assetto istituzionale – leggi: la necessaria creazione delle Corti costituzionali – e sul piano della prassi giuridica – leggi: la necessità «di rimodulare l'argomentazione in modo tale da non rinunciare a valori come la prevedibilità, l'imparzialità, la sicurezza, l'uguaglianza nell'applicazione della legge»<sup>25</sup> – pur venendo puntualmente rilevati e sottolineati da Ansuátegui, si presentano non come effetto di un cambio di paradigma, potremmo dire con Thomas Kuhn, bensì come trasformazioni interne ad un unico paradigma: «tanto il principio di legalità quanto quello di costituzionalità implicano un'idea di controllo, di limite, di soggezione al diritto»<sup>26</sup>.

Ora, verrebbe da pensare che una tale lettura “continuista” sia resa possibile dall'essersi collocati in un punto di osservazione posto talmente in ‘alto’ da far sfumare le differenze: più ci si allontana dall'oggetto osservato, in effetti, meno si colgono i tratti del paesaggio. Ma non è questo il caso: Javier Ansuátegui si è buttato invece proprio “nel mezzo della mischia”, osservando dall'interno i movimenti dello stato costituzionale per coglierne, non solo e non tanto i singoli elementi, ma soprattutto la logica più essenziale. Per cui: certamente ci sono elementi singoli molto cari all'Autore, come la garanzia dei diritti che si connette a sua volta ad un fondamento individualistico<sup>27</sup>, ma c'è innanzitutto la consapevolezza che la logica dello stato costituzionale implichi un superamento della classica distinzione tra i due livelli della legalità e della legittimità, perché «la presenza, all'interno di un ordinamento giuridico, di norme attributive di diritti fondamentali dotate di rango costituzionale determina delle ripercussioni sugli aspetti formali e sostanziali della validità delle norme»<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 11.

<sup>24</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 21.

<sup>25</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 51.

<sup>26</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 42.

<sup>27</sup> Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 7.

<sup>28</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 41.

Tema cruciale quant'altri mai, questo, che tra le altre cose si connette con la questione che abbiamo incontrato nel primo paragrafo e che mi permetto di rilanciare nuovamente perché qui appare massimamente evidente quanto ogni operazione compiuta dai giuristi agisca e retroagisca sul sistema giuridico, condizionandone la dinamica. In altre parole, quel nesso particolare tra diritto e potere che è al centro dell'impresa costituzionalistica può funzionare soltanto in quanto sul piano della vita del diritto si compiano determinate operazioni. Operazioni che non riguardano soltanto il legislatore, i giudici e i funzionari, ma anche lo scienziato del diritto, chiamato – anche suo malgrado – a cooperare a quell'impresa. Se il giurista opera sul piano della legalità/validità, e se però questo piano è strettamente connesso (per non dire sovrapposto) a quello della legittimità, non è difficile derivarne la portata normativa dei discorsi dei giuristi.

Questa constatazione deve valere come richiamo a quella responsabilità, che Ansuátegui lega decisamente alla cultura giuridica costituzionalistica. La consapevolezza del ruolo che i giuristi svolgono è il primo elemento di quell'approccio critico che per il nostro Autore è un vaccino con il quale il giurista deve «immunizzarsi», ciò che gli consentirà «di non diventare un mero servo del potere»<sup>29</sup>. A maggior ragione quando i punti fermi della cultura positivista sembrano vacillare, e in particolare vacilla proprio quello che ne aveva costituito il caposaldo, e cioè la certezza del diritto. Se il diritto, oltre che mite, può essere definito – con una bella immagine che occorrerà valorizzare – come *sfuocato*, allora si capisce definitivamente che il giurista non è più colui che lavora con un manufatto già bell'e compiuto che gli viene consegnato dal legislatore (come ancora pensava Piero Calamandrei<sup>30</sup>), ma è anche lui una sorta di (aiuto-)fabbro che contribuisce a forgiare il manufatto medesimo.

«Nel momento in cui prendiamo coscienza della presenza di dimensioni che non possono essere affrontate in una prospettiva esclusivamente formale o autoritativa, esigendo un superamento del formalismo nella produzione normativa, corriamo il rischio di far perdere terreno alla chiarezza con cui identifichiamo il diritto. Il problema che sto ponendo, pertanto, è se insieme al diritto mite possiamo parlare di un diritto sfuocato, con le relative implicazioni sul piano morale e della sicurezza giuridica»<sup>31</sup>.

Le «implicazioni sul piano morale e della sicurezza giuridica», in questo caso, sono in gran parte nelle mani dei giuristi. Sta a loro far sì che un ordinamento che si presenta strutturalmente «con lacune, contraddizioni e inesattezze nella formulazione dei propri enunciati»<sup>32</sup> – e che si presenta in questo modo perché chiamato a giocare «la sfida di regolamentare una società plurale, complessa, molteplice nelle sue espressioni e proposte morali e ideologiche», nonché caratterizzata «da un notevole ritmo di trasformazione»<sup>33</sup> – incarni al meglio le premesse e le promesse di quella impresa giuridico politica che dallo stato di diritto ha portato, idealmente e con mille peripezie, alla realizzazione dello stato costituzionale<sup>34</sup>.

#### 4. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato mondiale*

La tesi della continuità tra stato di diritto e stato costituzionale acquista ancora maggior forza e pregnanza se si valorizza, nel discorso di Ansuátegui, la proiezione in avanti che lascia intravede-

<sup>29</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 142.

<sup>30</sup> Cfr. CALAMANDREI 2008.

<sup>31</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 100.

<sup>32</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 118.

<sup>33</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 117.

<sup>34</sup> Sui compiti e le responsabilità della cultura giuridica, in particolare costituzionalistica, ha richiamato l'attenzione assai di recente G. Zagrebelsky. Cfr. ZAGREBELSKY 2023.



re. Lo stato costituzionale, infatti, non è altro che «uno stadio nell'evoluzione storica dei diritti e delle libertà: un processo la cui tendenza porta verso l'affermazione dell'universalità dei diritti»<sup>35</sup>. Appare dunque chiaro perché all'inizio di questo scritto ho parlato di filosofia della storia. Quella che lo studioso spagnolo mette in atto nelle sue pagine è infatti una lettura del cammino storico del diritto che si proietta decisamente verso il futuro. Ancor più decisamente rispetto ad altre letture, che pure intravedono una evoluzione dello stato costituzionale nella direzione di uno «stato internazionale»<sup>36</sup>, quella di Ansuátegui mi pare segnata da una disposizione che non saprei definire diversamente che *fiduciaria*. Doppia, anzi: perché se «la peculiarità del costituzionalismo contemporaneo all'interno della storia della nostra cultura giuridica [è] espressione di una fiducia nel diritto»<sup>37</sup>, a maggior ragione è espressione di questa fiducia la convinzione che il costituzionalismo possa riproporre le sue esigenze e i suoi canoni su un piano globale.

Il ragionamento che Ansuátegui sviluppa nel capitolo dedicato alla universalità dei diritti è tutto segnato da questa doppia fiducia. Per quanto egli veda e sottolinei i molti problemi che l'universalismo si porta dietro, non c'è alcun dubbio che i diritti hanno, per lo studioso spagnolo, una strutturale (potremmo chiamarla ontologica) propensione a valere universalmente: «l'idea secondo cui i diritti umani sono universali fa probabilmente parte delle nostre intuizioni basiche e fondamentali riguardo ai diritti»<sup>38</sup>. Ed è proprio qui che si mostra, anche su questo piano, come il diritto e il discorso che si fa su di esso (nella veste di diritti) siano strettamente intrecciati. Mai come in questo caso, l'essere e il dover essere del diritto (e dei diritti) si sovrappongono, chiamando in causa il lavoro dei giuristi. Riferendosi alle norme delle Dichiarazioni che affermano l'universalità di certi diritti, Ansuátegui afferma che

«gli effetti pratici della norma, l'effettivo adeguarsi della realtà al messaggio del contenuto normativo, non è una conseguenza diretta della mera esistenza della norma, ma implica l'applicazione della norma, da parte dell'operatore giuridico o dei destinatari della norma medesima, alle circostanze concrete, adottando a tal fine precise misure o adeguando certi comportamenti. Questo permette di capire in che senso vadano intesi quegli enunciati normativi che affermano l'universalità dei diritti. Accanto all'interpretazione secondo cui questi testi affermano che i diritti sono (*de facto*) universali, si colloca anche l'altra, a mio avviso più realista, per la quale ciò che si dice è che i diritti *devono essere* universali»<sup>39</sup>.

Se le cose stanno così, *chi* più dei giuristi è chiamato ad affermare la normatività universale dei diritti? Chi più dei giuristi può dare voce alla «fiducia nella capacità del diritto di controllare, razionalizzare e limitare l'esercizio del potere politico»<sup>40</sup> anche su scala globale?

Ancora una volta, si tratta di riaffermare la stessa logica che porta alla limitazione del potere attraverso la tecnica dei diritti: abbiamo a che fare con la nuova tappa nello sviluppo di una «dinamica espansiva, che affonda le proprie radici nel cosmopolitismo del progetto illuminista»<sup>41</sup>. Quel che importa, almeno in questa sede, è che non si tratta soltanto di «un programma per il futuro», da affidare alle mani dei politici, e che dovrebbe portare a proteggere i diritti «di fronte a tutti i poteri, politici ed economici»<sup>42</sup>. Si tratta innanzitutto di affermare sul piano della teoria che l'universalità dei diritti è *pensabile* perché era già contenuta nel nucleo della strategia filosofico-politica e giuridica centrata su di essi. In questo senso, allo stesso modo in cui lo stato costi-

<sup>35</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 24.

<sup>36</sup> Cfr. ad es. BARBERIS 2022, 39 SS.

<sup>37</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 172.

<sup>38</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 144.

<sup>39</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 152.

<sup>40</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 172-173.

<sup>41</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 175.

<sup>42</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 178.

tuzionale rappresentava la continuità logica dello stato di diritto (vedi *supra*), si può «pensare al cosmopolitismo come un ulteriore perfezionamento del costituzionalismo»<sup>43</sup>.

I problemi cominciano, se mai, nel momento in cui ci si rende conto che lo scenario in cui si deve realizzare questo ulteriore passaggio è completamente differente. Se la trasformazione dello stato di diritto in stato costituzionale si è potuta realizzare all'interno del contesto politico fornito dallo stato (nazionale), il nuovo passaggio richiede un salto decisamente più difficile, se non addirittura azzardato. Perché può non esserci alcun dubbio sul fatto che ci sia «continuità concettuale e pragmatica tra costituzionalismo e cosmopolitismo» e che quindi «il costituzionalismo, portato alle sue ultime conseguenze, conduc[a] al cosmopolitismo»<sup>44</sup>; bisogna capire però come si fa – con quali strumenti teorici e con quali soluzioni pratiche – a passare dall'uno all'altro, portando l'uno dentro l'altro. Se il costituzionalismo è innanzitutto limitazione del potere attraverso il diritto e i diritti, sappiamo bene che esso ha potuto funzionare all'interno di una cornice istituzionale che era allo stesso tempo anche geografica e territoriale, con tutto ciò che questo comporta – e Ansuátegui lo sottolinea<sup>45</sup> – in termini di appartenenza e di solidarietà tra cittadini e tra cittadini e istituzioni. Per quanto appaia difficile immaginare di andare oltre lo stato – «che senso ha rivendicare il superamento dello Stato se non si sono alternative?»<sup>46</sup>, dice il nostro Autore – non c'è alcun dubbio sul fatto che una garanzia adeguata dei diritti, e anche una limitazione dei molti poteri “selvaggi” che si stanno sviluppando a livello globale<sup>47</sup>, è possibile solo se riusciamo a immaginare e poi realizzare delle istituzioni capaci di farsene carico.

Ed è qui che si può allargare il discorso di Ansuátegui portandolo su un terreno che forse non è quello su cui è stato sviluppato ma che, oso sperare, non gli è del tutto estraneo.

Mi pare che la sfida davanti alla quale ci troviamo sia proprio quella di «mostrare la rilevanza del diritto nella creazione di un ordine sociale, tanto nazionale quanto sovranazionale»<sup>48</sup>. Questa sfida, tuttavia, non deve necessariamente essere pensata secondo le coordinate consuete. La lotta per i diritti globali non deve essere collocata dentro le categorie e i riferimenti che ci sono familiari e che fanno capo appunto allo stato. Ciò non significa però che non la si debba comunque ancorare a un qualche soggetto, o meglio, a una pluralità di soggetti, capaci di garantire un riferimento per un adeguato ordine istituzionale. Se non è ad uno “stato mondiale” che possiamo pensare, non è detto che non si debba lavorare alla creazione di istituzioni sovranazionali capaci di rappresentare il terreno adeguato su cui far crescere la nuova stagione del costituzionalismo mondiale.

C'è da dire innanzitutto che questo terreno non è del tutto incolto e abbandonato. Come ha mostrato Giorgio Pino, il costituzionalismo dei diritti ha già abbondantemente messo alla prova la sua capacità di proiettarsi oltre i confini nazionali: sia attraverso patti e convenzioni, sia con la «progressiva apertura dei sistemi giuridici nazionali alla dimensione internazionale e sovranazionale dei diritti fondamentali», sia con la moltiplicazione degli stati che si sono dati costituzioni rigide rispettose dei diritti medesimi<sup>49</sup>. Si tratta adesso di andare oltre: non immaginando percorsi di centralizzazione simili a quelli che si sono realizzati all'interno degli stati nazionali (sul modello teorico offerto da Hobbes e da Kelsen) ma lavorando – anche e innanzitutto sul piano della teoria del diritto e della politica internazionale – per creare istituzioni cosmopolitiche capaci di farsi carico della forza dei diritti e di fargli spazio là dove essi maggiormente soffrono a causa delle molteplici violazioni.

<sup>43</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 184.

<sup>44</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 171.

<sup>45</sup> Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 183.

<sup>46</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 183.

<sup>47</sup> Cfr. FERRAJOLI 2011 e FERRARESE 2022.

<sup>48</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 171.

<sup>49</sup> PINO 2017, 26-27.

Al netto della necessità di affrontare (se non di risolvere) i casi più macroscopici di violazione collettiva dei diritti umani fondamentali, si tratta di una sfida che a mio parere deve percorrere linee orizzontali più che verticali, sottolineando nei diritti non solo ciò che essi hanno di conflittuale e di rivendicativo, come avviene frequentemente nella letteratura su di essi e come lascia trasparire lo stesso Ansuátegui nelle sue considerazioni<sup>50</sup>, ma valorizzando l'elemento relazionale che è intrinseco nei diritti medesimi e che consiste nel fatto che essi stanno in relazione feconda, e non oppositiva, con i corrispettivi doveri. Va benissimo dunque la "retorica dei diritti", che li presenta come frutto di quella rivoluzione copernicana che ha condotto le società umane (occidentali), secondo la nota lettura di Bobbio, a passare dall'età dei doveri a quella dei diritti<sup>51</sup>. Ma questa rivoluzione riguarda appunto il rapporto verticale tra l'individuo e lo stato, mentre ciò che è necessario valorizzare oggi è la dimensione orizzontale dei diritti, che proprio per il fatto di chiamare in causa le persone nella loro strutturale relazionalità, può mettere in campo quella «capacità di seduzione» di cui parla Ansuátegui quando si pone il problema – sacrosanto – di cercare una strategia che «possa permettere di coniugare le esigenze concettuali del discorso sull'universalità dei diritti con l'esistenza di molteplici e diverse concezioni morali e culturali»<sup>52</sup>. In altre parole, posto che non è percorribile la strada di una universalizzazione imposta dall'alto, difficilmente riusciremo a universalizzare i diritti se non li faremo dialogare fecondamente con quelle culture nelle quali non ha attecchito (e forse, chissà, non attecchirà mai) né la cultura individualistica né quella conflittualistica. I diritti si portano dietro una grande forza espansiva perché sono capaci di cambiare le relazioni tra i soggetti, portandole dal dominio alla parità, dal disconoscimento al riconoscimento, dalla sottomissione alla dignità. Ma questa forza può esplicarsi nelle culture centrate su uno spirito comunitario (e sulla valorizzazione del sentimento del dovere) soltanto se saremo capaci di capire che l'effettività dei diritti non riposa soltanto sul potere ma soprattutto sulle pratiche sociali a cui quei diritti devono corrispondere e con le quali devono interloquire anche criticamente. Il futuro del costituzionalismo globale, insomma, è legato alla sua capacità di rispondere ai bisogni diffusi e di legarsi alle pratiche attraverso cui questi bisogni si esprimono. Da qui nasceranno anche, con i tempi che saranno necessari, le istituzioni più adeguate affinché i diritti possano diventare effettivi. Esattamente come è avvenuto per lo stato costituzionale, che non è stato solo un meccanismo istituzionale in cui il potere è stato limitato dai diritti, ma è stato innanzitutto una impresa istituzionale cresciuta conformemente alle aspettative e ai bisogni di una umanità che li esprimeva e che si impegnava essa stessa a realizzarli.

<sup>50</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 143 e 178.

<sup>51</sup> Il riferimento è ovviamente a BOBBIO 1990.

<sup>52</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 166.

*Riferimenti bibliografici*

- ANSUÁTEGUI ROIG F.J. 2020. *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli.
- BARBERIS M. 2022. *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Giappichelli.
- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Einaudi.
- CALAMANDREI P. 2008. *Fede nel diritto* (a cura di S. Calamandrei, con saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelsky), Laterza.
- CARRINO A. 2019. *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Mimesis.
- COSTA P., ZOLO D. 2006. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli.
- FERRAJOLI L. 2011. *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza.
- FERRARESE M.R. 2022. *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, il Mulino.
- OMAGGIO V. 2011. *Il diritto nello Stato costituzionale*, Giappichelli.
- OMAGGIO V. 2022. *Saggi sullo Stato costituzionale*, Giappichelli.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino.
- PINO G., VILLA V. (eds.) 2016. *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino.
- PINTORE A. 2023. *Coercizione e diritto*, Mimesis.
- RICCOBONO 2020. *Riflessioni su un modello giuridico*, in ANSUÁTEGUI 2020, 209 ss.
- RICCOBONO F. 2021. *La vocazione critica della teoria del diritto europeo e la questione dei valori*, in LALLATA COSTERBOSA M. (ed.), *L'Europa allo specchio. Identità, cittadinanza, diritti*, il Mulino.
- RIDOLFI G. 2017. *Rechtsstaat. Percorsi nella cultura giuridica tedesca del XIX secolo*, Editoriale Scientifica.
- SCHIAVELLO A. 2017. *Il diritto e il suo doppio. In cerca della frontiera tra la conoscenza giuridica e il suo oggetto*, in «Rivista di filosofia del diritto», numero speciale, 65 ss.
- SCHIAVELLO A. 2022. *Il futuro del costituzionalismo (se il costituzionalismo ha un futuro)*, in «Teoria e storia del diritto privato», numero speciale, 2022.
- ZAGREBELSKY G. 1992. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi.
- ZAGREBELSKY G. 2023. *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Laterza.

# IL “SENTIMENTO” DEL COSTITUZIONALISMO

FRANCESCO MANCUSO



## Il “sentimento” del costituzionalismo

### The “Sentiment” of Constitutionalism

FRANCESCO MANCUSO

Professore ordinario di Filosofia e sociologia del diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Salerno.

E-mail: [fmancuso@unisa.it](mailto:fmancuso@unisa.it)

#### ABSTRACT

Il contributo analizza il testo *Norme, giudici, Stato costituzionale* a partire dalla messa in luce, da parte dell’autore, della questione dei valori, della scelta politica e degli elementi pregiuridici che costituiscono il cosiddetto “sentimento del diritto”. Il primo argine ai fenomeni avanzanti di decostituzionalizzazione e deistituzionalizzazione è una prospettiva critica qual è quella articolata nell’opera di Ansuátegui.

The contribution analyses the book *Norme, giudici, Stato costituzionale* starting from the author’s highlighting of the question of values, political choice and pre-legal elements that constitute the so-called “sentiment of law”. The first barrier to the advancing phenomena of deconstitutionalisation and de-institutionalisation is a critical perspective such as the one articulated in Ansuátegui’s work.

#### KEYWORDS

costituzionalismo, populismo, politica e diritto, democrazia

constitutionalism, populism, law and politics, democracy

# Il “sentimento” del costituzionalismo

FRANCESCO MANCUSO

In conclusione dell'intervento presente in questo forum e dedicato al libro di Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, Maurizio Fioravanti, in quello che è purtroppo uno dei suoi ultimi e come sempre preziosi contributi alla cultura giuridica europea, in un solo colpo fa strame di quella che Giorgio Pino opportunamente ha nominato “vulgata neo-costituzionalista”, e delle sue a volte autoreferenziali e alquanto sterili classificazioni<sup>1</sup>. L'autore, infatti, al fine di cogliere il senso del paradigma costituzionalistico, ci rimanda all'essenziale, direbbe Husserl “alle cose stesse!”.

Cosa c'è alla base del grande viluppo di questioni poste da quella relativamente recente, novecentesca forma di convivenza umana tendenzialmente progressiva, pacifica, liberale e democratica, sorta come reazione agli orrori del totalitarismo, un “mai più!”, che siamo soliti chiamare Stato costituzionale? Se le origini storiche remote del costituzionalismo moderno sono da rintracciare nel diritto di resistenza, quelle del costituzionalismo contemporaneo fanno tutt'uno con la Resistenza europea al nazifascismo: come ha detto il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, in un recentissimo memorabile discorso, «frutto del 25 aprile è la nostra Costituzione».

Alle spalle di ogni tassonomia più o meno adeguata, più o meno consapevole della complessità, vi è il nitore dell'articolo 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789. Da esso, e senza tralasciare il contesto storico e le specifiche articolazioni istituzionali e ideologiche, deve prendere le mosse ogni discorso sugli sviluppi (e sulle regressioni, molte delle quali in atto) di questa rivoluzionaria e integralmente umanistica civilizzazione del diritto e della politica: «Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri fissata, non ha una costituzione». Questa, e non altra, è la sostanza del costituzionalismo continentale, individuabile già nella sua fase aurorale e decisiva, e permanente anche negli sviluppi contemporanei di quella che non è solo una tecnica ma anche una ideologia, negativa e positiva: ideologia, nel primo senso, del non-dominio, della non-oppressione, della non-ineguaglianza; tecnica dei limiti normativi dello Stato, ma che solo nello Stato poteva svilupparsi (e questa è una tesi centrale del volume di Ansuátegui); nel secondo senso, positivo: progetto, forma giuridica di una “volontà generale” non ridotta, come voleva Schmitt, a mera acclamazione di un capo, ma frutto di una mediazione, di un “compromesso” politico all'interno di una società necessariamente pluralista, attuazione, adempimento di precisi doveri di solidarietà, in una parola: democrazia, in un doppio movimento (così bene rappresentato da Fioravanti con l'immagine dell'ellisse) che contemporaneamente rigetta, perché radicalmente alterante il senso proprio del costituzionalismo, sia una lettura “iperindividualistica” e garantistica, liberistica, della Costituzione, sia un'interpretazione “iperpolitica” o, come oggi si direbbe, sovranistica<sup>2</sup>.

Ridurre pertanto il costituzionalismo, stretto e animato insieme dalle tensioni prima accennate, a tecnica giuridica *seelenlose*, è quanto di più esiziale per esso, ed è elemento che contribuisce a sottovalutare il disseccamento di valore ed efficacia dei suoi principi fondamentali e costitutivi (ignorando cioè il fortissimo nesso, caratteristico, che si produce tra teoria, storia e politica del diritto):

<sup>1</sup> Un'ottima introduzione al costituzionalismo scritta con profonda sensibilità insieme storica e teorica è quella di BONGIOVANNI 2005.

<sup>2</sup> FIORAVANTI 2009, VII: «È la forza storica del costituzionalismo e la sua *necessaria doppia vocazione*, cioè che impedisce alla Repubblica di rinnovare concezioni monistiche e volontaristiche della sovranità. Ma nello stesso tempo il lato politico, che si esprime nella necessaria ricerca del principio di unità politica, impedisce a quella medesima Repubblica di ridursi nei limiti del mero strumento di garanzia dei diritti».

eguaglianza, libertà, oggi messa a dura prova dagli imponenti sviluppi tecnologici, pluralismo, pacifismo. Ma l'essenziale a cui siamo invitati da Fioravanti non è costituito nemmeno da temi, di pur rilevante interesse giusfilosofico, che emergono numerosi dagli studi costituzionalistici attuali: dai mutamenti di struttura agiti *dal* costituzionalismo e *nel* costituzionalismo (come, nel primo caso, lo spostamento di asse dal legislativo al giudiziario; il secondo caso, invece, esemplificato dal non lineare rapporto tra costituzionalismi nazionali e sovranazionali), all'individuazione, oggi assai di moda con singolare inversione di prospettive, di presunte sue tendenze antidemocratiche, rilevate sulla base di ricezioni a volte alquanto acritiche di studi elaborati in ambito anglosassone, non direttamente applicabili al contesto continentale (da Waldron a Loughlin)<sup>3</sup> e con poco giustificabile confusione tra "contromaggioritario" e "antidemocratico": come ha scritto Pierre Rosanvallon, che non è un giurista, le corti costituzionali «conduisant à instaurer une confrontation permanente entre les différents peuples démocratiques [...]. Loin de se contenter de juger et de censurer, elles participent de cette façon à l'enrichissement de la délibération démocratique, dans ce qui en forme le cœur: la détermination et le renforcement de l'être-ensemble»<sup>4</sup>. Anche in questo caso, ignorando la complessità dell'interazione diritto-politica, si rimane ai pur importanti contorni senza avvicinarsi minimamente al nucleo, all'essenziale appunto, che è invece costituito da ciò: «Alla base della Costituzione italiana, come di ogni altra Costituzione dell'età contemporanea, – scrive Fioravanti – vi è sempre un sentimento popolare, che tiene in piedi la Costituzione medesima, altrimenti destinata a deperire. È dunque lì che dobbiamo ricercare la forza permanente della Costituzione. Poiché è lì che vive la Costituzione, dove tutto inizia, prima ancora che nelle aule parlamentari o in quelle giudiziarie». Già Rudolf von Jhering aveva individuato nel sentimento del diritto, quello che, storicamente determinato come contenuto della coscienza, solo oppone "resistenza ai maltrattamenti", l'elemento primordiale che anima la "lotta per il diritto" e, aggiungo, per i diritti, di tutti e di ciascuno. In un passaggio cruciale del libro di Ansuátegui, messo opportunamente in luce da Francesco Riccobono nella sua postfazione<sup>5</sup>, si indica la necessità di andare oltre una mera, consolatoria quanto inutile e a volte controproducente catechistica dei buoni valori del costituzionalismo, posto che, già Kelsen lo insegnava, è impossibile fuoriuscire dal rischio che anche all'interno di una stessa costellazione di valori possa prodursi un conflitto tra gli stessi. Discorso, questo sui valori, sdruciolevole quant'altri mai data la possibilità di ribaltare, come fece Schmitt nel periodo postbellico, radicalizzando oltre il dovuto il pensiero di Weber, ogni problematica valoriale in una cupa e potenziale genesi di tirannia dei valori, data dalla loro polemicità e destinale lotta a morte, con un singolare cortocircuito che brucia, insieme al paventato (non si sa con quanta sincerità) fanatismo assiologico, anche ogni legittimità della costruzione, giuridica e politica, di istituzioni centrate su quella che Max Scheler, oggetto di critiche schmittiane, chiamava *Ehrfurcht* (rispetto, cura e tutela dell'altro)<sup>6</sup>. E non a caso Schmitt, che già nel 1923 – vale a dire molto prima della sua adesione al nazismo – aveva stabilito un nesso di connessione diretta tra democrazia, identità e annichilimento dell'estraneo, dello "straniero", dell'altro ("*Vernichtung*"), aveva come obiettivo polemico primario, al tempo del suo *Tyrannie der Werte*, la costituzione democratica della Repubblica federale tedesca, il *Grundgesetz*.

*Nec tecum nec sine te*, dunque (mi riferisco ai valori, naturalmente)? La soluzione che dà Ansuátegui a questo vero e proprio dilemma fondamentale del costituzionalismo è di magistrale raffinatezza: «credo che la strategia migliore per continuare a parlare di diritti universali in un mondo segnato dalla diversità sia quella che potremmo definire la strategia dei minimi. Si tratterebbe di identificare quei contenuti morali che potrebbero costituire un minimo morale comune e con-

<sup>3</sup> WALDRON 2001; LOUGHLIN 2022.

<sup>4</sup> ROSANVALLON 2008, 223.

<sup>5</sup> RICCOBONO 2020, 209-215.

<sup>6</sup> Ma il termine significa anche, in tedesco, timore, paura, quasi a indicare una radice hobbesiana della necessità di regole di tutela e rispetto comuni: il diritto, la costituzione, rendono l'altro un prossimo, non estraneo.



diviso». Si tratta però di un “minimo” non minimalistico, se così posso dire, giacché includerebbe quelle decisive “dimensioni morali” direttamente collegate all’idea stessa di diritti: ancora una volta, eguaglianza, libertà e non dominio come forme elementari di un costituzionalismo che non solo presuppone, ma reclama affinché possa essere diritto vivente, la scelta politica (per dirla con l’espressione resa celebre da Uberto Scarpelli); la seconda parte essenziale della strategia proposta dal filosofo del diritto della Carlos III di Madrid, allievo, importante ricordarlo, di Gregorio Peces Barba, è costituita da quanto oggi il costituzionalismo possa esercitare una “capacità di seduzione” tale da attivare quel sentimento del diritto e dei diritti, quella scelta politica cui facevamo riferimento prima. Non ritengo che Ansuátegui pensi a forme di patriottismo costituzionale in senso habermasiano, le quali scontano negativamente il loro artificialismo. Piuttosto, e come risulta qui e lì nel suo libro, constatato quanto il diritto condizioni e sia a sua volta condizionato dalla questione del legame sociale<sup>7</sup>, quella alternativa alla barbarie che è il costituzionalismo può trarre linfa non da visioni ireniche e pacificate del percorso dei diritti, bensì proprio da un’idea democratica e politica (ma non iperpolitica) che mantenga costantemente alta l’attenzione sulla intrinseca programmaticità tensionistica del contenuto costituzionalistico delle norme, sulla discrasia, da rimediare, non da accettare supinamente, tra validità ed effettività delle leggi, le quali ultime – questo il lascito più importante del positivismo giuridico nient’affatto *hard* cui l’autore aderisce – sono strumento, non regola sacrale, prodotto dall’uomo per l’uomo, e volto certamente, come nel modello hobbesiano, a produrre ordine, ma ordine tanto più duraturo e sicuro quanto meno dimentico di quella protesta «contro il tormento dell’eteronomia» con cui Hans Kelsen inaugura *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (sottolineando subito dopo, in maniera non contraddittoria bensì critica, che la differenziazione sociale e quel grado di eteronomia, pur temperato da una legittimazione democratica, che è costitutivo del giuridico, sono essenziali affinché vi sia approssimazione a quella eguaglianza tradita dal comando e dal dominio).

Ignorare il dislivello validità/efficacia, trattare il *thesaurus* costituzionale come un consolatorio proclama sui diritti, ampliare gli spazi della diseguaglianza, sottovalutare l’impatto della globalizzazione sui sistemi politici, avversare il pacifismo come fosse “pappa del cuore”, riaprire le porte ai “giganti malefici” evocati da Beveridge, facendo decadere baluardi costituzionali della democrazia come la sanità pubblica, la scuola, l’università, la giustizia: tutto ciò equivale a lasciare campo libero a ogni torsione unilateralistica dei concetti del costituzionalismo. Non è un caso che l’ambito di studi costituzionalistici oggi più interessante è quello che, anche in prospettiva comparata, analizza il rapporto tra costituzionalismo e populismo: si è parlato giustamente, a tal proposito, di mimetismo e parassitismo, nel senso di una prossimità dei concetti – a partire da quello di “popolo”, alla cui “demitizzazione” peraltro (quasi nel senso di Bultmann) procedono con consonanza di accenti sia Schmitt sia Kelsen, giungendo il primo alla teologia politica, il secondo a una radicale deteologizzazione del diritto e della democrazia, con esiti politico-ideologici opposti –, prossimità, si diceva, che vede il populismo assumere dal costituzionalismo, e sviluppare in modo consapevolmente incompleto e unilaterale, alcuni dei suoi concetti fondamentali (come “popolo” o “sovranità”), per tradurli in un paradigma dell’immediatezza e della avversione a ogni differenziazione e complessità, la quale richiama peraltro alcuni elementi di possibile connessione tra populismo e tecnocrazia<sup>8</sup>. Come ha notato un grande esperto dei fenomeni populistici, Yves Mény, l’espressione “costituzionalismo populista” «può sembrare un ossimoro, ma bisogna riconoscere che ogni sistema democratico è una combinazione di populismo e costituzionalismo»<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> GRECO 2012.

<sup>8</sup> ALLEGRI et al. 2019; DELLEDONNE et al. 2022; KÉRVÉGAN 2021; LA TORRE 2021; MANCUSO 2022; MARTINICO 2021; ZAGREBELSKI 2014. Sulla tecnocrazia, KELSEN 1991.

<sup>9</sup> MÉNY 2022, XIV.

Per tutto ciò e per altro ancora, la proposta di Ansuátegui sull'esplorazione necessaria di vie per riattivare una capacità di "seduzione" del costituzionalismo si mostra innanzitutto come un invito a una filosofia del diritto che si non si dissecchi in sterile tecnicismo, che affronti con coraggio le contraddizioni, i "lati oscuri" del diritto e della politica, della loro inaggirabile relazione costitutiva<sup>10</sup>. Già in altra opera tradotta in italiano, importante, l'autore aveva sottolineato che «ogni democrazia è militante»<sup>11</sup>. Nel testo che oggi discutiamo, insieme ad eccellenti analisi delle forme di sviluppo istituzionale dello Stato costituzionale, mai dimentiche delle sue scaturigini a partire dallo Stato moderno, vi sono decise, e condivisibili, indicazioni di politica del diritto, molto vicine alle recenti proposte teoriche di Luigi Ferrajoli: «L'ampliamento del paradigma dello Stato costituzionale di diritto [la connessione non è casuale..., N.d.R.] implicherebbe un capovolgimento della relazione tra economia e politica attraverso l'espansione a livello estensionale e intensionale di tale paradigma, la prima delle quali – quella estensionale – sarebbe diretta ad "addomesticare" i "poteri selvaggi" che operano nei contesti economici e sociali, statali e globali»<sup>12</sup>. Nella stessa pagina, Ansuátegui parla di tre «rivoluzioni istituzionali della modernità», di cui la terza è ancora a venire, e il cui nucleo valoriale soffre degli aspetti di regressione delle prime due: la rivoluzione giuspositivista, quella gius-costituzionalista, quella cosmopolitica: «la logica dei diritti e del costituzionalismo implica la necessità di ripensare gli spazi politici tradizionali e compiere un esercizio d'immaginazione orientato a porre le condizioni necessarie affinché l'universalità sia effettiva»<sup>13</sup>.

In fondo, l'universalismo non è sempre e comunque un inganno. Anzi. E uno dei tanti meriti del chiaro e profondo testo di Javier Ansuátegui sta nell'avercelo ricordato.

<sup>10</sup> Ma vedi anche AZZARITI 2013, 177-191.

<sup>11</sup> ANSUÁTEGUI 2018, 214.

<sup>12</sup> ANSUÁTEGUI 2020, 187.

<sup>13</sup> ANSUÁTEGUI 2020, 187.

*Riferimenti bibliografici*

- ALLEGRI G., STERPA A., VICECONTE N. 2019. *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Editoriale Scientifica.
- ANSUÁTEGUI ROIG F. 2018. *Libertà d'espressione: ragione e storia*, Giappichelli.
- ANSUÁTEGUI ROIG F. 2020. *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli.
- AZZARITI G. 2013. *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza.
- BONGIOVANNI G. 2005. *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza.
- DELLEDONNE G., MARTINICO G., MONTI M., PACINI F. 2022. *Populismo e costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori.
- FIORAVANTI M. 2009. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza.
- FIORAVANTI M. 2020. *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza.
- GRECO T. 2012. *Diritto e legame sociale*, Giappichelli.
- KELSEN H. 1991. *Sociologia della democrazia*, Edizioni Scientifiche Italiane.
- KERVÉGAN J.-F. 2021. *Populism as a Phenomenon of Dedifferentiation*, in «Rechtstheorie», 52.
- LA TORRE M. 2021. *Noli me tangere and the End of the "Long Century": Between Empathy and Anger*, in «Rechtstheorie», 52, 2021, 311 ss.
- LOUGHLIN M. 2022. *Against Constitutionalism*, Harvard University Press.
- MANCUSO F. 2022. *Il limite del diritto*, Giappichelli.
- MARTINICO G. 2021. *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press.
- MÉNY Y. 2022. *Populismo: dalla protesta al consolidamento giuridico*, in DELLEDONNE G., MARTINICO G., MONTI M., PACINI F. *Populismo e costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, p. XIV.
- RICCOBONO F. 2020. *Riflessioni su un modello giuridico*, in ANSUÁTEGUI ROIG F., *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli, 209 ss.
- ROSANVALLON P.G. 2008. *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil.
- WALDRON J. 2001. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giuffrè.
- ZAGREBELSKI G. 2014. *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Laterza.



# SUL PROBLEMA DELLA CREAZIONE GIUDIZIALE DEL DIRITTO

GIORGIO PINO



# Sul problema della creazione giudiziale del diritto

## On Judicial Creation of Law

GIORGIO PINO

Professore di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre.  
E-mail: [giorgio.pino@uniroma3.it](mailto:giorgio.pino@uniroma3.it)

### ABSTRACT

Il tema della creatività dell'interpretazione, e specialmente dell'interpretazione svolta in sede giudiziaria, è attualmente al centro di accesi dibattiti, fomentati peraltro dall'innegabile circostanza che, nell'attuale contesto giuspolitico rappresentato dallo Stato costituzionale, la discrezionalità – se non addirittura la libertà – interpretativa dei giudici sembra essere aumentata esponenzialmente. Questo breve saggio intende offrire un tentativo di chiarimento della questione, in una prospettiva soprattutto di teoria del diritto e di teoria dell'interpretazione giuridica: non proporrò formule magiche o una risposta definitiva a questo problema, ma quantomeno proverò a chiarire gli elementi fondamentali del problema della creatività interpretativa, e a dissipare alcuni possibili equivoci che si annidano in questo dibattito.

Legal interpretation, and its 'creative' nature, is a hotly debated topic. Especially in the context of contemporary Constitutional states, interpretative discretion of judges seems to have increased exponentially. This short essay aims at clarifying this issue, from a perspective primarily of legal theory and the theory of legal interpretation: I will not propose magic formulas or a definitive answer to this problem, but at the very least I will try to clarify the basic elements of the problem of interpretive creativity, and to dispel some possible misunderstandings that lurk in this debate.

### KEYWORDS

interpretazione giuridica, creatività interpretativa, creazionismo, stato costituzionale

legal interpretation, interpretive creativity, constitutional state

# Sul problema della creazione giudiziale del diritto

GIORGIO PINO

1. *La filosofia del diritto e lo Stato costituzionale* – 2. *Ragionando di creatività interpretativa* – 3. *Modeste proposte per una teoria della creatività giurisprudenziale*.

## 1. *La filosofia del diritto e lo Stato costituzionale*

Le riflessioni che Francisco Ansuátegui Roig ha consegnato al suo ricco volume *Norme, giudici, Stato costituzionale* (ANSUÁTEGUI ROIG 2020) si iscrivono in un filone della ricerca filosofico-giuridica contemporanea che potremmo identificare sotto l'etichetta “filosofia dello (o per lo) Stato costituzionale”.

Si tratta di un indirizzo di ricerca<sup>1</sup> che si sforza di esplorare le principali implicazioni teoriche che derivano dalla diffusione, avvenuta dapprima nel continente europeo, poi gradualmente su scala pressoché mondiale, del modello di organizzazione giuspolitica riconducibile allo Stato costituzionale di diritto – una organizzazione giuspolitica caratterizzata dai seguenti principali elementi: presenza di una costituzione rigida e garantita, e pertanto gerarchicamente superiore alla legge; riconoscimento alla costituzione di un carattere pienamente giuridico, da cui consegue la sua diretta applicabilità in giudizio; inclusione nella costituzione – o comunque a livello costituzionale – di un ampio elenco di principi e valori morali, alcuni dei quali *sub specie* di diritti fondamentali.

Come è ormai ampiamente noto, nel contesto dello Stato costituzionale alcune questioni e concetti giuridici assumono una luce nuova rispetto a quanto accadeva nel modello ad esso precedente, e cioè nello Stato “legislativo” (diffusosi in Europa nel corso dell'Ottocento, ed entrato definitivamente in crisi a metà del Novecento). Così, ad esempio, il concetto di validità appare oggi come un concetto radicalmente trasformato, in senso qualitativo, rispetto al passato: se nel modello dello Stato legislativo la validità poteva essere ricondotta alla corretta produzione dell'atto normativo da un punto di vista *formale-procedurale* (validità “formale”), nello Stato costituzionale la validità diventa anche, se non soprattutto, una questione di conformità di *contenuti* tra norme inferiori e norme superiori (validità “materiale” o “sostanziale”)<sup>2</sup>. Oppure, si pensi al tema dei principi del diritto: anche se quella di principio giuridico era una nozione affatto consolidata nella cultura giuridica europea moderna<sup>3</sup>, essa diventa adesso per un verso assai più visibile che in passato (nello Stato costituzionale, le norme di principio sono ubique e il ragionamento giuridico “per principi” è un modulo argomentativo assolutamente normale), e per altro verso assume una natura un po' diversa che in passato (i principi, nello Stato costituzionale, occupano uno spazio intermedio tra diritto e morale: sono indiscutibilmente giuridici, ma hanno un ineliminabile contenuto morale).

<sup>1</sup> Al quale io stesso ho provato a dare un contributo: PINO 2017. Ma a dare la maggiore riconoscibilità a questo filone di indagine è stato ovviamente Luigi Ferrajoli: FERRAJOLI 1989 e 1993.

<sup>2</sup> In realtà, il discorso svolto nel testo contiene una semplificazione di cui è bene dare conto: anche nello Stato legislativo, infatti, gli atti sub-legislativi potevano essere valutati alla luce della loro validità materiale, ovviamente con riferimento alla loro conformità alla legge. Il punto però è che, nello Stato legislativo, la validità *della legge* – e cioè della fonte del diritto che è tuttora considerata come il paradigma della giuridicità – poteva essere solo di tipo formale, e non anche di tipo materiale (in altre parole: la legge dello Stato legislativo poteva avere, giuridicamente, qualunque contenuto). Di contro, nello Stato costituzionale anche la legge è suscettibile di essere valutata alla luce della sua validità materiale (in altre parole: la legge dello Stato costituzionale non può, giuridicamente, avere qualunque contenuto).

<sup>3</sup> È appena il caso di notare che, molto prima che il tema dei principi giuridici venisse “scoperto” da Ronald Dworkin (DWORKIN 1967), la nozione di “principi (generali) del diritto” era presente nelle codificazioni europee ottocentesche e novecentesche, ed era stata discussa ed analizzata con grande finezza ad esempio da Vezio Crisafulli (CRISAFULLI 1941; su cui si può vedere PINO 2020) e Norberto Bobbio (BOBBIO 1966).

È appena il caso di precisare che quella che qui ho chiamato “filosofia dello Stato costituzionale” non va confusa, come talvolta viene fatto, con l’impalpabile “neocostituzionalismo”, e cioè con un insieme di tesi filosofico-giuridiche sulla natura del diritto, sostenute da, o attribuite a, autori come Robert Alexy, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, Gustavo Zagrebelsky. Tra queste tesi vi sono ad esempio l’enfasi sulla connessione necessaria tra diritto e morale (l’idea che il diritto non possa essere esaurito nell’insieme delle decisioni formalmente corrette adottate da un’autorità politica, ma includa anche, necessariamente, una dimensione materiale, sostanziale, che lo lega alla giustizia); la continuità tra ragionamento giuridico e ragionamento morale; il primato del “punto di vista interno”, il punto di vista del partecipante alla pratica giuridica, ai fini della comprensione del diritto; la qualificazione del diritto come una “pratica sociale” in cui è centrale la dimensione interpretativa e argomentativa; l’idea che sia disponibile, sempre oppure nella maggior parte dei casi, una unica risposta giusta o corretta ai problemi giuridici; l’adesione a qualche forma di oggettivismo etico; il rifiuto del positivismo giuridico<sup>4</sup>.

Incidentalmente, è interessante notare come l’uso dell’etichetta “neocostituzionalismo” per denominare la posizione filosofico-giuridica che difende le tesi appena viste è per un verso misterioso, e per altro verso paradossale. È misterioso perché non si vede in che modo tesi di questo tipo dovrebbero avere a che fare con il concetto contemporaneo di costituzione o con lo Stato costituzionale: di fatto, quelle tesi vengono proposte come tesi affatto generali sulla natura del diritto, e vi sono anche fondati dubbi sul fatto che quelle tesi si compongano realmente in una nuova e ben identificabile posizione filosofico-giuridica<sup>5</sup>. Ed è paradossale il fatto che questa etichetta sia regolarmente associata ad alcuni autori estremamente influenti, anche se controversi, del dibattito filosofico-giuridico degli ultimi decenni, e si sia conquistata un posto fisso nei dibattiti filosofico-giuridici, nelle riviste e nei manuali di filosofia del diritto: tanto da apparire quasi come un paradigma non solo riconoscibile, ma addirittura dominante nella filosofia del diritto contemporanea; e tuttavia, paradossalmente, nessuno degli autori normalmente considerati come neocostituzionalisti utilizza questa etichetta per qualificare la propria posizione filosofico-giuridica, e alcuni di essi anzi la rifiutano esplicitamente<sup>6</sup>.

D’altronde, se la vulgata neocostituzionalista (o quella che nel dibattito degli ultimi trenta o quarant’anni è chiamata così) è costantemente ispirata dal rifiuto del positivismo giuridico, e dall’ambizione di sostituire ad esso un paradigma filosofico-giuridico del tutto nuovo, è pur vero che i principali contributi all’analisi e alla comprensione del modello dello Stato costituzionale sono stati elaborati proprio in ambito giuspositivista: penso a molti importanti lavori di Luigi Ferrajoli, ovviamente, ma anche di Luis Prieto Sanchís, di Riccardo Guastini, di Paolo Comanducci, di Mauro Barberis, di José Juan Moreso, di Tecla Mazzarese, del sottoscritto (*si parva licet*); e anche il lavoro di Ansuátegui Roig mi sembra inserirsi chiaramente in un orizzonte giuspositivista.

Tornando al nostro discorso, dunque, uno dei fenomeni che nel contesto dello Stato costituzio-

<sup>4</sup> Per alcuni tentativi di ricostruzione del paradigma neocostituzionalista inteso come approccio filosofico-giuridico, v. ATIENZA 2001, 309 s. (da cui è ripreso l’elenco di tesi riportato nel testo); COMANDUCCI 2002, 78-94; MAZZARESE, 14-22; GUASTINI 2011; PINO 2011, 968-975; BONGIOVANNI 2013. Una ricostruzione parzialmente diversa da quella riportata nel testo, e incentrata sulla tesi della connessione necessaria tra diritto e morale, sulla teoria dei principi, e sul bilanciamento, si può leggere in FERRAJOLI 2010; BARBERIS 2012.

<sup>5</sup> GUASTINI 2011; a cui ha risposto BARBERIS 2011.

<sup>6</sup> Questo è accaduto in particolare con Luigi Ferrajoli e Manuel Atienza. Il primo, a lungo considerato un esponente di spicco del neocostituzionalismo, ha espressamente rifiutato questa etichetta e ha peraltro criticato duramente molte tesi caratteristiche del neocostituzionalismo (FERRAJOLI 2010). Il secondo continua a sostenere tesi caratteristiche del neocostituzionalismo, ma ha affermato di non essere un autore neocostituzionalista (ATIENZA 2014, 1). Una delle poche eccezioni, forse l’unica, è rappresentata da GARCÍA FIGUEROA 2009, che afferma esplicitamente di voler difendere una concezione neocostituzionalista del diritto. Luis Prieto Sanchís, di conseguenza, ha avuto buon gioco ad affermare che il neocostituzionalismo appare come una corrente di pensiero che in realtà conta pochissimi militanti (PRIETO SANCHÍS 2010, 462).



nale sembrano presentarsi in una luce nuova è il tema della discrezionalità interpretativa, che viene declinato anche come “creazione giudiziale del diritto”. Ovviamente, quello della discrezionalità interpretativa, e segnatamente giudiziaria, è un tema classico della riflessione filosofico-giuridica, e lo è stato ben prima dell’avvento dello Stato costituzionale. Il punto però è che nel contesto dello Stato legislativo la discrezionalità interpretativa veniva per un verso programmaticamente limitata (ad esempio da un tessuto normativo formulato prevalentemente “per regole”, e da un abito mentale di deferenza dei giudici verso il legislatore), e per altro verso ideologicamente occultata (dietro lo schermo di operazioni tecnicamente neutre); di contro, nel contesto dello Stato costituzionale la discrezionalità interpretativa è per un verso istituzionalmente ammessa se non incoraggiata (ad esempio, da un tessuto normativo formulato prevalentemente “per principi”, dalla struttura multilivello dell’ordinamento, e dal ricorso all’interpretazione conforme a Costituzione), e per altro verso apertamente esibita e – da taluni – perfino esaltata<sup>7</sup>.

È su questo punto che intendo concentrare le brevi osservazioni che cercherò di articolare in questo contributo. Ovviamente, Francisco Ansuátegui Roig è perfettamente consapevole dell’importanza della questione della creatività interpretativa nell’economia dello Stato costituzionale, tanto da dedicarvi specificamente uno dei saggi che compongono il volume<sup>8</sup>, oltre a toccarlo in vari altri luoghi sparsi nel volume. E confesso subito che, personalmente, trovo gli argomenti e le conclusioni di Ansuátegui Roig ampiamente condivisibili. Le riflessioni che seguono, dunque, non saranno una critica della posizione espressa da Ansuátegui Roig, ma piuttosto cercheranno di essere un autonomo tentativo di analisi del fenomeno della creatività interpretativa giudiziale.

## 2. *Ragionando di creatività interpretativa*

Come accennato, il tema della creatività dell’interpretazione, e specialmente di quella interpretazione particolarmente autorevole e autoritativa che viene svolta in sede giudiziaria, è attualmente al centro di accesi dibattiti. E questi dibattiti sono fomentati dall’ineludibile dato di realtà che, nell’attuale contesto giuspolitico rappresentato dallo Stato costituzionale, la discrezionalità – se non addirittura la libertà – interpretativa dei giudici sembra essere aumentata esponenzialmente. È stata anche coniata un’apposita parola per denotare, ovviamente in senso deteriore, questo fenomeno: “creazionismo”<sup>9</sup>.

È chiaro peraltro che il nesso tra l’incremento della discrezionalità interpretativa dei giudici, a cui stiamo assistendo da alcuni decenni, e l’avvento dello Stato costituzionale è, in certa misura, una semplificazione. Se per un verso è certo che la struttura normativa dello Stato costituzionale di per sé agevoli l’apertura di (ampi) margini interpretativi nella giurisdizione, per altro verso sarebbe ingenuo pensare che, oggi, la discrezionalità *dipenda solo da questo*. I fattori, in realtà sono molteplici e concomitanti: l’apertura alla dimensione sovranazionale e multilivello (apertura che, peraltro, potrebbe essa stessa essere considerata una componente necessaria dello Stato costituzionale<sup>10</sup>), la crisi della capacità regolativa della legge (proliferazione e sciatteria legislativa, legislazione per clausole generali, decodificazione), il declino dell’autorità della dottrina e della sua funzione ordinante (come testimoniato dal genere letterario “trattato giudiziario”), la speculare

<sup>7</sup> Si vedano ad es. GROSSI 2017; LIPARI, 2018a e 2018b.

<sup>8</sup> V. ANSUÁTEGUI ROIG 2020, cap. 5. Il saggio in questione, dal titolo “Creazione giudiziale del diritto: critica di un paradigma”, è apparso originariamente nel 2006.

<sup>9</sup> Il termine “creazionismo” ha recentemente assunto una certa popolarità (FERRAJOLI 2016 e 2018; LUCIANI 2019) al fine di designare, e criticare, una posizione che fonde lo scetticismo interpretativo (ossia la tesi che il giudice ha una libertà interpretativa pressoché completa) e l’idea che la giurisprudenza sia fonte del diritto. Si può peraltro dubitare che una posizione che sostenga contemporaneamente queste due tesi sia concettualmente coerente (cfr. PINO 2021, 336 ss.).

<sup>10</sup> In proposito, PINO 2017, 26 s.

crescita della dimensione autoreferenziale della giurisprudenza, che si condensa in un vero e proprio “formalismo giurisprudenziale”<sup>11</sup>.

Ora, la questione della creatività interpretativa presenta molteplici livelli di complessità.

Un primo livello di complessità, del tutto ovvio, è di tipo ideologico, o filosofico-politico: il riconoscimento, e ancor di più l’apologia, della creatività interpretativa della giurisprudenza mette direttamente in questione quel caposaldo della modernità giuspolitica che è la separazione dei poteri, e l’idea ad essa strettamente associata che la produzione normativa debba essere primariamente affidata agli organi dotati di legittimazione democratica.

Un secondo livello di complessità è più propriamente filosofico-giuridico, e riguarda la scelta del concetto di diritto che sottende la discussione. Ad esempio, una prospettiva tendenzialmente giusnaturalista, che sostenga che il diritto (il “vero” diritto) non sia oggetto di creazione da parte di decisioni e comportamenti sociali, ma piuttosto sia oggetto di scoperta per mezzo dell’uso della retta ragione, darà una risposta diversa al problema della creatività interpretativa rispetto a quella che può essere data nell’ambito di una prospettiva giuspositivista; e, all’interno di quest’ultima, sarà diversa la risposta che a questo problema potrà essere data assumendo un approccio di tipo normativistico oppure un approccio di tipo giusrealistico.

Un terzo livello di complessità è di tipo teorico-giuridico: sia che si voglia sostenere la tesi che l’interpretazione giudiziaria crei, o possa creare, diritto, sia che si voglia criticare questa tesi, occorre necessariamente chiarire che cosa si intenda quando si usano concetti come “creazione di diritto”, “fonte del diritto”, “applicazione del diritto”, “norma giuridica” – cioè, né più e né meno, occorre dotarsi di una quantomeno rudimentale teoria del diritto.

Un quarto livello di complessità, infine, dipende dalla natura stessa dell’interpretazione giuridica (così come, per questo aspetto, di qualunque attività interpretativa): l’interpretazione è, per un verso, interpretazione di un oggetto, e dunque non è pura creazione *ex nihilo*; ma per altro verso è, necessariamente, un’attività trasformativa, che cambia l’oggetto interpretato e lo rende in una luce nuova (più comprensibile più aggiornata, più “giusta”, ecc.). L’interpretazione, dunque, si muove in equilibrio su una linea indefinibile tra conservazione e innovazione, tra il rispetto per l’oggetto originale da interpretare e la sua inevitabile trasformazione. E, oltre ad essere impossibile stabilire in astratto come gestire la ricerca di questo equilibrio, diverse teorie dell’interpretazione (o forse dovremmo parlare di dottrine?) fissano in punti diversi l’asticella dell’interpretazione – alcune più verso la conservazione, altre più verso l’innovazione<sup>12</sup>. (Per chiarezza: in questo capoverso sto parlando del problema *concettuale* di cosa sia l’interpretazione; non sto parlando invece del problema di *metodologia prescrittiva* di cosa sia una interpretazione buona, giusta, efficiente ecc.; in questo secondo senso, è perfino ancora più ovvio che alcune metodologie, formaliste, spingeranno maggiormente verso la polarità della conservazione, mentre altre metodologie, sostanzialiste, spingeranno maggiormente verso la polarità dell’innovazione<sup>13</sup>.)

È del tutto normale, e anzi inevitabile, che chi prende posizione nel dibattito sulla creatività giurisprudenziale sia condizionato – esplicitamente o, più spesso, tacitamente – da assunzioni di tipo ideologico, di tipo filosofico-giuridico, di tipo teorico-giuridico, e di assunzioni relative specificamente alla natura dell’interpretazione giuridica. E ovviamente, questi piani sono tra loro strettamente intrecciati: gli uni influenzano gli altri, spesso in una maniera non rigidamente predeterminata (non ci si deve aspettare, ad esempio, che dall’adozione di una prospettiva

<sup>11</sup> PINO 2021, 323 ss; PINO 2022.

<sup>12</sup> Si veda ad esempio la differenza, nel rapporto conservazione/innovazione in sede interpretativa, che emerge rispettivamente dalla teoria dell’interpretazione di Ronald Dworkin, e da quella di Riccardo Guastini. Nel primo caso, all’interprete sono riconosciuti ampi margini di (apparente) innovazione, al fine di trovare la *one right answer*; nel secondo caso, tendenzialmente ogni interpretazione che travalica il significato letterale è innovativa.

<sup>13</sup> Per una più precisa articolazione della distinzione tra ideologie dell’interpretazione formaliste e sostanzialista, rimando a PINO 2021, cap. IX.

giuspositivista segua una precisa e univoca soluzione al problema della creatività giurisprudenziale), e anche circolare. Ciò che si può auspicare, evidentemente, è che vi sia possibilmente un po' di chiarezza sui presupposti (ideologici, filosofici, ecc.) del discorso, e che i piani di discorso siano per quanto possibile chiaramente separati (in modo, ad esempio, da non contrabbandare per tesi teoriche quelle che in realtà sono preferenze ideologiche).

Per parte mia, intendo svolgere nelle prossime pagine un tentativo di chiarimento sul problema della creatività interpretativa, in una prospettiva soprattutto di teoria del diritto e di teoria dell'interpretazione giuridica: intendo chiarire quantomeno alcuni dei concetti teorici rilevanti in questo dibattito. Come diventerà evidente, non proporrò formule magiche o una risposta definitiva a questo problema, ma quantomeno proverò a chiarire gli elementi fondamentali della questione, e a dissipare alcuni possibili equivoci che si annidano in questo dibattito.

### 3. Modeste proposte per una teoria della creatività giurisprudenziale

Il chiarimento sul problema della creatività interpretativa, e segnatamente giurisprudenziale, che intendo proporre passerà attraverso alcuni punti, che in un certo senso partono da osservazioni pressoché ovvie, per muovere via via verso osservazioni più problematiche e perfino paradossali.

*Primo punto.* Da un punto di vista nomodinamico, i giudici *creano* certamente qualcosa, e cioè un atto giuridico che possiamo genericamente chiamare “sentenza”: la sentenza è esattamente ciò che è prodotto in esito all'esercizio della funzione giudiziaria. Questo è banale, e altrettanto banalmente non è questo il punto interessante della questione; il punto interessante, piuttosto, è se *il contenuto* di questo atto sia creativo oppure no: è un problema di nomostatica (di derivazione di norme da norme), più che di nomodinamica (di produzione di un atto come esercizio di un certo potere). Il problema della creatività giurisprudenziale è un problema di creazione *di norme*, non *di atti*. La domanda rilevante è: i giudici creano norme?

*Secondo punto.* Se il concetto di norma giuridica è inteso a ricomprendere non solo le norme generali e astratte, ma anche le norme individuali e concrete<sup>14</sup>, allora i giudici creano sicuramente norme individuali e concrete, contenute nel dispositivo della sentenza. Ma, nuovamente, non è questo il punto interessante della questione: in fin dei conti, la norma individuale e concreta è estratta – da un punto di vista logico – con un ragionamento deduttivo da una norma generale e astratta: è la conclusione di un sillogismo (o di una catena di sillogismi) la cui premessa maggiore è una norma generale e astratta. Ed è evidente che lo svolgimento di un sillogismo non ha, in sé, nulla di creativo – anzi, è puramente tautologico: date certe premesse, la conclusione non può non seguire, per necessità logica. Dunque, se vi è qualcosa di creativo nell'attività interpretativa giudiziale, questo deve stare non nel “trovare” la norma individuale, ma casomai nel porre la norma generale (una certa norma generale) come premessa del sillogismo giudiziale. Detto altrimenti, l'eventuale attività creativa non starà nel dispositivo, ma nella motivazione (in diritto) della sentenza<sup>15</sup>.

*Terzo punto.* Dunque, una ipotetica attività creativa di diritto si può annidare nell'individuazione della norma generale e astratta che il giudice pone a premessa maggiore del suo sillogismo giudiziale, e questa norma sarà enunciata nella motivazione in diritto della sentenza. Ma in che senso il giudice crea, o quantomeno può creare, una norma nella motivazione della sentenza? Nuovamente, ci sono alcune importanti distinzioni da tenere a mente.

*Disposizione e norma.* In un primo senso, abbastanza ovvio, nel corso della decisione giudiziale il giudice crea una norma, perché una norma (esplicita) è, per definizione, il prodotto dell'interpretazione di una o più disposizioni. Quantomeno se si adotta l'apparato concettuale, ormai abba-

<sup>14</sup> In proposito, PINO 2016, 71 s.

<sup>15</sup> V. in proposito GUASTINI 1986.

stanza standard<sup>16</sup>, che definisce la “disposizione” come un enunciato (un segmento di linguaggio) presente in un atto normativo, e la “norma” come il significato attribuito a tale enunciato in esito a un processo interpretativo, allora si deve concludere che è concettualmente inevitabile che nel corso dell’attività giudiziale venga “creata” una norma – o, a ben vedere, che vengano create plurime norme, visto che il percorso decisionale del giudice normalmente si svolge all’interno di una trama normativa ricca e complessa (norme procedurali, norme sulla competenza, norme sulle prove, norme sostanziali...). In questo senso, dunque, l’affermazione che l’interprete in generale, e il giudice in particolare, “crei” norme è quasi una tautologia: mentre il lavoro del legislatore (in senso ampio) è porre atti normativi, composti da disposizioni, il lavoro dell’interprete è trovare la norma: la norma esiste solo dopo l’interpretazione, allo stesso modo in cui un suono esiste solo dopo che qualcuno lo abbia proferito.

“Quasi” una tautologia, però: perché la distinzione concettuale tra disposizione e norma, di per sé, lascia del tutto aperta la questione se il passaggio dalla disposizione alla norma sia in qualche senso vincolato, oppure del tutto libero, oppure un po’ vincolato e un po’ libero. In altre parole, sottolineare la distinzione concettuale, e ontologica, tra disposizione e norma non comporta, di per sé, che l’attività interpretativa che parte dalla disposizione e arriva alla norma sia un’attività libera e priva di limiti – né lo esclude, ovviamente. Dunque, pur una volta che si sia riconosciuto che la norma, in questo senso, è creata dall’interprete, resta ancora da vedere se nel processo interpretativo l’interprete sia libero o vincolato: ovvero, resta ancora da vedere che cosa nel processo interpretativo possa vincolare l’interprete, e che cosa invece gli attribuisca spazi di libertà.

Ebbene, detto in estrema sintesi, poiché l’interpretazione è interpretazione di qualcosa (di un oggetto), e poiché l’interpretazione giuridica è, paradigmaticamente, interpretazione di enunciati linguistici, allora il primo vincolo all’interpretazione giuridica è la formulazione linguistica degli enunciati da interpretare, o meglio il significato ovvio di tali enunciati. Ad un testo non si può far dire, letteralmente, qualunque cosa. Questo sembra abbastanza ovvio – e d’altronde, se così non fosse, non si capirebbe perché le nostre società impieghino così tante risorse nella redazione e diffusione di testi giuridici<sup>17</sup>. Ci sono però due complicazioni. La prima complicazione, su cui torneremo nei capoversi successivi, è che il linguaggio è una entità elastica e porosa, e dunque non ci si può aspettare che opponga un vincolo rigido alle attività interpretative. La seconda complicazione è che il linguaggio giuridico ha uno statuto particolare, è un linguaggio “amministrato”<sup>18</sup>: nel diritto, i significati (inclusi i significati “ovvi”) non emergono solo dalla prassi spontanea dei parlanti, ma sono in ultima analisi (anche) stabiliti da certe autorità, gli organi della produzione e dell’applicazione giuridica. E questa dimensione “amministrata” del linguaggio giuridico può per un verso fungere da vincolo per gli interpreti (come nel caso in cui esistano definizioni legislative sufficientemente precise, o indirizzi interpretativi sufficientemente stabilizzati), e per altro verso può aprire spazi di libertà interpretativa (come nel caso in cui siano presenti tecnicizzazioni plurime, o indirizzi interpretativi frammentati).

*L’interpretazione è trasformazione.* Un secondo senso in cui l’interpretazione crea norme, un senso meno ovvio del precedente, ma pur sempre abbastanza familiare al giurista, consiste nel fatto che l’interpretazione comporta sempre, inevitabilmente, una trasformazione del suo oggetto. Un minimo di cambiamento è insito in qualunque attività interpretativa. Pur lasciando da parte la questione se esista o no qualcosa come una sinonimia perfetta – la possibilità che l’enunciato interpretativo sia *perfettamente equivalente* all’enunciato interpretato – resta il fatto

<sup>16</sup> Rimando, anche per eventuali approfondimenti bibliografici, a PINO 2021, cap. II; e si vedano anche MODUGNO, LONGO 2021. Una recente messa in questione della distinzione tra disposizione e norma è in LUCIANI 2016.

<sup>17</sup> GIANFORMAGGIO 1995, 74: «distinguere o separare i poteri ha senso infatti solo laddove la produzione di norme sia, insieme, produzione di testi».

<sup>18</sup> Sul linguaggio giuridico come linguaggio amministrato sono fondamentali i lavori di Mario Jori (v. ad es. JORI 2013); per le implicazioni di ciò specificamente nel campo dell’interpretazione giuridica, v. PINO 2021, cap. IV.

che il linguaggio in cui sono formulate le disposizioni giuridiche è sempre caratterizzato da un grado anche minimo di genericità; e di conseguenza l'interprete si trova sempre nella situazione di dover precisare, anche in modi che possono sembrare scontati, o automatici, gli enunciati di partenza. In questo senso, dunque, l'interpretazione è inevitabilmente creativa: perché, per estrarre la norma dalla disposizione, l'interprete dovrà certamente prendere delle scelte, e modificare anche impercettibilmente l'oggetto dell'interpretazione. E anche una interpretazione "dichiarativa", che resti aderente al significato ovvio della disposizione da interpretare, sconta il fatto che tale significato ovvio è già una trasformazione dell'enunciato di partenza.

Vale la pena di definire questa una "creazione di norme"? Probabilmente, impiegare qui la parola "creazione" può suonare eccessivo, perlomeno in alcuni casi. Se di creazione si tratta, lo è in un senso piuttosto debole. Ma c'è almeno una considerazione che rende non del tutto inopportuno parlare, qui, di "creazione": e consiste nell'esigenza che le varie trasformazioni interpretative effettuate dagli interpreti, talvolta minime e impercettibili, talvolta più sostanziose, vengano portate alla luce per quello che sono, e cioè come interventi in senso ampio "costruttivi", e non come semplici "scoperte" di una norma dormiente nei materiali normativi<sup>19</sup>.

*Il problema dello "scarto".* Un terzo senso, più problematico, in cui l'interpretazione crea norme è il seguente. Abbiamo già menzionato la natura elastica e porosa del linguaggio in cui sono formulate le disposizioni giuridiche, un linguaggio inevitabilmente caratterizzato<sup>20</sup> da vaghezza e genericità. Ebbene, come è evidente la vaghezza e la genericità non sono caratteristiche del tipo tutto-oriente, ma piuttosto caratteristiche graduali, scalari: vi possono essere enunciati poco vaghi e/o generici, ed enunciati molto vaghi e/o generici. Di conseguenza, l'ampiezza della libertà interpretativa (e dunque l'ampiezza della creatività dell'interprete) cresce al crescere del grado di vaghezza e genericità delle disposizioni da interpretare. Caso tipico, l'interpretazione di disposizioni che contengono clausole generali, o di disposizioni di principio. Non solo. Se guardiamo specialmente al caso della vaghezza, dobbiamo tenere presente che è nella natura dei concetti vaghi l'assenza di una netta distinzione tra ciò che "sta dentro" e ciò che "sta fuori" dal campo di applicazione di quel concetto. I concetti vaghi sono circondati da una zona grigia, o zona di penombra, i cui confini rispetto alla zona chiara non sono nettamente delimitati: sono sfumati.

La conseguenza di tutto ciò è chiara: per un verso, l'interprete potrà muoversi lungo una "scala" di maggiore o minore creatività – vi saranno interpretazioni più e meno creative. Se si vuole, questa idea la si può rendere con la metafora dello "scarto" tra il significato ovvio, che è il punto di partenza dell'attività interpretativa, e il significato a cui l'interprete arriva a conclusione dell'attività interpretativa: vi saranno casi di scarto minimo, o perfino nullo, casi di scarto medio, e casi di scarto massimo<sup>21</sup>. Per altro verso, però, a causa dell'elasticità e porosità del linguaggio generata dal fenomeno della vaghezza, non vi sarà una precisa linea di confine tra norme prodotte con uno scarto minimo, con uno scarto medio, o con uno scarto massimo: in molti casi, l'esatta entità dello scarto sarà oggetto di disaccordo ragionevole. In altri termini, in molti casi potrà essere sostenuto, con argomenti parimenti plausibili, che una certa norma sia stata prodotta con uno scarto medio oppure con uno scarto massimo (si pensi, al riguardo, all'impalpabilità della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia).

<sup>19</sup> Per non complicare ulteriormente il discorso, sto lasciando inesplorata qui una ulteriore dimensione della creatività interpretativa, che riguarda la questione dell'individuazione delle fonti in sede interpretativa, e dell'attribuzione a qualcosa del carattere di fonte. In proposito, rimando a PINO 2014 e PINO 2021, cap. VII.

<sup>20</sup> Stavo per scrivere "afflitto", ma l'uso di questo termine sarebbe stato una petizione di principio: oltre ad essere in qualche misura inevitabili, vaghezza e genericità non sono necessariamente dei difetti del linguaggio normativo. In molte situazioni, possono produrre effetti benefici, in termini di resistenza nel tempo delle disposizioni giuridiche, e di adattamento a situazioni non previste in anticipo.

<sup>21</sup> Per una più dettagliata articolazione ed esemplificazione di questa idea, v. PINO 2021, cap. VI.

Se quest'ultima conseguenza è chiara, è però anche un po' inquietante: equivale a sostenere, infatti, che non disponiamo di una metrica certa, di un criterio affidabile, per distinguere tra interpretazione giuridica "propriamente intesa" e creazione di nuovo diritto dietro il paravento dell'attività interpretativa. Credo che questa sia, in qualche misura, una conclusione inevitabile. In altre parole, e sempre che l'argomento sviluppato fin qui sia solido, non si può chiedere alla teoria dell'interpretazione di tracciare il confine tra interpretazione e creazione del diritto; piuttosto, in molti casi per distinguere tra interpretazione e creazione ci si dovrà necessariamente dotare di una *politica dell'interpretazione*. Anche se in alcuni casi è possibile affermare che una certa interpretazione sia assai poco creativa, e che un'altra interpretazione sia decisamente creativa, nei casi dubbi questa distinzione non potrà dipendere dai concetti teorici, ma dai valori etico-politici che possono essere associati all'attività interpretativa (certezza del diritto, separazione dei poteri, democrazia, giustizia del caso concreto, innovazione del diritto, ecc.).

*Quarto punto.* Il discorso sulla creatività dell'interpretazione sviluppato fin qui è incompleto, e rischia di produrre una distorsione. Per come lo ho sviluppato fin qui, infatti, potrebbe sembrare che il tasso di (maggiore o minore) creatività interpretativa dipenda in fin dei conti solo dalla "distanza" linguistica tra il significato ovvio, che funge da punto di partenza del processo interpretativo, e il significato che è individuato dall'interprete alla fine di tale processo. Ma questa è solo una parte della storia – anche se è una parte importante, ovviamente. Un'altra parte della storia, un altro versante che deve essere tenuto in considerazione, dipende dal fatto che l'interpretazione giuridica, qui e ora, non è concepita come una attività arbitraria, ma piuttosto come una attività retta da regole (anche se si tratta di regole vaghe, defettibili, non precisamente codificate). Non qualunque attività di attribuzione di significato conta come interpretazione giuridica, ma solo quelle attività che possono essere giustificate, argomentate, sulla base di certi criteri. Questi criteri sono ovviamente le "tecniche interpretative", censite da qualunque trattato di teoria dell'interpretazione.

Ebbene, questa caratteristica dell'interpretazione giuridica come attività retta da regole (nel senso sopra precisato) ha un'ovvia conseguenza – e genera una ulteriore complicazione – sul problema della creatività interpretativa. Ed è che se l'interprete è in grado di esibire argomenti particolarmente forti in favore della soluzione interpretativa che vuole sostenere, ciò può rendere meno creativa una soluzione che da un punto di vista linguistico potrebbe presentarsi come innovativa, sorprendente, ecc. Una soluzione interpretativa linguisticamente "distante" dal significato ovvio potrebbe comunque essere argomentata, con successo, come una soluzione altamente plausibile, perfino come l'unica soluzione possibile.

Se questo è vero, allora la valutazione della creatività interpretativa è un affare complesso, che è funzione *sia* della distanza linguistica tra il significato ovvio da cui parte il processo interpretativo e il significato conclusivo individuato dall'interprete, *sia* della qualità degli argomenti presentati o comunque spendibili a favore di quella soluzione interpretativa. E, come è evidente, nessuna di queste due variabili si presta ad una metrica precisa.

### Riferimenti bibliografici

- ANSUÁTEGUI ROIG F. 2020. *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli.
- ATIENZA M. 2001. *El sentido del derecho*, Ariel.
- ATIENZA M. 2014. *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*, in «Revista Argentina de Teoría Jurídica», 15, 2, 2014, 194 ss.
- BARBERIS M. 2011. *Esiste il neocostituzionalismo?*, in «Analisi e diritto», 2011, 11 ss.
- BARBERIS M. 2012. *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2012, 153 ss.
- BOBBIO N. 1966. *Principi generali del diritto*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, 1994, 257 ss.
- BONGIOVANNI G. 2013. *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 84 ss.
- COMANDUCCI P. 2002. *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in MAZZARESE T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 71 ss.
- CRISAFULLI V. 1941. *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, ora in «Lo Stato», 12/2019, 139-154 (“Parte Prima”); 13/2019, 183-200 (“Parte Seconda”); 14/2020, 185-209 (“Parte Terza”).
- DWORKIN R. 1967. *The Model of Rules I*, in ID., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1978, 14 ss.
- FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 1993. *Il diritto come sistema di garanzie*, in «Ragion pratica», 1, 1993, 143 ss.
- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 55, 3, 2010, 2771 ss.
- FERRAJOLI L. 2016. *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell’approccio ermeneutico alla legalità penale*, in «Ars interpretandi», 2, 2016, 23 ss..
- FERRAJOLI L. 2018. *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi.
- GARCIA FIGUEROA A. 2009. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta.
- GIANFORMAGGIO L. 1995. *L’uguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, il Mulino, 2005, 63 ss.
- GROSSI P. 2017. *L’invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in ID., *L’invenzione del diritto*, Laterza, 114 ss.
- GUASTINI R. 1986. *Problemi di analisi logica della motivazione*, in «Contratto e impresa», 1, 1986, 104 ss.
- GUASTINI R. 2011. *A proposito di neo-costituzionalismo*, in ID., *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, 55 ss.
- JORI M. 2013. *Linguaggio giuridico*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 257 ss.
- LIPARI N. 2018a. *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1, 2018, 5 ss.
- LIPARI N. 2018b. *Costituzione e diritto civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 4, 2018, 1255 ss.
- LUCIANI M. 2016. *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, 391 ss.

- LUCIANI M. 2019. *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in «Questione giustizia», 3, 2019, 16 ss.
- MAZZARESE T. 2002. *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in EAD. (eds.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 1 ss.
- MODUGNO F., LONGO A. 2021. *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Editoriale Scientifica.
- PINO G. 2011. *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 56, 1, 2011, 965 ss.
- PINO G. 2014. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Mucchi.
- PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, ETS.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino.
- PINO G. 2020. *Veio Crisafulli sui principi di diritto. Prima e dopo*, in «Lo Stato», 14, 2020, 175 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli.
- PINO G. 2022. *Ex auctoritate*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 22, 1, 2020, 283 ss.
- PRIETO SANCHÍS L. 2010. *Neocostitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 44, 2010, 461 ss.



# UNA RESPUESTA “FRAGMENTARIA” EN RELACIÓN CON ALGUNOS ELEMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO

FRANCISCO JAVIER **ANSUÁTEGUI ROIG**



Una respuesta “fragmentaria” en relación con algunos elementos del constitucionalismo

A “Fragmentary” Response in Relation to Some Elements of Constitutionalism

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Professore ordinario, Università Carlos III, Madrid.

E-mail: [fcojavier.ansuategui@uc3m.es](mailto:fcojavier.ansuategui@uc3m.es)

#### ABSTRACT

En el texto se subrayan, a partir de los comentarios al libro *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modelo giuridico*, algunas dimensiones del constitucionalismo que son relevantes desde el punto de vista iusfilosófico: la relación entre el Derecho y la moral, la actividad y funciones del juez, y la posición central de los derechos en el modelo constitucional y en el proyecto cosmopolita.

The paper highlights, based on the comments to the book *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modelo giuridico*, some dimensions of constitutionalism that are relevant from an iusphilosophical point of view: the relationship between law and morality, the activity and functions of the judge, and the central position of rights in the constitutional model and in the cosmopolitan project.

#### KEYWORDS

constitucionalismo, moral, poder, interpretación, derechos

constitutionalism, morality, power, interpretation, rights

# Una respuesta “fragmentaria” en relación con algunos elementos del constitucionalismo

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Cuando apreciados colegas dedican parte de su tiempo a leer y a comentar lo que uno ha escrito, surge un obligado sentimiento de gratitud. Las aportaciones y comentarios de Maurizio Fioravanti, Valeria Giordano, Tommaso Greco, Francesco Mancuso y Giorgio Pino, me han ayudado a identificar dimensiones del libro y de los planteamientos que en él se incluyen de las que no había sido lo suficientemente consciente, o que pensaba que no necesitaban ulterior explicación. En todo caso, me siento afortunado por el hecho de haber recibido esta invitación a seguir pensando sobre temas a los que me llevo dedicando desde hace años.

De la misma manera que me sentí halagado cuando hace algún tiempo Marina Lalatta y Francesco Riccobono me propusieron la publicación del libro. La idea me obligó a identificar algunas líneas de continuidad y alguna lógica compartida en escritos que habían sido publicados de manera dispersa e independiente. Lo que me llamó la atención en aquella ocasión fue constatar que, aunque no fuera plenamente consciente de su existencia, esas líneas de continuidad estaban ahí. De manera que se podía hablar de unos fragmentos, de los elementos de un discurso sobre el Derecho que trasciende a esas unidades originarias, discurso necesariamente incompleto en tanto que susceptible de ser sucesivamente complementado. Con esto quiero decir que, evidentemente, los temas contenidos en el libro no agotan aquello que es relevante para la filosofía del Derecho en el escenario constitucionalista; pero en todo caso, todo lo que se incluye en el libro es de relieve iusfilosófico.

El libro se inserta en una dinámica de colaboración y trabajo conjunto con muchos colegas italianos, iniciada hace ya tiempo. Y que hunde sus raíces en la Escuela a la que pertenezco, la de Gregorio Peces-Barba, que a su vez no puede entenderse sin ser bien consciente de las relaciones personales y académicas que aquel estableció con Norberto Bobbio<sup>1</sup>. Gran parte de mi formación iusfilosófica ha estado relacionada con el debate doctrinal italiano, que he intentado seguir de cerca, a partir de 1993, hace ya muchos años, cuando me trasladé al Instituto Universitario Europeo para desarrollar una estancia postdoctoral bajo la tutoría de Massimo La Torre.

En todo caso, este *focus* es el enésimo regalo que me hacen los colegas italianos. Por ello, agradezco a Francesco Mancuso la idea inicial. Y a Giorgio Pino, Aldo Schiavello y Giorgio Maniaci la publicación en *Diritto e Questioni Pubbliche*. Y al mismo tiempo es un recordatorio del hecho de que la distinción bobbiana entre los afectos y los conceptos no debe ser entendida como una antítesis. En los distintos comentarios sobre el libro hay afectos y conceptos.

Pues bien, organizaré mi escrito en torno a grandes cuestiones, en las que se coincide en algunas de las intervenciones o que me parecen especialmente relevantes. Soy consciente de que seré injusto o ingrato porque no podré abordar todos los matices y aportaciones en su riqueza. Distinguiré, por tanto, algunos temas, en un discurso en el que serán inevitables reenvíos internos.

\* \* \*

El escenario constituido por el constitucionalismo<sup>2</sup> permite abordar los problemas clásicos de la filosofía del Derecho, que se presentan con una luz nueva. Pensemos, por ejemplo, en el tema de

<sup>1</sup> Relaciones que se observan en la correspondencia entre ambos, de inminente publicación: Vid. BOBBIO, PECES-BARBA (en prensa).

<sup>2</sup> No me detengo en este momento en las distintas formas de comprender el constitucionalismo de los derechos (un tipo de Estado, de ordenamiento, una cultura jurídica, o una teoría del Derecho) a las que se ha referido PINO 2017, 29-34.

la validez o en la presencia de principios, a los que se refiere Giorgio Pino. En las distintas aportaciones también se reflexiona sobre otros temas “clásicos” como son los que tienen que ver con la interpretación y el papel del juez, con las relaciones que el Derecho establece con la moral y con el poder respectivamente, por ejemplo.

Esto me ratifica en algunas cuestiones que de alguna manera constituyen el punto de partida de mi propuesta. En primer lugar, el hecho de que el constitucionalismo constituye un magnífico laboratorio para la filosofía del Derecho. Con ello quiero decir que constituye un escenario en el que se reproducen, en ocasiones con perfiles nuevos, los temas tradicionales de la filosofía del Derecho, operándose una reformulación y revisión de tesis y de planteamientos clásicos. En otro lugar he defendido la tesis de que la tensión entre razón y voluntad se presenta como el gran problema de la filosofía del Derecho<sup>3</sup>. A través de dicha tensión podemos identificar las dos dimensiones del Derecho, la de la voluntad y la de los criterios de racionalidad, de corrección, a los que pretendemos someter esa voluntad y a través de los cuales procedemos a su evaluación moral. Los que consideramos temas o cuestiones “clásicas” de la filosofía del Derecho pueden ser analizadas desde la óptica de esa tensión, como manifestaciones específicas de la misma. Pues bien, en el caso concreto del modelo constitucional, la tensión característica del mismo, aquella que se produce entre las mayorías y los derechos, entre el legislador y el juez, puede ser analizada desde la óptica de aquella tensión más general.

En segundo lugar, la convicción sobre la relevancia del carácter histórico del Derecho, de los modelos jurídico-políticos, y de la reflexión que se desarrolla en relación con ellos y a partir de ellos<sup>4</sup>. Reconocer esta dimensión histórica nos permite comprender adecuadamente el sentido del constitucionalismo y del modelo del Estado constitucional. Y, al mismo tiempo, de los problemas y retos que se plantean en su interior: desde la evolución de la percepción que se tiene de la creación judicial del Derecho (a la que se refiere Giorgio Pino), pasando por la sucesión de modelos de garantías de los derechos (teorizados por Maurizio Fioravanti<sup>5</sup>) hasta la tendencia expansiva que conduce –o debiera conducir– al constitucionalismo en la dirección del cosmopolitismo (cuestión abordada por Tommaso Greco).

En el libro se presentan “fragmentos” de un modelo jurídico. Estos fragmentos, de diversa naturaleza, se refieren a la dimensión teórica del modelo, o a algunas dimensiones de su funcionamiento efectivo (a su vez respaldadas por propuestas teóricas). Si tuviera que elegir algunos de estos fragmentos a los que se hace referencia en las diversas aportaciones, y que forman parte de esas cuestiones básicas de la filosofía del Derecho, en esta ocasión en la versión definida por el constitucionalismo, posiblemente tendría que poner de relieve el problema de la relación entre el Derecho y la moral, y el problema de la posición y actividad del juez. A ellas me referiré a continuación.

\* \* \*

En relación con la primera de ellas, el comentario de Tommaso Greco me obliga a efectuar una serie de matices y aclaraciones. En el libro se defiende una comprensión sustancial o material del Estado de Derecho. Esa es la base que permite posteriormente una caracterización del Estado

<sup>3</sup> Vid. ANSUATEGUI ROIG 2013.

<sup>4</sup> Me he referido a la cuestión en ANSUATEGUI ROIG 2018.

<sup>5</sup> Es ésta una buena ocasión para agradecer de modo especial el comentario de Maurizio Fioravanti, que me honra. Falleció el 19 de agosto de 2022. Puedo sospechar que, posiblemente, el comentario sobre mi libro (y que aparece póstumo) fue uno de los últimos textos que escribió. La última vez que compartí espacio académico con él fue en Padova, el 12 de mayo de 2022, en un seminario sobre constitucionalismo y positivismo en Bobbio y Matteucci, organizado por Costanza Margiotta. Durante muchos años, aprendí mucho de sus escritos sobre la historia del constitucionalismo. Algunos de las ideas básicas de mis escritos reunidos en el libro beben de sus aportaciones: la concepción del significado del constitucionalismo como filosofía sobre los límites al poder, sus modelos históricos, y los distintos modelos de constitución en su transformación histórica.

constitucional en términos de evolución o transformación, y no de esa ruptura que parece adivinarse en la alusión que Gustavo Zagrebelsky hace al “cambio genético” que él constata entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional. Pues bien, soy consciente de que de una comprensión sustancial o material del Estado de Derecho se derivan implicaciones: no solo respecto a la ya señalada relación entre Estado de Derecho y Estado constitucional, sino al problema de la relación entre el Derecho y la moral.

Refiriéndose al concepto sustancial de Estado de Derecho, Tommaso Greco plantea el problema de la admisibilidad de una definición tan valorativa de una noción que normalmente viene empleada de forma avalorativa. Y al respecto propone el ejemplo de Kelsen. La verdad es que no estoy seguro de que en términos generales la noción de Estado de Derecho se presente generalmente en términos avalorativos, neutros por tanto. Posiblemente el caso de Kelsen sea una excepción; excepción que por otra parte tiene sentido en el marco de una teoría pura del Derecho (que, por cierto –y aunque ello suene banal–, no debe confundirse con una teoría del Derecho puro, puesto que el Derecho nunca es puro, si por pureza entendemos la ausencia de contenidos sustantivos o morales por ejemplo, con independencia del juicio que nos merezcan esos contenidos en su significado concreto). Otra posibilidad que nos permitiría hablar de avaloratividad en relación con el Estado del Derecho sería pensar en una concepción como la del *rule of law*, que en alguna de sus versiones ofrece una caracterización moral (si bien de ella se derivan consecuencias sustantivas)<sup>6</sup>. En todo caso, me parece innegable el hecho de que el concepto de Estado Derecho, más allá de que se profundice en sus dimensiones formales o materiales, tiene una clara y determinada connotación; presenta una dimensión emotiva y una carga valorativa positiva. La sola identificación de un modelo jurídico como un Estado de Derecho invita a una valoración positiva del mismo; valoración positiva que posteriormente tendrá que ratificarse o no a partir del examen de su efectivo funcionamiento.

Del problema de la dimensión valorativa, o de su ausencia, del concepto de Estado de Derecho, Tommaso Greco extrae consecuencias que van más allá de la caracterización de un determinado modelo jurídico político, y que afectan a la conceptualización misma del Derecho. En efecto, se pregunta si un modelo que no incluye los contenidos que permiten identificar al Estado de Derecho (es decir los derechos) es un *Estado de no Derecho*. Con ello, parece plantear la hipótesis según la cual sin esos contenidos (morales) no se puede hablar de Derecho. De esta manera se afectaría de forma directa a la posición que se mantenga en el tema de la relación entre el Derecho y la moral. Pero, en realidad, ese modelo en relación con el cual Tommaso Greco se pregunta si sería un Estado de no Derecho, sería simplemente un modelo de Estado que no se ajusta a una determinada concepción del Estado de Derecho. Y no es necesario ir más allá. Como mucho, se podría hablar de un *Estado no de Derecho*.

En realidad, la cuestión que está en el fondo de esta reflexión es que hablar de Estado de Derecho implica hablar de un determinado tipo de Estado, lo cual parece claro. Pero también implica, y esto es lo importante, hablar de un determinado tipo de Derecho. Cuando se piensa en el Derecho del Estado de Derecho se está pensando en un modelo jurídico particular, protagonizado por los derechos, es decir por un determinado discurso moral. No se está pensando en “el” concepto de Derecho, sino en “un” modelo de Derecho, caracterizado de una determinada manera. Soy consciente de que proponer un concepto material o sustancial de Estado de Derecho implica desenvolverse en un plano prescriptivo, es decir propone un modelo teórico que actúa como referencia para identificar determinados modelos prácticos y, además, para evaluarlos críticamente. Es decir, se está proponiendo un concepto valorativo tanto del Estado de Derecho, como del Derecho del Estado de Derecho.

<sup>6</sup> Vid. BINGHAM 2011; TAMANAHA 2004.

No creo que dicha propuesta ponga en riesgo la avaloratividad con la que el positivismo (pienso en el positivismo metodológico hartiano) aborda la relación entre el Derecho y la moral. Dado que Tommaso Greco (también Giorgio Pino y Valeria Giordano) me sitúa en el ámbito del positivismo, esa propuesta constituiría una incoherencia o una contradicción en mi discurso. Pero, como acabo de señalar, una cosa es hablar del concepto de Derecho en el ámbito de la teoría del Derecho y otra cosa es hablar de la configuración del Derecho en el interior de un modelo concreto y específico (como aquel al que nos estamos refiriendo cuando hablamos de Estado de Derecho). Afirmar que el Derecho del Estado de Derecho es el Derecho de los derechos, (por tanto, un Derecho con contenidos que lo diferencian desde el punto de vista sustancial), no quiere decir que todo Derecho (cualquier manifestación de la experiencia jurídica) se reconduzca a ese modelo. El concepto de Derecho que yo estaría dispuesto a defender asume la posibilidad de una aproximación avalorativa al mismo: un Derecho que se puede identificar en términos de neutralidad; es decir, sin hacer depender la identificación del mismo de su evaluación moral. Pero eso no debería ser incompatible con la afirmación de que hay específicos modelos de Derecho caracterizados no por la mera presencia de contenidos morales, sino de específicos contenidos morales. Por cierto, que esa especificidad es compatible, al mismo tiempo, con la constatación del carácter *sfocato*, borroso, difuminado de los perfiles del Derecho del constitucionalismo en su interacción y diferenciación respectiva con otros sistemas normativos.

Por tanto, el Derecho que incluye determinados contenidos morales es el del Estado de Derecho. Precisamente por eso lo consideramos el “buen” Derecho. Pero, reitero, el hecho de que cuando hablamos de Derecho, de un lado, y cuando hablamos del Derecho del Estado de Derecho, de otro lado, nos situemos en niveles discursivos diferentes es lo que hace que podamos rescatar la neutralidad en la definición del Derecho, situados entonces en el primer caso en el ámbito de la Teoría del Derecho y preocupados por la conceptualización del Derecho como fenómeno normativo. La tesis de la separabilidad entre el Derecho y la moral se muestra operativa en el plano de la teoría del Derecho y no en el discurso identificativo, explicativo y justificativo de un determinado modelo de Derecho, que es el que se encuentra en el interior del Estado de Derecho.

De manera que entre las dos alternativas que derivarían de la interpretación que hace Tommaso Greco de mi posición, yo me quedaría con la segunda. En efecto, Tommaso Greco señala que o se abandona el positivismo jurídico, o se admite que la “defensa” del Estado de Derecho constitucional implica que, al menos en ese caso, estamos en el plano normativo. En relación con un supuesto abandono del positivismo jurídico, tengo que confesar que, en su caso, tampoco me parecería tan grave. Y ello, al menos por dos razones: en primer lugar, por mi creciente escepticismo en relación con el abuso de etiquetas en el ámbito de la filosofía del Derecho y en particular en el de la teoría del Derecho<sup>7</sup>. Si la elaboración de tesis claras que permitan entender mejor el sentido de ese fenómeno normativo que, en términos culturales, entendemos como Derecho, pasa por el abandono de determinados postulados que tradicionalmente, y de manera convencional, se han atribuido al positivismo, creo que estamos frente a un gravamen que se puede pagar. Por otra parte, una visión de la teoría y la filosofía del Derecho contemporánea (me atrevería a decir que al menos desde Hart) muestra que posiciones que tradicionalmente estaban bien marcadas y por tanto diferenciadas, hoy no lo están tanto<sup>8</sup>. Pensemos en las reformulaciones internas que se han desarrollado desde las filas del positivismo. De manera que, posiblemente, tampoco sea tan importante ser positivista, o dejar de serlo. En todo caso, no hay problema en afirmar que la defensa del modelo constitucional nos sitúa en el ámbito normativo. Haciendo un inciso, tengo que decir que antes que de “defensa” del modelo, habría que hablar de “explicación” del mismo. Posiblemente Tommaso Greco tiene razón a la hora de identificar en mi discurso alguna línea argumentativa que se puede considerar como

<sup>7</sup> Me he referido a la cuestión en ANSUATEGUI ROIG 2018b.

<sup>8</sup> Vid. LA TORRE 2020.

defensora del modelo. Pero en todo caso mi intención no ha sido la de propugnar una defensa directa del modelo, sino la de analizar determinados componentes y problemas del mismo.

Considerar al Derecho del Estado de Derecho y del constitucionalismo como un “buen” Derecho no debe conducir a la sacralización del modelo. Este es un peligro que debe ser evitado. Francesco Mancuso se refiere en su escrito a una cierta deriva que puede concluir en la relación entre constitucionalismo y populismo. Es interesante, en este sentido, reflexionar sobre hasta qué punto la exaltación de conceptos como pueblo o soberanía es compatible con la filosofía limitativa que fundamenta y justifica al constitucionalismo; exaltación que conlleva una posición reduccionista que ignora la complejidad de nuestras sociedades. La gestión de la complejidad, desafío que incumbe al constitucionalismo, implica transacción, negociación; estrategias éstas no siempre propugnadas por el populismo. En todo caso, la constatación de que el modelo constitucional es un modelo óptimo no debe llevar a la confusión entre la constitución y algo parecido a un libro sagrado de naturaleza bíblica. Ciertamente, la localización en la constitución de un coto vedado, de un ámbito de lo indecible, puede conducir a esa confusión. En este caso, el modelo constitucionalista mostraría sus dificultades a la hora de gestionar la diversidad y la transformación social. Pero, lo que es más grave, perdería su dimensión crítica, derivada del lugar central que ocupan los derechos: en el adn del constitucionalismo de los derechos encontramos esa no resignación frente a lo existente, que es consustancial al discurso de los derechos. Es interesante, en este sentido, observar la contradicción tendencial entre la dimensión crítica consustancial al discurso de los derechos y el carácter blindado –que en ocasiones dificulta su reformulación– que caracteriza su presencia constitucional. Ese carácter blindado puede ser la expresión más acabada de una arquitectura institucional tendente a proteger determinados contenidos. Pero deberíamos ser bien conscientes de que por muy articulada que sea esa arquitectura, la vigencia del modelo va a depender de la solidez de ese sentimiento popular al que se ha referido Maurizio Fioravanti<sup>9</sup>. El efecto, el funcionamiento efectivo del modelo depende de la existencia de ese sentimiento. Posiblemente, esto es característico de cualquier modelo normativo, pero lo sería de manera más acusada en el marco del constitucionalismo, protagonizado por un Derecho con una muy relevante “densidad moral”<sup>10</sup>.

\*\*\*

En el magnífico laboratorio iusfilosófico constituido con el contexto constitucional, sobresale el problema de la discrecionalidad y de la creación del Derecho por parte del juez, cuestión a la que se refiere de forma extensa Giorgio Pino en su comentario. De la misma manera que el propio Giorgio Pino señala que a partir de un sustancial acuerdo con las tesis que se incluyen en el libro él ha pretendido llevar a cabo un análisis autónomo de la creatividad interpretativa judicial, yo tomo como referencia dicho análisis para continuar con la reflexión sobre la cuestión.

De lo señalado por Pino se puede derivar que el problema de la creación judicial del Derecho puede operar como un elemento diferenciador y distintivo entre el modelo constitucional y otros modelos previos o alternativos. En efecto, en el Estado legislativo las posibilidades discrecionales y creadoras en manos del juez se limitaban o de ocultaban ideológicamente. Por el contrario, en el Estado constitucional esas posibilidades se propugnan y se exaltan.

Pero, en realidad, lo que se produce en el modelo constitucional ¿es una exaltación de esas posibilidades por parte del juez o más bien un reconocimiento de la realidad de las mismas? Creo que optar por alguna de estas posibilidades implica distintas concepciones sobre el funcionamiento

<sup>9</sup> Vid FIORAVANTI 2018. La propuesta de Fioravanti adquiere sentido en el marco de la más general reflexión sobre el sentimiento jurídico ofrecida por IHERING 2008 en la conferencia pronunciada en la Sociedad Jurídica de Viena en 1884.

<sup>10</sup> Densidad, expresada a través de valores y principios, que es el objeto de críticas como las de SCHMITT 2010; y las más recientes de CARRINO 2019.

del Derecho. Porque una cosa es reconocer que algo existe necesariamente en el Derecho, en este caso la discrecionalidad y la creación judicial, pero que por razones teóricas o ideológicas se oculta; y otra diferentes es negar la existencia de esa dimensión, que aparecería novedosa en el modelo constitucional. Pues bien, creo que hay razones para decantarse en favor de la primera opción.

La cuestión dista en realidad mucho de ser novedosa. Pero, además, muestra que los modelos jurídicos se pueden explicar no sólo a través de la relación que se establece entre normas (constitución y ley), sino también entre operadores jurídicos (juez y legislador). En el caso del constitucionalismo, existe una transformación en el sistema de fuentes que tiene como consecuencia una alteración de la relación entre operadores jurídicos; alteración debida a dos elementos: la morfología del sistema y las funciones que el sistema atribuye a los distintos operadores jurídicos. En relación con la primera cuestión, parece evidente que el Derecho del constitucionalismo, abierto en sus formulaciones y con una densidad normativa moral relevante, facilita (o, más bien, exige) un tipo de razonamientos argumentativos y de actividades creadoras que en otro escenario no se reconocen al juez. Giorgio Pino señala que vincular la discrecionalidad interpretativa del juez y el Estado constitucional es una simplificación. Si a lo que se refiere es a que la discrecionalidad del juez no existe sólo en el modelo constitucional, estaría de acuerdo con él. En todo caso es cierto que el vínculo es estrecho; pero también lo es que la posición del juez no depende sólo de la estructura normativa del Estado de Derecho constitucional. Ello, con independencia de que alguno de los factores que señala el propio Pino y que facilitan esa operatividad el juez son propios del modelo constitucional. Pensemos en la apertura a la dimensión supranacional o en la crisis de la capacidad regulativa de la ley.

En relación con la segunda cuestión, la de las funciones, cabe señalar dos aspectos. Por una parte, y es algo que reconoce Maurizio Fioravanti, el juez no ha querido sustituir al legislador. En efecto, el control al que está sometido el legislador no responde a una iniciativa del juez, sino al diseño institucional del modelo, de la misma manera que la previsión de lo indecible tampoco depende de la decisión del juez, si bien es cierto que a él corresponde la identificación de la extensión de ese ámbito en caso de conflicto. Con el peligro, también señalado por Fioravanti, de encontrarnos frente a una “ética colectiva administrada por los jueces”; es decir, aquella situación en la que lo indecible sea gestionado de manera exclusiva por los jueces, excluyendo a la ciudadanía del debate. Cabe recordar el ejercicio de las funciones como árbitro del conflicto en relación con la constitución, si bien cuadran con la lógica limitativa del modelo, no es algo admitido de forma pacífica, siendo bien conocidas las tesis que denuncian el carácter contramayoritario y, por tanto, antidemocrático de la garantía judicial de la constitución. Parece evidente que el desarrollo de la objeción contramayoritaria implica una previa conceptualización de la democracia. Y que la fuerza crítica del planteamiento decrece si se opta por una idea de la democracia sustancial, que incluya el reconocimiento de derechos como un elemento de la democracia, frente a una visión exclusivamente vinculada a la regla de las mayorías. En todo caso, Francesco Mancuso tiene razón a la hora de señalar la “poco justificable confusión entre «contramayoritario» y «antidemocrático»”.

En todo caso, lo que me parece interesante es reflexionar sobre si realmente ha existido un modelo de Derecho en que el juez no haya desarrollada una actividad creadora de Derecho, más allá de lo que señalen determinados postulados teóricos negadores de esa posibilidad. Eliminar cualquier posibilidad –y necesidad– de creación del derecho por parte del juez implicaría asumir la existencia de un Derecho muy perfecto, y de un legislador también muy perfecto. La cuestión es la de saber si, más allá de lo que se diga desde determina dos planteamientos teóricos, ese modelo ha existido alguna vez. En este caso, puede ser interesante reflexionar sobre si algunas tesis defendidas por aquel positivismo que Bobbio identificaba como positivismo teórico, son descriptivas o más bien normativas<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Pensemos, por ejemplo, en el capítulo VI de BOBBIO 1979.



La reflexión sobre la posición del juez en el modelo constitucional es de largo alcance, ya que implica, por una parte, una determinada comprensión de la división de poderes; pero también implica aclarar qué se quiere decir cuando se hace referencia a la creación del Derecho; en definitiva, aclarar en qué consiste interpretar.

Cualquier transformación de la posición del juez en el sistema de fuentes afecta a la división de poderes. La distinción entre creación, –de un lado– e interpretación y aplicación del Derecho –de otro– trasciende su significado estrictamente teórico y se puede vincular al significado de dicho principio de organización del poder. Al plantear la cuestión de la capacidad creadora del juez, no es inusual encontrarnos con el contraargumento de que ello puede significar una negación de la separación de poderes. Conocemos la crítica de Dworkin a la discrecionalidad judicial propugnada por Hart. Lo interesante en este punto es analizar si la concepción clásica de la separación de poderes, la que encontramos en la obra de Montesquieu, puede seguir siendo mantenida en la actualidad, en el contexto caracterizado por una realidad jurídica y política determinada. Existen diversas formas de entender la separación de poderes<sup>12</sup>. El modelo clásico estaba basado en la unidad de institución y función, de forma que cada uno de los tres poderes, realizaba funciones diferentes entre sí, a las que estaban vinculados de manera excluyente. Pero lo que podemos observar hoy es que, de un lado, un mismo poder cumple distintas funciones y, de otro, una misma función es cumplida por distintos poderes. De manera que estamos frente a una transformación de las estrategias a través de las cuales se pretende alcanzar la misma finalidad, que es la de evitar los peligros de la concentración del poder. Por ello, la división de poderes debe entenderse como una separación funcional vinculada a un sistema de frenos y contrapesos entre los poderes. Lo cual no oculta que el hecho de atribuir a los jueces algún tipo de responsabilidad en la estrategia limitativa, es decir, considerarlos un contrapoder, plantea problemas respecto a la concepción tradicional que afirma que su función es la de aplicar la ley sin disponer de un margen de discrecionalidad: el juez que se desenvuelve en el marco del desarrollo de un silogismo no puede significar un contrapoder; y, como es sabido, al mismo tiempo se plantean también las tensiones entre la función de contrapoder del juez y la democracia.

Respecto a la segunda cuestión, lo que se trata de saber es de qué se habla cuando se habla de crear Derecho. En este sentido, me limito en este momento a recordar que la aportación de la teoría del Derecho a la cuestión de la producción normativa puede consistir en el hecho de subrayar la relevancia de la relación entre el Derecho y el Poder como perspectiva a la luz de la cual enfocar la cuestión. En efecto, más allá de la identificación de las genuinas normas jurídicas con aquellas que se caracterizan por su generalidad y abstracción, con la consecuente negación de que los jueces creen Derecho desde el momento en que sus sentencias escapan a esas características, puede ser clarificador recordar que los jueces son poder del Estado de la misma manera que lo es el parlamento. El poder del Estado se manifiesta tanto a través de la ley dictada por el Parlamento como de la sentencia dictada por el juez.

En fin, una determinada respuesta a la pregunta sobre en qué consiste interpretar permite proponer la inexistencia de límites exactos entre la interpretación y la creación, como bien señala Pino. O, dicho de otra manera: todo acto de creación (con la excepción, claro está, de la creación de la norma última del sistema), supone interpretación.

Por otra parte, Pino subraya la relevancia de la labor de argumentación y justificación cuando afirma que la dimensión creadora de la actividad judicial se puede localizar en la motivación y no en la identificación de la norma. No obstante, la norma general y abstracta, si bien le viene dada al juez por parte del legislador, nunca se encuentra definida del todo. El juez, en la definición e identificación de su significado, va a tener que salvar, para comenzar, los problemas de vaguedad y ambigüedad, propios del lenguaje natural a través del cual se expresa el Derecho,

<sup>12</sup> Vid. TROPER 2007.

más allá de resolver posibles problemas de falta de plenitud o de incoherencia. Por eso, la interpretación se puede entender también como una labor de “producción” de normas a partir de un texto o enunciado. El juez tiene ante sí diversas posibilidades interpretativas y en la elección de una de ellas se expresa un protagonismo del juez, que toma una decisión (que, por supuesto, debe estar respaldada por buenas razones a través de la motivación). Pues bien, lo anterior nos permite afirmar que la labor interpretativa y aplicativa del juez no puede ser reducida a la idea de un simple descubrimiento.

\* \* \*

En definitiva, hablar de “Fragmentos” de un modelo jurídico tiene sus riesgos. Maurizio Fioravanti señala acertadamente que por “fragmento” se puede lo que queda después de una explosión, de la destrucción de un objeto. Ese objeto sería, en este caso, un determinado modelo de Ciencia jurídica y de Derecho. Hablar de explosión invita a pensar en una circunstancia traumática, identificable; en un cambio radical. Me parece que este esquema es de complicada aplicación en el ámbito jurídico. Los contrastes entre modelos nunca son radicales; las diferenciaciones respectivas más bien se presentan como el resultado de una lenta transformación, condicionada por elementos del contexto social, político, económico. Esa es la razón, entre otras, por la que los perfiles de los diversos modelos no siempre son fácilmente identificables.

Pero hablar de “fragmentos” puede implicar, además, hacer referencia a las piezas o elementos que adquieren sentido en relación con un modelo, que las trasciende y que debe ser articulado a partir de ellas. Creo que esos son los fragmentos a los que yo me refiero en el libro cuando hablo del Estado constitucional, de la producción normativa, del juez, o de los retos de la universalidad de los derechos. Estamos frente a elementos de una teoría sobre el Derecho del constitucionalismo en el marco de la cual aquellos elementos cobran sentido en una interrelación recíproca. Ese es el modelo jurídico con el que nos toca trabajar en este contexto histórico.

Es un modelo que, más allá de sus tensiones internas, parecería merecer una valoración positiva: es el modelo de los derechos y de la democracia. Pero afirmar esto podría invitar a pensar en un paraíso de los derechos. En efecto, Valeria Giordano nos habla de un paraíso al que no se puede acceder de manera definitiva debido a determinadas dinámicas que tienen que ver con la incertidumbre y la variabilidad que deriva de la morfología del sistema mismo (y que nos obligan a variar nuestros modos tradicionales de comprender la estructura del Derecho, planteando las virtudes e inconvenientes de abandonar la referencia a la pirámide para hablar de una red)<sup>13</sup>. Pero yo pienso que la idea misma de un paraíso de los derechos se puede interpretar de otra manera. En relación con los derechos, y con la democracia, no existen paraísos. Esto es una exigencia de su propia naturaleza normativa. El discurso de los derechos tiene sentido desde el momento en que hay razones en favor de la disconformidad frente a la realidad. La crítica de la realidad es el motor de la evolución, transformación, y reivindicación implícitos en la idea de derechos. El día en que estemos frente a un paraíso de los derechos, y de la democracia, podremos certificar el fin de la historia de los derechos. Habrán dejado de ser un problema, un motivo de preocupación.

Anteriormente hice referencia a la necesidad del sentimiento respecto a la constitución del que nos hablan Fioravanti y Mancuso. Ese sentimiento en relación con la constitución implica un discurso compartido en relación con el valor de la constitución misma como herramienta de gestión del conflicto y de ordenación de la coexistencia; y al mismo tiempo, comunidad en relación con el valor de los contenidos de la constitución. Es aquí donde nos encontramos con el problema del acuerdo en relación con el contenido y el significado de los derechos; cuestión que necesita ser abordada en el marco de sociedades complejas como las nuestras y también a la hora de desarrollar el discurso sobre la dimensión expansiva del constitucionalismo, que se presenta como una

<sup>13</sup> OST, van de KERCHOVE 2002; GIOLO 2020.

consecuencia necesaria de la universalidad de los derechos. En efecto, en el libro hago referencia a una estrategia de mínimos a la hora de pensar en las posibilidades de un acuerdo en relación con los derechos. Una estrategia de mínimos que, como señala Mancuso, no implica asumir un minimalismo. Porque en todo caso, las de los derechos son exigencias que escapan de cualquier minimalismo. El discurso de los derechos, de naturaleza, en definitiva moral, se presenta como un discurso muy exigente por mucho que queramos recurrir a la identificación de un mínimo moral común y compartido que pueda generar el núcleo de un acuerdo. Valeria Giordano ha identificado lo complejo del desafío constituido por esta estrategia de mínimos. Así el consenso posible no debería descender de lo alto, y si no ser el producto de deliberaciones que recuerdan a esa horizontalidad de la que en diversas ocasiones nos ha hablado Tommaso Greco. Pero me parece que Giordano lo expresa de otra manera cuando se refiere a la renovación de “la matrice partecipativa e democratica di una tecnica di convivenza sociale costruita *dagli uomini per gli uomini*”.

Como señalo, la dimensión expansiva del constitucionalismo es una consecuencia de la universalidad de los derechos. Esto quiere decir que el modelo constitucionalista debe ser analizado en perspectiva sincrónica, pero también diacrónica. Así, la evolución del constitucionalismo estaría impulsada por un determinado discurso sobre el progreso humano en el marco de una filosofía de la historia. Discurso que implica también una confianza en el Derecho. Pero esta confianza en el Derecho no nos debe llevar necesariamente a una confianza y lucha en el éxito del proyecto cosmopolita, que al fin y al cabo ese léxico del proyecto constitucionalista. La filosofía puede tener una capacidad de imaginar el futuro, pero no de determinarlo necesariamente. Tommaso Greco me atribuye una confianza que en todo caso debería pasar el test constituido por la distinción bobbiana entre el optimismo de la voluntad y el pesimismo de la razón. El mundo actual constituye un escenario en el que no hay nada que asegure que el cosmopolitismo no vaya a ser un proyecto fallido, no solo por la dificultad de la creación de una comunidad en torno a unos valores compartidos, sino también por la larga serie de desafíos institucionales a los que dicho proyecto ha de hacer frente: las que tienen que ver con la realización de las exigencias del principio de legalidad y del imperio de la ley, con la efectividad del principio de igualdad ante el Derecho en el ámbito de la sociedad internacional, o con el establecimiento de criterios que nos permitan predicar la legitimidad del poder en ese ámbito. Es aquí donde la imaginación del jurista y el compromiso ciudadano se nos presentan como elementos básicos del discurso a través del cual podemos, y debemos, afrontar los retos del modelo que se presenta en el libro de forma fragmentaria.

### *Referencias bibliográficas*

- ANSUATEGUI ROIG F.J. 2013. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson.
- ANSUATEGUI ROIG F.J. 2018. *Sul carattere storico del giuridico*, en BALLARINI A. (ed), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Giappichelli, 11 ss.
- ANSUATEGUI ROIG F. J. 2018b. *Filosofía del Derecho, pluralismo y conflictos prácticos*, en «*Etica&Politica / Ethics&Politics*», XX(3), 355 ss.
- BINGHAM T. 2011. *The Rule of Law*, Penguin.
- BOBBIO N. 1979. *Il positivismo giuridico*, Giappichelli.
- BOBBIO N., PECES-BARBA G. (en prensa) *Cartas sobre socialismo y democracia, 1978-2000* (ed. de M. Losano, trad. de F. J. Ansuátegui), Dykinson.
- CARRINO A. 2019. *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Mimesis.
- FIORAVANTI M. 2018. *Il «sentimento popolare» per la Costituzione*, in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico nel ventesimo secolo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 477 ss.
- GIOLO O. 2020. *Il diritto neoliberale*, Jovene editore.
- IHERING R. v. 2008. *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico* (ed. de F. Fernández-Crehuet), Trotta.
- LA TORRE M. 2020. *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki.
- OST F., KERCHOVE M. van de. 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino.
- SCHMITT C. 2010. *La tiranía de los valores* (trad. de A. Schmitt), Comares.
- TAMANAH B.Z. 2004. *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press.
- TROPER M. 2007. *Le nuove separazioni dei poteri* (trad. it. di G.M. Labriola), Editoriale Scientifica.

# RECENSIONI



È POSSIBILE FARE  
A MENO DEL DIRITTO?  
(A PROPOSITO DI ELENA  
LOIZIDOU, “ANARCHISM. AN ART  
OF LIVING WITHOUT LAW”)

CLELIA **BARTOLI**



È possibile fare a meno del diritto?

(a proposito di Elena Loizidou, *Anarchism. An Art of Living Without Law*)

Can We Do Without Law?

CLELIA BARTOLI

Professoressa associata in filosofia del diritto, Università degli studi di Palermo.

E-mail: [clelia.bartoli@unipa.it](mailto:clelia.bartoli@unipa.it)

#### ABSTRACT

*Anarchism. An Art of Living Without Law* was published in October 2022, just as the term 'anarchism' came to the fore in Italy in connection with the Alfredo Cospito case. About this issue, the media tends to overlap anarchism and terrorism. The attitude to reduce the anarchist movement to a form of violent subversion is not, however, a peculiarity of Italian journalism. Elena Loizidou's book begins by lamenting how widespread is such idea, proposing to focus on the generative, rather than destructive, aspect of anarchism.

The text presents anarchism (even more than anarchy) not only as a critique of the state and authority, but as an art of living even without law. The critique of law here elaborated is quite radical, for it does not only indict those legal manifestations that have blatantly departed from morality, but the legal machine in its entirety.

What I find most promising about the book is the fact that it seeks to escape the label of utopian thinking, often attributed to the anarchist proposal, by pointing to relevant spheres of life in which one acts outside the law and which exist alongside the nation states in a capitalist regime. Such areas of life are for the author above all: *parrhesia*, love and humour.

*Anarchism. An Art of Living Without Law* è stato pubblicato nell'ottobre 2022, proprio mentre in Italia il termine «anarchia» viene alla ribalta in relazione al caso Cospito. Il battage mediatico intorno alla vicenda tende a saldare l'anarchia al terrorismo. La propensione a ridurre il movimento anarchico a una forma di violenta eversione non è però una peculiarità del giornalismo italiano. Il libro di Elena Loizidou esordisce proprio lamentando la pervasività di una tale vulgata, proponendo di concentrarsi sull'aspetto generativo, anziché distruttivo, dell'anarchismo.

L'autrice non si limita ad aggiornare il discorso critico allo Stato e all'autorità, mettendo in dialogo autori classici del pensiero libertario con filosofi del diritto e della politica più recenti, ma prospetta l'anarchismo (più ancora dell'anarchia) come un'arte di vivere senza diritto. Ciò presuppone un atteggiamento alquanto radicale, che pone sotto accusa non solo le manifestazioni legali che si sono palesemente allontanate dalla morale, ma la macchina giuridica nella sua interezza.

L'aspetto che trovo più promettente del volume è il fatto che esso voglia sfuggire all'etichetta di pensiero utopista, spesso attribuito alla proposta anarchica, indicando degli ambiti della vita rilevanti in cui si fa a meno del diritto e che sussistono parallelamente agli stati nazionali in un regime capitalistico. Tali ambiti della vita sono soprattutto per l'autrice: la *parrhesia*, l'amore e l'umorismo.

#### KEYWORDS

anarchism/anarchy, mutualism, Pëtr Kropotkin, Emma Goldman, Critical Legal Studies, law, alegality

anarchismo/anarchia, mutualismo, Pëtr Kropotkin, Emma Goldman, Critical Legal Studies, diritto, alegalità

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XXIII, 2023 / 1 (giugno) | pp. 205-210

© 2023, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

ISSN 1825-0173

Tutti i diritti sono riservati.



# È possibile fare a meno del diritto?

(a proposito di Elena Loizidou, *Anarchism. An Art of Living Without Law*)

CLELIA BARTOLI

Elena Loizidou è docente di teoria del diritto e della politica, nonché vicepresidente del dipartimento di Giurisprudenza del Birkbeck Institute, University of London. Questa Law School britannica, fin dalla sua fondazione, si è contraddistinta per importanti contributi nell'alveo dei Critical Legal Studies. L'ultimo libro della Loizidou non smentisce tale vocazione.

*Anarchism. An Art of Living Without Law* viene dato alle stampe per i tipi della Routledge nell'ottobre 2022, proprio mentre in Italia il termine "anarchia" torna ad occupare il dibattito pubblico in relazione al caso Cospito. Il battage mediatico intorno alla vicenda tende a saldare anarchia a terrorismo, al punto che Federico Mollicone, Presidente della commissione Cultura della Camera dei Deputati, formula il grottesco auspicio che il Ministro degli Interni invii degli ispettori presso l'archivio della Federazione Anarchica Italiana di Imola – una biblioteca che conserva rilevanti volumi e cimeli della storia del movimento libertario, partigiano e operaio italiano – per verificare se vi siano documenti che inneggino all'omicidio o al terrorismo.

La propensione a ridurre il movimento anarchico a una forma di violenta eversione non è però una peculiarità dell'attuale giornalismo italiano. Il libro di Elena Loizidou esordisce proprio lamentando la pervasività di una tale vulgata, proponendo di concentrarsi sull'aspetto generativo, anziché distruttivo, dell'anarchismo. Pëtr Kropotkin ed Emma Goldman, autori classici del pensiero libertario, congiuntamente ad alcuni filosofi contemporanei quali Saul Newman, Reiner Schürmann o Chiara Bottici vengono interpellati per proporre l'anarchismo quale arte di vivere e forma politica che più di altre generi creatività.

L'immagine plastica che offre l'autrice del processo creativo di stampo anarchico è quella di un danzatore: Merce Cunningham che, in collaborazione con il musicista John Cage, ha ideato la *chance dance*. Le sue elaborate coreografie di certo presuppongono un lungo esercizio dei danzatori che li porti ad un elevato grado di autodisciplina affinché siano capaci di liberare il loro potenziale di espressività corporea, ma le evoluzioni che avverranno sul palco sono composte tirando a sorte, in dialogo con il caso.

Ed è proprio nell'intento di permettere il generarsi del nuovo che la docente della Law School londinese ritiene necessario dar luogo ad esperienze di aggregazione liberate dal diritto.

Ma perché ci si dovrebbe sbarazzare del diritto? Prima ancora di verificare se sia possibile dar forma ad una comunità politica aleggale, è interessante vagliare le ragioni che l'autrice adduce in favore di un superamento del diritto. Si badi che questa ipotesi, probabilmente sacrilega alle orecchie dei giuristi innamorati del loro oggetto di studio e ambito di lavoro, può risultare estrema anche tra diversi fautori dell'anarchismo. Questi ultimi, infatti – pur concordando nell'avversione verso lo Stato, la proprietà privata e qualsiasi forma di autorità temporale o religiosa – non convergono in modo unanime nel ritenere che del diritto si possa o si debba fare a meno.

Il volume qui recensito non si limita a contestare al diritto il suo lato oscuro: oltre a segnalare incongruenze e falle, ipocrisie e insufficienze dei diversi ordinamenti giuridici, nonché ingiustizie perpetrate in nome della legge, rimprovera al diritto il suo funzionamento ordinario. Le norme giuridiche, attraverso fattispecie rigide e arbitrarie che pretendono universalità, costruirebbero delle gabbie che intrappolano il dinamismo della vita, l'ambiguità delle identità, il co-

\* LOIZIDOU 2022.

stante divenire delle relazioni. A questo riguardo gli scritti e forse ancor più l'opera di Emma Goldman costituiscono il principale riferimento per l'autrice:

«Emma Goldman era ben consapevole che la vita fosse un costante fluire di forze su forze che tra loro cooperano o confliggono, possedendo o spossando corpi e individui. Pensava all'anarchia come ad una ideologia che – diversamente da ogni altro ideale politico, così come dal diritto – fosse capace di muoversi con il flusso della vita, sempre cangiante» (LOIZIDOU 2022, 106).

Elena Loizidou riferisce di una propria affinità con ambiti dell'accademia quali i Critical Legal Studies, nonché una prossimità ideologica a gruppi quali gli Indignados, Occupy Wall Street, Black Lives Matter o Extinction Rebellion, eppure tiene a demarcare una distinzione. Osserva come queste diverse voci del dissenso premano meritoriamente per ampliare il novero dei diritti, rendere più efficienti le tutele e meno ipocrite le istituzioni. Tuttavia segnala come questi movimenti si limitino a voler correggere le storture del diritto e del mercato, non sforzandosi parallelamente di immaginare modelli di coesistenza e di scambio radicalmente altri. Così facendo contribuirebbero a far perdurare un sistema che, per quanto riparato, non può che riprodurre iniquità e violenze.

«Chiedono semplicemente che lo Stato o il diritto ammettano di non essere stati in grado di esaudire la loro promessa di giustizia economica e ambientale. Questi gruppi si impegnano per dare compiutezza a ideali quali l'uguaglianza e la giustizia ambientale, ideali che a loro avviso non hanno ancora esaurito il loro potenziale all'interno dei parametri dello Stato. Ma mi preme sottolineare, e questa è la differenza, che non compiono lo sforzo di inventare qualcosa di nuovo. Riprendendo il pensiero di Schürmann, partecipano ad avvalorare le fondazioni» (LOIZIDOU 2022, 4).

L'anarchismo, di contro, viene presentato come quell'atteggiamento epistemologico che è capace di «inventare qualcosa di nuovo» poiché sospetta di ogni autorità e istituzione, nonché dei miti che camuffano l'arbitrio delle loro fondazioni. Non dare mai l'ordine vigente per assodato, permette di dischiudere uno spazio di pensiero per concepire un mondo altrimenti:

«Può risultare difficile figurarsi questo nuovo mondo, un mondo privo di concetti fondativi (ragione, autorità, diritto, Stato), un mondo in cui il significato della libertà e dell'uguaglianza deve essere costantemente reinventato senza la guida del diritto e dello Stato, ma piuttosto tramite il consenso e la collaborazione dei membri appartenenti a tali associazioni» (LOIZIDOU 2022, 4).

Destituire la legittimazione dei fondamenti apre quindi ad un compito definito nel testo “de-miurgico”, ovvero di perenne ricreazione dell'ambiente materiale e immateriale ove coabitare. Perenne perché non vi è un sostrato stabile sul quale edificare, né un giudizio che scalzi gli altri in nome del ruolo conferito a chi lo pronuncia.

La rinuncia ai vertici e ai fondamenti, non esclude, però, che i membri di una comunità possano tratteggiare insieme delle mappe o intrecciare maglie precarie che li aiutino a non perdersi e disperdersi. Detto altrimenti, il ripudio del diritto proposto in questo saggio, non implica un rigetto di qualsiasi tipo di norma. Kropotkin nell'opuscolo *La Legge e l'autorità* (1961), ad esempio, diffida delle norme giuridiche ritenendo che queste producano inevitabilmente ingiuste asimmetrie e asservimento, ma ammette la possibilità che una società si strutturi attraverso abitudini, usi e costumi, ossia per mezzo di norme sociali che sorgano nell'interazione, come nel caso dei linguaggi che nascono e si evolvono attraverso l'uso che i parlanti ne fanno, prima ancora di venire cristallizzati dalle regole della grammatica. Alla ricerca di norme che possono far funzionare una comunità umana in modo pacifico, mutualistico e orizzontale, in dialogo con autori più recenti, l'autrice prova a stemperare le ingenuità dell'anarchismo classico. In particolare, riprendendo Foucault, mette in guardia nei confronti di un potere diluito e discreto che si incarna fa-

cilmente proprio nelle norme sociali, capace di assoggettare in modo ancor più tenace e pervadente dell'ordine esplicito dettato da un soggetto al comando.

Se queste sono alcune delle ragioni addotte per provare a immaginare delle forme associative che funzionino facendo a meno del dispositivo giuridico, ci si chiede se effettivamente una società priva di diritto possa esistere. Il volume presentato, oltre a contestare l'identificazione tra anarchia e violenza, prova a smentire anche l'etichetta di pensiero utopista.

Diversi autori di orientamento libertario – nell'intento di dimostrare che l'anarchia non solo sia teoricamente possibile, ma che abbia trovato o trovi attuazione – hanno condotto studi geografici, storici ed antropologici alla ricerca di esempi di aggregazione umana alternativi a quelli vigenti. Elena Loizidou fa qualcosa di simile: senza scomodare gli aborigeni della Terra di Arnhem o i Boscimani del Kalahari (CLASTRES 2021, 116), rintraccia brani di anarchismo finanche all'interno degli stati occidentali nelle odierne società di mercato. Presenta, ad esempio, una serie di esperienze sociali e politiche che, pur non dichiarandosi esplicitamente anarchiche, ne adottano delle pratiche come l'impiego del metodo del consenso per le decisioni collettive o diverse forme di mutuo aiuto. Ma soprattutto identifica ambiti rilevanti della vita umana che funzionano facendo a meno delle briglie del diritto, in particolare: la *parrhesia*, l'amore e l'umorismo. A ciascuno di questi ambiti è dedicato un capitolo.

La *parrhesia*, o parlare franco ed autentico, supera per l'autrice la mera disobbedienza civile. Il rigetto di una legge può infatti presupporre l'adesione acritica ad un'altra legge non meno tassativa e feroce. La *parrhesia* è invece proposta quale sorta di processo per districare la psiche dalle strutture di dominio interiorizzate.

L'amore – i cui tentativi di assoggettarlo ad un canone normativo certamente non sono mai mancati – può essere vissuto come una dimensione anarchica della vita, nel senso di un legame in cui si diviene insieme senza che uno sia padrone dell'altro, smontando e ricostituendo habitus e abitudini, accogliendo la sfida che pone a se stessi l'imprevedibile recato dalla relazione.

L'umorismo è, infine, un tratto tipico dell'anarchismo sotto diversi riguardi. Il giullare è colui che infrange la sacralità del potere e la sua beffa è capace di allentarne la presa. Il carnevale è il tempo in cui la legge è sospesa, durante il quale ciascuno, camuffandosi, può appropriarsi di qualsiasi ruolo a proprio piacimento, burlandosene in una irriverente parodia generalizzata. Infine nell'umorismo, al contrario che nel diritto, sono valorizzati l'equivocità delle parole e il loro continuo slittare di senso.

Il testo *Anarchism. An Art of Living without Law*, per la radicalità della sua proposta, stimola facilmente curiosità, perplessità e dissensi.

Ad esempio, mi chiedo se una società che, in nome dell'uguaglianza, della libertà e del mutualismo, faccia a meno dello Stato, delle autorità e delle norme giuridiche, non rischi di fare facilmente la fine del web. Internet sembrava, in principio, la realizzazione perfetta dei principi libertari: uno spazio orizzontale, decentralizzato, in perenne evoluzione, la cui libera interazione degli utenti dava forma a beni e saperi da condividere nell'ottica della gratuità. Ma questa promessa è stata rapidamente disattesa e la rete è divenuta territorio di conquista da parte di soggetti che hanno ingigantito i loro profitti e la loro influenza, esercitando un dominio pernicioso e pervadente come mai prima era avvenuto, probabilmente proprio grazie all'illusione che tutto avvenisse in una dimensione scevra da leggi e autorità.

A questa mia critica, il testo di Elena Loizidou mi pare replichi asserendo che l'attuale sistema basato su Stati regolati da ordinamenti giuridici non ci abbia posto al riparo da gravissime ingiustizie, crescenti ineguaglianze e dal disastro ecologico. Condurre quindi ricerche e sperimentazioni di forme di aggregazione altre, valutandone con serietà i possibili pericoli ed effetti collaterali, è un compito intellettuale che merita di essere intrapreso.

*Riferimenti bibliografici*

KROPOTKIN P. 1961 [1896]. *La legge e l'autorità*, La Fiaccola.

LOIZIDOU E. 2022. *Anarchism. An Art of Living Without Law*, Routledge.

CLASTRES P. 2021 [1980]. *L'anarchia selvaggia*, Elèuthera.

SESSO, POTERE  
E INTERSEZIONALITÀ  
(A PROPOSITO DI  
AMIA SRINIVASAN,  
“THE RIGHT TO SEX”)

SARA **BOICELLI**



Sesso, potere e intersezionalità  
(a proposito di Amia Srinivasan, *The Right to Sex*)

Sex, Power and Intersectionality

SARA BOICELLI

Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Ferrara.  
E-mail: [sara.boicelli@unife.it](mailto:sara.boicelli@unife.it)

ABSTRACT

L'articolo recensisce il libro *The Right to Sex* di Amia Srinivasan, concentrandosi sulle posizioni dell'Autrice sul (complesso) rapporto tra femminismo e diritto e sulla svolta punitiva del movimento.

The article reviews the book *The Right to Sex* by Amia Srinivasan, focusing on the author's point of view on the (challenging) relationship between feminism and law and the carceral turn of the movement.

KEYWORDS

sesso, potere, intersezionalità, femminismo, legge

sex, power, intersectionality, feminism, law

# Sesso, potere e intersezionalità

(a proposito di Amia Srinivasan, *The Right to Sex*)

SARA BOICELLI

Il dibattito pubblico sembra sempre più interessato alla teoria filosofica femminista, che sta trovando uno spazio rilevante anche nei canali considerabili *mainstream*. In particolare, nel corso dell'ultimo anno ha suscitato particolare interesse l'opera *The Right to Sex*, una raccolta di cinque saggi in cui la filosofa inglese Amia Srinivasan esplora il complesso e variegato tema del sesso attraverso una lente intersezionale, tentando di trovare un equilibrio tra un approccio teorico – visibilmente influenzato dal pensiero di alcune esponenti femministe storiche – e pragmatico, volto a tenere in adeguata considerazione le ricadute concrete di alcune proposte teoriche nella vita concreta delle donne e, più in generale, delle categorie marginalizzate.

La premessa su cui si fonda l'opera è che il sesso, in tutte le sue possibili accezioni, non ha alcunché di “naturale”. Ispirandosi alle teorie di Butler sulla costruzione discorsiva del genere e del sesso, Srinivasan afferma che l'originaria suddivisione tra “maschi” e “femmine” assolve al solo scopo di individuare quali corpi sono destinati al controllo e allo spazio pubblico e quali, invece, alla sottomissione e al lavoro riproduttivo e domestico. Per l'Autrice, tale distinzione, seppur “fittizia”, è così fondamentale per la sopravvivenza del patriarcato da essere imposta anche attraverso la mutilazione dei corpi – si pensi, ad esempio, alle persone intersex – e, proprio perché costruita e non naturale, sovente rigettata dagli individui, come nel caso delle persone trans. In altri termini, il sesso non è altro che «[...] a cultural thing posing as a natural one. Sex, which feminists have taught us to distinguish from gender, is itself already gender in disguise»<sup>1</sup>.

L'accezione di sesso su cui si concentra Srinivasan è quella del sesso inteso come *atto*, la cui relazione con il potere e la sua costruzione politica rappresenta, assieme al rapporto tra femminismo e Stato, il principale tema indagato nel corso dei saggi. Invero, l'Autrice rigetta apertamente l'idea che l'atto sessuale sia meramente privato e apolitico; al contrario, ritiene che le sue dinamiche, – «the roles we play, the emotions we feel, who gives, who takes, who demands, who serves, who wants, who is wanted, who benefits, who suffers»<sup>2</sup> – siano stabilite dal contesto culturale in cui gli individui sono immersi.

In particolare, nel saggio *The Right to Sex*, che dà il titolo al volume, l'Autrice sostiene che la teoria femminista contemporanea abbia perso di vista alcune importanti intuizioni del femminismo lesbico sull'influenza del patriarcato nella formazione delle scelte sessuali. Invero, per Srinivasan la desiderabilità dei corpi – o, come da lei definita, la loro *fuckability* o *unfuckability* – non è frutto di mere e innocenti preferenze personali, ma il prodotto dell'interazione di molteplici sistemi oppressivi – patriarcale, razzista, abilista e transfobico – che interagiscono tra loro e che trasferiscono le dinamiche di dominazione e di esclusione presenti nella dimensione pubblica anche alla sfera privata. Tuttavia, mostrando una certa prudenza, l'Autrice sottolinea come reintrodurre nel dibattito pubblico il discorso sulla politicizzazione dei desideri non sia un'operazione priva di rischi e di possibili degenerazioni. Se vi sono soggetti resi indesiderabili da sistemi oppressivi e discriminatori, esiste un diritto al sesso?

Srinivasan rigetta con fermezza l'esistenza di questo diritto, sovente sostenuto dai cosiddetti “in-cel” (*involuntary celibate*), per i quali «[...] no sexually starved man should have to go to prison for

\* SRINIVASAN 2021.

<sup>1</sup> SRINIVASAN 2021, xii.

<sup>2</sup> SRINIVASAN 2021, xiii.

raping a woman»<sup>3</sup>. In questo senso, per Srinivasan, il femminismo deve trovare il modo di analizzare la desiderabilità come fenomeno e prodotto politico, prestando attenzione, tuttavia, a non far discendere da ciò l'esistenza di un obbligo a desiderare qualcun altro o un diritto a essere desiderati.

Il rapporto tra patriarcato e sesso viene indagato anche in *Talking to My Students About Porn*, in cui l'Autrice analizza il tema della pornografia, utilizzando come espediente per avanzare le proprie argomentazioni alcuni dialoghi con i suoi studenti («the first generation truly to be raised on internet pornography»<sup>4</sup>). In questo saggio emerge la capacità di Srinivasan di dar conto, con chiarezza espositiva e completezza, delle diverse e contrastanti posizioni femministe su temi divisivi, senza tuttavia sottrarsi dall'assumere una posizione sull'argomento.

Al pari di Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin, infatti, per l'Autrice la pornografia è un atto linguistico violento: invero, essa eroticizza, incita e legittima la violenza maschile contro le donne, così come la loro oggettificazione, e confonde il confine tra sesso consensuale e stupro. In altri termini, per Srinivasan la pornografia è a tutti gli effetti una «ideological scaffold of patriarchy»<sup>5</sup> e il suo contributo si concretizza nel rafforzamento della subordinazione sociale e politica femminile. Tuttavia, pur avendo una concezione della pornografia in linea con il femminismo radicale americano, l'Autrice esclude che un intervento legislativo possa essere utile ad arginare i suoi effetti negativi, non solo perché l'avvento di internet ha reso vano qualsiasi tentativo di limitare la diffusione di immagini pornografiche, ma anche perché, secondo Srinivasan, quando lo Stato interviene vi è il rischio concreto che il femminismo venga strumentalizzato al fine di colpire le minoranze - in particolare, ma non solo - sessuali.

Per avvalorare questa posizione, l'Autrice porta alcuni esempi pratici. Il primo è quello della contea di Suffolk, nello Stato di New York, dove il governo locale ha introdotto una versione della *Dworkin-MacKinnon Antipornography Civil Rights Ordinance*, individuando nella pornografia la principale causa di sodomia e un serio rischio alla salute e alla moralità dei cittadini. Ancora, Srinivasan ricorda come una legge introdotta dal governo britannico nel 2014, avente ad oggetto la proibizione di specifici atti sessuali nei film porno prodotti nel territorio del Regno Unito, abbia di fatto proibito solo atti legati al piacere femminile o presenti in larga misura - se non esclusivamente - nelle produzioni pornografiche in cui i tradizionali ruoli di dominazione e subordinazione sono ribaltati.

Non sorprende, dunque, che Srinivasan affermi che qualsiasi intervento legislativo contro la pornografia e, più in generale, contro il *sex work* danneggi esclusivamente le minoranze, in particolare le donne marginalizzate che dipendono finanziariamente da quei mercati, e non, invece, gli uomini che ne usufruiscono. L'unica strada percorribile per cercare di neutralizzare gli effetti della pornografia viene individuata in una cosiddetta «negative education»<sup>6</sup>, finalizzata a ricordare ai giovani che «the authority on what sex is, and could become, lies with them».

La scarsa fiducia dell'Autrice nei confronti del potere legislativo emerge con chiarezza anche in *The Conspiracy Against Men*, un saggio in cui Srinivasan tratta il tema delle false accuse di stupro e della nascita dei movimenti #MeToo e #IBelieverHer. Nonostante appaia molto critica in relazione ai movimenti appena citati, perché privi di una visione intersezionale sul tema della violenza e delle molestie sessuali, ella sottolinea come sia peculiare il fatto che siano gli uomini bianchi a preoccuparsi di essere ingiustamente accusati di stupro e di veder violato il principio (processuale) di presunzione di innocenza a causa della diffusione di questi movimenti.

L'Autrice rileva, infatti, che le percentuali di accuse di stupro nei confronti degli uomini bianchi rivelatesi false sono state e continuano a essere irrisorie. Lo stesso non può essere affermato,

<sup>3</sup> Si tratta di una delle innumerevoli affermazioni a favore della «legalizzazione» dello stupro presenti nei blog degli incel. Sul punto HODES 2019.

<sup>4</sup> SRINIVASAN 2021, 41.

<sup>5</sup> SRINIVASAN 2021, 38.

<sup>6</sup> SRINIVASAN 2021, 71.



invece, con riguardo agli uomini neri, che nel corso della Storia sono stati sistematicamente dipinti – anche a causa del contributo involontario di alcune femministe<sup>7</sup> – e falsamente accusati di essere stupratori. Gli esempi offerti dall’Autrice sono, ancora una volta, molteplici. In particolare, Srinivasan evidenzia come durante il periodo delle *Jim Crow laws* le false accuse venissero utilizzate per sbarazzarsi degli uomini neri che stavano acquistando terre e proprietà, ma, ancor prima, come alla fine dell’Ottocento non fosse in alcun modo inusuale il loro linciaggio per la sola accusa – neppure accertata in tribunale – di aver stuprato o tentato di stuprare donne bianche.

Ancora una volta, dunque, l’Autrice critica la tendenza delle femministe contemporanee di richiedere l’intervento penale dello Stato, tradizionalmente più aggressivo nei confronti delle minoranze, sia per disciplinare il consenso – attraverso, ad esempio, l’emanazione delle *affirmative consent laws* – che per punire gli abusi sessuali. In particolare, per Srinivasan le *affirmative consent laws* non risolvono la principale causa dei rapporti non consensuali, ossia la presenza di una struttura psico-sociale che incentiva gli uomini a vincere la resistenza femminile, e che, di contro, instilla nelle donne la convinzione di avere il dovere di soddisfarli. In altri termini, secondo l’Autrice l’intervento legislativo rappresenta una risposta inadeguata, poiché «whereas previously men had to stop when women said no, now they just have to get women to say yes»<sup>8</sup>.

La critica al ricorso al potere punitivo rappresenta il tema centrale anche del saggio *Sex, Carceralism and Capitalism*. Per Srinivasan negli ultimi anni il femminismo ha adottato un approccio punitivo molto marcato, sia nei confronti del controverso tema del *sex work* che di quello dello stupro e della violenza domestica. Secondo l’Autrice, tale approccio, peccando di una prospettiva intersezionale, non considera adeguatamente le conseguenze del dispiego della forza pubblica (e punitiva) sulle minoranze:

«Carceral approaches to gender justice tend to presuppose a subject who is a “pure” case of women’s “common oppression” [...]. The belief that a sex worker will be helped by the criminalisation of her trade rests on the assumption that she has other choices available to her – that it is prostitution, rather than, say, poverty or immigration law, that is her fundamental problem. Likewise, the belief that incarceration is the way to deal with domestic violence does not take into account the women whose fates are bound up with the men who perpetrate it [...] and [the women] who have a large stake in how the men in their community are treated by the police, courts or prisons. The carceral approach also neglects the more than half a million women worldwide who are themselves incarcerated – and subject, in prison, to sexual abuse, violence, humiliation, forced sterilisation and the loss of their children».<sup>9</sup>

Pertanto, agli occhi di Srinivasan il cosiddetto *carceral feminism* (o femminismo punitivo) contribuisce, seppur involontariamente, alla discriminazione e all’oppressione delle categorie marginalizzate: esso indirizza lo Stato, infatti, ad adottare interventi meramente punitivi e non, invece, a prevedere politiche volte all’eliminazione delle diseguaglianze materiali sociali ed economiche, che alimentano sia la presenza di crimini che la subordinazione delle donne.

Da questo punto di vista, l’approccio critico di Srinivasan al tema del *carceral feminism* sembra essere più complesso rispetto a quello ormai diffuso tra molte teoriche femministe: sempre più spesso, infatti, le critiche al femminismo punitivo – che dovrebbero essere indirizzate all’abuso del

<sup>7</sup> Un esempio a cui accenna anche Srinivasan è da individuare in Shulamith Firestone, che in *The Dialectic of Sex* afferma che l’uomo nero prova un desiderio incontrollabile nei confronti delle donne bianche: «[...] so the black male, in order to “be a man”, must untie himself from his bond with the white female, relating to her if at all only in a degrading way. [...] due to his virulent hatred and jealousy of her Possessor, the white man, he may lust after her as a thing to be conquered in order to revenge himself on white man. [...] the black man’s feelings about the white woman are characterized by their ambivalence [...] but however he may choose to express this ambivalence, he is unable to control its intensity», FIRESTONE 1970, 110.

<sup>8</sup> SRINIVASAN 2021, 29.

<sup>9</sup> SRINIVASAN 2021, 162.

diritto penale e alla richiesta di inasprimento delle pene – sembrano cadere nel rigetto di un qualsiasi intervento dello Stato, assumendo così una chiara impronta antistatalista<sup>10</sup>. Questo non è il caso dell'Autrice, che parla apertamente della necessità di una «different form of state power – not carceral, but socialist»<sup>11</sup>, non condannando *in toto*, dunque, l'intervento statale. Tuttavia, questa “apertura” rende poco comprensibile la sua (quasi totale) sfiducia nei confronti dello strumento legislativo. Per quanto sia difficilmente contestabile il rischio che la legge venga strumentalizzata per opprimere categorie già marginalizzate, è altrettanto necessario sottolineare la portata trasformativa, seppur non totalmente risolutiva, di alcune proposte: un esempio possono essere le criticate *affirmative consent laws* che consentono di mettere in discussione i tradizionali stereotipi legati allo stupro, fornendo alle donne una tutela concreta. Ancora una volta, dunque, il compito del femminismo dovrebbe essere quello di trovare l'equilibrio nell'ambivalenza.

In conclusione, pur non proponendo argomentazioni particolarmente innovative per il panorama teorico femminista, *The Right to Sex* costituisce un tentativo piuttosto riuscito di fornire un'analisi attuale e intersezionale sul sesso, senza cadere né nella moralizzazione dei desideri e delle pratiche sessuali né, come sovente accade, nella banalizzazione del tema attraverso il ricorso alla retorica della libera scelta e della piena libertà sessuale. Nell'opera, Srinivasan riesce infatti a ricostruire la complessità e l'eterogeneità del dibattito femminista sul rapporto tra potere e sesso, coniugando al piano teorico anche un'attenzione alle vite concrete delle donne, un obiettivo che l'Autrice si pone fin dalle prime pagine della raccolta.

<sup>10</sup> TERWIEL 2019, 432.

<sup>11</sup> SRINIVASAN 2021, 178.

*Riferimenti bibliografici*

FIRESTONE S. 1970. *The Dialectic of Sex. The Case for Feminist Revolution*, Bantam Books.

HODES S. 2019. *What Are Incels? And Where Did They Come From?*, in «Medium», 25 giugno 2019, <https://medium.com/@sashahodes/incels-pop-culture-and-identity-ad452541753e> (ultima consultazione: 02/05/2023).

SRINIVASAN A. 2021. *The Right to Sex*, Bloomsbury.

TERWIEL A. 2019. *What Is Carceral Feminism?*, in «Political Theory», 48, 4, 2019, 421 ss.



**(IN)GIUSTIZIE DIGITALI.  
UN ITINERARIO SU  
TECNOLOGIE E DIRITTI  
(A PROPOSITO DI BARBARA  
GIOVANNA BELLO,  
“(IN)GIUSTIZIE DIGITALI.  
UN ITINERARIO SU TECNOLOGIE  
E DIRITTI”)**

**CASIMIRO CONIGLIONE**



(In)giustizie digitali. Un itinerario su tecnologie e diritti  
(a proposito di Barbara Giovanna Bello, *(In)giustizie digitali. Un itinerario su tecnologie e diritti*)

Digital (In)justices. An Itinerary on Technologies and Rights

CASIMIRO CONIGLIONE

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia – Fondazione Marco Biagi.  
E-mail: [casimiro.coniglione@unimore.it](mailto:casimiro.coniglione@unimore.it)

#### ABSTRACT

Il presente contributo, nel tentativo di offrire una lettura del testo di Barbara Giovanna Bello, *(In)giustizie digitali. Un itinerario su tecnologie e diritti*, affronta alcune impellenti sfide contemporanee poste dalla digitalizzazione. L'autrice propone un percorso volto ad approfondire alcuni aspetti fondamentali della teoria giuridica, la dimensione partecipativa della Rete, l'effettività dei diritti e la necessità di aggiornarne l'elenco e l'applicazione in una prospettiva contemporanea, a partire dal ruolo cruciale del diritto di accesso universale a Internet.

With the aim to offer a review of Barbara Giovanna Bello's book *(In)giustizie digitali. Un itinerario su tecnologie e diritti*, this contribution dwells on some compelling issues related to digitalization. The Author outlines an itinerary aimed at exploring some fundamental aspects of legal theory, the participatory dimension of the Internet, the effectiveness of rights as well as the need to update their list and application from a contemporary perspective, starting with the crucial role of the right of universal access to the Internet.

#### KEYWORDS

digitalizzazione, accesso a internet, partecipazione, diritti digitali e non digitali, educazione digitale

digitalization, internet access, participation, digital and non-digital rights, digital education

# (In)giustizie digitali.

## Un itinerario su tecnologie e diritti

CASIMIRO CONIGLIONE

Il volume in esame offre un'interessante analisi sulle diverse luci e ombre della partecipazione sociale e politica degli utenti nella rete<sup>1</sup>.

La rivoluzione tecnologica ha comportato una serie di importanti trasformazioni all'interno della società. Nessun ambito della conoscenza umana è rimasto immune dall'innovazione apportata dai dispositivi tecnologici. Per esempio, con riferimento allo *status* di cittadino – che, com'è noto, designa la posizione complessiva di un soggetto all'interno di un ordinamento giuridico, con una serie di diritti e doveri – ci si chiede se la c.d. “cittadinanza digitale” sia solo un *surplus* della cittadinanza tradizionale, oppure implichi una nuova posizione soggettiva dei soggetti (*rec-tius*, utenti) all'interno della rete.

Al di là di siffatte riflessioni teoriche sulla cittadinanza, come bene osservato da Bello nell'*Introduzione*, «è comunque dai soggetti che bisogna prendere le mosse per esaminare luci e ombre della quotidianità online e offline» (12). Restituisce questa intenzione la suddivisione del volume in tre capitoli, in cui l'Autrice – in modo assai convincente – si sofferma sulle questioni più rilevanti della partecipazione degli utenti nella rete.

Ciò premesso, nel primo capitolo (15-52) Bello – prendendo spunto dagli studi di Engin Isin e Evelyn Ruppert – analizza lo *status* di cittadino digitale, affermando che quest'ultimo è un soggetto in grado di rivendicare sia i diritti tradizionali sia i nuovi diritti digitali (*digital rights claims*), che fra loro sono interconnessi (cfr. 18). In forza di ciò, viene analizzato il diritto d'accesso ad Internet che conosce ostacoli di natura tecnica, culturale, infrastrutturale e generazionale, impedendo l'effettivo accesso a tutti e tutte alle rete<sup>2</sup>.

Soffermandosi sullo studio del diritto d'accesso a Internet, Bello indaga diversi atti di *soft law* (che, ad ogni buon conto si ricorda, sono atti non vincolanti e quindi non invocabili in giudizio), individuando tre nodi problematici sulla configurazione di questo diritto.

Il primo nodo riguarda l'ampiezza del contenuto, che comprende una visione bidimensionale del diritto, perché è compreso sia l'accesso ai contenuti online sia alle infrastrutture fisiche e tecnologiche necessarie per l'esercizio effettivo del diritto d'accesso. Ciò comporterebbe importanti sfide ai legislatori degli Stati, perché dovrebbero garantire – con priorità – ai soggetti in situazione di svantaggio di accedere alla rete, affinché sia a costoro garantita la partecipazione alla vita sociale e politica (cfr. 32-35).

Un secondo nodo è la collocazione di siffatto diritto; nella letteratura scientifica non c'è infatti una concordanza: c'è chi ritiene che il diritto d'accesso debba essere classificato come un diritto umano e chi, invece, ritiene che debba rientrare all'interno del novero dei diritti fondamentali. Fra chi ritiene che il diritto d'accesso debba avere lo *status* di diritto umano, si argomenta come l'accesso a Internet sia un requisito preliminare e fondamentale per l'esercizio dei diritti civili, sociali e culturali (libertà di manifestazione del pensiero, istruzione formale e non formale); i fautori della classificazione del diritto d'accesso come diritto fondamentale evidenziano che diverse costituzioni (come, per esempio, quelle della Grecia, del Portogallo e del Messico) hanno introdotto un diritto costituzionale d'accesso ad Internet e, nel contesto europeo, si è con-

<sup>1</sup> Si segnala che ogni riferimento alle pagine tra parentesi è da ricondursi al volume recensito: BELLO 2023.

<sup>2</sup> Cfr., su questi aspetti, VANTIN 2021, 247-261; 23-26.

solidata la tesi per cui i diffusi servizi di *eGovernment* giustificherebbero un riconoscimento dell'accesso a Internet come diritto fondamentale (cfr. 38-41).

Il terzo e ultimo nodo, ad avviso di Bello, riguarda la configurabilità del diritto: il diritto in questione è da ritenersi autonomo o derivato? A questo proposito, l'Autrice presenta – dopo l'analisi dei trattati ONU e della normativa comunitaria – le interpretazioni di diversi studiosi, come Kay Mathiesen, che ritengono l'accesso a Internet come un diritto derivato, perché sarebbe un mero diritto ausiliario che svolge funzioni di protezione ai diritti primari; mentre altri autori, come Łukasz Szostkiewicz, ritengono che gradualmente – in modo particolare attraverso le normative ONU e comunitarie fra il 2007 e il 2017 – sia ormai affermata l'autonomia del diritto d'accesso alla rete. Questa seconda tesi sarebbe rafforzata, appunto, dalle normative comunitarie che riconoscono l'accesso alla rete come un diritto fondamentale: fra l'altro, autori come Lina Jasmontaite e Kevin De Hart riconoscono siffatto diritto come “multidimensionale”, poiché comprenderebbe diritti come l'informazione e accesso all'espressione (cfr. 41-44).

Discussi questi aspetti, Bello sofferma la sua attenzione sulla *governance* di Internet, rilevando una pluralità di attori privati e pubblici che disciplinano la rete. In questo contesto, ad avviso dell'Autrice, risulta utile indagare una nozione di giustizia sociale per gli utenti. Infatti, le diverse diseguaglianze strutturali possono impedire il pieno godimento della cittadinanza e, quindi, dei diversi diritti accessibili con la c.d. cittadinanza digitale, da una parte, e di acuire forme di silenzio e censura, dall'altra parte, nei confronti di alcuni utenti, precludendo così la partecipazione al processo deliberativo democratico nella rete (cfr. 47-50).

Nel secondo capitolo (53-86), l'Autrice si sofferma sui discorsi d'odio e sulle discriminazioni, facendo emergere quelle tipologie di *ingiustizie digitali* che colpiscono gli utenti appartenenti ai gruppi sociali più vulnerabili.

A questo proposito, Bello analizza, dapprima e in via generale, i concetti di odio e di pregiudizio (essi sono rappresentati iconicamente come una piramide, la figura per eccellenza con cui si entra all'interno della spirale di questi sentimenti negativi) e poi definisce il discorso d'odio come un «*continuum* tra reale e virtuale» (59).

In forza di ciò, e prendendo come modello due recenti sentenze della Corte Europea dei diritti umani (*Budinova e Chaprazov c. Bulgaria* e *Gutman c. Bulgaria*: cfr. 59) che hanno qualificato il discorso d'odio come una violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata), giustificando così le restrizioni all'art. 10 CEDU (libertà d'espressione), in congiunto disposto con l'art. 14 CEDU (divieto di discriminazione), vengono esaminati due aspetti dell'odio online.

Un primo aspetto riguarda le differenze fra odio *offline* e *online*, che viene fatto rientrare all'interno degli atti linguistici messi in atto su Internet (cfr. 63).

Il secondo aspetto riguarda il discorso d'odio sul piano giuridico sostanziale, complicato dall'emersione dell'odio algoritmico. Racchiudere in una definizione specifica l'odio online è assai difficile, poiché la normativa appare frammentata fra atti di *soft law* e *hard law*; ciò nonostante, Bello ritiene che lo strumento euristico della intersezionalità possa costituire una chiave quanto mai proficua per leggere e interpretare le diverse manifestazioni dell'odio online sia tramite la profilazione sia tramite gli algoritmi (cfr. 66). Eppure, con l'emanazione del DSA (*Digital Service Act*) pare esserci una prima compiuta regolamentazione di *hard law* sulle responsabilità dei *service provider* e delle grandi piattaforme (in modo particolare, è prevista una forte tutela nei confronti del minore e la suddivisione delle piattaforme per grandezza e bacino di utenti, con correlativi obblighi da seguire: cfr. 70), manifestando l'esigenza di superare gli atti di *soft law*.

Ciò premesso, la spirale d'odio online è analizzata attraverso i diversi comportamenti che possono essere tenuti, fra cui il *trolling*, il *sealioning* (che è una forma peculiare di *trolling*) e il *public shaming* (cfr. 71-73). Bello si sofferma poi sulle diverse forme di discriminazioni, elencandone tre: le discriminazioni “tradizionali”, “digitali” e “algoritmiche”. A queste ne aggiunge una nuova tipologia: quelle effettuate “nel metaverso” (cfr. 73-74).



Dopo aver indagato la struttura del diritto antidiscriminatorio europeo – analizzando sia la discriminazione diretta sia quella indiretta e le principali normative comunitarie che hanno delineato le basi di siffatto *corpus* normativo (cfr. 75-78) – l’Autrice sofferma la propria attenzione sulle discriminazioni “tradizionali” attuate attraverso il “digitale”: per esempio, viene analizzata la fase di *recruitment* nella ricerca di un lavoro in cui, da una parte, viene sottolineata la possibile esclusione dei gruppi marginalizzati provenienti da aree o contesti svantaggiati in cui il *digital divide* persiste; dall’altra parte, le medesime discriminazioni possono essere perpetrate anche a causa dell’identità digitale che ogni utente plasma attraverso la condivisione di contenuti che esprimono le convinzioni religiose, politiche e sociali (molto opportunamente l’Autrice denomina questa condizione *status*: cfr. 80). In questi casi le discriminazioni “tradizionali” e “digitali”, anche se supportate dagli algoritmi, hanno comunque una base decisionale umana, che discrimina per caratteristiche “visibili” (pelle, area geografica, *status*).

Le discriminazioni “algoritmiche”, invece, creano delle controversie interpretative, perché non sempre sono riconducibili alle discriminazioni dirette. A questo proposito, infatti, è stato evidenziato che la discriminazione algoritmica è «più sottile, più granulare, altamente intersezionale» (83).

Gli algoritmi possono anche essere addestrati (*trained*) a non concentrarsi su determinate correlazioni (come l’origine etnica o l’età), ma possono intercettare caratteristiche “correlate” degli utenti (area geografica, gusti e preferenze). Anche nel caso in cui gli algoritmi non siano addestrati con informazioni specifiche, non si può garantire che gli stessi commettano atti discriminatori nei confronti degli utenti: si riducono, tutt’al più, le probabilità che le discriminazioni avvengano in modo palese. Difatti, Bello auspica – d’intesa con la letteratura maggioritaria – che l’imputazione della responsabilità nei casi di discriminazione “algoritmica” sia riferibile ai produttori, programmatori e agli utilizzatori umani (cfr. 80-83).

Particolarmente interessante è l’analisi delle discriminazioni “nel metaverso”: il metaverso, come delineato da Neal Stephenson in *cyberpunk Snow Crash* (1992), può essere considerato come uno spazio tridimensionale all’interno della quale le persone fisiche possono interagire fra loro attraverso *avatar*. In questo contesto, Bello mostra che la vendita di *avatar* bianchi avviene a un costo maggiore rispetto alla vendita di *avatar* neri o asiatici, ciò avviene perché “i bianchi” hanno sia maggiore disponibilità economica sia un maggiore accesso a questa realtà virtuale, a discapito degli altri utenti (cfr. 85-86).

Nel terzo e ultimo capitolo (87-112), Bello intende analizzare, per così dire, le luci della partecipazione sociale-politica degli utenti su Internet.

Prima dell’indagine effettiva sui lati positivi della partecipazione online, vengono osservate le quattro questioni poste dall’interazione in rete: la permanenza, l’improvviso ritorno, la transnazionalità, l’anonimato (cfr. 88-90).

Internet, nonostante le diverse ombre, permette una facilitazione dell’attivismo sia in termini organizzativi sia di partecipazione. Molto opportunamente, infatti, vengono discussi diversi movimenti sulla rete che si sono posti, da un lato, a protezione dei diritti delle persone nere (come, per esempio, il #BLM [*Black Lives Matter*]) e, dall’altro lato, a protezione dei diritti delle donne (si pensi al movimento #MeToo).

Ciò detto, il #BLM può essere considerato come il primo movimento globale online che tutela i diritti e le garanzie delle persone nere contro gli abusi di potere perpetrati dalle forze dell’ordine. Fra i diversi meriti attribuiti – tra cui quello di aver ideato appositi *hashtag* e di aver cercato di sensibilizzare i diversi gruppi sociali – indubbiamente vanno citate alcune pratiche di sensibilizzazione adottate, oggi, dalle forze dell’ordine, volte a documentare il proprio operato e a scoraggiare gli abusi di violenza (cfr. 96-98).

Il #MeToo, nato all’indomani dello scandalo sessuale, nel 2017, del produttore cinematografico Harvey Weinstein, ha avuto e ha una grande forza performativa, sensibilizzando gli utenti sui diritti delle donne. Oltre a ciò, dopo aver fatto emergere casi più o meno celebri di molestie ses-

suali, ha contribuito all'adozione di diverse leggi e buone pratiche contro le molestie sessuali da parte di legislatori e datori di lavoro (cfr. 99-102).

In forza di ciò, Bello auspica un potenziamento della *digital literacy* (alfabetizzazione digitale) che produca un uso consapevole della rete e, più in generale, un *empowerment* dei gruppi marginalizzati. In tal senso, infatti, l'Unione Europea con il *Piano Digital Education 2019-2027* si è posta l'obiettivo non solo di implementare le conoscenze tecniche, bensì di riconoscere i cambiamenti apportati dalla comunicazione digitale che, inevitabilmente, influenzano la partecipazione democratica e civica (cfr. 106-109).

In conclusione, l'opera mette a fuoco le luci e le ombre della partecipazione sociale-politica degli utenti nella rete. Le nuove tecnologie, com'è noto, sono perfettamente comparabili alla divinità del Giano bifronte: da una parte, possono aumentare l'inclusione e la vita sociale dell'utente, permettendogli anche di lottare per il riconoscimento dei propri diritti *offline*; dall'altra parte – attraverso le discriminazioni e il discorso d'odio – possono acuire la marginalizzazione e le vulnerabilità dei gruppi sociali più deboli.

Come bene rilevato da Bello nelle *Riflessioni conclusive*, è l'alfabetizzazione digitale la chiave per una più equa partecipazione di tutti e tutte alla rete, perché «il compito di educare, trar fuori fale cittadinanza – che incarna passato e futuro, vicino e lontano – spetta alle istituzioni, tra le quali le scuole e l'Università» (115).

*Riferimenti bibliografici*

BELLO B.G. 2023. *(In)giustizie digitali. Un itinerario su tecnologie e diritti*, Pacini.

VANTIN S. 2021. *Digital divide. Discriminazioni e vulnerabilità nell'epoca della rete globale*, in CASA-DEI T., PIETROPAOLI S. (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Wolters Kluwers.



# RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO



**IL CASO GABRIELE:  
UN'ANALISI LOGICO-  
ARGOMENTATIVA  
DELLA MOTIVAZIONE  
PROBATORIA  
D'APPELLO E DEL SUO  
CONTROLLO  
DI LEGITTIMITÀ**

**ELENA MARCHESE**



Il caso Gabriele: un'analisi logico-argomentativa della motivazione probatoria d'Appello e del suo controllo di legittimità

The Gabriele Case: A Logical-Argumentative Analysis of the Appeal Evidentiary Justification and of Its Legitimacy Check

ELENA MARCHESE

Post-doc presso l'Università Bocconi di Milano.

E-mail: [elena.marchese@unibocconi.it](mailto:elena.marchese@unibocconi.it)

#### ABSTRACT

Il testo si propone di analizzare, attraverso gli strumenti dell'analisi argomentativa, le motivazioni offerte dalla Corte d'Assise d'Appello e dalla Corte di Cassazione nel caso Gabriele. Il testo si concentra, dapprima, sull'analisi degli elementi probatori (e della loro forza) presenti nella motivazione d'appello. Successivamente, si sofferma a discutere il controllo di legittimità che, di quella, effettua la Corte di Cassazione. Il lavoro evidenzia che le pronunce hanno raggiunto esiti parzialmente condivisibili. I risultati sono, infatti, epistemologicamente accettabili, ma giuridicamente più controversi.

The text aims to analyze, through the tools of argumentative analysis, the reasons offered, in the Gabriele case, by the Court of Appeal and by the Court of Cassation. First, the text critically describes the reasoning of the Appeal Court on the evaluation of the evidentiary elements and their strength. Then, the paper discusses the legitimacy check developed by the Court of Cassation on the Appeal's evidentiary reasoning. It is argued that the rulings have achieved partially acceptable results. The outcomes are epistemologically acceptable, but legally more controversial.

#### KEYWORDS

giustificazione del valore probatorio, controllo di legittimità sulla valutazione probatoria di merito, valutazione indiziaria, inferenze sui fatti, prova oltre ogni ragionevole dubbio

justification of the probative value, legitimacy check on the merit evidential evaluation, circumstantial evaluation, inferences on facts, proof beyond any reasonable doubt

#### ALLEGATI

Corte d'Assise d'Appello di Roma, sent. 3 febbraio 2005

— Cass. Pen., Sez. I, sent. 3998/2005

— Ricorso in Cassazione dell'imputato, 17 Maggio 2005



# Il caso Gabriele: un'analisi logico-argomentativa della motivazione probatoria d'Appello e del suo controllo di legittimità

ELENA MARCHESE

1. *Introduzione* – 2. *Il fatto* – 3. *La Corte d'Assise d' Appello sulla forza probante del quadro indiziario* – 3.1. *Elementi che indirizzano l'attribuzione di responsabilità* – 3.1.1. *Gli elementi cruciali* – 3.1.2. *Elementi che escludono l'attribuibilità dell'azione a terzi e ricostruzioni alternative dei fatti* – 3.2. *La valutazione della forza probante degli indizi* – 4. *La motivazione censoria di quella probatoria* – 4.1. *Il panorama dottrinale e giurisprudenziale di riferimento* – 5. *Conclusioni*

ALLEGATI: Corte d'Assise d'Appello di Roma, sent. 3 febbraio 2005  
— Cass. Pen. Sez. I, sent. 3 Novembre 2005, n. 39998  
— Ricorso in Cassazione dell'imputato, 17 Maggio 2005

## 1. *Introduzione*

Il testo ha lo scopo di analizzare, da un punto di vista argomentativo e giuridico, due provvedimenti relativi a un caso di duplice omicidio. Il testo commenterà, dapprima, la valutazione probatoria offerta dalla Corte d'Assise d'Appello di Roma<sup>1</sup> (§3) e, successivamente, il controllo censorio che, di quella, propone la Corte di Cassazione<sup>2</sup> (§4).

Il testo si soffermerà sulla questione “qualificatoria” solo nei limiti della discussione sul superamento dello standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Il lavoro non si occuperà, dunque, di commentare le scelte inerenti all'individuazione della disposizione rilevante e alla sussunzione del caso in essa.

Con riguardo alla decisione d'appello, l'analisi si incentrerà sulla presentazione dei principali elementi di fatto posti alla base della decisione e sui ragionamenti utilizzati per mostrarne le proprietà probanti.

Le riflessioni che, invece, riguarderanno la motivazione censoria saranno dedicate a studiare in che modo – con quali tecniche e con quale forza argomentativa – la Cassazione ha valutato l'operato di merito su quei temi. Infine, dopo aver inserito le discussioni svolte nell'ambito dell'attuale dibattito giurisprudenziale e dottrinale (§4.1), saranno presentate sintetiche conclusioni (§5). In quest'ultima sede affermerò che, nonostante alcune scelte metodologiche discutibili, gli esiti probatori raggiunti sono epistemologicamente condivisibili ma giuridicamente più controversi.

Lo scopo di questo lavoro è simile quello perseguito da Gaetano Carlizzi in *L'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione del giudice comune*<sup>3</sup>, saggio apparso in questa stessa rivista, nel quale egli si propone di «promuovere un 'genere letterario' ancora poco coltivato nella nostra cultura giuridica. [L']analisi scientifico-argomentativa [...] della motivazione giudiziaria».

Tale fine mi pare ancor più impellente e necessario rispetto alla valutazione dei processi di selezione probatoria e di attribuzione di forza probante. Solitamente, infatti, a causa di una generale inferiore disponibilità delle sentenze di merito e di questioni legate alla cultura giuridica,

<sup>1</sup> Corte d'Assise d'Appello di Roma, 3 febbraio 2005.

<sup>2</sup> Cass. Pen., Sez. I, 3 novembre 2005, n. 39998.

<sup>3</sup> CARLIZZI 2021, 217.

l'analisi delle motivazioni giudiziali si concentra, prevalentemente, sulle tematiche qualificatorie presenti nelle pronunce di legittimità.

Per agevolare il lettore, in questo lavoro l'analisi giuridica e argomentativa<sup>4</sup> saranno presentate in modo contestuale ma, comunque, distinto<sup>5</sup>.

La scelta della vicenda processuale (della quale si può avere una sintesi nel § 2) è dovuta a due ragioni. La prima attiene al fatto che, quello esaminato, è un caso indiziario e ciò rende particolarmente interessante l'*iter* epistemologico e decisionale sui fatti.

La seconda riguarda, invece, la rilevanza che proprio il tema della valutazione indiziaria ha avuto in alcune recenti pronunce di legittimità con riguardo al principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio<sup>6</sup>.

## 2. Il fatto<sup>7</sup>

La notte del 20 Marzo 2002 i coniugi Gabriele vengono uccisi nel loro appartamento con la somministrazione di una massiccia dose di un farmaco ansiolitico veicolato dall'azione di una sostanza alcolica che, di fatto, ne ha amplificato gli effetti tanatologici, comportando una grave depressione del sistema nervoso centrale. La morte della donna, tuttavia, è stata accelerata tramite soffocamento per asfissia meccanica.

I due corpi sono stati ritrovati il 22 marzo nella loro abitazione, inseriti in sacchi di plastica per lo smaltimento di rifiuti condominiali grazie a una telefonata al 118 del figlio ventisettenne della coppia, Aral Gabriele.

La Corte d'Assise di Roma, il 10 maggio 2004, ha condannato il giovane alla pena di 28 anni di reclusione oltre al pagamento delle spese processuali. La sentenza è stata poi integralmente confermata dalla Corte d'Assise d'Appello di Roma. Quest'ultima ha ritenuto infondate le richieste assolutorie della difesa, come pure quelle di rinnovazione parziale del dibattimento per svolgere nuove escussioni testimoniali e una nuova perizia psichiatrica sull'imputato.

A maggio 2005, i difensori di Gabriele propongono ricorso in Cassazione attraverso due motivi: 1) violazione dell'art. 606 lett. e) per mancanza e manifesta illogicità della motivazione in ordine all'affermazione di responsabilità dell'imputato e, 2), violazione dell'art. 606 lett. c) e d) c.p.p. in relazione all'art. 603 comma 1 c.p.p.

Entrambi i motivi, anche in questo caso, sono stati ritenuti infondati e l'imputato è stato condannato al pagamento delle ulteriori spese processuali.

Nei paragrafi successivi esaminerò, più nel dettaglio, le motivazioni della Corte d'Assise d'Appello e della Corte di Cassazione. Tenterò di esplicitarne la struttura logica e la qualità argomentativo-epistemologica.

<sup>4</sup> Con analisi argomentativa mi riferisco a una attività di tipo prevalentemente ricognitivo e descrittivo volta all'individuazione delle strutture inferenziali (premesse, conclusioni, regole d'inferenza, ponti inferenziali ecc.). Con "analisi giuridica" intendo, invece, l'attività dogmatica di taglio prevalentemente prescrittivo attraverso la quale, applicando una determinata ideologia del processo, si valuta l'adeguatezza del ragionamento e si offrono operazioni integrative o correttive dei modelli di ragionamento e giustificazione analizzati. Cfr. CARLIZZI 2021, 226 s.

<sup>5</sup> In ciò, il lavoro di distanza dalla metodologia offerta da CARLIZZI 2021, ma solo da un punto di vista formale e non sostanziale.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 2022, n. 25016; Cass. pen., Sez. V, 14 ottobre 2020, n. 28559, ma cfr. anche Cass. pen., Sez. I, 29 luglio 2008, n. 31456, e Corte d'Assise d'Appello di Perugia, 3 ottobre 2011.

<sup>7</sup> Cfr. Corte d'Assise d'Appello di Roma, 3 febbraio 2005, 3-6; Cass. Pen., Sez. I, 3 novembre 2005, n. 39998, 3 s.

### 3. *La Corte d'Assise d'Appello sulla forza probante del quadro indiziario*

La decisione della Corte d'Assise d'Appello è divisibile in due parti: nella prima, vengono esaminati gli elementi chiave che indirizzano la responsabilità nei confronti dell'imputato e quelli che escludono l'attribuibilità a terzi del fatto delittuoso. Nella seconda, la Corte offre una valutazione degli indizi in senso qualificatorio.

È interessante notare che la Corte, all'inizio della sua motivazione, sceglie di elencare una serie di elementi rispetto ai quali non sussisterebbe dubbio e incertezza perché non contestati dall'imputato in sede di ricorso. Essi sono: le dichiarazioni dell'imputato, le deposizioni dei testimoni («ritenuti attendibili e genuini») e le conclusioni delle consulenze tecniche<sup>8</sup>.

Da un punto di vista epistemologico ciò è d'interesse nella misura in cui sembra coerente col fatto che conosciamo in maniera graduale, sempre assumendo un nucleo di credenze rispetto alle quali decidiamo di non essere letalmente scettici e dalle quali partiamo per la nostra impresa conoscitiva.

Da un punto di vista argomentativo, la scelta è volta a un doppio fine: limitare la quantità e la qualità del disaccordo possibile circa i fatti accertati e ridurre i margini di criticabilità della motivazione. In entrambi i sensi, tale “mossa” ha lo scopo di ampliare l'accettabilità epistemica e argomentativa della decisione.

Nei paragrafi che seguono, tenterò di esplicitare e ricostruire – quanto più possibile in modo descrittivo – le inferenze più significative presenti nella decisione della Corte d'Appello. Chiaramente, non sarà sempre possibile citare i ragionamenti letteralmente perché essi non compaiono sempre in forma esplicita (o completa) e, soprattutto, risultano “diluiti” nel testo. Ciò ha reso l'attività ricostruttiva particolarmente complessa e ha comportato l'introduzione di un certo (inevitabile) margine di discrezionalità rispetto: 1) alla selezione delle inferenze da porre all'attenzione del lettore e, 2), alla loro resa in termini riassuntivi e schematici.

Si cercherà, comunque, di fornire riferimenti il più possibile circostanziati rispetto alla motivazione, della quale si suggerisce una lettura contestuale a questa nota per ottenerne una comprensione più completa e chiara.

#### 3.1. *Elementi che indirizzano l'attribuzione di responsabilità*

La prima parte della motivazione in esame può essere divisa, a sua volta, in due sottosezioni: nella prima, si ha l'individuazione di quattro elementi indizianti ritenuti “cruciali” per la ricostruzione del fatto e per orientare le ipotesi di responsabilità verso l'imputato. Essi sono: 1) il momento della morte dei coniugi Gabriele<sup>9</sup>; 2) l'identificazione della bottiglietta di farmaco<sup>10</sup>; 3) l'assenza di segni di effrazione, disordine nell'appartamento e di segni di colluttazione sui corpi<sup>11</sup>; 4) l'utilizzo di sacchi di plastica<sup>12</sup>. Nella seconda parte, vengono invece presentati gli indizi che escluderebbero l'attribuibilità a terzi dell'azione criminosa e ricostruzioni alternative dei fatti: a) la detenzione e l'uso personale del farmaco che ha provocato la morte dei coniugi Gabriele<sup>13</sup> e, b), la falsità dell'alibi dell'imputato<sup>14</sup>.

##### 3.1.1. *Gli elementi cruciali*

Il primo indizio che la Corte esamina è quello del momento della morte dei coniugi Gabriele.

<sup>8</sup> Corte d'Assise d'Appello di Roma, 3 febbraio 2005, 4.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 7.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 7 s.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 8.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>14</sup> *Ibid.*

Secondo le perizie medico-legali essa è avvenuta tra le 20,30 e le 24 del 20 marzo 2002. La Corte riconosce a tale esame la qualità di essere stato condotto (ed esplicitato) adeguatamente e logicamente, cioè in coerenza con i parametri di valutazione dettati dalla prassi e dalla scienza della medicina legale<sup>15</sup>. Tuttavia, essa sente, comunque, il bisogno di rafforzare il convincimento sulla verità di questo elemento probante tramite un ragionamento di tipo abduttivo<sup>16</sup>. L'argomento può essere così ricostruito<sup>17</sup>:

I) P<sub>1</sub><sup>18</sup>: «Dal giorno e orario indicati nessuno (neppure l'imputato, a suo dire [...]) li ha più visti vivi»<sup>19</sup>.

P<sub>2</sub>: «non vi è alcun indizio di esistenza in vita delle vittime, che non risposero [...] ad una chiamata [...] delle 21,30 [...] del 20.03.2002 [...] né risposero nella mattinata del 21.03.2002 [...] né a quelle del 22.03.2002»<sup>20</sup>.

P<sub>3</sub>: L'esperienza ci insegna che, dati gli elementi del contesto rilevante, il fatto che nessuno abbia più visto in vita i coniugi dalle 20,30 del 20 marzo 2002, può essere segno che essi sono morti nella fascia oraria stabilita dalle perizie medico-legali.

P<sub>4</sub>: L'esperienza ci insegna che, dati gli elementi del contesto rilevante, l'assenza di indizi di esistenza in vita delle vittime e il non aver risposto al telefono dalla sera del 20 marzo 2002, possono essere segni che essi erano già morti.

C<sup>21</sup>: L'orario della morte indicato dai medici legali è corretto.

In questo ragionamento, "P<sub>1</sub>" e "P<sub>2</sub>" sono i fatti noti, gli elementi indiziari accertati nella ricostruzione processuale; "P<sub>3</sub>" e "P<sub>4</sub>" sono le massime d'esperienza<sup>22</sup> (implicite) utilizzate dal giudice per collegare, *rispettivamente*, "P<sub>1</sub>" e "P<sub>2</sub>" alla conclusione "C" che afferma la correttezza rilievi tanatologici.

Tale conclusione, tuttavia, verrà contestata nel ricorso in Cassazione dei difensori di Gabriele che lamenteranno la mancata considerazione delle parole di un teste che aveva dichiarato di aver sentito un colloquio tra un uomo e una donna, provenire dall'appartamento, la mattina del 21 marzo<sup>23</sup>. Di questo aspetto, i decisori non terranno conto e di ciò non forniranno giustificazione.

Il secondo elemento preso in considerazione dalla Corte riguarda l'accertamento svolto sull'"arma del delitto": le bottigliette di farmaco Minias ritrovate nell'appartamento delle vittime.

In questo caso, secondo la Corte (che riprende l'accertamento svolto in primo grado), la convergenza degli indizi è chiara:

<sup>15</sup> *Ibid.*, 6: «Le mere dubbiose congetture difensive [...] non fondate sulla deduzione di alcun fatto concreto ed accertato, non valgono a inficiare la determinazione dell'epoca della morte proposta nelle conclusioni (ribadite nell'esame dibattimentale) della C.T. medico legale, adeguatamente e logicamente motivate in coerenza con esplicitati e pertinenti parametri di valutazione dettati dalla prassi e dalla scienza della medicina legale».

<sup>16</sup> Sul tema dell'abduzione, si veda CANALE, TUZET 2020, ma anche, per una disamina più estesa e ampia, TUZET 2006. L'abduzione, o inferenza alla migliore spiegazione, è un ragionamento non deduttivo che, partendo da elementi noti (ad es. indizi), attraverso massime d'esperienza e leggi scientifiche di copertura, giunge a un fatto non noto che spiega i fatti conosciuti.

<sup>17</sup> Corte d'Assise d'Appello di Roma, 3 febbraio 2005, 6.

<sup>18</sup> Con "P<sub>1</sub>" e "P<sub>2</sub>" intendo riferirmi, in forma contratta, alla "premessa 1" e "premessa 2" del ragionamento costruito dalla Corte.

<sup>19</sup> Corte d'Assise d'Appello, 3 febbraio 2005, 6.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Con "C" intendo riferirmi, in forma contratta, alla conclusione del ragionamento della Corte. Cfr. *Ibid.*, 6 «è dunque certo che i coniugi [...] decedettero tra le h. 20.30/21.00 e le 23.00/24.00 circa del 20.03.2002».

<sup>22</sup> Sul tema, TUZET 2022.

<sup>23</sup> Ricorso in Cassazione dell'imputato, 17 maggio 2005, 16.

- II) P<sub>1</sub>: l'imputato ha acquistato una bottiglietta di farmaco la sera del delitto<sup>24</sup>;  
 P<sub>2</sub>: una delle farmacie frequentate abitualmente dall'imputato, nelle ore in cui l'imputato ha dichiarato di aver comprato il farmaco, vendeva due flaconcini di Minias. Presso la farmacia erano presenti confezioni con numero di lotto e scadenza identica a quella di una delle due bottigliette ritrovate, quasi esaurite, in casa Gabriele<sup>25</sup>.

Da queste considerazioni, la Corte fa discendere, sempre per abduzione, due alternative ricostruzioni fattuali che essa reputa «evidenti»: “C<sub>1</sub>”: o il flacone utilizzato per l'omicidio era un terzo esemplare ed è stato eliminato dopo il delitto, oppure, “C<sub>2</sub>”: esso si identifica con uno dei due ritrovati in casa<sup>26</sup>.

La Corte utilizza tali conclusioni come premessa di un nuovo ragionamento di cui una parte, però, rimane implicita. Ciò ne rende inferiore la forza argomentativa e difficile la ricostruzione:

- III) P<sub>1</sub>: il flacone utilizzato per l'omicidio è stato eliminato dopo il delitto, oppure esso si identifica con uno dei due ritrovati in casa.  
 C: il farmaco utilizzato per uccidere, al momento del delitto, doveva già essere presente in casa<sup>27</sup>.

Secondo la Corte, «in entrambi i casi» (sia se il flacone utilizzato per l'omicidio è stato eliminato dopo il delitto, sia se esso si identifica con uno dei due ritrovati in casa) la conclusione raggiunta è “obbligata”<sup>28</sup> dato che entrambe le alternative convergerebbero su di essa<sup>29</sup>. Inferire ciò, per la Corte, è cruciale in quanto funzionale a iniziare quel processo di esclusione di possibili responsabili e ricostruzioni alternative di cui si tratterà a breve.

Il terzo elemento indiziario esaminato è l'assenza di segni di effrazione, disordine nell'appartamento e di segni di colluttazione sui corpi. Le considerazioni su questi indizi hanno una forza probatoria rilevante nel sostenere le inferenze appena svolte dato che, a differenza delle precedenti, hanno una precisione e una gravità superiori essendo caratteristiche ontologicamente rilevabili.

Sempre abduttivamente, la Corte conclude che: IV) tali indizi *impongono* di ritenere che il colpevole doveva trovarsi, già, sul luogo del delitto e doveva essere un soggetto in grado di non suscitare sospetto o allarme nelle vittime<sup>30</sup>. Conclusione che viene nuovamente ribadita da un nuovo ragionamento alla migliore spiegazione: V) le caratteristiche “insidiose” e “fraudolente”<sup>31</sup> della somministrazione del farmaco dimostrerebbero l'azione di un soggetto che non ha dovuto affrontare particolari ostacoli pratici per operare (conoscenza dei luoghi, delle vittime, della collocazione del farmaco), secondo la massima (implicita) di senso comune: “chi riesce a costruire un'azione di questo tipo deve essere facilitato da elementi contestuali”<sup>32</sup>. Questo ragionamento, però, a differenza di quello precedente scaturito dalla mancanza di segni di effrazione e colluttazione, è epistemicamente più incerto e meno corroborato.

<sup>24</sup> Corte d'Assise d'Appello di Roma, 3 febbraio 2005, 7: «Lo stesso imputato, tornando a casa la sera del 20.03.2002, ne aveva acquistato in farmacia – come è ammesso e pacifico – una confezione intatta».

<sup>25</sup> *Ibid.*, 7: «Le indagini hanno appurato che la sera in questione, presso la farmacia Antinori, una di quelle cui l'imputato solitamente si rivolgeva, vennero vendute due confezioni di Minias in orari compatibili (h. 18.34 e h. 19.13) con le dichiarazioni del predetto e presso tale farmacia risultarono presenti confezioni i Minias dello stesso lotto (13361/a, scadenza settembre 2004) di una di quelle rinvenute presso l'abitazione dell'imputato».

<sup>26</sup> In questo caso, per la loro ovvietà, non mi dilungo nel formulare le massime d'esperienza implicite. *Ibid.*: «Tali risultanze rendono evidente che il flacone del 20.03 fu eliminato dopo il delitto, ovvero si identifica in quello, dei due rinvenuti semivuoti, appartenente al citato lotto 13361/a».

<sup>27</sup> *Ibid.*: «per aggredire le due vittime fu usato farmaco già presente nella loro abitazione».

<sup>28</sup> *Ibid.* (corsivo mio).

<sup>29</sup> La Corte avrebbe, chiaramente, potuto fare uno sforzo argomentativo maggiore per giustificare la convergenza di queste ipotesi alternative.

<sup>30</sup> Corte d'Assise d'Appello di Roma, 3 febbraio 2005, 7 s.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 8.

<sup>32</sup> Cfr. *Ibid.*

Pare interessante notare che, in questa parte della motivazione, le inferenze offerte mirano anche a ridurre l'incertezza rispetto all'identificazione dell'agente. Infatti, dapprima la Corte rileva che il farmaco doveva essere già presente in casa – e, dunque, non esservi stato portato al momento del delitto (III), poi sostiene che anche l'agente doveva già trovarsi lì (IV) e, infine, afferma che non solo si trattava di qualcuno che non era arrivato dall'esterno ma che, oltre a ciò, egli doveva avere una conoscenza approfondita dei luoghi, delle vittime e delle loro abitudini (V).

L'ultimo elemento considerato dalla Corte per confermare il convergere della responsabilità nei confronti del figlio delle vittime è quello relativo alla scelta di inserire i corpi in sacchi di plastica.

«Il fatto che i cadaveri furono racchiusi nei già menzionati involucri impone di ritenere che l'originario programma dell'agente prevedesse l'asporto (forse poi dimostratosi praticamente irrealizzabile, oppure abbandonato per ripensamento) dei due cadaveri dal luogo dei delitti, evidentemente ritenuto per lui compromettente»<sup>33</sup>.

Così come presentato, anche tale ragionamento sembra avere forma abduttiva. In questo caso la scelta inferenziale, però, non è felicissima perché il giudice oltre a non esprimere chiaramente massime o leggi di copertura che sostengano in maniera adeguata tale inferenza, produce una serie di congetture plausibili ma non giustificate<sup>34</sup>. In questo caso, data la forza degli indizi che costituiscono tale inferenza (il ritrovamento delle vittime nei sacchi) e la sua funzione argomentativa in questo punto della motivazione (trasmettere la certezza che solo Aral poteva essere il colpevole), la Corte avrebbe potuto avere risultati argomentativi migliori costruendo, con gli stessi elementi, una deduzione<sup>35</sup> di questo tipo:

VI) PM<sub>I</sub>: Se dei cadaveri sono considerati per sé compromettenti, li si mette in sacchi di plastica al fine di rimuoverli dal luogo del delitto.

Pm: I cadaveri erano compromettenti solo per Aral Gabriele<sup>36</sup>.

Dunque

C: l'inserimento dei cadaveri nei sacchi è stata espletata da Aral Gabriele, l'unico per il quale essi erano compromettenti, al fine di rimuoverli dal luogo del delitto<sup>37</sup>.

### 3.1.2. Elementi che escludono l'attribuibilità dell'azione a terzi e ricostruzioni alternative dei fatti

Dopo aver mostrato la confluenza degli indizi verso l'imputato<sup>38</sup>, la Corte si occupa di argomentare l'esclusione dell'attribuibilità a terzi dell'azione delittuosa<sup>39</sup>. Ciò, evidentemente, al fine di

<sup>33</sup> *Ibid.*, 8.

<sup>34</sup> *Ibid.*: «forse poi dimostratosi praticamente irrealizzabile, oppure abbandonato per ripensamento»; «evidentemente ritenuto per lui compromettente».

<sup>35</sup> La deduzione è l'unica inferenza logicamente valida nella quale, assunte le premesse, si giunge, necessariamente, a certe conclusioni. Dunque, la deduzione ha la qualità di garantire che, se le premesse sono vere, lo saranno anche le conclusioni. La sua forma logica, in questo caso, è il *modus ponens*: "PM: tutti gli A sono B; pm: X è A = C: X è B". Cfr. CANALE, TUZET 2020, 26 ss. e COPI 1979, 3-4 e 157-158; COPI, COHEN, MCMAHON 2014, 24-27, 168 ss.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>37</sup> In questo caso, dato il fine dimostrativo (e non esplicativo) della Corte in questo punto della sentenza, l'utilizzo di una deduzione avrebbe conferito certezza e rigore alle conclusioni del ragionamento. Tale scelta sarebbe anche stata più coerente con la forza probatoria conferita in motivazione agli elementi posti nella premessa maggiore e minore. La Corte li offre, infatti, in forma dubitativa ma ne ha, di fatto, a lungo argomentato la certezza: cfr. *Ibid.*, 8.

<sup>38</sup> *Ibid.*: «Si tratta di elementi [...] univocamente indizianti nei confronti dell'imputato».

ridurre ulteriormente l'incertezza sull'autore del fatto. Così, in motivazione è rinvenibile una complessa inferenza abduttiva (VII) la cui prima premessa è costituita dall'abituale detenzione del farmaco da parte dell'imputato e dalla falsità del suo alibi<sup>40</sup>, i fatti noti (FN) dai quali la stessa inferenza muove.

La falsità dell'alibi viene sostenuta attraverso cinque inferenze indizianti (I)<sup>41</sup>:

I1: nulla prova che Aral abbia assunto il farmaco per conciliare il sonno quella notte (al contrario da quanto da lui sostenuto).

I2: Pc e cellulare della vittima sono rimasti accesi tutta la notte e ciò è strano, in una situazione di stanchezza particolare. L'imputato avrebbe dovuto spegnerli.

I3: Il teste 1) ha riferito che il giorno 21, sul luogo di lavoro, l'imputato si sarebbe appoggiato ad un banco, in un atteggiamento che suggerisce stanchezza e desiderio di dormire.

I4: Il teste 2) ha affermato che il giorno 21, l'imputato avrebbe riferito di non aver dormito bene la notte precedente e di sentirsi stanco.

I5: Intorno alle 21,30 e alle 22,35, l'imputato non aveva risposto a due telefonate, alle 22,41 egli effettua una chiamata.

A questo punto, la Corte propone una serie di ragionamenti costruiti sulla base di 5 ipotesi alternative sui fatti (offerte dalla difesa) e sulla massima dell'*id quod plerumque accidit*. Essi sono volti a dimostrare la scarsa credibilità o l'impossibilità<sup>42</sup> delle seguenti ipotesi:

1) che l'autore dell'omicidio sia un non convivente delle vittime ma che, comunque, sia così ben conosciuto da non suscitare timore e da conoscere le abitudini famigliari, l'utilizzo e il luogo di custodia del medicinale<sup>43</sup>.

2) che tale soggetto non si sia premurato di accertarsi dell'assenza dell'imputato in casa prima di compiere il delitto o che, al momento del delitto, ignorasse la presenza in casa dello stesso<sup>44</sup>.

3) che all'imputato siano sfuggiti i suoni generati dall'entrata in casa dell'uomo, dai rumori che egli avrebbe ragionevolmente prodotto durante l'azione criminosa e dai suoi colloqui con le vittime<sup>45</sup>.

4) che l'imputato potesse essere rimasto inconsapevole della morte dei genitori dalla cena del 20 fino alle 14,30 del 22 marzo, nonostante condividesse con loro i pasti<sup>46</sup>.

5) che nemmeno dopo la chiamata di una collega del padre che lo cercava, la mattina del 21, l'imputato non si sia messo alla ricerca del padre<sup>47</sup>.

Tali ragionamenti costituiscono la base induttiva (IND)<sup>48</sup> della macro-inferenza (VII). Questa base è così riassuntivamente formalizzabile:

<sup>39</sup> *Ibid.*, 9: Elementi «tutti idonei ad escludere l'attribuibilità del fatto a soggetti estranei al nucleo familiare».

<sup>40</sup> *Ibid.* L'imputato aveva dichiarato di essersi ritirato, subito dopo cena, in una mansarda non immediatamente attigua al luogo dell'omicidio e di aver dormito tutta la notte dopo aver assunto il Minias per conciliare il sonno a causa di una forte emicrania.

<sup>41</sup> *Ibid.* L'ordine è in termini di forza probatoria crescente. Si passa, infatti, da elementi speculativi a fatti effettivamente accertati.

<sup>42</sup> *Ibid.* I decisori non utilizzano la forma disgiuntiva: «Del resto, è incredibile e impossibile» e ciò sembra interpretabile come un rafforzativo: «le ipotesi sono poco credibili, ma, ove anche fossero credibili, sono comunque impossibili».

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*, 10.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, 10 s.

IND:

P: ognuna delle ipotesi 1), 2), 3), 4), 5), prospettate dalla difesa (scontrandosi in maniera rilevante con quanto di frequente accade), non è credibile o possibile.

C: Tutti i casi che si scontrano in maniera rilevante con quanto di frequente accade, non devono essere ritenuti credibili o possibili<sup>49</sup>.

A questo punto, la macro-abduzione della Corte (VII) si chiude.

Sulla base dei FN (detenzione del farmaco e falsità dell'alibi) e di IND, si abduce che le piste alternative prospettate dalla difesa sono "assolutamente infondate"<sup>50</sup> e, dunque, devono essere rifiutate (C)<sup>51</sup>.

### 3.2. La valutazione della forza probante degli indizi<sup>52</sup>

A questo punto la Corte, avendo già affermato che gli elementi che compongono il quadro probatorio sono «nel complesso gravemente, precisamente e univocamente indizianti»<sup>53</sup> offre alcune considerazioni di carattere "qualificatorio" per giustificare la loro capacità di ingenerare un convincimento oltre ogni ragionevole dubbio.

Così, i decisori costruiscono una sorta di "bilanciamento" tra il valore probatorio conferibile alle piste alternative formulate dalla difesa e il movente dell'imputato<sup>54</sup>.

Alle prime, assumendo le conclusioni dei ragionamenti precedenti, viene affidato un valore probatorio scarso. Esse sarebbero inquadrabili, al massimo, come congetture dato che, tra le altre cose, non sono supportate da nessuno degli elementi acquisiti in processo<sup>55</sup>. Viene, invece, conferito un notevole peso probatorio al movente di Aral Gabriele. Nello specifico, alla relazione che sussiste tra il momento di commissione del delitto e la volontà dell'imputato di continuare a nascondere ai genitori il non completamento dei suoi studi universitari.

Nel descrivere gli aspetti psicologici che costituiscono il movente, le parole della Corte assumono un tono drammatico e grave<sup>56</sup>. Si espone una situazione di grande pressione interiore dovuta alla paura dell'imminente crollo del «castello di menzogne»<sup>57</sup> costruito dall'imputato. L'atto omicida sarebbe stato, dunque, l'unico modo per evitare l'umiliazione dovuta al fallimento uni-

<sup>48</sup> L'induzione è un ragionamento invalido che, partendo da una serie di esperienze particolari, ne inferisce una conclusione generale: cfr. CANALE, TUZET 2020, 10 ss ma anche COPI 1979, 3; COPI, COHEN, MCMAHON 2014, 25-27.

<sup>49</sup> Di questa inferenza è esplicita solo la conclusione (C) e la selezione delle ipotesi (1-5): cfr. Corte d'Assise d'Appello di Roma, 3 febbraio 2005, 9-II.

<sup>50</sup> *Ibid.*, II.

<sup>51</sup> A onor del vero, però, si dovrebbe ricordare che i due giudizi di merito non hanno valutato alcune tracce biologiche (saliva, capelli) e una testimonianza che, come si è già detto, attestava di voci di un uomo e una di donna sentite (la mattina del 21 marzo) provenire dall'appartamento delle vittime. La presente analisi non esamina la valutazione dell'imputabilità offerta dalla Corte in quanto i decisori si limitano semplicemente a citare le parole delle risultanze peritali affermando la presenza di un disturbo di personalità che non inficia le capacità di intendere e volere.

<sup>52</sup> La trattazione che segue analizza la motivazione indiziale della Corte accorpando la valutazione dei due motivi d'appello secondo un criterio tematico e non espositivo.

<sup>53</sup> Corte d'Assise d'Appello di Roma, 3 febbraio 2005, 8.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 12: «A fronte delle congetture difensive circa "piste" e moventi estranei all'imputato, congetture tutte avulse dal contesto dei fatti certi acquisiti al processo, sta il rapporto temporale tra il duplice omicidio e l'imminenza dell'ormai inevitabile crollo di un castello di menzogne costruito dall'imputato circa l'andamento del corso di laurea in giurisprudenza».

<sup>55</sup> *Ibid.*: «Congetture tutte avulse dal contesto dei fatti certi acquisiti al processo», elemento a cui si è arrivati tramite VII.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 12 s. «La simulazione portata avanti da Aral era disperata perché non sostenibile per sempre»; «è ovvio [...] il timore per la scoperta della menzogna e la rottura della fiducia familiare» ed «è evidente l'assoluto e gravissimo interesse dell'imputato a evitare ad ogni costo lo svelamento della condotta che certo avrebbe comportato gravissima umiliazione».

<sup>57</sup> *Ibid.*, 12.



versitario e alla rivelazione della protratta menzogna<sup>58</sup>. Tale conclusione è stata giustificata, prevalentemente, in base alle risultanze della perizia psichiatrica sui rapporti familiari<sup>59</sup> e al fatto che, solo con grande difficoltà, durante una telefonata intercettata, l'imputato aveva ammesso, ad alcuni parenti, di non aver completato gli studi<sup>60</sup>.

In realtà, per l'interprete non è facile giudicare se l'estrema gravità del timore che è stato riconosciuto nell'imputato, sia davvero da considerarsi "evidente"<sup>61</sup>. Ciò perché dai sintetici stralci di perizia (elemento, di fatto, determinante) che gli stessi decisori riportano in motivazione, non è ovvio ricavarlo. Allo stesso tempo, appare chiaro che lo sforzo giustificatorio su questo punto poteva essere migliore e che l'estrema rilevanza esplicativa affidata al movente è funzionale a sopperire ad alcune debolezze degli elementi indiziari.

#### 4. La motivazione censoria di quella probatoria

Nell'*incipit* del primo motivo di ricorso, la difesa compone un argomento critico rispetto al metodo logico-razionale seguito dalla Corte d'Assise d'Appello. Essa avrebbe deciso seguendo un "sillogismo" fallace perché costituito da una premessa falsa circa il fatto che solo l'imputato avrebbe potuto avvelenare i coniugi Gabriele.

Si afferma, inoltre, che la Corte avrebbe scambiato il mero supporto argomentativo fornito dalla posizione (particolarmente) "favorevole" dell'imputato a compiere l'omicidio, con una vera e propria prova della sua colpevolezza. Si sottolinea, infine, che l'essere nella posizione migliore (o avere ragioni di commettere un delitto) non può essere considerato equivalente ad averlo commesso o a escludere altri possibili colpevoli.

Con questo argomento, i difensori dell'imputato stanno, di fatto, criticando la massima d'esperienza utilizzata dalla Corte d'Appello ("*id quod plerumque accidit*") per negare le ricostruzioni alternative dei fatti. Tuttavia, come vedremo a breve, tale canone sarà valorizzato anche nella motivazione della Corte di Cassazione.

Nel secondo motivo d'appello, invece, oltre a criticare la ricostruzione del movente, si richiede una nuova perizia psichiatrica dato l'instaurarsi di un nuovo orientamento di legittimità maggiormente garantista.

Entrambi i motivi sono stati ritenuti infondati. In particolare, la Suprema Corte afferma che la critica sulla metodologia inferenziale non è «decisiv[a] né in sé, né in rapporto al procedimento in esame»<sup>62</sup>.

Secondo i decisori di legittimità, il metodo logico impiegato in appello (e, nello specifico, una tecnica argomentativa che il ricorrente definisce "per esclusione"), non presenta problemi di logicità, dato che «la legittimità del metodo di valutazione degli indizi [...] si fonda sulla correttezza logico-giuridica del risultato raggiunto, non sulle modalità *teoriche* dello scrutinio»<sup>63</sup>.

In sostanza, secondo gli Ermellini, se il risultato non presenta illogicità manifeste ed errori di diritto, esso non presta il fianco a censura. Così, la correttezza (e dunque la legittimità) della valutazione indiziaria si fonderebbe sull'accettabilità (coerenza interna e esterna, congruenza con i principi di settore) del risultato raggiunto e non sulle modalità teoriche di valutazione impiegate.

<sup>58</sup> *Ibid.*: «La morte dei genitori risparmiò all'imputato le ovvie conseguenze dell'imminente scoperta non solo del suo fallimento negli studi ma anche del lunghissimo inganno».

<sup>59</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>60</sup> *Ibid.*: «Castello di menzogne che il predetto nascose agli inquirenti fino a che non emerse, suo malgrado, grazie all'intercettazione di comunicazioni in merito rivolte alla sorella [...] ed al di lei coniuge».

<sup>61</sup> *Ibid.*: «È evidente quanto grande dovesse essere il timore della reazione dei genitori (del padre in particolare)».

<sup>62</sup> Cass. Pen., Sez. I, 3 novembre 2005, n. 39998, 4.

<sup>63</sup> *Ibid.* (corsivo mio).

Su questo punto si possono esprimere alcune considerazioni. La tesi della Corte secondo cui la bontà di un ragionamento probatorio può essere giudicata, *ex post*, sulla base dell'accettabilità giuridica del risultato, presenta un problema non indifferente da un punto di vista metodologico.

È, infatti, ben possibile che un ragionamento che contiene al suo interno fallacie logiche o premesse false possa condurci, in qualche maniera, a conclusioni coerenti o congruenti col sistema giuridico. Tuttavia, ciò non significa né che quelle conclusioni saranno vere o molto forti, né che il ragionamento sarà corretto da un punto di vista formale.

Dunque, l'argomento della Corte suppone un'inversione logica perché è proprio dalla qualità logico-epistemica del ragionamento (corretto utilizzo delle regole di inferenza, verità delle premesse, ecc.) che si può giudicare la bontà "tutto considerato" del risultato raggiunto. Ciò perché il risultato inferenziale è funzione del processo, non il contrario.

A questo punto, la Corte compie una mossa argomentativa strategica spostando l'argomentazione dallo "scomodo" terreno della logicità dei ragionamenti a quello, più familiare, dell'argomentazione per principi, funzionale a quanto verrà sostenuto successivamente.

Secondo gli Ermellini, «il vero problema della valutazione indiziaria [...] è [...] nell'osservanza del principio dell'oltre il ragionevole dubbio» e nella preservazione «della libertà di convincimento del giudice, apprestat[a] dall'ordinamento per evitare che l'esito del processo sia rimesso ad apprezzamenti discrezionali e soggettivi al confine dell'arbitrarietà»<sup>64</sup>.

Così facendo, i decisori evidenziano che:

- 1) se il controllo sulla logicità e congruità della motivazione deve essere fatto alla luce (e nei limiti) dell'oltre ogni ragionevole dubbio, esso non può consistere in un controllo di logicità avulso dai valori afferenti a tale principio;
- 2) se viene così concepito, il controllo di logicità è, allora, delimitato nella sua ampiezza, mentre il controllo di legittimità è indirizzato da un punto di vista valoriale;
- 3) considerando i suoi effetti – limitare l'arbitrio giudiziale, perché collegato al libero convincimento – è, dunque, possibile attribuire alla "lente" del ragionevole dubbio una qualità superiore nella formazione e nel controllo dei ragionamenti giudiziali sulle prove.

Ma come intendere il ragionevole dubbio? La Corte, sempre in modo funzionale ai suoi scopi argomentativi, sostiene che esso è rispettato quando la condanna si fonda su un accertamento sostenuto da un «grado di conferma così elevato, da confinare colla certezza»<sup>65</sup>, una «certezza razionale»<sup>66</sup>.

Con riferimento al caso concreto, secondo la Corte «sarebbe irragionevole dubitare della gravità e concordanza degli indizi»<sup>67</sup> a carico dell'imputato. Quanto, invece, alla precisione, cioè alla capacità degli indizi di condurre l'interprete ad una ricostruzione *univoca* dei fatti (elemento che, come si è visto, è stato esplicitamente contestato dalla difesa), i decisori ribadiscono che essa deve essere giudicata (e necessariamente temperata) sulla base delle «comuni regole di esperienza e dell'*id quod plerumque accidit*»<sup>68</sup>. Sostenendo ciò, la Corte, non solo afferma che la decisione dei giudici di seconde cure non è censurabile, ma evidenzia anche che se la logicità del ragionamento probatorio deve essere valutata attraverso il prisma del ragionevole dubbio, ciò impone che le possibili ricostruzioni alternative dei fatti debbano esserlo attraverso il senso comune<sup>69</sup>.

Quindi, il ricorrente avrebbe errato non solo prospettando in maniera troppo vaga possibili "piste" alternative ma anche non sottoponendo le stesse a un vaglio di ragionevolezza circa le

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*, 5.

<sup>68</sup> *Ibid.*, 5.

<sup>69</sup> *Ibid.*

loro reali possibilità di verifica<sup>70</sup>.

La Corte si sta implicitamente rifacendo a una risalente giurisprudenza che distingue massime d'esperienza e mere congetture. Le prime sarebbero strumenti suscettibili di una verifica empirica, mentre le seconde no, rimanendo, quindi, indimostrabili. Secondo lo stesso orientamento, poiché il giudizio che viene formulato a conclusione del processo penale non può mai essere di probabilità ma di certezza, esso non può contenere mere congetture ma solo massime d'esperienza dimostrabili<sup>71</sup>.

Ciò detto, nel caso che ci occupa, è difficile dire se tutte le massime impiegate nelle inferenze dei giudici di seconda istanza sarebbero, davvero, suscettibili di essere "dimostrate". D'altra parte, sarebbe anche interessante riflettere su che tipo di dimostrazioni possa ammettere una massima d'esperienza e come se ne possa valutare la bontà<sup>72</sup>.

A questo punto della decisione, la Suprema Corte si avvicina all'area dei fatti ed elenca quattro ricostruzioni alternative per mostrarne la poca plausibilità:

- 1) sarebbe *teoricamente* possibile che un terzo abbia ucciso la coppia ma non c'è alcun riscontro di ciò tra gli atti processuali;
- 2) sarebbe *teoricamente* possibile che la mancanza di violenza sui corpi si debba alla minaccia di un terzo, ma quest'ultimo non avrebbe avuto il tempo, il modo e l'agio che l'azione richiedeva;
- 3) sarebbe *teoricamente* possibile che l'imputato, nel giorno del delitto e in quelli successivi, sia stato così impegnato da non preoccuparsi dei genitori, ma ciò non si spiega in un regime di convivenza con condivisione dei pasti;
- 4) non c'è, ad oggi, una spiegazione del perché un terzo avrebbe voluto uccidere i coniugi Gabriele. Ma se anche ciò fosse vero, assumendo che lo scopo di porre i cadaveri in sacchi sia funzionale alla loro rimozione, a ciò avrebbe avuto interesse solo l'imputato<sup>73</sup>.

Sulla base di queste, che sono inferenze alla migliore spiegazione, e della mancanza di riscontri negli atti processuali<sup>74</sup>, la Corte afferma che le ricostruzioni alternative sono da considerarsi come ipotesi fantasiose e assurde. Dunque, secondo i medesimi decisori, il rinnovamento parziale del dibattimento non porterebbe alcun chiarimento su tali questioni.

Alla stessa conclusione essi giungono rispetto alla richiesta di espletamento di una nuova perizia psichiatrica. La richiesta, infatti, era stata giustificata dal ricorrente in base a un mutato orientamento della stessa Cassazione che riconosceva ai disturbi di personalità (e non solo alle patologie psichiatriche *tout court*) di essere valorizzati in sede di valutazione di imputabilità<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> In questo senso è comprensibile quanto affermato in CONTI 2021, 4: «il ragionevole dubbio è alfa e omega di ogni ragionamento in tema di prova».

<sup>71</sup> Cass. pen., Sez. I, 22 ottobre 1990, n. 329; Cass. Pen., Sez. I, 2 marzo 1992, n. 3424; Cass. Pen., Sez. I, 11 febbraio 2014, n. 18118; Cass. pen., Sez. V, 14 ottobre 2020, n. 28559. Cfr. MURONE 2021, 6, GUALTIERI 2021, 1998. Dunque, si richiede che le alternative prospettate dalla difesa siano caratterizzate da ragionevolezza ma abbiano anche sostegno in elementi probatori presenti negli atti processuali. Quanto al grado di probabilità logica delle spiegazioni alternative, però, la dottrina non ritiene necessario che essa sia oltre il ragionevole dubbio poiché il *favor rei* rende sufficiente che l'ipotesi appaia "non irragionevolmente ipotizzabile": TONINI, CONTI 2014, 82 s., ma cfr. D'ALESSANDRO 2005, 764, e FERRUA 2014.

<sup>72</sup> Ovviamente, tale ultima considerazione, non vale per le leggi scientifiche di copertura.

<sup>73</sup> Cass. Pen., Sez. I, 3 novembre 2005, n. 39998, 5.

<sup>74</sup> Sul punto la giurisprudenza di legittimità è concorde: Cass. pen., Sez. I, 3 marzo 2010, n. 17921; Cass. pen., Sez. II, 21 gennaio 2015, n. 2548; Cass. pen., Sez. I, 12 aprile 2016, n. 20461; Cass. pen., Sez. I, 18 novembre 2020, n. 8863, anche se la doglianza del ricorrente circa l'eccessivo onere probatorio che ciò impone sulla difesa non mi sembra un argomento del tutto fallace, soprattutto in ossequio al *favor rei*.

<sup>75</sup> Cass. Pen., Sez. I, 3 novembre 2005, n. 39998, 5 s.; cfr. Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163.

Gli Ermellini, tuttavia, chiariscono che non qualsiasi disturbo di personalità può essere ritenuto degno di considerazione quanto alla valutazione dell'imputabilità. Perché quest'ultima sia messa in questione devono, infatti, sussistere due condizioni: 1) che il disturbo di personalità sia caratterizzato da «consistenza, intensità e gravità» tali da incidere in maniera rilevante sulle capacità cognitive e volitive; 2) che esista un nesso eziologico, cioè che il fatto di reato sia causalmente determinato dal disturbo di personalità.

Entrambe le condizioni appaiono esigenti ed è legittimo chiedersi se, col formarsi di una giurisprudenza più garantista, non sarebbe stato opportuno esperire una nuova verifica psichiatrica.

Infine, la Corte aggiunge che l'inutilità del rinnovo sarebbe dovuto anche al fatto che, considerati i forti margini di discrezionalità che caratterizzano gli accertamenti psichiatrici, essi non possono essere considerati “prova decisiva”. Quest'ultima affermazione risulta almeno interessante considerato che, di fatto, proprio sulla perizia psichiatrica si regge prevalentemente la ricostruzione del movente svolta in appello. Movente che, come si è visto, ha avuto un ruolo cruciale nell'*iter* motivazionale e decisorio.

#### 4.1. Il panorama dottrinale e giurisprudenziale di riferimento

Le due pronunce analizzate possono essere meglio comprese all'interno nel dibattito tra due orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla valutazione indiziaria. Il primo (che è anche il più risalente,) è quello riassumibile nella c.d. tesi della “convergenza del molteplice”. Il secondo nella tesi della c.d. “dialettica del dubbio”.

La prima tesi valorizza l'analisi globale e unitaria degli indizi e mette in secondo piano quella individualizzata, attribuendo rilevanza alla valutazione complessiva degli indizi.

Tale postura fornisce all'interprete sia il vantaggio di colmare le eventuali debolezze dei singoli indizi in termini di precisione<sup>76</sup> e gravità<sup>77</sup>, sia di indirizzare il risultato della valutazione probatoria verso l'ipotesi che appare, “tutto considerato”, la più probabile<sup>78</sup>.

In sostanza, nel caso ci siano indizi equivoci o poco gravi (cioè non resistenti a tentativi di smentita da parte di ricostruzioni alternative), questo approccio consente di far prevalere, tra le inferenze e le ipotesi possibili quelle che, concordi con le preferenze dell'interprete, possono essere sostenute dalla “forza” degli indizi più precisi e gravi<sup>79</sup>. Come si è visto anche nelle due motivazioni analizzate (entrambe, infatti, afferiscono a tale indirizzo), in sede giurisprudenziale, il metodo della convergenza del molteplice si esprime, generalmente, tramite un “ipertrofizzazione” del movente, al quale viene riconosciuto uno speciale peso probatorio<sup>80</sup>. Ai motivi dell'agire viene, dunque, affidato il ruolo logico di “ponte inferenziale” per collegare tutti gli elementi indiziari (anche quelli di scarso pregio epistemico) verso la conclusione prescelta.

Tutto ciò è espresso in maniera chiara dalla giurisprudenza di legittimità che afferma:

«alla presenza di valide ragioni che spingono l'imputato alla commissione del delitto di cui lo si incol-

<sup>76</sup> Con “precisione” si intende generalmente, la non equivocità dell'indizio, cioè l'interpretabilità del dato indiziante in modo quanto più possibile univoco. Cfr. GUALTIERI 2021, 1995.

<sup>77</sup> Con “gravità” si intende l'elevata capacità dimostrativa e persuasiva dell'indizio: GUALTIERI 2021, 1995.

<sup>78</sup> Cass. pen., Sez. I, 5 marzo 1991, n. 3150, 13: «La precisione e la concordanza dei vari elementi indiziari è certo frutto di sintesi, e solo una valutazione unitaria di tutti gli elementi oggetto di considerazione può consentire di riempire di contenuti le lacune che ciascuno elemento fatalmente porta con sé, e che rappresentano sul piano deduttivo il limite della capacità del singolo fatto noto considerato dal giudice di dimostrare l'esistenza del fatto ignoto».

<sup>79</sup> RUSSO, ABET 2001, 38; ma cfr. anche GUALTIERI 2021, 1997. Nel panorama dottrinale, due autori che hanno seguito questo approccio sono CAPRIOLI 2009, spec. 12 ss., e GIRONI 2008, spec. 141: «non potrà negarsi che la sinergia dei diversi elementi indiziari, ciascuno dei quali privo di precisione, accrediti complessivamente la soluzione [...] più ragionevole e plausibile in quanto inferibile da tutti gli indizi considerati».

<sup>80</sup> VENEZIANI 2000, 3.

paviene attribuita la capacità di cementare un quadro indiziario chesi presenti, al termine della discussione critica di esso da parte del giudice di merito, contrassegnato da incapacità di fornire convincente (e non soltanto persuasiva) dimostrazione del fatto ignoto»<sup>81</sup>.

Questo incedere argomentativo, tuttavia, presenta notevoli criticità a livello giuridico ed epistemologico. In primo luogo, perché il movente, rappresentando una realtà psicologica, non risulta sempre di facile accertamento e può consentire ricostruzioni caratterizzate da ampi margini di discrezionalità. Inoltre, data l'asimmetria che sussiste tra le parti, tale tecnica può rivelarsi, di fatto, un incentivo all'indebolimento del garantismo decisionale.

In secondo luogo, è possibile affermare che tale orientamento sia fuorviante perché allontana, di fatto, i decisori dall'applicare lo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio indirizzandoli verso l'introduzione surrettizia di quello civilistico del "più probabile che non"<sup>82</sup>. Esso, però, (così come la stessa probabilità statistica), è incompatibile col rigore richiesto dai valori in gioco in sede penale e ciò avrebbe dovuto essere ancor più chiaro dopo la sentenza Franzese<sup>83</sup>.

La tesi della "dialettica del dubbio"<sup>84</sup>, invece, si basa sull'assunto che ogni indizio deve essere, di per sé, dotato dei caratteri di precisione e gravità perché, solo così, le inferenze e l'ipotesi accusatoria che ne scaturiranno soddisferanno la soglia di corroborazione richiesta dall'art. 533 c. 1<sup>85</sup>.

Questa postura è stata di recente difesa da due pronunce della Suprema Corte, la n. 28559 del 2020<sup>86</sup> e la n. 25016 del 2022<sup>87</sup> che sembrano, entrambe, costituire un ulteriore passo avanti nell'abbandono della tesi della convergenza del molteplice.

Nella prima, la Corte si preoccupa di evidenziare che ogniquale volta un indizio sia privo della qualità della precisione o della gravità, esso debba considerarsi un mero sospetto, cioè una congettura o un'intuizione soggettiva, *status* che non può essere modificato dalla presenza di altri elementi indizianti. Dunque, il giudice dovrà, prima, effettuare un vaglio individualizzato di gravità e precisione su ogni elemento indiziario e, solo successivamente, passare all'esame unitario di quegli elementi che hanno superato il primo test<sup>88</sup>.

Nella pronuncia del 2022, la Cassazione offre una preziosa chiarificazione in ordine alla certezza richiesta dal canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Il tema viene sinteticamente discusso anche nella motivazione censoria esaminata e ciò consente di mettere a confronto le "definizioni" che, di questa, entrambe le Corti offrono.

Per la Cassazione del caso Gabriele, la certezza corrisponde a un grado di conferma assoluto, una «certezza razionale»<sup>89</sup> (si noti, infatti, che la Corte sposa dichiaratamente l'*id quod plerumque accidit* solo come temperamento del requisito della precisione indiziaria, non della nozione di certezza). La pronuncia del 2022, invece, raffina tale approccio affermando che la certezza delle condanne dotate di alta probabilità logica e credibilità razionale – affermazioni di responsabilità che, dunque, soddisfano lo standard previsto dall'art. 533 c. 1 c.p.p. – non dovrebbe essere quella

<sup>81</sup> Cass. pen., Sez. I, 5 marzo 1991, n. 3150, 23.

<sup>82</sup> GUALTIERI 2021, 1997; TONINI, CONTI 2014, 84, ma vedi anche MACCHIA 2022, 11-14.

<sup>83</sup> Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328.

<sup>84</sup> GUALTIERI 2021, 1997; ma cfr. anche Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 2022, n. 25016, dove appare come: "metodo dialettico di verifica".

<sup>85</sup> In TONINI, CONTI 2014, 84 viene proposta una analogia suggestiva, quella del mutuo contrasto dei cunei della volta. Se tutti gli indizi sono singolarmente dotati di precisione e gravità, ognuno sostiene l'altro e tutti insieme sostengono adeguatamente la "struttura" ricostruttiva dei fatti. Al contrario, se anche uno di questi è fallato l'intera costruzione rischia il crollo. Sul punto anche GUALTIERI 2021, 1998.

<sup>86</sup> Cass. pen., Sez. V, 14 settembre 2020, n. 28559.

<sup>87</sup> Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 2022, n. 25016.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> Cass. Pen., Sez. I, 3 novembre 2005, n. 39998, 4. Ma si vedano anche: Cass. pen., Sez. II, 21 aprile 2006, n. 19575, Cass. pen., Sez. II, 2 aprile 2008, n. 16357.

«in senso assoluto e naturalistico, ma quale portato della verifica processualmente conducibile alla stregua delle fonti di prova acquisite»<sup>90</sup>.

## 5. Conclusioni

Al termine di questo testo, occorre consegnare al lettore alcune sintetiche considerazioni conclusive.

Nella prima parte del lavoro si è cercato di scomporre in senso critico la concatenazione di ragionamenti e argomenti proposti dalla Corte d'Assise d'Appello di Roma, al fine di valutare la qualità dell'accertamento operato sui fatti e di rendere manifesti gli strumenti logici utilizzati. La struttura complessiva della motivazione d'appello è composta di due parti: 1) l'analisi degli elementi che indirizzano la responsabilità verso l'imputato (ed escludono terzi o ricostruzioni alternative); 2) la valutazione della forza probatoria degli elementi indizianti.

Inoltre, è possibile notare che la maggioranza delle inferenze impiegate da tale Corte è di tipo abduittivo e che le massime impiegate sono tutte riconducibili al criterio dell'*id quod plerumque accidit*.

Le inferenze offerte in questa sede scontano tutte i *deficit* della tesi della convergenza del molteplice, ma sono, generalmente, sufficientemente giustificate. Fa eccezione la ricostruzione del movente che, considerata la sua rilevanza argomentativa, avrebbe potuto essere maggiormente giustificata.

Quanto al ruolo della Cassazione, nel controllo di legittimità circa l'applicazione dello standard del ragionevole dubbio, la sentenza 2020 n. 28559, ha evidenziato che esso si sostanzia: 1) nella «verifica sul se la decisione abbia fatto ricorso a mere congetture, consistenti in ipotesi non fondate sull'*id quod plerumque accidit*, ed insuscettibili di verifica empirica, od anche ad una pretesa regola generale che risulta priva di una pur minima plausibilità» e, 2), «nel controllare se la sentenza di merito sia affetta da evidente incompletezza e da vizi logici con riguardo al ragionamento seguito dal giudice per risalire dal fatto noto a quello da provare»<sup>91</sup>.

Nel caso che ci compete, la Cassazione svolge correttamente il primo compito (con i limiti poco chiari di ciò che significhi “verificare empiricamente” una massima d'esperienza), ma in maniera assai poco rigorosa il secondo.

La Corte, infatti, propone un metodo che giudica la bontà dei ragionamenti giudiziali non in base al processo logico che li fonda ma in base all'accettabilità del risultato. E se il “metodo dell'esclusione” è tipico del ragionamento abduittivo sui fatti ed è dunque epistemicamente vantaggioso, in sede processuale esso deve, comunque, sottostare ai limiti di un corretto soddisfacimento dello standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

D'altra parte, gli Ermellini mancano di constatare la “leggerezza” con cui la Corte di seconda istanza giustifica la ricostruzione del movente e, inoltre, forniscono ragioni assai povere per avallare il diniego di espletamento di una nuova perizia psichiatrica. A fronte di un nuovo e più garantista orientamento giurisprudenziale si può, dunque, sostenere che tale decisione abbia leso (almeno parzialmente) i diritti dell'imputato.

<sup>90</sup> Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 2022, n. 25016.

<sup>91</sup> Cass. Pen., Sez. V, 14 settembre 2020, n. 28559; cfr. GUALTIERI 2021, 1998.

### Riferimenti bibliografici

- CARLIZZI G. 2021. *L'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione del giudice comune. I. Analisi della motivazione qualificatoria e analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza*, in «Diritto e questioni pubbliche», XXI, 2021, 217 ss.
- CANALE D., TUZET G. 2020. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli.
- CAPRIOLI F. 2009. *Scientific Evidence e logiche del probabile nel processo per il "Delitto di Cogne"*, in «Cassazione penale», 5, 2009, 1867 ss.
- CONTI C. 2021. *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia*, in «Sistema penale», 9 febbraio 2021.
- COPI I.M. 1979. *Symblic logic*, Macmillan Publishing.
- COPI I.M., COHEN C., MCMAHON K. 2014. *Introduction to Logic*, Pearson.
- D'ALESSANDRO F. 2005. *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione della prova indiziaria*, in «Cassazione penale», 3, 2005, 759 ss.
- FERRUA P. 2014. *Quattro fallacie in tema di prova*, in «Processo penale e giustizia», 1, 2014, 1 ss.
- GIRONI E. 2008. *La prova indiziaria*, in GAITO A. (ed.), *La prova penale*, III, Utet, 139 ss.
- GUALTIERI M. 2021. *Il ragionevole dubbio sta smantellando la convergenza del molteplice*, in «Giurisprudenza italiana», 8-9, 2021, 1991 ss.
- MACCHIA A. 2022. *Liberio convincimento del giudice, dalle prove legali al ragionevole dubbio. Le regole europee*, in «Cassazione penale», 6, 2022, 2043 ss.
- MURONE A. 2021. *In dubio pro reo: La prova d'accusa che lascia residuare un ragionevole dubbio è equiparata alla mancata prova*, in «Penale Diritto e Procedura», 1, 2021, 197 ss.
- RUSSO V., ABET A. 2001. *La prova indiziaria e il giusto processo. L'art. 192 c.p.p. e la legge 63/2001*, Jovene.
- TONINI P., CONTI C. 2014. *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè.
- TUZET G. 2006. *La prima inferenza*, Giappichelli.
- TUZET G. 2022. *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli.
- VENEZIANI P. 2000. *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli.





# indice

## MONOGRAFICA

a cura di Matija Žgur

*Creation and Application of Law*

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

That Obscure Object of Desiring Literal Meaning. A Critique to “Moderate” Legal Cognitivism 7-17

JOSÉ JUAN MORESO

The Discreet Charm of the Formalism: Paolo Sandro on Creating and Applying the Law ..... 19-27

NICOLA MUFFATO

Who Fears the Anti-Literalist Bogeyman? On Paolo Sandro’s Meaning-Determinism ..... 29-41

LORENA RAMÍREZ-LUDEÑA

Creative Interpretation? The Distinction Between Application and Creation in Hard Cases ..... 43-54

PAOLO SANDRO

Still Defending Moderate Cognitivism in Legal Interpretation: A Reply to Four, Excellent, Critics..... 55-72

## STUDI

CAROLINA FERNANDEZ BLANCO

La eficacia y efectividad de las normas y la racionalidad material de la ley ..... 75-95

MARÍA VICTORIA KRISTAN

Two Conceptions of Global Democracy ..... 97-111

MARIBEL NARVÁEZ MORA

Derecho e investigación neurocientífica: encuentros en la tercera fase ..... 113-133

## DISCUSSIONI

a cura di Francesco Mancuso e Valeria Giordano

Discussione su J. Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*.

*Frammenti di un modello giuridico* (Giappichelli, 2020)

Introduzione ..... 137

MAURIZIO FIORAVANTI

La duplice vocazione del costituzionalismo ..... 139-148

VALERIA GIORDANO

Il paradiso dei diritti: prevedibilità della decisione giuridica e normatività. Su “Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico” ..... 149-158

TOMMASO GRECO

Il diritto come limite del potere e i destini del costituzionalismo. Un commento al volume di F.J. Ansuátegui Roig ..... 159-170

FRANCESCO MANCUSO

Il ‘sentimento’ del costituzionalismo ..... 171-177

GIORGIO PINO

Sul problema della creazione giudiziale del diritto ..... 179-190

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Una respuesta “fragmentaria” en relación con algunos elementos del constitucionalismo ..... 191-202

## RECENSIONI

CLELIA BARTOLI

È possibile fare a meno del diritto?

(a proposito di Elena Loizidou, *Anarchism. An Art of Living Without Law*) ..... 205-210

SARA BOICELLI

Sesso, potere e intersezionalità

(a proposito di Amia Srinivasan, *The Right to Sex*) ..... 211-217

CASIMIRO CONIGLIONE

(In)giustizie digitali. Un itinerario su tecnologie e diritti

(a proposito di Barbara Giovanna Bello, *(In)giustizie digitali. Un itinerario su tecnologie e diritti*) ..... 219-225

## RATIO DECIDENDI

a cura di Gaetano Carlizzi e Giorgio Pino

ELENA MARCHESE

Il caso Gabriele: un’analisi logico-argomentativa della motivazione probatoria d’Appello e del suo controllo di legittimità ..... 229-245

## [ALLEGATI]

Corte d’Assise d’Appello di Roma, sent. 3 febbraio 2005

— Cass. Pen., Sez. I, sent. 39998/2005

— Ricorso in Cassazione dell’imputato, 17 Maggio 2005

Realizzato da rospeinfrantumi  
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)  
nel giugno 2023