

DICEMBRE 2023

& d  
& q

XXIII. 2023/2

diritto & questioni pubbliche

PROBLEMI ATTUALI  
DELL'INTERPRETAZIONE  
GIURIDICA



XXIII. 2023/2

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, Miguel Fernández Núñez, Giulia Falletti, 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

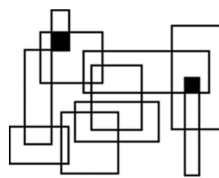
Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

# PROBLEMI ATTUALI DELL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA



Diritto & Questioni Pubbliche  
XXIII 2023 /2 (dicembre)



# indice

## MONOGRAFICA

a cura di Matija Žgur e Lorena Ramírez Ludeña

*Problemi attuali dell'interpretazione giuridica.*

*A partire da L'interpretazione nel diritto di Giorgio Pino*

Presentazione .....	3
JORGE BAQUERIZO MINUCHE	
Su fonti del diritto, ideologie giuridiche ed interpretazione letterale.	
Tre commenti marginali a <i>L'interpretazione nel diritto</i> .....	5-17
DIEGO DEI VECCHI	
Algunas dudas sobre la noción de aplicación de normas jurídicas en la obra de Giorgio Pino .....	19-27
JOSE JUAN MORESO	
<i>Lekta nemo vidit unquam</i> : Giorgio Pino sobre la interpretación en el derecho .....	29-40
PABLO NAVARRO	
Interpretación, vaguedad y valoraciones.....	43-54
JUAN RUIZ MANERO	
Sobre el libro del Giorgio Pino <i>L'interpretazione nel diritto</i> .....	57-61
STUDI	
LUIGI FERRAJOLI	
La giurisdizione, la sua crisi odierna e il suo futuro .....	65-75
MIGUEL FERNÁNDEZ NÚÑEZ	
Interest theory without trimmings: Kramer's account of rights .....	77-111
MICHELE ZEZZA	
Apporti della concezione post-neopositivista del significato alla riflessione teorica sull'interpretazione dei diritti costituzionali: una mappa concettuale.....	113-138
DISCUSSIONI	
#1 / <i>Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?</i> di Marco Mazzamuto	
Presentazione .....	141
GIACINTO DELLA CANANEA	
Il diritto amministrativo: una vicenda intrigante.....	143-165
JOSE JUAN MORESO	
El derecho administrativo como comity.	
Breve comentario al "perfecto sconosciuto" de Mazzamuto.....	167-173
#2 / <i>La prova ragionata</i> di Giovanni Tuzet	
GAETANO CARLIZZI	
Il giudizio probatorio come formazione complessa, disciplinata e probabilistica.	
Riflessioni a partire da Giovanni Tuzet, <i>La prova ragionata</i> .....	177-191

GIOVANNI TUZET

Ostensione, inferenza, probabilità. Una risposta a Gaetano Carlizzi ..... 193-199

RECENSIONI

LEONARDO RAVAIOLI

Teoria, storia e prassi del pluralismo costituzionale  
(a proposito di Orlando Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*) ..... 203-208

INTERVENTI

ALDO SCHIAVELLO

Europa, diritti, democrazia in tempi difficili ..... 211-219

RATIO DECIDENDI

a cura di Gaetano Carlizzi e Giorgio Pino

ROBERTO CHENAL

Ragionamento giuridico, centralità dei diritti fondamentali e cultura della giustificazione: l'esame  
della vicenda *Giuliano Germano c. Italia* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ..... 223-234

[ALLEGATI]

— Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 22 giugno 2023 (ricorso n. 10794/12), *Giuliano Germano c. Italia*

— Cons. Stato, sent. 4365/2011



# MONOGRAFICA

## Problemi attuali dell'interpretazione giuridica.

A partire da *L'interpretazione nel diritto* di Giorgio Pino

a cura di MATIJA ŽGUR e LORENA RAMÍREZ LUDEÑA



## Presentazione

Il tema dell'interpretazione è centrale nel diritto, e nella teoria del diritto – uno dei proverbiali temi eterni, che occupa ormai vari scaffali nelle biblioteche giuridiche, e al quale ogni manuale di filosofia del diritto (che si rispetti) dedica il suo bravo capitolo. Tra gli ultimi arrivati nel novero degli studi monografici sull'interpretazione giuridica è *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, di Giorgio Pino (Giappichelli, 2021), che cerca di offrire una ulteriore, possibile sistematizzazione di questa materia sempre in movimento. Nel mese di settembre 2023, per iniziativa di José Juan Moreso, sul libro di Pino si è svolto un intenso dibattito presso la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), al quale hanno preso parte studiosi che muovono da approcci non sempre omogenei – approcci per lo più di estrazione analitico-positivistica, ma anche post-positivistica e “interpretivista”. Questa parte monografica ospita una prima selezione dei contributi presentati in quella occasione. La pubblicazione proseguirà nel prossimo fascicolo di *Diritto & Questioni pubbliche*, insieme ad una replica complessiva da parte di Giorgio Pino.

# Su fonti del diritto, ideologie giuridiche ed interpretazione letterale

Tre commenti marginali a *L'interpretazione nel diritto*

On Sources of Law, Legal Ideologies, and Literal Interpretation.

Three Marginal Comments on *L'interpretazione nel diritto*

**JORGE BAQUERIZO MINUCHE**

Ricercatore post-dottorale “Margarita Salas”. Area di Filosofia del Diritto, Università di Girona.

E-mail: [jorge.baquerizo@udg.edu](mailto:jorge.baquerizo@udg.edu)

## ABSTRACT

This work contains three comments related to different passages from *L'interpretazione nel diritto*, by Giorgio Pino. The first comment introduces some nuances regarding the assertion that certain consolidated interpretative practices can transform *any* text into a source of law. The second comment criticizes the alleged impossibility of observing (in reality) an integral formalism or substantialism, and also that this could be the reason for supporting the gradual nature of the distinction between formalist and substantialist legal ideologies. Finally, the third comment includes two observations related to the understanding of the literal argument and to the supposed implicit function of the literal interpretation within all interpretive legal arguments.

Questo lavoro contiene tre commenti relativi a diversi passaggi de *L'interpretazione nel diritto* di Giorgio Pino. Nel primo commento si introducono alcune sfumature rispetto all'affermazione secondo cui le pratiche interpretative consolidate possono trasformare *qualsiasi* testo in una fonte del diritto. Nel secondo commento si critica la presunta impossibilità di osservare (nella realtà) un formalismo o sostanzialismo integrale, e anche si critica che questa sia la ragione per sostenere il carattere graduale della distinzione tra ideologie giuridiche formaliste e sostanzialiste. Infine, il terzo commento contiene due osservazioni correlate, relative alla comprensione dell'argomento letterale e al presunto ruolo implicito dell'interpretazione letterale all'interno di tutti gli argomenti giuridici interpretativi.

## KEYWORDS

legal interpretation, sources of law, legal ideologies, literal interpretation, legal reasoning

interpretazione giuridica, fonti del diritto, ideologie giuridiche, interpretazione letterale, argomentazione giuridica

# Su fonti del diritto, ideologie giuridiche ed interpretazione letterale

Tre commenti marginali a *L'interpretazione nel diritto*

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

1. Introduzione – 2. Sulla trasformazione di testi non giuridici in fonti del diritto – 3. Sulla distinzione tra ideologie giuridiche formaliste e sostanzialiste – 4. Sull'argomento letterale e sulla presunta funzione implicita dell'interpretazione letterale – 4.1. Prima osservazione: sulla definizione di "argomento letterale" – 4.2. Seconda osservazione: sulla presunta funzione implicita dell'interpretazione letterale – 5. Conclusione.

## 1. Introduzione

A mio avviso, *L'interpretazione nel diritto* di Giorgio Pino è uno dei migliori libri che siano stati pubblicati nell'ambito della teoria del diritto contemporanea. Il contenuto dell'opera costituisce un arricchente percorso attraverso le diverse concezioni, aspetti e contesti dell'attività interpretativa (e dei suoi risultati) nel diritto, in cui gli strumenti tipici della filosofia analitica – la disambiguazione terminologica, il chiarimento concettuale, la ricostruzione teorica, l'uso di distinzioni, ridefinizioni e relazioni tra i concetti, ecc. – sono esibiti con rigore e finezza. Inoltre, dato il continuo intreccio che l'autore mette in evidenza tra il concetto di interpretazione e numerosi concetti basilari del diritto e del ragionamento giuridico – da cui emerge il posto dell'interpretazione come un «elemento interno al diritto» che inevitabilmente concorre alla sua formazione e trasformazione<sup>-1</sup>, l'opera qui discussa funziona anche come una sorta di volume enciclopedico di teoria generale del diritto: come se fosse un ulteriore volume di un trattato<sup>2</sup> la cui prima parte sarebbe iniziata con *Teoria Analitica del Diritto I. La norma giuridica*<sup>3</sup> e che, in questa occasione, prosegue programmaticamente dalla prospettiva delle operazioni giuridiche interpretative.

Al di là della profondità e della raffinatezza che caratterizzano quest'opera, il libro di Pino presenta – tra le altre virtù – un approccio originale su una molteplicità di temi "classici" della teoria del diritto, una trattazione che si articola in piccoli aggiustamenti o "giri di vite", ma anche nello sviluppo di conseguenze non esplicite all'interno della letteratura di riferimento, e soprattutto nella presentazione di un proprio modello teorico che elabora la complessa rete di attività, risultati e relazioni che costituiscono il campo dell'interpretazione giuridica. L'effetto generato dalla ricchezza di questi contributi è quello di un continuo invito alla riflessione e al dibattito, nel quadro di una "filosofia del diritto positivo", sul linguaggio delle fonti e dei giuristi, e sull'elaborazione dei concetti appropriati per rendere conto delle pratiche interpretative nel diritto.

Si tratta, quindi, di un libro che invita alla discussione nel migliore dei sensi. In questo contesto, tra i numerosi punti d'interesse offerti dal libro di Pino, ho scelto qui di concentrarmi su tre diverse questioni. In primo luogo (§ 2), introdurrò alcune sfumature rispetto all'affermazione secondo cui le pratiche interpretative consolidate possono trasformare *qualsiasi* testo in una fonte del diritto. In

\* Col supporto della sovvenzione REQ2021, del Ministero delle Università della Spagna e dell'Unione Europea – Next GenerationEU, così come dal progetto PID2020-114765GB-I00 del Ministero della Scienza e dell'Innovazione della Spagna.

<sup>1</sup> PINO 2021a, I.

<sup>2</sup> Non sembra casuale che il libro qui discusso abbia come sottotitolo *Come un trattato*.

<sup>3</sup> PINO 2016.

secondo luogo (§ 3), criticherò la presunta impossibilità di osservare (nella realtà) un formalismo o un sostanzialismo giuridico integrale, e anche criticherò che questa sia la ragione per sostenere il carattere graduale della distinzione tra ideologie giuridiche formaliste e sostanzialiste. In terzo luogo, infine, (§ 4), farò due osservazioni, tra loro correlate, relative alla comprensione dell'argomento letterale e al presunto ruolo implicito dell'interpretazione letterale all'interno di tutti gli argomenti giuridici interpretativi. In chiusura del lavoro (§ 5), dirò alcune brevi parole conclusive.

## 2. Sulla trasformazione di testi non giuridici in fonti del diritto

Il mio primo commento (o gruppo di commenti) ha a che fare con quella che Pino chiama «interpretazione metatestuale», e più precisamente con «l'interpretazione *prima* dell'interpretazione»<sup>4</sup>. L'idea dell'autore è che l'interpretazione in senso stretto, o interpretazione testuale, «presuppone una serie di operazioni volte ad individuare l'oggetto (primario) dell'interpretazione»; e che tali operazioni, pur essendo solitamente svolte dai giuristi in modo tacito e quasi automatico, possono talvolta risultare problematiche o prestarsi a soluzioni controverse<sup>5</sup>. Ebbene, una di queste operazioni consiste nell'individuare le fonti del diritto da interpretare<sup>6</sup>: siccome l'interpretazione ha propriamente ad oggetto una fonte del diritto, l'attività interpretativa richiede di decidere preliminarmente (anche se tacitamente, come quasi sempre avviene) se ciò che si intende interpretare sia una fonte del diritto e, in tal caso, di che tipo di fonte si tratti<sup>7</sup>.

Il punto interessante, come osserva Pino, è che gli interpreti potrebbero avere dei dubbi sul fatto che un atto normativo che non è stato prodotto del tutto correttamente – secondo le condizioni di validità espressamente previste per quel tipo di atto normativo – possa ancora contare come fonte del diritto. In questo contesto, Pino sostiene anche che l'interpretazione può trasformare un oggetto (e anzi: qualunque oggetto) in fonte del diritto. A questo scopo, l'autore propone come esempio un'ipotesi secondo la quale, all'interno di una certa comunità giuridica, gli interpreti cominciano ad utilizzare testi come il Digesto, la Bibbia, la Divina Commedia o il calendario del “Frate Indovino” per estrarne norme giuridiche da utilizzare nella risoluzione delle controversie attraverso decisioni autoritative suscettibili di esecuzione coercitiva; secondo questa ipotesi, se tale pratica raggiungesse un sufficiente grado di consolidamento, allora – secondo Pino – alla lunga tali testi non giuridici «finiscono col diventare testi giuridici»<sup>8</sup>.

Come si può vedere – e come sottolinea espressamente l'autore –, questa ipotesi è chiaramente legata all'idea che gli ordinamenti giuridici, in ultima analisi, si fondano su una complessa pratica di riconoscimento sostenuta da funzionari e giuristi<sup>9</sup>. Allo stesso modo, seguendo alcune idee di Pino che non compaiono espressamente nel libro qui discusso ma che sono strettamente legate a questo punto<sup>10</sup>, questa pratica di riconoscimento non va intesa come legata al problema della validità giuridica ma, piuttosto, a quello dell'applicazione del diritto; in base a questo collegamento, le pratiche di riconoscimento sono guidate da un insieme di considerazioni normative che guidano gli organi dell'applicazione all'identificazione del diritto applicabile nell'ambito dei rispettivi processi di loro competenza.

<sup>4</sup> PINO 2021a, cap. VII, § 1.

<sup>5</sup> PINO 2021a, 224.

<sup>6</sup> PINO 2021a, cap. VII, 1.2.

<sup>7</sup> PINO 2021a, 228.

<sup>8</sup> PINO 2021a, 229. Questo punto ricorda in qualche maniera un'idea (diversa) formulata da Jeremy Bentham: «What is a law? What the parts of a law? [...] whatever is given for law by the person or persons recognized as possessing the power of making laws, is law. The Metamorphoses of Ovid, if thus given, would be law» (BENTHAM 1970, 301. Corsivo nell'originale).

<sup>9</sup> PINO 2021a, 229, nt. 19. Questa idea è stata approfondita in PINO 2021b, 70-72.

<sup>10</sup> V. PINO 2016, 193 ss.

Inoltre, quel diritto individuato come applicabile non è necessariamente diritto “valido”; in questo senso Pino ricorda che le norme costituzionali in senso stretto<sup>11</sup> costituiscono un buon esempio di come certe norme siano considerate “giuridiche” e idonee ad essere applicate, non perché siano valide (in effetti, esse non sono né valide né invalide) ma perché sono effettive, cioè perché sono state effettivamente riconosciute, accettate ed applicate come tali all’interno di una determinata comunità<sup>12</sup>.

In linea di principio condivido ampiamente queste idee<sup>13</sup>. Tuttavia, su questo punto introdurrò alcune osservazioni che, pur non necessariamente in contrasto con quanto sopra, intendono introdurre qualche sfumatura sull’affermazione secondo cui qualunque testo possa divenire in una fonte del diritto attraverso le operazioni interpretative e le pratiche di riconoscimento.

In primo luogo – e come credo sia abbastanza ovvio – non *qualunque* testo possibile potrebbe contare come “fonte del diritto”; così, rispetto ai testi non normativi nei quali non si possono nemmeno trovare precetti di alcun tipo (come un libro di divulgazione scientifica, per esempio), non si vede come sarebbe possibile, innanzitutto, trarre norme di qualche tipo, suscettibili di essere riconosciute successivamente come norme giuridiche.

In secondo luogo, anche se norme di qualche tipo possano effettivamente essere tratte da certi testi non giuridici, e anche nel caso in cui gli interpreti e gli organi dell’applicazione inizino a usarle in modo consistente per la risoluzione di casi pratici, un testo con tali caratteristiche non può essere considerato una “fonte di diritto” nel senso più usuale di questa espressione, cioè come un tipo di fatto al quale una norma giuridica positiva preesistente attribuisce la conseguenza di produrre nuovo diritto (una “fonte legale”)<sup>14</sup>; tale testo potrebbe contare come “fonte del diritto” unicamente nel senso specifico di “fonte non codificata”, la cui rilevanza giuridica dipende direttamente ed esclusivamente dalla pratica di riconoscimento degli organi dell’applicazione<sup>15</sup>.

In terzo luogo, anche ammettendo la possibilità precedente (la possibilità di fonti del diritto “non codificate”), da ciò non sembra derivare che «un testo, in ultima analisi, diventi un testo giuridico – una fonte del diritto – *proprio in quanto* utilizzato dagli interpreti per trarne norme giuridiche, anziché viceversa»<sup>16</sup>. Questa affermazione di Pino, come cercherò di mostrare, a meno che si riferisca soltanto al diritto “in azione” (*law-in-action*) deve essere attenuata per due diverse ragioni.

Da un lato, è perfettamente possibile che un testo *non* venga utilizzato dagli interpreti per trarre norme giuridiche e tuttavia continui ad essere considerato un testo “giuridico” nell’importante senso di essere stato prodotto come atto normativo secondo i criteri di validità formale esistenti nell’ordinamento giuridico di riferimento. Infatti, questo è ciò che necessariamente accade con le leggi più recenti, in vigore da così poco tempo che non c’è stata ancora la

<sup>11</sup> Pino sembra fare riferimento, almeno in un certo senso, alle norme della “prima costituzione”: una costituzione non creata secondo quanto previsto da una costituzione precedente (KELSEN 1949, 115; KELSEN 1982, 207-208). Come spiega Riccardo Guastini, «Una prima costituzione è insomma una costituzione emanata *extra ordinem* – frutto di rivoluzione (in senso ampio) – e pertanto priva di fondamento dinamico di validità in norme (le eventuali norme sulla produzione costituzionale) proprie dell’ordinamento costituzionale precedente» (GUASTINI 2014, 172).

<sup>12</sup> PINO 2016, 105. Sull’idea che la (prima) costituzione non è né valida né invalida, v. VON WRIGHT 1963, 199; AL-CHOURRÓN, BULYGIN 1979, 64; GUASTINI 1994, 222. Per un’analisi delle discussioni su questo punto, v. anche BAQUERIZO MINUCHE 2021, 81-84.

<sup>13</sup> Infatti, in BAQUERIZO MINUCHE 2021 ho ricostruito il concetto di “potere costituente” come un fenomeno di produzione normativa legato alla nozione di effettività e alle pratiche di riconoscimento.

<sup>14</sup> V. GUASTINI 2014, 115-120 e 124, sulle fonti del diritto “legali”, “derivate” o “costituite”. Questo concetto sembra coincidere con quello che Pino chiama «*codified sources of law*» (PINO 2021b, 70 ss.).

<sup>15</sup> PINO 2021b, 70-71. Pino definisce questo tipo di fonti come «*practice-based sources of law*» o «non-codified sources of law»; Guastini, invece, le chiama «fonti originarie» (GUASTINI 2014, 121-126), anche se apparentemente le limita ad un unico caso: la manifestazione del “potere costituente” che produce una “prima costituzione” (GUASTINI 2014, 124).

<sup>16</sup> PINO 2021a, 228 (corsivo nell’originale).

possibilità di interpretarle ed applicarle ai fini pratici; ed è ciò che accade con altre leggi che, nonostante la loro lunga permanenza nell'ordinamento e la loro progressiva disapplicazione, sono ancora considerate in vigore (cioè, non sono ancora considerate “cadute in disuso”).

Da un altro lato, l'ipotesi sollevata da Pino sembra perfettamente compatibile con altre possibilità di identificazione del diritto applicabile; più specificatamente, con la possibilità che un testo possa anche essere considerato “giuridico” (e quindi idoneo ad essere oggetto di interpretazione giuridica) perché innanzitutto è stato prodotto come fonte del diritto. Infatti, questa compatibilità tra diverse forme di identificazione del diritto è riscontrabile in tutti gli ordinamenti giuridici dotati di una “prima” costituzione<sup>17</sup>, cioè una costituzione che non è stata prodotta in conformità con norme giuridiche preesistenti e la cui giuridicità si fonda sul criterio di effettività: su pratiche effettive di riconoscimento, accettazione e applicazione. In questi casi la costituzione viene identificata come diritto applicabile perché di fatto viene utilizzata per svolgere operazioni giuridiche interpretative ed applicative; ma, allo stesso tempo, le leggi e le altre fonti infracostituzionali vengono identificate come diritto applicabile soprattutto – e innanzitutto – per la loro eventuale conformità ai criteri di validità giuridica specificati nell'ordinamento specifico. Se questo è così, allora ammettere l'ipotesi proposta da Pino non implica negare altre ipotesi: non si tratta di un'ipotesi escludente ma piuttosto compatibile con altre. Tenere conto di tale compatibilità, infatti, è ciò che consente di parlare della coesistenza (e anche del senso della distinzione) tra fonti “codificate” e fonti “non codificate” all'interno di uno stesso ordinamento giuridico<sup>18</sup>.

Per queste ragioni, l'affermazione citata precedentemente mi sembra che possa e debba essere attenuata dicendo qualcosa di meno: cioè, che un testo, in ultima analisi, può diventare un testo giuridico – una fonte del diritto – se (date certe condizioni) è utilizzato dagli interpreti per trarre norme giuridiche (escluso «anziché viceversa»)<sup>19</sup>.

### 3. Sulla distinzione tra ideologie giuridiche formaliste e sostanzialiste

Il mio secondo commento si riferisce alla distinzione tra ideologie giuridiche formaliste e sostanzialiste<sup>20</sup>, che Pino prende in considerazione dopo aver stabilito che le scelte interpretative dei giuristi e l'adozione di meta-argomenti interpretativi presuppongono, a loro volta, qualche ideologia giuridica<sup>21</sup>. Il punto è che tale distinzione, secondo l'autore, dovrebbe essere considerata «come una distinzione solo di grado»; e questo perché «nella realtà non è possibile che un giurista sia integralmente formalista o integralmente sostanzialista»<sup>22</sup>.

Ebbene, pur condividendo la considerazione che la distinzione tra ideologie giuridiche formaliste e sostanzialiste è una distinzione di grado, non condivido il ragionamento con cui Pino intende dimostrare ciò; inoltre, non sono d'accordo con le idee di Pino sull'impossibilità di un formalismo o di un sostanzialismo *integrale* in materia di interpretazione giuridica. Inizierò con quest'ultimo.

<sup>17</sup> *Supra*, nt. II.

<sup>18</sup> O, in termini di Guastini, della coesistenza tra “fonti originarie” e “fonti derivate” (GUASTINI 2014, 124).

<sup>19</sup> Questa attenuazione non esclude, ovviamente, un'ulteriore ma diversa considerazione: che anche le fonti “codificate” (o “legali”) devono *indirettamente* il loro status di fonti del diritto alle pratiche di riconoscimento che in ultima analisi svolgono gli organi dell'applicazione; in altri termini, che le pratiche di riconoscimento hanno sempre l'ultima parola (PINO 2021b, 72). Comunque, questo è *diverso* dall'affermazione che qui viene attenuata perché le pratiche di riconoscimento non si limitano necessariamente a prendere in considerazione l'effettivo uso di certi testi per trarre norme giuridiche; in questo senso, il riconoscimento di qualcosa come “fonte del diritto” può prendere come riferimento anche certi fatti istituzionali (come la promulgazione formale di un atto normativo) o certi stati di cose (come lo status “in vigore” di una legge), insieme all'aspettativa della sua applicazione giuridica in casi rilevanti.

<sup>20</sup> PINO 2021a, cap. IX, 2.3.

<sup>21</sup> PINO 2021a, 318.

<sup>22</sup> PINO 2021a, 329.



Secondo Pino, un formalismo integrale non è possibile perché è abbastanza difficile (se non impossibile) che la risposta ad un problema interpretativo si basi *solo* su considerazioni giuridiche: inevitabilmente, «il processo interpretativo richiede al giurista di prendere decisioni che poggeranno su considerazioni e valutazioni a loro volta non strettamente giuridiche»<sup>23</sup>.

A dire il vero questa affermazione risulta un po' strana; sembra evidente che, nella pratica dei giudici e degli altri organi dell'applicazione, ci sono numerosi casi facili (e quotidiani) di interpretazioni basate su considerazioni puramente giuridiche. Ma anche se per amor di discussione si ammette l'idea che l'applicazione del diritto richieda inevitabilmente di poggiarsi su considerazioni non strettamente giuridiche (come suggerisce Pino), da ciò non segue l'impossibilità di un "formalismo integrale"; e questo semplicemente perché il formalismo – così come il sostanzialismo – è un *atteggiamento*, e in pratica nulla impedisce ad un certo interprete di adottare un atteggiamento del tutto formalistico, allo stesso modo in cui nulla impedisce ad una persona di adottare una religione o un'ideologia politica radicale (per quanto sbagliato ciò possa essere considerato).

Dunque, ciò che segue dall'idea che l'interpretazione del diritto implica inevitabilmente entrare in considerazioni non strettamente giuridiche, non è l'impossibilità di adottare (o di individuare in casi specifici) un "formalismo integrale", ma, piuttosto, la impossibilità che il formalismo venga praticato in modo del tutto coerente con le esigenze di un sistema giuridico. Ma questo mi sembra che sia una cosa diversa.

Mi rivolgo ora al "sostanzialismo integrale", che secondo Pino non è possibile perché, per risolvere un problema interpretativo, un giurista che tralasciasse completamente il dato del diritto formale «*non sarebbe un giurista, ma qualcos'altro*»<sup>24</sup>. Questa ragione risulta strana, perché non è necessario che un giurista ometta completamente quel dato per poter dire che aderisce interamente ad un'ideologia sostanzialista. Infatti, secondo la definizione di "ideologia giuridica sostanzialista" fornita da Pino, questa sarebbe l'ideologia che permette o prescrive all'interprete di cercare la risposta ai problemi interpretativi «*mobilitando anche risorse (argomenti, considerazioni) esterne al sistema giuridico*»<sup>25</sup>.

Pertanto, dalla stessa definizione dell'autore si può derivare che adottare un'ideologia giuridica sostanzialista non implica omettere le risorse "interne" all'ordinamento giuridico; anzi, la divisione tra risorse "interne" ed "esterne" – come osserva anche Pino – non sarebbe solitamente ammessa da un sostanzialista perché, da questa prospettiva, le considerazioni su valori, principi e obiettivi sostanziali sono legate a uno strato o livello che di per sé fa parte della "giuridicità" (anche se è diverso dallo strato del diritto positivo)<sup>26</sup>.

Del resto, anche qui si deve rilevare qualcosa di analogo a quanto detto a proposito del "formalismo integrale": un "sostanzialismo integrale", come atteggiamento, non solo *non* è inconcepibile ma è perfettamente evidenziabile nella pratica; cosa diversa è che possa essere considerato un atteggiamento completamente sbagliato dal punto di vista delle esigenze per operare all'interno di un sistema giuridico.

Insomma, non essendo d'accordo con l'impossibilità di osservare "nella realtà" un formalismo o sostanzialismo integrale, non posso nemmeno essere d'accordo che questo costituisca la ragione che determina una distinzione di grado tra ideologie giuridiche formaliste e sostanzialiste.

A mio avviso, la distinzione di grado sulle suddette ideologie è molto sensata, ma per una diversa ragione: e cioè che "formalismo" e "sostanzialismo" sono due concetti *contrari* e non *contraddittori*. Mentre i concetti contraddittori si escludono a vicenda e non ammettono termini medi (*tertium non datur*), con i concetti contrari è del tutto fattibile, invece, individuare una o varie possibilità intermedie; in questo senso, al di là della possibilità che esistano atteggiamenti radicalmen-

<sup>23</sup> PINO 2021a, 329.

<sup>24</sup> PINO 2021a, 329 (corsivo nell'originale).

<sup>25</sup> PINO 2021a, 324 (corsivo aggiunto).

<sup>26</sup> PINO 2021a, 325.

te ideologizzati nel campo dell'interpretazione giuridica (sia in senso formalista che in senso sostanzialista), chiaramente esiste anche la possibilità di adottare un atteggiamento “intermedio” o, meglio, una serie di possibilità intermedie situate tra quei due estremi possibili. Pertanto, è perfettamente possibile affermare che un interprete non sia “né del tutto formalista né del tutto sostanzialista” (una via di mezzo), ma sempre presupponendo che entrambi gli estremi, di fatto, talvolta possano verificarsi. Ovviamente, trovare il punto esatto in cui l'interprete diventa chiaramente formalista o chiaramente sostanzialista è qualcosa che non può essere determinato con precisione: è proprio il riflesso della differenza di grado che esiste tra le due ideologie.

#### 4. *Sull'argomento letterale e sulla funzione implicita dell'interpretazione letterale*

Il mio terzo commento, infine, è relativo al modo in cui Pino definisce l'argomento letterale<sup>27</sup>, e anche alla presunta funzione implicita dell'interpretazione letterale all'interno di tutti gli argomenti giuridici interpretativi<sup>28</sup>.

Innanzitutto, come avverte espressamente l'autore, bisogna tener conto che non esiste un senso univoco di “significato letterale”<sup>29</sup>. Infatti, diversi lavori nel campo della teoria dell'interpretazione hanno individuato criticamente almeno otto diversi sensi di “significato letterale” che, in relazione agli enunciati giuridici, vengono utilizzati tra i giuristi<sup>30</sup>. Allo stesso modo, non esiste un senso univoco di “interpretazione letterale”; nella letteratura in materia di interpretazione giuridica si possono ritrovare diverse definizioni di tale espressione che presuppongono, a loro volta, diverse accezioni di “significato letterale”<sup>31</sup>.

Questo consente di introdurre un'osservazione che può essere rivolta alla definizione di “argomento letterale” proposta nel libro qui discusso. Vediamo.

##### 4.1. *Prima osservazione: sulla definizione di “argomento letterale”*

Sarà utile trascrivere qui la definizione di “argomento letterale” proposta da Pino:

«L'argomento letterale, o argomento del “significato proprio” delle parole (così si esprime l'art. 12 preleggi), consiste nel giustificare una attribuzione di significato ad una disposizione facendo esclusivamente riferimento alle regole e convenzioni linguistiche, in particolare le regole sintattiche (che governano la struttura della frase) e semantiche (che governano il senso e il riferimento dei termini) della lingua»<sup>32</sup>.

Come si vede, sebbene l'autore abbia riconosciuto e reso esplicito il fatto che esiste una grande diversità di accezioni dell'espressione “significato letterale”, nella definizione appena trascritta si adotta una specifica nozione di “significato letterale” degli enunciati giuridici<sup>33</sup>. Si tratta del

<sup>27</sup> PINO 2021a, cap. VIII, 3.1.

<sup>28</sup> PINO 2021a, cap. IX, § 3.

<sup>29</sup> V. PINO 2021a, 280, 128: «[L]a nozione di “significato letterale” (o “significato proprio delle parole”, di cui all'art. 12 preleggi) è intesa in sensi molto diversi dai giuristi (e anche *tra* i giuristi), da una parte, e dai linguisti e filosofi del linguaggio, dall'altra» (corsivo nell'originale).

<sup>30</sup> Su questi diversi sensi, v. CHIASSONI 2000, 38-50; POGGI 2007, 620-624. Come si evince dall'analisi svolta da questi autori, i suddetti sensi non sono né collettivamente esaustivi né mutuamente esclusivi.

<sup>31</sup> V. LUZZATI 1990, 208-228, per sette diversi sensi di “interpretazione letterale” nel linguaggio dei giuristi; e GUASTINI 2011, 95-97, dove vengono identificati tre diversi sensi della stessa espressione.

<sup>32</sup> PINO 2021a, 279-280. Utilizzo qui la definizione contenuta nella seconda edizione de *L'interpretazione nel diritto*, di prossima pubblicazione, che mi è stata fornita direttamente dall'autore.

<sup>33</sup> Nel libro qui discusso (cap. VIII, 3.1.), Pino affronta la trattazione dell'argomento letterale prendendo come

cosiddetto significato “semantico-grammaticale” che, come è noto, è il significato che si determina soltanto sulla base delle regole semantiche e sintattiche della lingua, cioè, tenendo conto esclusivamente del significato delle parole e della loro connessione sintattica e grammaticale<sup>34</sup>.

Ebbene, l’osservazione che si può rivolgere alla suddetta definizione è che, se per attribuire significato ad un testo giuridico non si adduce «nulla più che le regole semantiche e sintattiche della lingua»<sup>35</sup>, allora non si sta facendo altro che avallare un’interpretazione “a-contestuale” o “non contestuale”, cioè un’interpretazione fuori dal contesto in cui è stato formulato l’enunciato rilevante<sup>36</sup>. In altri termini, l’argomento letterale – così definito – sarebbe finalizzato a giustificare un’interpretazione che prescinde da tutte le circostanze che circondano la formulazione dell’enunciato interpretato, includendo fattori di tipo linguistico (il cosiddetto “co-testo”: «altri testi o frammenti di testo contigui o comunque circostanti al testo interpretato»)<sup>37</sup>, nonché fattori di tipo non linguistico (le circostanze di tempo e di luogo in cui l’enunciato è formulato)<sup>38</sup>.

Tuttavia, se così fosse, l’interpretazione letterale nel diritto sarebbe molto rara: si potrebbe dubitare che un’attribuzione di significato puramente “semantico-grammaticale”, che prescinde da qualsiasi tipo di contesto, sia un’operazione veramente esistente nella pratica giuridica<sup>39</sup>. In

riferimento l’interpretazione degli enunciati linguistici che vengono individuati come disposizioni giuridiche. Tuttavia, come risulta evidente dalla definizione stessa, questo argomento è anche legato al “significato proprio delle parole”; infatti, la rispettiva sezione conclude con l’individuazione di quattro varianti dell’argomento letterale che dipendono dalle possibilità di significato associate a quell’espressione (PINO 2021a, 281). Riguardo a questo punto, alcuni autori ritengono che le espressioni “significato letterale” e “interpretazione letterale”, correlate tra di loro, sembrano avere significati diversi a seconda che si riferiscano a parole o a enunciati (v., ad. es., POGGI 2007, 618). A partire da questa distinzione, Francesca Poggi ha individuato diversi sensi di “significato letterale” delle parole (POGGI 2007, 618-620) – il che coincide con il lavoro di disambiguazione svolto da Pino – ma anche diversi sensi di “significato letterale” degli enunciati (POGGI 2007, 620-624).

<sup>34</sup> POGGI 2007, 623-624. Nelle parole di John Searle (citato in POGGI 2007, 624), «According to the tradition since Frege, the literal meaning of a sentence is entirely determined by the meanings of its parts and their syntactical combination in the sentence». Si veda anche CHIASSONI 2000, 40-41: «il sintagma “significato letterale” designa l’insieme dei significati ascrivibili a una stessa disposizione, *isolatamente considerata*» (corsivo aggiunto); HERNÁNDEZ MARÍN 2012, 280-281: «Il senso *letterale* di un enunciato è quel che ha un enunciato in sé e indipendentemente da qualsiasi circostanza esterna all’enunciato. Il senso letterale di un enunciato dipende esclusivamente da fattori interni all’enunciato, che sono di due tipi: il senso delle parole che compongono l’enunciato e il modo in cui dette parole si relazionano tra loro» (traduzione mia, corsivo nell’originale).

<sup>35</sup> GUASTINI 2011, 96.

<sup>36</sup> Sull’interpretazione “a-contestuale”, v. GUASTINI 2011, 93, 96. Si veda, al riguardo, HERNÁNDEZ MARÍN 2012, 282, dove il “senso letterale” di un enunciato è definito come quello che gli viene attribuito «indipendentemente dal contesto in cui l’enunciato è formulato» (traduzione mia).

<sup>37</sup> GUASTINI 2011, 93. Questi elementi compongono il cosiddetto “co-testo” o “contesto linguistico” del termine o dell’enunciato che viene interpretato (PINO 2021a, 108). Come spiega Pino, il co-testo è costituito: «a) da enunciati presenti *nello stesso articolo* in cui si trova la disposizione (altre disposizioni, contenute in altri commi o perfino nello stesso comma; la rubrica dell’articolo, ecc.); e b) da enunciati presenti *nello stesso atto normativo* in cui si trova la disposizione (in altri articoli della stessa legge; nel titolo della legge o di una parte della legge, ecc.)» (PINO 2021a, 163-164. Corsivo nell’originale).

<sup>38</sup> V. HERNÁNDEZ MARÍN 2012, 281; ROSS 2019, 135: «The meaning of an utterance, and thus the meaning and reference of the words contained in it, is determined more precisely when the utterance is seen within the wider context in which it is made. This wider context can be either linguistic (the con-text strictly speaking) or non-linguistic (the situation)». Si veda anche HERNÁNDEZ MARÍN 2012, 281-282 dove si aggiunge che il contesto “in senso ampio” comprende «non solo ogni circostanza o fattore contemporaneo alla formulazione dell’enunciato, ma anche ogni circostanza anteriore a detta formulazione», ad esempio, «le caratteristiche o circostanze personali (credenze, abitudini, ecc.) di chi formula l’enunciato oggetto di interpretazione» (traduzione mia). Sugli elementi che compongono il contesto interpretativo-giuridico, v. GUASTINI 2011, 93, dove vengono menzionati (a titolo esemplificativo): «(a) la supposta intenzione dell’autorità normativa comunque ricostruita (ad esempio, con riguardo ai lavori preparatori); (b) le circostanze di fatto in cui il testo normativo è stato emanato o promulgato; (c) altri testi o frammenti di testo contigui o comunque circostanti al testo interpretato (al limite: l’intero ordinamento giuridico)».

<sup>39</sup> V., in questo senso, HERNÁNDEZ MARÍN 2012, 285: «[L]’interpretazione del diritto non è interpretazione letterale. L’interpretazione del diritto è, e così l’hanno sempre intesa i giuristi anche se non l’hanno espresso con queste

questo senso, che un'interpretazione nel diritto venga effettuata prescindendo anche dal rispettivo co-testo è abbastanza controintuitivo<sup>40</sup>; e questo perché – come afferma lo stesso Pino – il fatto che la disposizione da interpretare sia sempre circondata da un co-testo «*atrae fatalmente nel processo interpretativo anche i materiali in esso presenti*»<sup>41</sup>. In altre parole, l'interpretazione di una disposizione «risente *sempre*, in vario modo, della presenza di altre disposizioni, e in generale degli enunciati, che “le stanno intorno” nel sistema»<sup>42</sup>: quando si interpretano le disposizioni giuridiche viene sempre considerato anche il co-testo e non viene mai fatta un'interpretazione totalmente a-contestuale<sup>43</sup>.

Quanto sopra induce, quindi, a dubitare della possibilità di attribuire agli enunciati giuridici un significato genuinamente letterale in senso puramente semantico-grammaticale (o a-contestuale). Su questo dubbio, nella letteratura sull'interpretazione giuridica si possono individuare fondamentalmente tre tipi di risposte:

- La prima risposta sostiene che, sebbene in alcune circostanze possa essere indispensabile ricorrere al contesto per poter effettuare un'interpretazione giuridica, ciò non esclude la possibilità che *in altre circostanze* sia del tutto praticabile un'interpretazione letterale, puramente semantico-grammaticale, degli enunciati giuridici dotati di “autonomia semantica”<sup>44</sup>;
- La seconda risposta, invece, partendo dalla “impossibilità e implausibilità” di parlare di significato letterale come un significato totalmente a-contestuale<sup>45</sup>, consiste nel ridefinire la nozione di “significato letterale” nell'ambito giuridico tramite l'inclusione di elementi di tipo contestuale<sup>46</sup>;

parole, interpretazione totale, interpretazione concentrata nel senso totale degli enunciati giuridici» (traduzione mia). Il “senso totale”, secondo lo stesso autore, è quello che un enunciato ha «in considerazione al contesto in senso ampio» in cui è stato formulato (HERNÁNDEZ MARÍN 2012, 282 – traduzione mia). In maniera più generale, v. SCHAUER 1991, 56-57, dove si sostiene che in ogni attribuzione di significato ad un'espressione si presuppongono fattori contestuali: «I understand what someone else says not simply because I understand the literal meaning of the words she uses, but also because I interpret those words in light of numerous contextual understandings not contained in the definition of those words».

<sup>40</sup> V. HERNÁNDEZ MARÍN 2012, 284, dove si svolge un esercizio che mostra l'irragionevolezza di un'interpretazione giuridica al di fuori del co-testo.

<sup>41</sup> PINO 2021a, 165 (corsivo aggiunto).

<sup>42</sup> PINO 2021a, 163 (corsivo aggiunto).

<sup>43</sup> POGGI 2007, 625.

<sup>44</sup> V., in questo senso, RODRÍGUEZ 2021, 615-616: «Ciò può sembrare in apparenza plausibile, poiché, come già osservato, il linguaggio gode generalmente di *autonomia semantica*, nel senso che i simboli che lo compongono sono capaci di veicolare significati senza dipendere da specifiche occasioni d'uso» (traduzione mia, corsivo nell'originale). Tuttavia, lo stesso autore citato sembra sottolineare il carattere apparente di questa prima risposta quando sottoscrive, per contro, un secondo tipo di risposta (v. *infra*, nt. 46).

<sup>45</sup> POGGI 2007, 628. Per la precisione, l'autrice citata si riferisce *non solo* al diritto: «Attualmente la maggioranza dei filosofi del linguaggio, del linguaggio quotidiano, pensa che non abbia senso parlare del significato letterale, a-contestuale, degli enunciati, e che sia necessario prendere in considerazione degli elementi contestuali» (POGGI 2007, 629. Traduzione mia). Nell'ambito propriamente giuridico sono opportune le osservazioni di Chiassoni sulla rilevanza implicita che i giuristi danno alle considerazioni contestuali, pragmatiche ed ideologiche quando svolgono un'interpretazione apparentemente letterale, il che dimostrerebbe che il risultato interpretativo “letterale” non è accreditato esclusivamente sulla base della formulazione linguistica degli enunciati (CHIASSONI 2000, 43).

<sup>46</sup> Così, ad esempio, partendo da una caratterizzazione delle disposizioni giuridiche come *enunciazioni* (e non come enunciati), Poggi sostiene che per “significato letterale” (delle enunciazioni) «si intende il significato determinato dal significato letterale, il significato semantico-grammaticale dell'enunciato (a cui appartiene l'enunciazione) più quegli elementi contestuali che servono a chiarire tale significato» (POGGI 2007, 629. Traduzione mia). Nello stesso senso, si veda RODRÍGUEZ 2021, 616: «il significato letterale è quello determinato dalle regole sintattiche e semantiche del linguaggio ordinario, più le convenzioni interpretative specializzate dei giuristi o vigenti in altri ambiti tecnici o scientifici che potrebbero essere rilevanti, più quegli elementi contestuali necessari per chiarire tale significato» (traduzione mia).

- La terza risposta, infine, partendo dalla stessa premessa dell'impossibilità di un significato puramente semantico-grammaticale (e, quindi, a-contestuale)<sup>47</sup>, consiste semplicemente nell'abbandonare la nozione di "interpretazione letterale" come modalità possibile di interpretazione nel diritto<sup>48</sup>.

Pino, in realtà, non si pronuncia su questi temi. Tuttavia, ciò sarebbe importante non solo al fine di precisare il contenuto dell'operazione interpretativa letterale (e, per estensione, il contenuto dell'argomento che giustifica tale operazione) ma anche per evitare un possibile malinteso relativo ad una presunta funzione implicita che lo stesso autore attribuisce all'interpretazione letterale. Questo mi porta ad una seconda osservazione.

#### 4.2. Seconda osservazione: sulla presunta funzione implicita dell'interpretazione letterale

Secondo Pino, nonostante tutte le complicazioni che si possono notare, l'argomento del significato letterale non è semplicemente un argomento interpretativo come gli altri: si tratta di un argomento che ha uno statuto diverso rispetto ad altri argomenti interpretativi<sup>49</sup>. Nelle sue stesse parole,

«[I]l riferimento al significato letterale (in qualche senso di questa espressione) opera tacitamente all'interno di qualunque altro argomento interpretativo: un qualunque risultato interpretativo, che sia giustificabile alla luce di qualunque argomento interpretativo ammissibile, deve poter essere giustificato allo stesso tempo anche alla luce del significato letterale»<sup>50</sup>.

Ebbene, a questo punto può rivelarsi l'importanza dei chiarimenti sul significato specifico di "significato letterale" e sul contenuto e la portata dell'interpretazione letterale che l'autore presuppone, giacché la presunta funzione implicita dell'interpretazione letterale (o dell'argomento letterale) all'interno di *tutti* gli argomenti giuridici interpretativi è un'idea che, almeno in linea di principio, non sembra affatto convincente<sup>51</sup>.

Così, ad esempio, se si presuppone che "significato letterale" equivalga al significato "dichiarativo" (non correttivo), o che equivalga al significato *prima facie*, è evidente che esistono numerosi argomenti giuridici interpretativi che non fanno riferimento a questa base di significato. In questo senso, i giuristi spesso utilizzano argomenti giuridici giustamente per *escludere* l'interpretazione letterale: ricorrono alle presunte ragioni sottese ai testi giuridici per andare "oltre il loro tenore letterale", oppure ricorrono all'uso dell'analogia per includere un significato non compreso "secondo l'interpretazione letterale", oppure invocano principi costituzionali rilevanti per superare un significato secondo la "lettera della legge", ecc. Sembra chiaro, dunque, che i risultati interpretativi che si giustificano alla luce di molti argomenti utilizzati nelle prati-

<sup>47</sup> Alf Ross sosteneva, in questo senso, che il significato di un testo può essere attribuito soltanto all'interno di un "tutto" («a coherent whole of meaning») che richiede il funzionamento coerente delle parole all'interno di un'espressione e il funzionamento coerente delle espressioni all'interno di un certo contesto e all'interno di una certa situazione, in relazione ad altri fatti (v. ROSS 2019, 135).

<sup>48</sup> V. HERNÁNDEZ MARÍN 2012, 284-285; ROSS 2019, 142: «[T]he belief in a "literal interpretation" is an illusion. The interpretation will always depend upon other factors». Si veda anche ROSS 2019, 137: «The guiding principle governing all interpretation is the principle of the *primary function of the unified whole and the wider context, namely to determine the meaning of the utterance*» (corsivo nell'originale); e ROSS 2019, 139: «Since most legal directives are couched in the terminology of everyday language, context and situation are the basic tools for juristic interpretation».

<sup>49</sup> PINO 2021a, 329-30.

<sup>50</sup> PINO 2021a, 330.

<sup>51</sup> È da notare che nella sezione 3 del capitolo IX (il cui titolo è *L'interpretazione e il posto del metodo letterale*), l'autore si riferisce in maniera oscillante sia all'*interpretazione* letterale che all'*argomento* letterale (PINO 2021a, 329-332).

che giuridiche *non possono* essere contemporaneamente giustificati alla luce del significato letterale (secondo questa forma di comprensione).

Ma anche partendo dalla specifica nozione di “significato letterale” come significato esclusivamente “semantico-grammaticale” (espressamente assunto da Pino nella sua definizione di “argomento letterale”), ritorna il già accennato problema se sia realmente possibile attribuire agli enunciati giuridici un significato genuinamente letterale in senso puramente semantico-grammaticale (o a-contestuale). In queste circostanze, la funzione implicita che Pino assegna all’interpretazione letterale sarebbe ammissibile (o meno) a seconda del tipo di risposta che si possa dare a questo problema. Quindi:

- Se il suddetto problema fosse affrontato presupponendo l’impossibilità assoluta di attribuire un significato puramente semantico-grammaticale agli enunciati giuridici (ciò che è la premessa per concludere che la nozione di “interpretazione letterale” nel diritto deve essere abbandonata), allora la presunta funzione implicita dell’interpretazione letterale sarebbe non solo confutabile ma si potrebbe addirittura dire il contrario: che *nessun* risultato interpretativo giustificabile alla luce di qualche altro argomento giuridico è suscettibile di essere contemporaneamente giustificato alla luce del significato letterale;
- Invece, se di fronte al suddetto problema si presuppone l’impossibilità relativa di attribuire un significato puramente semantico-grammaticale agli enunciati giuridici (ciò che è la premessa per poter ridefinire la nozione di “significato letterale” includendo alcuni elementi contestuali)<sup>52</sup>, allora la presunta funzione implicita dell’interpretazione letterale sarebbe ammissibile, ma solo perché praticamente *qualsiasi* tipo di interpretazione nel diritto potrebbe essere qualificata come un esercizio di attribuzione di “significato letterale” (in questa ridefinizione)<sup>53</sup>.
- Infine, se si tenta di sciogliere il suddetto problema presupponendo che in *certe circostanze* è invero possibile effettuare un’attribuzione di significato esclusivamente semantico-grammaticale agli enunciati giuridici, allora la presunta funzione implicita dell’interpretazione letterale sarebbe anche ammissibile; tuttavia, questa risposta non può basarsi semplicemente ricorrendo alla nozione di “autonomia semantica” del linguaggio<sup>54</sup>, giacché, come spiega Schauer, ciò non elimina la necessità di tenere conto dei fattori contestuali per attribuire significato a un’espressione<sup>55</sup>. L’argomentazione a sostegno di questa risposta, quindi, dovrebbe essere diversa.

Insomma, l’affermazione secondo cui l’interpretazione letterale funziona implicitamente all’interno di tutti gli altri argomenti giuridici interpretativi non sembra essere così semplice da giustificare e, in ogni caso, la sua accettabilità dipende da come venga affrontato il problema concettualmente prioritario della possibilità di un’interpretazione letterale in senso puramente semantico-grammaticale (e, pertanto, a-contestuale) nell’ambito della pratica del diritto.

<sup>52</sup> POGGI 2007, 630.

<sup>53</sup> Come si può notare, la plausibilità della suddetta ridefinizione non appare affatto scontata: se il significato letterale comprende elementi semantico-grammaticali e, inoltre, elementi “contestuali”, allora la nozione di “significato letterale” diventa troppo ampia: tanto ampia che non è chiaro come possa essere uno strumento utile ai fini di rappresentare teoricamente la cosiddetta interpretazione “letterale”.

<sup>54</sup> Si ricordi che questa nozione è la base utilizzata in quello che precedentemente ho chiamato “prima risposta” (§ 4.1). La nozione di “autonomia semantica”, come è noto, fa riferimento all’idea che i simboli presenti nel linguaggio – parole, espressioni, frasi, capoversi, ecc. – hanno la capacità di portare significati indipendentemente dagli scopi comunicativi perseguiti dai loro utenti in occasioni particolari (v. SCHAUER 1991, 55).

<sup>55</sup> In altre parole, presupporre che il linguaggio sia dotato di “autonomia semantica” implica soltanto considerare che il significato è *parzialmente* a-contestuale: «to identify the phenomenon of acontextual meaning is not to deny that contextual factors are presupposed in attributing even the barest amount of meaning to an utterance» (SCHAUER 1991, 56).

Tuttavia, per concludere questo lavoro cercherò una via di uscita che prende come riferimento la stessa argomentazione che Pino propone a sostegno di questo punto, non per sostenere la suddetta funzione implicita dell'interpretazione letterale, ma per specificare quale sia la conclusione che – secondo la mia lettura delle idee dell'autore – segue esattamente dalle premesse utilizzate. A tal fine, partirò dalla trascrizione di un importante passaggio del capitolo IX dell'opera qui discussa:

«L'interpretazione letterale, dunque, è usata da ogni giurista [...] per il semplice fatto che le disposizioni giuridiche sono enunciati formulati in lingua, e dunque è evidente che l'attività interpretativa non può non ricomprendere una fase di attribuzione di significato secondo le regole della lingua, nonché una continua verifica di tollerabilità linguistica tra i possibili risultati interpretativi e le regole della lingua»<sup>56</sup>.

Quanto appena trascritto lascia capire che, quando Pino sostiene che qualsiasi risultato interpretativo deve poter essere giustificato «allo stesso tempo *anche* alla luce del significato letterale», ciò equivale a dire che «deve mettere capo ad un significato linguisticamente tollerabile»<sup>57</sup>. Questo si collega con la sua affermazione secondo la quale «un testo non può dire *qualunque cosa*»<sup>58</sup>; nelle sue parole, se il risultato dell'interpretazione giuridica deve sempre essere in connessione con i significati ammissibili secondo le regole della lingua, allora «[u]na interpretazione-prodotto che non avesse alcuna percepibile relazione con il testo di partenza non potrebbe davvero essere considerata una interpretazione»<sup>59</sup>.

Ebbene, se quello che si intende dire è che all'interno di tutti gli altri argomenti giuridici interpretativi si utilizzano regole e convenzioni linguistiche al fine di attribuire significati e controllarne la “tollerabilità” semantico-grammaticale, allora l'idea avanzata da Pino non è che l'*interpretazione letterale* funziona tacitamente all'interno di ogni argomento interpretativo, ma che in ogni argomento interpretativo si prendono a riferimento fattori “interni” ai testi giuridici: il senso dei termini utilizzati e la struttura delle frasi composte da tali termini.

Quanto sopra non è una riorganizzazione di parole per dire la stessa cosa. L'interpretazione letterale, come emerge dalla definizione di “argomento letterale” analizzata in precedenza, è il risultato dell'attribuire significato ad un testo giuridico *esclusivamente* sulla base di fattori “interni” (il senso dei termini e la struttura delle frasi); risultato che può essere giustificato attraverso l'argomento letterale, cioè, ricorrendo *soltanto* alle regole semantiche e sintattiche di una determinata lingua. Invece, prendere come riferimento fattori “interni” agli enunciati giuridici nello sviluppo di un'attività interpretativa è qualcosa che viene fatta *senza il carattere esclusivo* che l'interpretazione letterale implica; infatti, se un risultato interpretativo è giustificabile alla luce di *altri* argomenti ammissibili – come proposto nell'ipotesi di Pino – allora necessariamente si dovranno prendere come riferimento *altri* tipi di fattori (il “contesto” in senso ampio), il che impedisce di parlare di “interpretazione letterale” secondo la definizione fornita (attribuzione di significato *esclusivamente* ancorata a fattori “interni” o semantico-grammaticali).

Dunque, seguendo le stesse idee di Pino, ciò che opererebbe tacitamente all'interno di tutti gli altri argomenti interpretativi non è l'interpretazione letterale ma l'uso di determinati fattori o “elementi” interpretativi: quello che sin da Savigny è noto come “elemento grammaticale” (che ha per oggetto «le parole che usa il legislatore per comunicarci il suo pensiero, cioè il linguaggio delle leggi») ed “elemento logico” («la scomposizione del pensiero, ovvero i rapporti logici che uniscono le sue diverse parti») <sup>60</sup>. Sono questi elementi – i “fattori semantico-grammaticali” –<sup>61</sup> ad avere propriamente una funzione implicita all'interno di tutti gli argomenti giuridici interpretativi<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> PINO 2021a, 330.

<sup>57</sup> PINO 2021a, 330.

<sup>58</sup> PINO 2021a, 330 (corsivo nell'originale).

<sup>59</sup> PINO 2021a, 330. V. anche PINO 2021a, 331.

<sup>60</sup> VON SAVIGNY 1878, 150 (traduzione mia).

Questa precisazione, inoltre, rende superfluo approfondire la discussione sulla possibilità di un'interpretazione giuridica puramente letterale (nel senso di “a-contestuale”), poiché tenere conto dei fattori semantico-grammaticali non richiede alcun impegno esclusivo con la letteralità di un testo: la sua considerazione può essere vista semplicemente come un “punto di partenza”<sup>63</sup> o come un “punto di riferimento” e non, invece, come un vincolo ad un risultato interpretativo basato esclusivamente su tali fattori. Se questa è l'idea di Pino, non resta che dire che evidentemente è un'idea ragionevole<sup>64</sup>.

## 5. Conclusione

Questo lavoro è un piccolo segno di una vasta quantità di riflessioni che sono sorte in me come lettore e come traduttore de *L'interpretazione nel diritto*<sup>65</sup>, il che non è altro che un riflesso di quanto sia intellettualmente stimolante un libro di teoria del diritto scritto con rigore e originalità.

Ho avuto la grande fortuna di commentare e dialogare di persona con Giorgio Pino su alcune di queste riflessioni, rendendo la lettura del suo libro parte di un processo personale molto fruttuoso dal punto di vista della mia formazione. Sebbene quasi tutti i miei dubbi o critiche sono stati sciolti da Giorgio, ricorrendo alle proprie idee presentate nel suo libro, alcuni sono rimasti “nel calamaio”. Ho approfittato dell'occasione per metterli in luce formulando i tre commenti sopra esposti; anche se sono sicuramente marginali e presentano una certa aleatorietà, spero che qui sia soddisfatta la massima secondo cui *random is not whatever*<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Come osservato in HERNÁNDEZ MARÍN 2012, 285, “elemento grammaticale” ed “elemento logico” sono semplicemente diversi vocaboli per riferirsi ai fattori “interni” agli enunciati.

<sup>62</sup> Si veda VON SAVIGNY 1878, 150, dove si afferma che l'elemento grammaticale e l'elemento logico, insieme all'elemento storico e all'elemento sistematico, «non sono quattro specie di interpretazione tra le quali si può scegliere a seconda del gusto o del capriccio», ma piuttosto quattro componenti il cui incontro «è fondamentale per interpretare la legge» (traduzione mia).

<sup>63</sup> Questo è esattamente ciò che viene espresso in PINO 2021a, 331: «un processo interpretativo che ignorasse del tutto il dato linguistico, letterale, anche come *mero punto di partenza*, variamente superabile nel corso dell'interpretazione, non potrebbe nemmeno essere chiamato “interpretazione”» (corsivo aggiunto).

<sup>64</sup> Tuttavia, Alf Ross non la pensava allo stesso modo: «it is widely held that the starting point for statutory interpretation may be, or must be, the ordinary meaning of the words as warranted by [...] usage. This is an illusion. There is no such meaning» (ROSS 2019, 138). Si veda anche ROSS 2019, 167: «it is erroneous to believe that the starting point consists of individual words, understood according to their natural linguistic meaning. This linguistic meaning is extremely wide, but as soon as the word occurs in a given context its field of reference is restricted»; e ROSS 2019, 168: «interpretation does not have any independent linguistic starting point, but that it is from the very beginning co-determined by pragmatic considerations in the shape of “common sense”».

<sup>65</sup> La traduzione in spagnolo apparirà per l'editore Marcial Pons nel 2024.

<sup>66</sup> Charly García *dixit*.



*Riferimenti bibliografici*

- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 1979. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Fontamara (reimpr. della 1 ed. messicana, 2002).
- BAQUERIZO MINUCHE J. 2021. *El concepto de “poder constituyente”. Un estudio de teoría analítica del derecho*, Marcial Pons.
- BENTHAM J. 1970. *An introduction to the principles of morals and legislation*, BURNS J.H., HART H.L.A. (eds.), The Athlone Press (ed. or. 1780).
- CHIASSONI P. 2000. *Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another View of the Cathedral)*, in VELLUZZI V. (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, 1 ss.
- GUASTINI R. 1994. *Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique*, in TROPER M., JAUME L. (eds.), *1789 et l’invention de la constitution*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bruylant, 216 ss.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2014. *La sintassi del diritto*, 2 ed., Giappichelli.
- HERNÁNDEZ MARÍN R. 2012. *Compendio de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons.
- KELSEN H. 1949. *General Theory of Law and State*, 3 ed., Harvard University Press.
- KELSEN H. 1982. *Teoría Pura del Derecho*, 2 ed., Universidad Nacional Autónoma de México (trad. cast. di R.J. Vernengo; ed. or. *Reine Rechtslehre*, 2 ed., Franz Deuticke, 1960).
- LUZZATI C. 1990. *La vaghezza delle norme*, Giuffrè.
- PINO G. 2016. *Teoria Analitica del Diritto I. La norma giuridica*, ETS.
- PINO G. 2021a. *L’interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- PINO G. 2021b. *Sources of Law*, in GARDNER J., GREEN L., LEITER B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 4, Oxford University Press, 58 ss.
- POGGI F. 2007. *Significado literal: una noción problemática*, in «Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho», 30, 2007, 617 ss.
- RODRÍGUEZ J.L. 2021. *Teoría analítica del derecho*, Marcial Pons.
- ROSS A. 2019. *On Law and Justice*, Oxford University Press (trad. ing. di U. Bindreiter; ed. or. *Om ret og retfærdighed*, 1953).
- VON SAVIGNY F.C. 1878. *Sistema del Derecho Romano actual*, vol. I, F. Góngora y Compañía (trad. cast. di J. Mesía e M. Poley; ed. or. *System des heutigen römischen Rechts*, band I, 1840).
- SCHAUER F. 1991. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press.
- VON WRIGHT G.H. 1963. *Norm and Action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul.

# Algunas dudas sobre la noción de *aplicación de normas jurídicas* en la obra de Giorgio Pino

Some Doubts About the Notion of *Application of Legal Norms* in Giorgio Pino's Work

**DIEGO DEI VECCHI**

Investigador, Department de Dret Privat, Universitat de Girona.

E-mail: [diego.deivecchi@udg.edu](mailto:diego.deivecchi@udg.edu)

## ABSTRACT

El artículo revisa la relación entre interpretación, aplicación y argumentación en la obra de Giorgio Pino. Se critica la distinción que Pino traza entre aplicación como actividad y aplicación como producto. Luego se aborda, también críticamente, la distinción entre aplicación *in abstracto* y aplicación *in concreto*.

The article examines the correlation among interpretation, application, and argumentation in Giorgio Pino's work. It critiques Pino's differentiation between the application of norms as an activity and as a product. Additionally, it critically addresses the distinction between *in abstracto* and *in concreto* application.

## KEYWORDS

interpretación, aplicación de normas, inferencia, normas jurídicas

interpretation, norm-application, inference, legal norms

# Algunas dudas sobre la noción de *aplicación de normas jurídicas* en la obra de Giorgio Pino

DIEGO DEI VECCHI

1. *Introducción* – 2. *Aplicación-actividad y actividad-producto* – 3. *El dilema de la aplicación-actividad* – 4. *Aplicación sin interpretación e interpretación sin aplicación* – 5. *Conclusiones*.

## 1. *Introducción*

*L'interpretazione nel diritto*<sup>1</sup>, de Giorgio Pino, es una obra doblemente virtuosa. Por una parte, el texto constituye una excelente introducción, clara y exhaustiva, a la problemática de la interpretación jurídica. Por la otra, se trata de un trabajo cuyo carácter pedagógico no impide al autor adoptar posiciones firmes respecto de varias aristas polémicas y argumentar en favor de ellas. Esto hace que la obra de Pino sea de especial interés, también, para especialistas en la materia.

En este comentario me centraré en una cuestión puntual que Pino aborda en § 4 del capítulo 2 de su obra: la relación entre interpretación, aplicación y argumentación. En particular, pondré el acento en la cuestión de la *aplicación* de normas jurídicas, pero algunas de las dudas que voy a plantear a partir de allí se extienden alcanzando algunas otras tesis de Pino.

Pino considera que la aplicación de normas jurídicas es un modo específico de hacer *uso* de ellas, un uso dirigido a resolver casos particulares [45]. Para entender el fenómeno de la aplicación, sostiene, es indispensable distinguir entre *aplicación-actividad* y *aplicación-producto*, una distinción que considera *pari*, paralela, refleja, a la que se suele trazar respecto de la “interpretación” (actividad y producto). Es decir, para él el vocablo “aplicación” adolece de la misma ambigüedad proceso-producto que aqueja al término “interpretación” [46]. Además, considera que la aplicación-actividad ha de distinguirse entre *aplicación in abstracto* y *aplicación in concreto*. Ambas distinciones me parecen dudosas. Partamos por la distinción más general para luego centrarnos en la más específica.

## 2. *Aplicación-actividad y actividad-producto*

La aplicación-actividad es, en la obra de Pino, una actividad intelectual, un “razonamiento” que se descompone en dos pasos [46]. El primero consiste en la subsunción de un cierto “caso” (real o imaginario) en el supuesto de hecho de la norma. El segundo paso, que depende del éxito del primero, consiste «nell’associare alla fattispecie concreta le conseguenze giuridiche previste dalla norma in questione» o bien, lo que para Pino parece ser lo mismo: «nel *desumere* che C [el caso] “merita” le conseguenze giuridiche stabilite da N [la norma]» [47]. Este segundo paso consiste entonces en derivar o inferir una norma individual de una norma general o una norma menos general de una más general.

La aplicación-producto es, por su parte, una decisión autoritativa específica que, para el autor, tiene efectos constitutivos. Esta decisión consiste «nell’associare ad una fattispecie concreta le conseguenze giuridiche previste da una norma» [50].

<sup>1</sup> PINO 2021. A lo largo de este texto citaré la obra de referencia poniendo entre corchetes los números de página pertinentes.

Ahora bien, como es fácil observar, la definición de la aplicación-producto es prácticamente una reproducción textual de la definición del segundo paso de la aplicación-actividad. Ambas están definidas como «l'associare ad una fattispecie concreta le conseguenze giuridiche previste da una norma». Esto es un tanto llamativo. La única diferencia parece radicar, al fin y al cabo, en que la aplicación-producto supone la emisión de la norma individual resultante, lo que no sucede con la aplicación-actividad que termina en la inferencia de esa norma.

A mi modo de ver, aquí hay una confusión. De hecho, creo que la distinción aplicación-actividad y aplicación-producto no está trazada de un modo esclarecedor. Veamos por qué.

Pino plantea esta distinción diciendo que ella refleja la ambigüedad proceso/producto que aqueja al término “interpretación”. Pero, en rigor de verdad, la analogía es mucho menor de cuanto puede parecer a primera vista. Cuando la distinción se traza para desambiguar el término “interpretación” el producto interpretativo –i.e. la interpretación-producto– es siempre el resultado de la actividad interpretativa misma, hay una relación inmediata entre la actividad de atribución de significado y el resultado a que conduce<sup>2</sup>. Pero esto no es lo que sucede con las categorías de aplicación-actividad y aplicación-producto de Pino. Aunque indudablemente tiene que haber una relación entre ellas –y creo que esta relación queda oscurecida precisamente por el modo en que Pino traza la distinción–, lo que Pino llama aplicación-producto no es el resultado de la aplicación-actividad. Lo que considero todavía más importante es que tanto la aplicación-actividad como la aplicación-producto adolecen en sí mismas de la ambigüedad proceso-producto. Esto queda ensombrecido en la obra de Pino, no solo por las etiquetas que él emplea para denominar a cada categoría, sino, sobre todo, por el modo mismo en que traza la distinción. Aunque sus etiquetas dificultan mostrar mi punto, lo voy a intentar de todas maneras.

Por un lado, lo que Pino llama aplicación-actividad –y que a mi modo de ver debería llamarse más bien, por ejemplo, *aplicación-inferencial*– incluye tanto la actividad de inferir una norma individual a partir de una norma general y una cierta premisa adicional, cuanto el resultado o producto de esa inferencia, es decir, la norma individual inferida. Es decir, lo que Pino llama aplicación-actividad refiere tanto a una actividad inferencial cuanto a su resultado, es decir, la conclusión de la inferencia.

Por el otro lado, la que Pino llama aplicación-producto –y que yo llamaría más bien *aplicación-emisión*– incluye tanto el acto de emisión de una norma individual por un cierto órgano de aplicación del derecho como el resultado de ese acto de emisión mismo, es decir, la norma individual emitida o proferida.

Creo que el problema en el modo en que Pino traza la distinción emerge de que él parece entender que la norma individual a la que conduce lo que él llama aplicación-actividad es la misma norma individual cuya emisión caracteriza a la actividad-producto. Es decir, Pino parece pensar que sus categorías *aplicación-actividad* y *aplicación-producto* confluyen en una misma e idéntica norma individual. Pero hay buenas razones para pensar que esto no es así. Tal como indicó Eugenio Bulygin hace años, aquí hay dos normas individuales diferentes.

Por un lado, hay una norma individual que es el resultado o el producto exclusivo de lo que Pino llama aplicación-actividad –y que, como dije, yo preferiría llamar *aplicación-inferencial*. Esta norma individual a está dirigida, cuando hay una disputa concreta, a la persona que decide. Eugenio Bulygin dice expresamente que estas normas individuales dirigidas a la judicatura son normas *derivadas*, consecuencias lógicas del sistema jurídico<sup>3</sup>.

Ahora bien, estas normas individuales derivadas son las que, eventualmente, en las disputas concretas, imponen a quien decide el deber de dictar una segunda norma individual. Esta segunda norma es aquella con la que se identifica el “resuelvo” de la sentencia, una norma

<sup>2</sup> Sobre la diferenciación entre el proceso y el producto interpretativo, y sobre sus relaciones, véanse, por ejemplo: TARELLO 1980, § 6, GUASTINI 2011, LIFANTE VIDAL 2010, LIFANTE VIDAL 2015, CHIASSONI 1998.

<sup>3</sup> BULYGIN 1994.

individual *emitida* por quien juzga, que se corresponde con el resultado de lo que Pino llama aplicación-producto. Esta segunda norma individual se dirige, no ya a quien decide, sino a los funcionarios encargados de la ejecución de sentencias.

De modo que, según lo dicho, la distinción entre aplicación-actividad y aplicación-producto, tal como Pino la traza, adolece de los siguientes problemas:

- (a) La aplicación-producto no es resultado de la aplicación-actividad. De hecho, tal como Pino muestra, es perfectamente posible que haya aplicación-actividad sin aplicación-producto. Por lo tanto, la ambigüedad proceso-producto del término “aplicación”, tal como Pino la concibe, no refleja la ambigüedad proceso-producto en torno a la interpretación. Hacen falta distinciones adicionales.
- (b) Tanto lo que Pino llama “aplicación-actividad” como aquello a lo que denomina “aplicación-producto” adolecen, cada una de ellas, de ambigüedad proceso-producto. Para evitar confusiones sería mejor usar otras etiquetas como, por ejemplo, “aplicación-inferencial” y “aplicación-emisión”.
- (c) Esto es un primer paso para hacer más evidente que se trata de dos actividades independientes con resultados diferentes aun si interrelacionados. Por un lado, la aplicación-inferencial involucra tanto la actividad relativa a inferir una norma individual de una norma general y ciertas premisas adicionales, como el resultado de esa inferencia: *la norma individual derivada*, dirigida, eventualmente, a quien deba decidir una disputa. Por el otro lado, la aplicación-emisión involucra tanto el acto de emisión de una norma individual dirigida a los órganos de ejecución como el resultado de esa emisión, es decir, la norma individual misma.

Lo dicho permite mostrar otra cuestión que, como adelanté, queda ensombrecida en el trabajo de Pino, a saber: la verdadera relación entre las que él llama aplicación-actividad y aplicación-producto. Como vimos, a diferencia de lo que parece a primera vista, esa relación no es la que se da entre una actividad y su resultado. Pero tampoco se trata de categorías completamente independientes. No profundizaré aquí en este punto, y me limitaré a decir que la verdadera relación entre las dos categorías que a Pino le interesan es *de justificación*. No es que lo que él llama aplicación-producto sea el resultado de la aplicación-actividad, sino que el resultado de la aplicación-actividad (i.e. la primera norma individual, la norma derivada) eventualmente justifica la aplicación-producto (i.e. la emisión de la segunda norma individual).

### 3. El dilema de la aplicación-actividad

Paso ahora a mi segundo punto, que concierne específicamente a la noción que Pino trata bajo la etiqueta *aplicación-actividad*. Ya hemos visto que, para Pino, dicha forma de aplicación se identifica con un “razonamiento” que se descompone en dos pasos: por un lado la “subsunción” de un cierto “caso” (real o imaginario) en el supuesto de hecho de la norma y, por el otro, *la derivación* de una norma individual (dirigida a la autoridad aplicativa) que atribuya al caso las consecuencias previstas por la norma. Es importante destacar que, para el autor, la subsunción con que se identifica el primer paso

«consiste nel decidere circa la “applicabilità interna” di una norma, e cioè nell’ascertare se vi sia una corrispondenza tra la descrizione astratta di un certo stato di cose, quale è contenuta nella fattispecie della norma e un certo accadimento (reale o imaginario)...» [47].

Pino destaca de manera explícita que hay que ser cautos con la ambigüedad de los dos términos clave “subsunción” y “caso”. Él intenta desambiguar ambos términos. Hay «casos individuales», nos dice, que son *accadimenti*, es decir, hechos o sucesos. Para Pino estos pueden ser reales o imaginarios. Además, hay “casos genéricos”, es decir, clases de casos individuales.

Por su parte, “subsunción” tiene que ser diseccionado en “subsunción individual” y “subsunción genérica”. La primera concierne a una relación entre casos individuales, es decir, acaecimientos y clases. La segunda consiste, en cambio, en la reconducción de un caso genérico a un caso genérico más amplio [47-48].

El resultado de esta doble desambiguación lleva a Pino a desdoblar ahora el concepto mismo de aplicación-actividad. Para él esta noción puede ser entendida de dos modos diferentes. Por un lado, puede entenderse como *aplicación in abstracto*, esto es, la subsunción genérica de una *fattispecie astratta* en otra también abstracta pero más amplia: por ejemplo, la subsunción del hurto de pollos en la figura, más amplia, del hurto. Por el otro lado, puede entenderse a la *aplicación-actividad* como *aplicación in concreto*, esto es, la subsunción individual de una *fattispecie concreta* en una abstracta: por ejemplo, subsumir en la norma abstracta del hurto el “caso individual” del apoderamiento, por parte de Tizio, de una cierta cantidad X de pollos ajenos el día 1 de enero de 2020 en la localidad de Bastioni di Gran Sasso [48].

Ahora bien, aunque Pino destaca el peligro de la ambigüedad de “subsunción”, “caso” y “aplicabilidad”, desde mi punto de vista, su concepción de la *aplicación-actividad* termina siendo víctima de una visión demasiado estrecha de esa ambigüedad, lo que lo conduce a una concepción inconsistente de la aplicación-actividad. Para intentar mostrar mi punto me centraré ahora en lo que Pino llama “aplicación-actividad in concreto” (i.e. el razonamiento que consiste en inferir una norma individual a partir de la subsunción de un “caso individual” en un supuesto de hecho genérico de una norma).

En este orden de ideas, aunque Pino desambigua el término “caso” a partir de la distinción entre “caso genérico” y “caso individual”, él no parece contemplar el hecho de que esta última expresión es, a su vez, ambigua.

En efecto, la expresión “caso individual” puede usarse para referir a dos cosas bien diferentes. Por una parte, puede ser empleada para referir a un hecho, un suceso o, para usar la expresión de Pino, un *accadimento*. Por ejemplo, tal como él hace, podríamos llamar “caso individual” a *la conducta* (es decir al fenómeno empírico) consistente en una apropiación, por parte de Tizio de ciertos pollos ajenos en un cierto fragmento espacio-temporal. Llamemos a este sentido de la expresión “caso individual”: *caso-acaecimiento*<sup>4</sup>. Por la otra parte, en cambio, la expresión podría referirse a la *narración* del evento, esto es, al enunciado lingüístico según el cual «el 1 de enero de 2020 Tizio se apropió de una cantidad X de pollos ajenos en Bastioni di Gran Sasso». Llamemos a este sentido de la expresión *caso-enunciado*<sup>5</sup>.

Para hacer más visible la distinción entre las dos nociones de “caso individual” cabe resaltar lo siguiente: no tiene sentido decir que un caso-acaecimiento es verdadero o que es falso, pues los sucesos carecen de valor de verdad. Más aún, un acaecimiento es precisamente aquello que hace verdaderas o falsas a ciertas narraciones o enunciados, o aquello en virtud de lo cual esas narraciones son verdaderas. En cambio, y precisamente por esto último, tiene pleno sentido decir que un caso-enunciado es verdadero o que es falso. En el ejemplo usado por Pino, el enunciado según la cual «el 1 de enero de 2020 Tizio se apropió de una cantidad X de pollos ajenos en Bastioni di Gran Sasso», es decir, el caso-enunciado será verdadero si, y solo si, ocurrió el acaecimiento que ese enunciado describe, es decir, si ocurrió el caso-acaecimiento.

Pues bien, sabíamos hasta ahora que la aplicación-actividad *in concreto* consistía en una subsunción individual, y que esta última consiste en reconducir un “caso individual” al supuesto de hecho genérico de la norma. Pero, ahora que hemos visto que la expresión “caso individual”

<sup>4</sup> Un uso de este sentido de «caso» puede encontrarse, por ejemplo, en BULYGIN 1994, 33, CARACCILO 2009 [1988], 49, CARACCILO 2013, 16.

<sup>5</sup> Por ejemplo: «un “caso” es una serie de descripciones de hechos particulares, en relación con los cuales se ha planteado una determinada pregunta normativa que se ha llevado ante un juez para ser decidida» (DUARTE D’ALMEIDA 2021, 54).

puede referir tanto a un acaecimiento como a un enunciado, la pregunta parece obvia: cuando hablamos de aplicación-actividad *in concreto* ¿estamos diciendo que las normas generales se aplican a hechos o a enunciados sobre hechos?

Si Pino solo omitiese la distinción entre estos diferentes sentidos de «caso individual» pero usase la expresión de manera consistente al abordar el problema no habría grandes inconvenientes. Pero me temo que esto no es lo que sucede en su trabajo, pues ambas nociones están presentes en la caracterización de la aplicación-actividad. De hecho, Pino parece sostener contemporáneamente las siguientes tesis respecto de la aplicación-actividad *in concreto*: (i) las normas generales se aplican a acaecimientos y (ii) la aplicación-actividad es una actividad *inferencial*.

Que Pino sostiene la tesis (i) queda demostrado por lo siguiente:

- (a) Él sostiene que la primera fase de esa actividad consiste en resolver sobre la “aplicabilidad interna”, lo cual él describe como identificar la correspondencia entre supuesto de hecho abstracto y “caso individual” entendido como acaecimiento [*accadimento*].
- (b) La noción de *aplicabilidad interna* ha sido usualmente entendida como una relación entre normas y hechos (es decir, las normas aplican internamente a casos-acaecimiento). La fuente a la que remite Pino da cuenta de ello<sup>6</sup>.
- (c) Cuando caracteriza la subsunción individual (con la que identifica la aplicación-actividad *in concreto* que ahora nos ocupa) dice que ella: «consiste nel ricondurre un caso individuale ad una classe: qualificare come furto (...) *la condotta* di Tizio, che il giorno 1 gennaio 2020 in località Bastioni di Gran Sasso si è impossessato di un pollo altrui, è una sussunzione individuale» [47].

En suma: cuando Pino identifica la aplicación-actividad con la aplicabilidad interna y con la subsunción individual está hablando, por momentos, de una relación entre normas generales y acaecimientos.

El hecho de que Pino sostiene (ii), es decir, el hecho de que se compromete con la tesis según la cual la aplicación-actividad es una actividad inferencial, es todavía más claro:

- (a) Afirma que la segunda fase de esa misma actividad consiste en extraer o derivar [*desumere*] la consecuencia jurídica de la norma y establecerla para el “caso individual”.
- (b) Sostiene que la aplicación-actividad *in concreto* consiste en la “derivación estática” kelseniana [47].
- (c) Dice expresamente que «l’applicazione attività consiste nella “giustificazione interna», cioè nel passaggio dalle premesse (una norma generale e una proposizione descrittiva di un fatto) alla conclusione (una norma individuale)» [48-49].

En suma: cuando Pino identifica la aplicación-actividad con la justificación interna está hablando, en otros momentos, de una relación entre normas generales y enunciados sobre hechos.

El problema es, entonces, bastante evidente: la tesis de la aplicación de normas a hechos y la tesis inferencial parecen estar en tensión, y la tensión se debe –según entiendo– a que presuponen diferentes sentidos de «caso individual». La tesis según la cual la aplicación-actividad relaciona normas generales y hechos presupone un concepto de «caso individual» como *acaecimiento*. La tesis según la cual la aplicación-actividad es una inferencia o razonamiento que se identifica con la justificación interna presupone, en cambio, un concepto de “caso individual” como enunciado, pues no hay relaciones lógicas entre normas generales y acaecimientos<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Véase NAVARRO, MORESO 1997. Véase, además, CARACCILO 2013.

<sup>7</sup> Este es un problema que trasciende de la obra de Pino y que afecta a buena parte de la literatura sobre aplicabilidad. Para un desarrollo más amplio del argumento esbozado en este párrafo remito a DEI VECCHI 2023.

Ante esto, si Pino insiste en que la aplicación-actividad requiere resolver sobre la aplicabilidad interna y si dice que la subsunción individual concierne a una relación entre normas generales y acaecimientos, entonces ya no puede sostener que la aplicación-actividad es “derivación estática”, “justificación interna” o una relación lógica. En contraste, si Pino insiste en que la aplicación-actividad consiste en una inferencia, entonces debe renunciar a la tesis según la cual ella liga normas con acaecimientos.

Una posible salida ecléctica sería adoptar una noción diferente de *aplicabilidad interna*, una donde la relación no sea entre normas generales y hechos sino entre normas generales y premisas fácticas (i.e. *casos-enunciado*). El propio Pino ha sugerido esta concepción de la aplicabilidad interna en otro sitio, haciendo colapsar este sentido de «aplicabilidad» con la justificación interna:

«la aplicabilidad interna de una norma se ve satisfecha cuando la decisión [entendida como producto: norma individual] del órgano de aplicación es *derivable estáticamente* de la propia norma (cuando la decisión del órgano de aplicación representa *la conclusión de una inferencia deductiva válida*, en la cual figure, como premisa mayor, la norma internamente aplicable)»<sup>8</sup>.

Así comprendida, la aplicabilidad interna solo puede consistir en una relación entre normas generales y casos-enunciado. Esto también da sentido a la aclaración constante de Pino respecto de que los acaecimientos a que se aplican las normas pueden ser reales o imaginarios. Pues un caso imaginario es, necesariamente, un “acontecimiento no acaecido”. Pero si Pino adopta esta opción, entonces tendrá que reconocer al menos las siguientes cosas:

- (a) La subsunción individual implicada en la aplicación-actividad no conecta acaecimientos con normas generales, sino enunciados relativos a acaecimientos con normas generales. A diferencia de lo que él sostiene en su nuevo libro, lo que se subsume en la norma del Hurto no es *la conducta* de Tizio, sino el enunciado descriptivo de esa conducta. Desde mi punto de vista, esto tiene pleno sentido, pues las subsunciones en categorías jurídicas parecen presuponer siempre subsunciones en conceptos más generales, ordinarios y previos. Por ejemplo, decir que «Tizio hurtó ciertos pollos» presupone haber establecido que «Tizio *se apropió de ciertos pollos*», lo cual es previo a la subsunción individual y presupone haber calificado una serie de acaecimientos empíricos empleando conceptos tales como los de apropiación, pollo, etc.
- (b) Las normas son internamente aplicables incluso si los hechos a que refieren las premisas fácticas no han acaecido realmente, una conclusión que mucha gente considera contraintuitiva. En otras palabras, la verdad de las premisas fácticas no es condición necesaria de la aplicación correcta de normas, al menos en el sentido *interno* de aplicabilidad<sup>9</sup>.

#### 4. *Aplicación sin interpretación e interpretación sin aplicación*

Para cerrar, quisiera hacer dos breves comentarios relativos a las relaciones entre interpretación y aplicación.

Primero. Pino discute la tesis según la cual toda interpretación es «allo stesso tempo e necessariamente, applicazione del diritto» [53]. Él arguye que esta tesis puede ser presentada en tres versiones diferentes, dos de las cuales son falsas y una verdadera. La versión verdadera es aquella según la cual toda interpretación parece conllevar una aplicación-actividad *in abstracto*.

<sup>8</sup> PINO 2012, 68.

<sup>9</sup> En verdad, creo que no lo es tampoco en el externo.



No discutiré estas conclusiones de Pino, pero me gustaría sugerir que hay un sentido adicional en que toda interpretación es aplicación del derecho. Para Pino toda interpretación *in abstracto* consiste en atribuir significado a cierta “disposición normativa genuina” por medio de cierto método interpretativo aceptable. A mi modo de ver, los métodos interpretativos son estándares normativos *jurídicos*, i.e. forman parte del derecho. Por supuesto, esto depende de los detalles relativos a cómo se conciban nociones tales como la de *pertenencia*, *vigencia*, *validez*, etc. Pero es sumamente plausible decir que los métodos o técnicas interpretativas *en vigor* son parte del ordenamiento. El límite que el propio Pino intenta trazar entre atribuciones de significado que son interpretaciones y aquellas que no lo son apunta en esta dirección. De esto se sigue, entonces, que *toda interpretación es, en un sentido crucial, aplicación del derecho*.

Segundo. Luego de contemplar las tres versiones de la afirmación según la cual «toda interpretación es aplicación del derecho» Pino discute la tesis inversa. Según ella toda aplicación del derecho es interpretación. Él dice que esta tesis es falsa y esgrime una serie de razones para mostrarlo. Quisiera referir brevemente a uno de los argumentos que Pino elabora en contra de la tesis según la cual toda aplicación presupone una interpretación-actividad. Hay casos, nos dice, donde el intérprete puede simplemente servirse de la interpretación que otra persona haya llevado a cabo antes (o a una que ese mismo intérprete haya realizado con anterioridad). En concreto, sostiene,

«l’interprete può decidere, cioè, di utilizzare esclusivamente e direttamente *la norma* (l’interpretazione prodotta) così come è stata elaborata in una precedente occasione, senza intraprendere egli stesso *ex novo* una apposita attività interpretativa» [56].

El intérprete se limita simplemente a usar *el significado* que toma prestado de una interpretación precedente<sup>10</sup>. Esto me suscita algunas dudas. Ante todo, hay quienes dirían probablemente que el empleo de una interpretación antes llevada a cabo por alguien es en sí misma una decisión interpretativa (*in abstracto*) de carácter *iterativo*<sup>11</sup>. Frente a visiones como estas, el ejemplo de Pino solo confirma la hipótesis de que *toda aplicación presupone una interpretación in abstracto*. Por otra parte, y dejando de lado tesis como la invocada, a mi modo de ver, la visión de Pino se torna un tanto ambivalente en este punto. Pues luego de decir que la persona llamada aplicar el derecho puede omitir llevar a cabo una interpretación *in abstracto*, sirviéndose directamente de *la norma*, i.e. *del significado*, puesto de manifiesto por un intérprete anterior, sostiene que:

«In questi casi, ovviamente, un qualche tipo di interpretazione sarà comunque necessaria, per capire cosa ha detto l’interprete precedente. Tuttavia, non sarà interpretazione giuridica in censo proprio: non sarà interpretazione di disposizioni genuine, ma di disposizioni spurie» [57].

La ambivalencia consiste en que no es claro qué es lo que de hecho *usa*, de acuerdo con esta tesis de Pino, la persona que aplica el derecho sin interpretar. Al inicio Pino nos dice que esa persona *usa directamente* una norma o significado (i.e. *una interpretación-producto*), y es precisamente eso lo que derroca la tesis según la cual “aplicación presupone interpretación”. Sin embargo, ahora parece insinuar que lo que se usa es en realidad *una interpretación-actividad* anterior o, como mínimo, un enunciado interpretativo resultante de esa actividad (i.e. un enunciado que atribuye un cierto significado a una cierta disposición). El problema está en que, de conformidad con los presupuestos metafísicos del propio autor, aquí estamos hablando de dos ontologías diferentes. En el primer caso el aplicador se sirve directamente de una *norma*: una entidad abstracta,

<sup>10</sup> Sobre este punto en particular, véase GUASTINI 2018.

<sup>11</sup> Por cierto, una que no se reduce a una *mera* iteración: véase CHIASSONI 1998, 46-48 y también CHIASSONI 2011, 39.

significativa. En el segundo caso, en cambio, se sirve de *enunciados*. Tengo la sensación de que esto genera una suerte de dilema para Pino.

Si Pino elige la primera salida y sostiene que el aplicador solo puede servirse de enunciados, entonces ya no es cierto que quien aplica el derecho *use directamente una norma*. Ante esta estrategia, la tesis según la cual la aplicación del derecho no necesariamente presupone una interpretación-actividad pierde mucha fuerza. De hecho, en estas circunstancias dicha aplicación depende, no solo de la interpretación actividad del intérprete anterior, sino además de la interpretación *in abstracto* del intérprete actual respecto de lo que Pino llama “disposición espuria”.

Si Pino se inclina por el otro cuerno del dilema e insiste en que el aplicador puede servirse *directamente de significados preexistentes*, me surge una duda más acuciante. Pues, si se reconoce que una persona llamada a aplicar el derecho puede apelar directamente a *normas* que otros intérpretes pusieron de manifiesto en precedencia y que puede así sortear la interpretación *pleno iure* [56], ¿por qué no aceptar que quienes aplican el derecho *pueden también* servirse directamente de *significados* puestos de manifiestos por el legislador? ¿Por qué asumir que la judicatura cuenta con una pluma capaz de expresar “normas” pero la legislatura solo puede transmitir “disposiciones”<sup>12</sup>? En su defensa del objetivismo moderado, más adelante, Pino deja abiertas algunas puertas en esta dirección, pero no estoy seguro de que lleve algunas de sus afirmaciones a las últimas consecuencias. Quizás este comentario sirva como un impulso para ello.

## 5. Conclusiones

En suma, he tratado de mostrar aquí que algunas de las categorías que Pino articula en su valiosa obra necesitan ser reconsideradas.

En primer lugar, se ha mostrado que la distinción entre aplicación-actividad y aplicación-producto tiene que ser revisada. He sostenido que como punto de partida podría cambiarse la terminología, y que convendría hablar de “aplicación-inferencial” y “aplicación-emisión”. A partir del cambio terminológico podría ser más fácil ver dónde reside la confusión. Aquí he indicado que ella concierne al menos a tres puntos: (a) esas categorías no instancian el tipo de relación que hay entre una actividad y su propio resultado (como sucede con la interpretación-actividad y la interpretación-resultado); (b) tanto la aplicación-inferencial (que Pino llama aplicación-actividad) cuanto la aplicación-emisión (que el autor llama aplicación-resultado) adolecen de la ambigüedad proceso-producto; (c) a diferencia de lo que Pino insinúa, esas dos categorías conciernen a diferentes tipos de *normas individuales* ligadas por una relación de justificación.

En segundo lugar, la noción de aplicación-actividad *in concreto* requiere, como mínimo, ciertas aclaraciones. Tal como está configurada resulta inconsistente, puesto que refiere al mismo tiempo, por un lado, a una relación entre normas y hechos y, por el otro, a una relación inferencial.

Por último, he señalado algunas adendas frente al tratamiento que Pino lleva a cabo respecto de las dos posibles relaciones entre interpretación y aplicación del derecho. Respecto de la tesis según la cual toda interpretación jurídica supone aplicación de normas jurídicas, he indicado que Pino omite una versión verdadera de esa tesis. Respecto de la tesis según la cual la aplicación del derecho supone interpretación *in abstracto* he planteado algunas dudas sobre la visión de Giorgio Pino.

<sup>12</sup> Aquí estoy evocando las dudas planteadas en este mismo número por J.J. Moreso.

*Referencias bibliograficas*

- BULYGIN E. 1994. *Lógica y normas*, in «Isonomía», 1, 1994, 27 ss.
- CARACCILO R. 2013. *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*, in «Isonomía», 38, 2013, 13 ss.
- CARACCILO R. 2009. *Justificación normativa y pertenencia*, en ID., *El derecho desde la filosofía: ensayos [1988]*, Centro de Estudios Constitucionales, 37 ss.
- CHIASSONI P. 1998. *L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"*, in «Analisi e diritto», 1998, 21 ss.
- CHIASSONI P. 2011. *Técnicas de interpretación jurídica: breviario para juristas*, Marcial Pons.
- DEI VECCHI D. 2023. *Sentencia judicial, prueba y error. El rol de la verdad de las premisas fácticas en la aplicación de normas jurídicas y en la justificación de decisiones judiciales*, in «Isonomía», 2023, en prensa.
- DUARTE D'ALMEIDA L. 2021. *¿Qué es aplicar derecho?*, in «Discusiones», 27, 2, 2021, 25 ss.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2018. *Precedentes interpretaciones*, inédito.
- LIFANTE VIDAL I. 2010. *Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica*, en ID., *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Palestra, 93 ss.
- LIFANTE VIDAL I. 2015. *Interpretación jurídica*, en FABRA ZAMORA J.L., NÚÑEZ VAQUERO Á. (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2, México, UNAM, 1349 ss.
- NAVARRO P.E., MORESO J.J. 1997. *Applicability and Effectiveness of Legal Norms*, in «Law and Philosophy», 16, 2, 1997, 201 ss.
- PINO G. 2012. *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, en MORESO J.J., MARTÍ J.L. (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons, 57 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- TARELLO G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Giuffrè.

# *Lekta nemo vidit unquam*: Giorgio Pino sobre la interpretación en el derecho

*Lekta nemo vidit unquam*: Giorgio Pino on Interpretation in The Law

**JOSÉ JUAN MORESO**

Catedrático de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) - BIAP (Barcelona Institut of Analytic Philosophy).

E-mail: [josejuan.moreso@upf.edu](mailto:josejuan.moreso@upf.edu)

## ABSTRACT

En este trabajo se discuten tres cuestiones presentes en uno de los mejores libros recientes sobre interpretación en el derecho. La primera, y la más importante, es discutir una idea ampliamente aceptada (pero, como veremos, no unánimemente) en la teoría del derecho italiana. Se trata de la distinción entre *disposición* y *norma*, entre los textos promulgados por las autoridades jurídicas, las disposiciones, y las normas que son el significado de dichos textos y que son, se dice, el resultado de la actividad interpretativa. Lo que trataré de mostrar es que el resultado de la actividad interpretativa no son las normas, sino otros textos, los enunciados interpretantes, que tratan de establecer una relación de sinonimia con las disposiciones. La segunda cuestión, más particular, se referirá a algunas consideraciones de Pino referidas a las lagunas normativas. Creo que mayor atención a la noción de lagunas normativas tal y cómo es desarrollada en Alchourrón y Bulygin puede ayudarnos, también, a perfilar mejor nuestra noción de norma y, especialmente, nuestra noción de individuación de las normas. La tercera cuestión, que ya no es una crítica a la presentación de Pino, sino una reflexión ulterior, guarda relación con la cuestión de en qué medida determinar el significado de las disposiciones, de los textos promulgados por las autoridades jurídicas, *determina* el contenido del derecho, determina nuestras obligaciones, facultades y poderes jurídicos.

This paper discusses three issues present in one of the best recent books on interpretation in law. The first, and most important, is to discuss an idea that is widely (but, as we shall see, not unanimously) accepted in Italian legal theory. This is the distinction between *provision* and *norm*, between the texts promulgated by the legal authorities, the provisions, and the norms which are the meaning of those texts and which are, it is said, the result of interpretative activity. What I will try to show is that the result of the interpretative activity is not the norms, but other texts, the interpretative statements, which try to establish a relationship of synonymy with the provisions. The second, more particular, question will refer to some of Pino's considerations concerning normative gaps. I believe that more attention to the notion of normative gaps as it is developed in Alchourrón y Bulygin can also help us to better shape our notion of norm and, especially, our notion of individuation of norms. The third issue, which is no longer a critique of Pino's presentation, but a further reflection, relates to the question of the extent to which determining the meaning of provisions, of texts enacted by legal authorities, *determines* the content of law, determines our legal obligations, faculties and powers.

## KEYWORDS

interpretación jurídica, Giorgio Pino, norma jurídica, significado

legal interpretation, Giorgio Pino, legal norm, meaning

# *Lekta nemo vidit unquam*: Giorgio Pino sobre la interpretación en el derecho

JOSÉ JUAN MORESO

1. Introducción – 2. Los significados: proposiciones y normas – 3. Normas y lagunas – 4. Normas y la imagen estándar del derecho – 5. Para concluir.

*Deum nemo vidit unquam.*

Jn 1:18.

(Evangelio de Juan, versión de la Vulgata)

## 1. Introducción

El libro al que dedicamos este seminario (PINO 2021) es uno de los mejores libros que nunca he leído sobre la interpretación en el Derecho. La presentación que Giorgio Pino lleva a cabo de las más intrincadas cuestiones de la teoría jurídica es perspicua, aguda y, a menudo, abre nuevas sendas que serán transitadas por él mismo y por muchos otros. Sus anteriores contribuciones ya mostraban la solidez y originalidad de su teoría jurídica<sup>1</sup>, pero es en este texto, según creo, en donde todas estas virtudes confluyen de un modo especialmente afortunado. Es mucho lo que comparto de lo que Pino dice en este libro, en especial su esfuerzo por mostrar que la actividad de la interpretación en el derecho es una actividad sujeta a la racionalidad, que tiene perfecto sentido a menudo preguntarnos si determinadas interpretaciones de los textos jurídicos son correctas, adecuadas, o no lo son.

Sin embargo, en este comentario no voy a referirme a los acuerdos amplísimos con él, sino a tres cuestiones en las que, tal vez, haya espacio para algunas discrepancias.

La primera, y la más importante, es discutir una idea ampliamente aceptada (pero, como veremos, no unánimemente) en la teoría del derecho italiana. Se trata de la distinción entre *disposición* y *norma*, entre los textos promulgados por las autoridades jurídicas, las disposiciones, y las normas que son el significado de dichos textos y que son, se dice, el resultado de la actividad interpretativa. Lo que trataré de mostrar es que el resultado de la actividad interpretativa no son las normas, sino otros textos, los enunciados interpretantes, que tratan de establecer una relación de sinonimia con las disposiciones.

La segunda cuestión, más particular, se referirá a algunas consideraciones de Pino referidas a las lagunas normativas. Creo que mayor atención a la noción de lagunas normativas tal y cómo es desarrollada en Alchourrón y Bulygin (ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971) puede ayudarnos, también, a perfilar mejor nuestra noción de norma.

La tercera cuestión, que ya no es una crítica a la presentación de Pino, sino una reflexión ulterior, guarda relación con la cuestión de en qué medida determinar el significado de las disposiciones, de los textos promulgados por las autoridades jurídicas, *determina* el contenido del

\* Este texto fue presentado en un seminario de debate sobre el libro de Pino (2021) en el contexto de las actividades del grupo *Law & Philosophy*, de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona; el día 29 de septiembre de 2023. Quedo muy agradecido a todos los participantes y, muy en especial, a las articuladas y amables réplicas de Giorgio Pino. Este trabajo ha sido escrito bajo el auspicio de tres proyectos de investigación, concedidos respectivamente por la Agencia Española de Investigación PIF2020-115941GB-I00, por la Generalitat de Catalunya, 2021 SGR 00923 y por la AET (Agencia Estatal de Investigación) del Ministerio de Ciencia e Innovación en el Programa María de Maeztu de Unidades de Excelencia CEX2021-001169-M.

<sup>1</sup> Por señalar unas pocas: PINO 2010, PINO 2017, PINO 2019.

derecho, determina nuestras obligaciones, facultades y poderes jurídicos.

Lo más relevante es, sin duda, la primera cuestión y quiero valerme aquí del estupendo epígrafe que Pino usa como atrio de su libro. Se trata del siguiente texto de Borges (BORGES 1938, II), al que yo añado la frase anterior y la posterior del pasaje que Pino toma:

«Hacia 1916 resolví entregarme al estudio de las literaturas orientales. Al recorrer con entusiasmo y credulidad la versión inglesa de cierto filósofo chino, di con éste memorable pasaje: “A un condenado a muerte no le importa bordear un precipicio, porque ha renunciado a la vida”. En ese punto el traductor colocó un asterisco y me advirtió que su interpretación era preferible a la de otro sinólogo rival que traducía de esta manera: “Los sirvientes destruyen las obras de arte, para no tener que juzgar sus bellezas y sus defectos”. Entonces, como Paolo y Francesca, dejé de leer. Un misterioso escepticismo se había deslizado en mi alma. Cada vez que el destino me sitúa frente a la “versión literal” de alguna obra maestra de la literatura china o arábica, recuerdo ese penoso incidente».

Como puede fácilmente comprenderse, la razón de Pino al elegir este precioso pasaje borgiano guarda relación con el “misterioso escepticismo” que permea gran parte de la teoría jurídica italiana. Pero yo he añadido la frase final de Borges, porque a mi me sucede de manera similar a él, que cuando leo las contribuciones de mis colegas italianos sobre interpretación siempre siento una profunda desazón, un *disagio*, por el modo en el que ellos configuran la distinción entre disposición y norma. Y experimento un cierto pesar, es mi “penoso incidente”.

## 2. Los significados: proposiciones y normas

La concepción que permea la teoría jurídica italiana de la interpretación puede ser sintetizada en las siguientes dos tesis:

[TI] Es necesario distinguir las *disposiciones*, que son los enunciados promulgados por las autoridades jurídicas, textos escritos habitualmente, de las *normas*, que son sus significados.

[TII] Las normas son el resultado de la actividad interpretativa.

Se trata de una concepción que se origina en los trabajos de Ascarelli (ASCARELLI 1959) y Crisafulli (CRISAFULLI 1964), desarrollada muy perspicuamente después en muchos trabajos, así por ejemplo por Tarello (TARELLO 1974, TARELLO 1980) y por sus discípulos Guastini (GUASTINI 1989, GUASTINI 1990, GUASTINI 1993, GUASTINI 2004a, GUASTINI 2011), Comanducci (COMANDUCCI 1999, COMANDUCCI 2010, COMANDUCCI 2021) y Chiassoni (CHIASSONI 1990, CHIASSONI 2007)<sup>2</sup>.

Mientras la primera tesis, como trataré de mostrar, es una tesis filosóficamente sólida y ampliamente aceptada, la segunda tesis es ambigua y en cualquiera de sus dos sentidos prevalentes no es plausible.

No obstante, antes de desarrollar estas ideas, procedo a citar determinados lugares del libro (PINO 2021) en los cuales Pino asume estas dos tesis.

Pino (PINO 2021, 31):

«In primo luogo, la distinzione è importante perché disposizioni e norme sono “cose” diverse, hanno

<sup>2</sup> Algunos de estos trabajos están publicados en traducción castellana en un libro especialmente útil para el propósito de comprender esta concepción (POZZOLO, ESCUDERO 2018).

una diversa ontología: le disposizioni sono entità linguistiche, le norme sono significati. Confondere la disposizione con la norma significherebbe commettere un vero e proprio errore categoriale, scambiare due piani di discorso diversi, e soprattutto occultare il lavoro interpretativo – a volte minimo, a volte assai sofisticato – che permette di trasformare la disposizione in norma».

[...]

«Disposizioni e norme vengono ad esistenza in modo diverso. Le disposizioni vengono ad esistenza con un atto di produzione giuridica, cioè tramite una attività solitamente istituzionalizzata, affidata ad organi ufficiali e disciplinata nel suo svolgimento da norme di competenza (o “norme sulla produzione giuridica”). Le norme vengono ad esistenza con un atto di interpretazione giuridica, che è una attività intellettuale che può essere svolta da chiunque».

Pino (PINO 2021, 39):

«Un enunciato interpretativo (una disposizione spuria) può essere formulato in vari modi: in forma completa, dovrebbe presentarsi come “la disposizione D significa S” (dove D è la disposizione genuina interpretanda, e S è il significato che l’interprete le attribuisce, cioè la norma)».

Pino (PINO 2021, 174):

«Iniziamo dall’attività interpretativa, intesa come attività mentale che consiste nel trasformare gli enunciati normativi (disposizioni) in norme».

Pino (PINO 2021, 182):

«L’interpretazione conclusiva è una interpretazione-prodotto, e cioè una norma».

Pino (PINO 2021, 239):

«Ad interpretazione avvenuta, l’interprete sovrappone al sistema intrinseco un ordine ulteriore, derivante dal fatto che ai testi di partenza è stato adesso attribuito un significato. Questo è il sistema estrinseco, che è composto non da testi, ma da norme».

Vayamos, entonces, a la primera tesis. Se trata de una tesis ampliamente aceptada en la filosofía contemporánea (véase por todos MCGRATH, FRANK 2020). Una cosa son las oraciones de un lenguaje, los enunciados, que son ontológicamente manchas de tinta en un papel o bien sonidos en el espacio, y otra sus significados. Los significados no son entidades factuales sino entidades abstractas, como los números o los conjuntos. Cuando Pino dice “piove” y yo digo “llueve”, decimos lo mismo, aunque los signos escritos son distintos. Y lo que compartimos tampoco es un estado mental, puesto que el estado mental de Pino es distinto del mío, lo que compartimos es lo que la filosofía contemporánea denomina una *proposición*, el significado de “piove” y “llueve”, que es el mismo. Y se afirma que estas entidades, las proposiciones, son las portadoras de la verdad y la falsedad. Una idea que quizá fue formulada claramente por primera vez por algunos filósofos estoicos (principalmente Zenón y Crisipo, vd. MACGRATH, FRANK 2020) que las llamaron *lekta*<sup>3</sup>. Una idea que, en la filosofía contemporánea, fue claramente adoptada por el

<sup>3</sup> Es por ello que en el epígrafe de este texto hago referencia a la conocida afirmación del evangelio de Juan, según la cual a Dios nunca lo ha visto nadie, para decir que nunca nadie ha visto un *lekton*, igual que nunca nadie ha visto un número. Podemos referirnos al número 4 de muchos modos, por ejemplo: “IV” (como decían los romanos),

trabajo de Frege (FREGE 1892) en el que se inicia la contemporánea filosofía del lenguaje.

Cuando los filósofos, ya en el siglo XX, prestaron mayor atención a los usos del lenguaje distintos al uso descriptivo, apofántico, en especial al uso prescriptivo del lenguaje, trasladaron esta distinción a dicho ámbito, aunque como habían reservado la expresión “proposición” para aquellas entidades vehículos de la verdad y la falsedad, y los significados de las prescripciones no portan dichos valores, llamaron al significado de dichas oraciones, “normas”. Así, si Pino dice “chiudi la porta!” y yo digo “cierra la puerta!”, aunque usamos oraciones distintas, decimos *lo mismo*. Y lo mismo que decimos es una norma. Una posición bien expresada, por ejemplo, por Alchourrón y Bulygin (ALCHOURRÓN, BULYGIN 1984, 453 s.) en este pasaje:

«El punto de partida sobre el cual están de acuerdo ambas partes es la distinción tajante entre oraciones normativas (Normsätze), que expresan normas que no son ni verdaderas ni falsas, y oraciones descriptivas (Aussagensätze) que expresan proposiciones verdaderas o falsas. Una subclase de oraciones descriptivas, especialmente interesante para nuestros fines es la de oraciones deónticas que expresan proposiciones normativas. Las oraciones deónticas dicen que una determinada oración es obligatoria, prohibida o permitida de acuerdo a un sistema normativo dado o una cierta autoridad normativa. Son metalingüísticas en relación al lenguaje en el que están expresadas las normas y son – como todas las oraciones descriptivas– verdaderas o falsas. Pero las oraciones normativas son prescriptivas y no descriptivas, por ello carecen de valor de verdad».

No es, sin embargo, una tesis exenta de problemas. Tal vez, el más importante de todos es lo que se conoce como problema de Benacerraf, por el filósofo que lo formuló para las entidades matemáticas (BENACERRAF 1973), pero que puede ampliarse para las entidades semánticas (los significados: los conceptos, las proposiciones), las entidades modales (los mundos posibles) o las entidades morales (las normas, las propiedades morales, los valores). El problema es muy simple: los que postulan la existencia de entidades ideales o abstractas (números, significados, mundos posibles, normas y similares) presuponen que estas entidades no tienen una ubicación espacio-temporal, pero los seres humanos que reflexionamos sobre ellas estamos espacio-temporalmente situados. Entonces, es necesario construir un puente que nos permita acceder a estas entidades. Y el modo de construir este puente dista de estar claro en nuestras reflexiones filosóficas. Hay varios modos en la filosofía contemporánea de tratar de resolver este problema (véase de nuevo MCGRATH, FRANK 2020), pero casi todos los filósofos aceptan de uno u otro modo un espacio para las proposiciones en su mobiliario ontológico.

Incluso un filósofo como Quine (QUINE 1948, 23) que, como es sabido, tenía «a taste for desert landscapes», estaría dispuesto a aceptar los significados como entidades abstractas, como clases (QUINE 1990, 52):

«Si fuéramos capaces de idear una relación aceptable de identidad de significado, nos resultaría muy fácil ofrecer una definición aceptable de significado. Pues, como ha señalado más de un filósofo, podríamos definir el significado de una expresión como la clase de todas las expresiones con el mismo significado que ella».

El escepticismo de Quine no es, en este caso, ontológico, es un escepticismo surgido de las dudas acerca de que podamos ofrecer aquí unas condiciones de identidad del significado plausibles, dados los problemas que tenemos con las nociones de analiticidad y de sinonimia<sup>4</sup>. Hay varios

“0100” (en el sistema binario que usan nuestros ordenadores), “2 + 2” o “2 x 2”. Todos son modos de referirnos al mismo número, que nunca ha visto nadie.

<sup>4</sup> El teórico del derecho de lengua castellana más renuente a aceptar entidades abstractas en su ontología jurídica es, sin duda, Hernández Marín. Véase por ejemplo Hernández Marín (HERNÁNDEZ MARÍN 1992, 1999). En Moreso



modos de salir de los problemas que Quine nos plantea (de nuevo una buena presentación de las posibles soluciones en MCGRATH, FRANK 2020), pero podemos confiar en que alguna estrategia resultará plausible, dado que la alternativa, prescindir de los significados, parece mucho peor.

Mientras la primera tesis está, pese a las dificultades, bien asentada, la suerte de la segunda tesis es más dudosa. Que los significados sean el resultado de la actividad interpretativa es una idea más bien extraña. Un verso del primer poema de *Ossi di sepiá* de Eugenio Montale, dice: «Il frullo che tu senti non è un volo». ¿Por qué decir que este verso no tiene significado hasta que no es interpretado? La traducción, podemos convenir, es una forma de interpretación. Pensemos en dos traducciones posibles al castellano de este verso, una (de Carlo Frabetti) dice «El aleteo que oyes no es un vuelo», otra (de Fabio Morábito) dice «El aletear que escuchas no es un vuelo» (MONTALE 2000, 19; MONTALE 2006, 41). A mi juicio, los tres versos dicen lo mismo, dos endecasílabos castellanos traducen el endecasílabo italiano con pocas variaciones, como puede apreciarse. Sea como fuere, no es que la traducción crea el significado del verso. El significado del verso, más bien, guía la traducción y hace algunas traducciones correctas y otras incorrectas. Lo que se conoce en la filosofía del lenguaje actual como *la normatividad del significado* (por ejemplo, BOGHOSSIAN 2003).

Es más, la idea de que la actividad interpretativa genera los significados puede ser entendida de dos modos. En un primer sentido, la actividad interpretativa crea las normas, los significados, como entidades abstractas, dado que -como Pino bien dice- los significados, las normas, tienen un modo de existencia categorialmente distinto al de los enunciados, las disposiciones. Pero si esto es así, entonces no es posible que los significados sean generados por la actividad de los intérpretes. Las entidades abstractas existen con independencia de los enunciados y, también, de nuestros estados mentales. Lo único que puede hacer la actividad interpretativa es correlacionar un enunciado con otro sinónimo suyo a través de su significado. A los significados no podemos verlos, ni tocarlos, ni generarlos.

Hay otro modo de comprender la idea de que la actividad interpretativa crea las normas, los significados. Consiste en denominar *normas* a los enunciados que el intérprete usa como sinónimos de las disposiciones. Esta es la posición, por ejemplo, de Guastini (GUASTINI 1989, aunque véase una posición más similar a identificar las normas con contenidos abstractos en GUASTINI 2008), según la cual las normas, en realidad, son otros enunciados, aquellos producidos por los intérpretes atribuyendo significado a las disposiciones. Sin embargo, esta es una posición muy extraña. Volvamos al verso de Montale, ¿el verso de Montale es solo un texto, y las traducciones son su significado? Parece más razonable decir que el verso de Montale es un texto con un significado y dicho significado es el que guía la corrección de las traducciones. Lo mismo ocurre con las disposiciones jurídicas. ¿Por qué llamar *normas* a los textos producidos por los intérpretes y no, más razonablemente, a las disposiciones, emitidas por las autoridades?<sup>5</sup> Parece una decisión lingüística totalmente arbitraria, como lo sería no llamar verso de Montale al que él escribió sino a los que produjeron sus traductores.

Por lo tanto, en cualquiera de las dos maneras de entender la segunda tesis es una tesis implausible. Si las normas como significados son entidades abstractas, entonces no pueden ser generadas ni por sus intérpretes ni por las autoridades. Si las normas son los textos usados para atribuir significado a las disposiciones, entonces parece plenamente arbitrario denominar *normas* a los enunciados de los intérpretes, en vez de usar dicha expresión para denominar las disposiciones.

(MORESO 2008) introduje un debate sobre estas cuestiones entre Guastini (GUASTINI 2008) y Hernández Marín (HERNÁNDEZ MARÍN 2008) precisamente.

<sup>5</sup> Kelsen, criticando la idea de Morris Cohen según la cual son los Tribunales los que crean el derecho al interpretar los textos, escribió (KELSEN 1979, nota 170): «Esta identificación de la ley con su interpretación es insostenible. La Biblia y el Hamlet de Shakespeare también son interpretados, pero a nadie se le ocurriría sostener que la Biblia fue escrita por sus intérpretes y que Hamlet no fue escrito por Shakespeare, sino por sus intérpretes».

En la literatura italiana sobre la interpretación jurídica este tipo de dudas que yo planteo afloran de vez en cuando, por ejemplo, en este texto de Satta (SATTA 1968, 496):

«La solución de Ascarelli [...] es simplemente la siguiente: que la norma, como es comprendida por los juristas e incluso en el lenguaje ordinario, simplemente no existe. Lo que existe es lo que él llama un texto (o un comportamiento): la norma es creada en el preciso momento de su interpretación; pero ello ocurre únicamente en un momento casi indescriptible, puesto que inmediatamente después, la norma de repente deviene de nuevo un texto, un texto que necesitará otra interpretación, en relación con otro caso particular, para convertirse de nuevo, y sólo por un breve instante, en una norma ('otra norma' para ser preciso) y así *ad infinitum*».

En un relativamente reciente trabajo, Luciani (LUCIANI 2016) ha puesto de relieve de un modo prístino las deficiencias de la idea según la cual las normas son el resultado de la actividad interpretativa. Primero presenta muy claramente la tesis que piensa discutir (LUCIANI 2016, 399):

«Anche i più sorvegliati studiosi della teoria dell'interpretazione, più sensibili al rigore analitico e meno inclini ad accogliere paradigmi vaghi e imprecisi, postulano la natura creativa dell'attività dell'interprete soprattutto sulla scorta di un sillogismo che appare inattaccabile: a) la norma non è la disposizione; b) perché la norma venga ad "esistenza", dunque, la disposizione non basta, ma occorre la sua interpretazione; c) conseguentemente, l'interpretazione in quanto attività è attività di creazione di norme e l'interpretazione in quanto suo prodotto "è" la norma [notas omitidas]».

A continuación, presenta una objeción similar a la de Satta (LUCIANI 2016, 401):

«Ora, se è vero che l'enunciato nel quale si risolve la disposizione ha bisogno d'essere interpretato, non s'intende perché mai non dovrebbe avere bisogno d'esserlo l'enunciato in cui si risolve la sua interpretazione, non dandosi enunciati che all'interpretazione non si consegnino (essendo questa, anzi, la premessa logica anche della dottrina della distinzione fra disposizione e norma).

Conseguentemente, una volta che si neghi la coincidenza fra disposizione e norma perché la prima non è altro che un enunciato bisognoso d'interpretazione, la conclusione obbligata è che neppure dopo l'interpretazione della disposizione la norma sembrerebbe "esistere" davvero, perché l'enunciato interpretativo, in quanto enunciato, necessita dell'ascrizione di significato che solo un'ulteriore azione interpretativa può assicurare. La tesi sopra riportata, che tratta gli enunciati dei giudici come norme (magicamente) incorporate nell'atto di applicazione quando — appunto — si applica e come disposizioni quando vengono assunti a precedenti non considera che sempre di enunciati si tratta, in quanto tali comunque bisognosi di interpretazione».

Para concluir muy razonablemente (LUCIANI 2016, 413 s.) de este modo:

«Denominare norma proprio l'enunciato interpretante primario è arbitrario tanto quanto lo sarebbe riservare questa denominazione all'enunciato interpretante secondario o ad altro enunciato della catena.

[...]

E se per norma, come si è detto, intendiamo, al minimo, la regola di condotta, l'enunciato interpretante non può "essere" la norma, perché quello stesso enunciato, bisognoso di interpretazione, non può "essere" quella regola, bensì un enunciato "su" quella regola.

[...]

Riservando la denominazione di «norma» all'interpretazione (nel senso di prodotto dell'attività interpretativa) non si avanza una proposta lessicale innocente, ma si finisce per suggerire di reintrodurre dalla porta proprio la differenza ontologica che si era cacciata dalla finestra».

Como puede apreciarse una conclusión totalmente acorde con mi crítica. Debe apreciarse que mis dudas no surgen de una crítica a la concepción escéptica de la interpretación jurídica –una concepción que ni Pino ni yo compartimos, por otra parte, sino de la crítica de los presupuestos de dicha concepción, que Pino sí parece asumir.

La actividad interpretativa consiste, en mi opinión, en una actividad que tiene como resultado no normas sino enunciados interpretativos, enunciados que establecen una relación de sinonimia entre las disposiciones, los enunciados interpretados, y los enunciados interpretantes. Algo como

La disposición D significa S,

en donde D es un enunciado y S es otro enunciado, de los que se predica una relación de sinonimia, se sostiene que D y S significan lo mismo o, si se quiere, significan *casi lo mismo* (ECO 2003)<sup>6</sup>.

En un texto muy controvertido de la filosofía contemporánea, Wittgenstein (WITTGENSTEIN 1988, sec. 201), el pasaje que ha dado lugar a la discusión sobre el escepticismo acerca del seguimiento de reglas, el autor dice:

«Nuestra paradoja era ésta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: Si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría ni concordancia ni desacuerdo. Que hay ahí un malentendido se muestra ya en que en este curso de pensamientos damos interpretación tras interpretación; como si cada una nos contentase al menos por un momento, hasta que pensamos en una interpretación que está aún detrás de ella. Con ello mostramos que hay una captación de una regla que no es una interpretación, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos “seguir la regla” y en lo que llamamos “contravenirla”. De ahí que exista una inclinación a decir: toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solamente debe llamarse “interpretación” a esto: sustituir una expresión de la regla por otra».

Según el último párrafo de esta famosa sección de las *Investigaciones filosóficas*, debemos reservar el nombre “interpretación” a sustituir una expresión de la regla por otra, a establecer una relación de sinonimia. En este mínimo sentido, cualquier intento de justificar una decisión en una norma presupone la interpretación, es claro, porque debemos *mencionar* la formulación de la regla y, por lo tanto, poner una expresión por otra. Pero de Wittgenstein también aprendemos otra cosa, la interpretación no es inevitable para *comprender* las normas contenidas en las palabras del legislador, hay una captación de la regla –dice Wittgenstein– que no es una interpretación. Y parece claro que lleva razón. Cuando yo veo un cartel con la expresión “No smoking” no hace falta que ponga ninguna expresión en el lugar de ella (ni siquiera mentalmente) para actuar conforme a la regla. Ahora si el cartel está, pongamos, en chino, entonces la interpretación es inevitable, debo preguntar a una persona que sepa chino y su respuesta la pongo en el lugar del cartel.

Esta concepción de la interpretación como generadora de normas, en realidad, *obvia* la noción de significado. Me atrevo a decir que le ocurre como a John Searle, que sin saber chino se halla

<sup>6</sup> Una concepción de la interpretación jurídica que ha sido claramente articulada por Hernández Marín (HERNÁNDEZ MARÍN 1999 y HERNÁNDEZ MARÍN 2008 en discusión con Guastini), vd. también Moreso (MORESO 2006).

encerrado en una habitación en la que por debajo de la puerta le deslizan unas expresiones escritas en chino y él, de acuerdo con un programa de traducción (algo como el actual *DeepL Translator*), las devuelve por otra puerta traducidas al inglés. Lo que se conoce como el *argumento de la habitación china* (SEARLE 1980, SEARLE 1984). Una de las cosas que trata de mostrar Searle con este experimento mental es que el filósofo que no sabe chino, él mismo, no tiene acceso en su experimento a los significados, no tiene comprensión alguna. Las conclusiones de Searle son controvertidas (vd., por todos, COLE 2023), puesto que algunos sostienen que, aunque él no tiene acceso a los significados, sí lo tiene el complejo formado por Searle, la habitación china y el programa en su interior. Sea como fuere, lo que quiero poner de manifiesto aquí es algo menos comprometido: que los significados no son los textos que Searle entrega por la salida de la habitación, los significados son aquello que rige dicha actividad, aquello que hace precisamente que lo que sale de la habitación diga lo mismo, o casi lo mismo, que lo que entra en ella. De un modo análogo, los significados no son el resultado de la actividad de los intérpretes, sino aquello que guía dicha actividad.

### 3. Normas y lagunas

Cuando el autor se ocupa de las lagunas normativas (PINO 2021, 244) distingue muy convenientemente entre dos nociones: según la primera, estamos ante una laguna cuando un caso genérico de un universo de casos, que constituyen un (micro)sistema normativo, carece de solución normativa; según la segunda noción, estamos frente a una laguna cuando una disposición jerárquicamente superior establece que determinadas cuestiones deben ser reguladas por un órgano inferior y esta regulación es ausente. Pino atribuye correctamente la primera posición a Alchourrón y Bulygin (ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971) y la segunda a Ferrajoli (FERRAJOLI 2007, 686-691).

Aquí voy a ocuparme solo de la primera noción<sup>7</sup>. Y voy a hacerlo para mostrar que, tal vez, lo que debe preocuparnos de la noción de norma jurídica que manejamos no es la cuestión analizada en la anterior sección. De hecho, en la obra de Alchourrón y Bulygin hay una cierta oscilación acerca de si las normas son enunciados, o son enunciados con un significado asociado a ellas (ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971)<sup>8</sup>. Sin embargo, los autores argentinos nos proporcionan una noción teórica de norma (*prescriptiva*), como un enunciado (o, mejor, un enunciado con su significado) que correlaciona un caso genérico con una solución normativa. Para ello, como es sabido (ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971) proceden a elaborar una noción rigurosa de varios conceptos que les permiten moldear un concepto de norma teóricamente relevante, más preciso que la idea ampliamente difundida entre los juristas conforme a la cual las normas unen un supuesto de hecho con una consecuencia normativa (PINO 2021, 34). Para construir un (micro)sistema normativo<sup>9</sup>, los autores definen primero el universo del discurso, es decir, el conjunto de acciones que son reguladas por determinadas normas. Después, a la vista de cómo está regulado ese universo por las autoridades jurídicas, determinan las propiedades relevantes, esto es, aquellas propiedades cuya presencia y ausencia determinan consecuencias normativas distintas. Con estas ideas están en condiciones de perfilar un universo de los casos genéricos de dicho sistema. Y, también, un universo de soluciones normativas. Hay una laguna normativa,

<sup>7</sup> Aunque vale la pena recordar ahora que Ferrajoli (FERRAJOLI 1983) es otro de los filósofos del derecho que no comparte en absoluto la idea de que las normas son el resultado de la interpretación.

<sup>8</sup> O incluso si las normas no son significados semánticos, sino solo el resultado pragmático del lenguaje ordenando una *proposición*. De aquí la distinción entre una concepción hilética y otra expresiva de las normas (ALCHOURRÓN, BULYGIN 1981).

<sup>9</sup> La denominación “microsistema normativo” es de Guastini, por ejemplo (GUASTINI 2004b).

cuando alguno de los casos genéricos del universo de casos carece de solución en el universo de soluciones. Y esto es lo que hacen con el ahora ya famoso caso de la reivindicación de inmuebles contra terceros poseedores (tomando en consideración tres propiedades relevantes: la buena fe del enajenante, la buena fe del adquirente y la naturaleza de título oneroso del contrato), mostrando que su noción de laguna es relativa a una determinada reconstrucción de algunas disposiciones, es relativa a un *microsistema normativo*.

Como bien puede apreciarse, estas consideraciones no son ninguna crítica a las ideas de Pino, sólo tratan de mostrar, tal vez, que la *obsesión* de gran parte de la literatura jurídica italiana con las normas como el resultado de la actividad interpretativa está desencaminada y tiende a ignorar algunas cuestiones más relevantes acerca de la noción teórica de norma jurídica que manejamos, acerca de nuestro criterio de individuación de las normas.

#### 4. Normas y la imagen estándar del derecho

Al final del libro (PINO 2021, cap. IX), el autor presenta algunas reflexiones acerca de lo que denomina las *ideologías jurídicas*, básicamente distinguiendo entre ideologías jurídicas más formalistas y otras más innovadoras.

Parece que acostumbramos a pensar que nuestras obligaciones, facultades y poderes jurídicos están unívocamente determinados por aquello que *comunican* con sus disposiciones las autoridades jurídicas. Sin embargo, recientemente esta tesis ha sido puesta en duda por Mark Greenberg. Como dice Greenberg (GREENBERG 2011a, 219):

«El paso desde el *significado* de un texto a determinadas *obligaciones* jurídicas requiere un argumento. No es controvertido que, conforme a cualquier punto de vista plausible, el significado de los textos legislativos es relevante para la contribución al contenido del derecho. Pero es muy controvertido cuál sea el papel que el significado del texto tiene para explicar la contribución del texto legislativo al contenido del derecho».

El propio Greenberg (GREENBERG 2011b, por ejemplo) ha denominado la *Standard Picture*, a la concepción según la cual el significado de los textos legales determina unívocamente el contenido del derecho y la ha criticado poderosamente, favoreciendo una concepción según la cual lo que hace la promulgación de las normas por las autoridades es cambiar nuestras obligaciones, impactando sobre nuestro perfil moral, el contenido del derecho es el impacto moral que se obtiene de lo que significan las autoridades de la manera apropiada (GREENBERG 2014)<sup>10</sup>.

Pensemos en un caso (que ha hecho famoso el iusfilósofo Michael Moore (MOORE 2002, 625 s.) es el caso *United States v. Kirby*<sup>11</sup>. En este caso Kirby, un sheriff, fue detenido por el delito federal de obstruir o detener el paso del correo, y era cierto que él había realizado esta acción contemplada por la legislación penal federal, de hecho había retrasado la salida de un barco fluvial con la intención, que llevó a cabo, de arrestar a un cartero acusado de un delito de homicidio. La Corte Suprema absolvió a Kirby, en una decisión unánime, por considerar que, a los efectos legales, la acción de Kirby no era una obstrucción del correo. Argumentó que las interpretaciones literales que llevan «a la injusticia, la opresión, o a absurdas consecuencias» han de ser evitadas y que «la razón de la ley en tales casos debe prevalecer sobre su tenor literal».

<sup>10</sup> Hay también posiciones intermedias, como la de Assgeirson (ASSGEIRSON 2020) según la cual, aunque aquello comunicado por las autoridades no constituye, *all things considered*, el contenido del derecho, siempre determina *pro tanto* dicho contenido. Y hay también recientes y poderosas críticas a la teoría del impacto moral del derecho, por ejemplo Monti (MONTI 2022) y Watson (WATSON 2022). No puedo detenerme en ello aquí.

<sup>11</sup> 74 U.S. (7 Wall.) 482 (1869).

Sea como fuere, lo que es claro aquí es que lo que dijeron las autoridades no era suficiente para determinar si Kirby estaba o no facultado por el derecho de su jurisdicción para arrestar al homicida.

En todas las jurisdicciones encontramos casos de este tipo. El Tribunal Supremo español<sup>12</sup>, tuvo que decidir si el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona, que tenía en exclusiva el derecho jurídicamente protegido para extraer las arenas de la playa, era responsable por el daño causado a una empresa ubicada cerca del lugar de las extracciones, la Compañía Catalana de Gas y Electricidad, que había sido muy perjudicada en sus instalaciones con ocasión de un temporal y dicho perjuicio era, parcialmente, debido a que la extracción de la arena había mermado sus defensas frente a dichas eventualidades. El Tribunal Supremo estableció (el ponente fue José Castán Tobeñas) que «al amparo de una legalidad externa y del aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe» y, aunque en ese momento no había regulación del abuso de derecho en la legislación española (como se sabe, se introdujo posteriormente en el Título preliminar del código civil, art. 7.2), dio la razón a la Compañía catalana de Gas y Electricidad.

Parece, entonces, que el modo en el que el contenido de significado de lo que comunica el legislador no determina directamente y en todos los casos el contenido de nuestras obligaciones jurídicas.

No me queda claro, la verdad, cuál es la posición de Pino al respecto de esta controversia.

## 5. *Para concluir*

Esta última cuestión nos llevaría, es obvio, demasiado lejos; nos llevaría al modo en el cual ahora se discute entre las diversas defensas del positivismo jurídico y las diversas versiones del anti-positivismo. Debemos dejarlo para otra ocasión<sup>13</sup>.

Lo más relevante, me parece, que he tratado de mostrar aquí es que la tesis *italiana* de la distinción entre disposiciones y normas alberga en su seno una idea valiosa, que hay que preservar, la distinción entre los textos y sus significados, pero alberga también una idea implausible, que creo ha de ser abandonada, la que sostiene que los significados son el resultado de la actividad interpretativa.

Sea como fuere, leer y debatir con Pino es siempre un placer, su inteligencia, su sentido común y su cercanía personal lo hacen una actividad sumamente placentera, un ejercicio genuino de la *colegialidad* que, al fin y al cabo, no es otra cosa que una de las formas de la *amistad*.

<sup>12</sup> STS del 14 de febrero de 1944.

<sup>13</sup> Aunque dejo aquí constancia de mis últimas reflexiones al respecto, Moreso (Moreso 2022a, Moreso 2022b, Moreso 2023).

## Referencias bibliográficas

- ALCHOURRÒN. C.E., BULIGYN E. 1971. *Normative Systems*, Springer.
- ALCHOURRÒN C.E., BULIGYN E. 1981. *The Expressive Conception of Norms*, en HILPINEN R. (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, 95 ss.
- ALCHOURRÒN C.E., BULIGYN E. 1984. *Pragmatic Foundations for a Logic of Norms*, en «Rechtstheorie», 15, 1984, 453 ss.
- ASCARELLI T. 1959. *Interpretazione e giurisprudenza costituzionale*, en ID., *Problemi Giuridici*, Giuffrè.
- ASSGEIRSON H. 2020. *The Nature and Value of Vagueness in the Law*, Hart Publishing.
- BENACERRAF P. 1973. *Mathematical Truth*, en «The Journal of Philosophy», 70, 1973, 661 ss.
- BOGHOSSIAN P.A. 2003. *The Normativity of Content*, en «Philosophical Issues», 13, 1, 2003, 31 ss.
- BORGES J.L. 1938. *Una versión inglesa de los cantares más antiguos del mundo*, en «El Hogar», 1938, pp. XX (recogido en BORGES J.L., *Textos cautivos*, Tusquets Editores, 1986).
- CHIASSONI P. 1990. *L'interpretazione della legge: normativismo semiótico, scetticismo, giochi interpretativi*, en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Vol. II: *Saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, 121 ss.
- CHIASSONI P. 2007. *Tecnica della interpretazione giuridica*, il Mulino.
- COLE D. 2023. *The Chinese Room Argument*, en «The Stanford Encyclopedia of Philosophy», 2023. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/chinese-room/> (consultado el 2 diciembre 2023).
- COMANDUCCI P. 1999. *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, en BESSONE M. (ed.), *Interpretazione de diritto giurisprudenziale. I: Regole, modelli, método*, Giappichelli, 1 ss.
- COMANDUCCI P. 2010. *Alcuni problemi concettuali relativi all'applicazione del diritto*, en «Diritto & Questioni pubbliche», 10, 2010, 120 ss.
- COMANDUCCI P. 2021. *Facciamo a capirci. Conversazione ordinaria e interpretazione giuridica*, en «Lo Stato», 16, 429 ss.
- ECO U. 2003. *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Bompiani.
- FERRAJOLI L. 1983. *La semantica della teoria del diritto*, en SCARPELLI U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, 81 ss.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, vol. 1.
- FREGE G. 1892. *Über Sinn und Bedeutung*, en «Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik», 100, 25 ss.
- GREENBERG M. 2011a. *Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication*, en MARMOR A., SOAMES S. (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, 217 ss.
- GREENBERG M. 2011b. *The Standard Picture and its Discontents*, en 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*, en «The Yale Law Journal», 123, 2014, 1288 ss.
- GUASTINI R. 1989. *Disposizione vs. Norma*, en «Giurisprudenza costituzionale», 34, 1989, 3 ss.
- GUASTINI R. 1990. *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli.
- GUASTINI R. 1993. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2004a. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2004b. *Proyecto para la voz "Ordenamiento jurídico" de un diccionario*, en «Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho», 27, 2004, 247 ss.
- GUASTINI R. 2008. *Una teoría cognoscitiva de la interpretación*, en «Isonomía», 29, 15 ss.

- GUASTINI R. 2011. *La sintassi del diritto*, Giappichelli.
- HERNÁNDEZ MARÍN R. 1992. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, segunda edición, Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ MARÍN R. 1999. *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ MARÍN R. 2008. *Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho*, en «Isonomía», 29, 2008, 33 ss.
- KELSEN H. 1979. *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz.
- LUCIANI M. 2016. *Interpretazione conforme a costituzione*, en *Enciclopedia del Diritto – Annali IX*, 391 ss.
- MCGRATH M., FRANK D. 2020. *Propositions*, en. «The Stanford Encyclopedia of Philosophy», 2020. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/propositions/> (consultado el 4 diciembre 2023).
- MONTALE E. 2000. *Huesos de sepia*, Igítur (trad. a cargo de Carlo Frabetti).
- MONTALE E. 2006. *Poesía completa*, Círculo de Lectores (ed. bilingüe a cargo de Fabio Morábito).
- MONTI E. H. 2022. *On the Moral Impact Theory of Law*, en «Oxford Journal of Legal Studies», 42, 1, 2022, 298 ss.
- MOORE M. 2002. *Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology*, en «Law and Philosophy», 21, 2002, 619 ss.
- MORESO J.J. 2006. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Editorial UOC.
- MORESO J.J. 2008. *Dos concepciones de la interpretación jurídica*, en «Isonomía», 29, 2008, 7 ss.
- MORESO J.J. 2022a. *El fundamento moral del derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo)*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 56, 2022, 33 ss.
- MORESO J.J. 2022b. *Nuevas variaciones para mis críticos*, «Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad», 22, 2022, 558 ss.
- MORESO J.J. 2023. *Las virtudes de la niebla. Conversando con Juan Ruiz Manero*, en RÓDENAS Á., GARCÍA YZAGUIRRE V. (eds.), *Jurisdicción y teoría del sistema jurídico. Homenaje a Juan Ruiz Manero*, Palestra-Marcial Pons, 363 ss.
- 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.
- PINO G. 2019. *Interpretazione costituzionale e teoria della costituzione*, Mucchi.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- POZZOLO S., ESCUDERO R. (eds.) 2018. *Disposición vs. Norma*, Palestra.
- QUINE W.V.O. 1948. *On What There Is*, en «The Review of Metaphysics», 2, 5, 1948, 21 ss.
- QUINE W.V.O. 1990. *Pursuit of Truth*, Harvard University Press.
- SATTA S. 1968. *Soliloqui e Colloqui di un Giurista*, CEDAM.
- SEARLE J. 1980. *Minds, Brains and Programs*, en «Behavioral and Brain Sciences», 3, 1980, 417 ss.
- SEARLE J. 1984. *Minds, Brains and Science*, Harvard University Press.
- TARELLO G. 1974. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino.
- TARELLO G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Giuffrè.
- WATSON B. 2022. *In Defense of the Standard Picture: What the Standard Picture Explains That the Moral Impact Theory Cannot*, en «Legal Theory», 28, 1, 2022, 59 ss.
- WITTGENSTEIN L. 1988. *Investigaciones filosóficas*, Instituto de Investigaciones filosóficas (ed or. *Philosophical Investigations*, Blackwell, 1953, trad. es. A. García Suárez y U. Moulines).





# Interpretación, vaguedad y valoraciones

Interpretation, Vagueness and Valuations

PABLO E. **NAVARRO**

Investigador principal, CONICET, Argentina; investigador invitado de la Cátedra de Cultura Jurídica, Universidad de Girona.

E-mail: [pabnav@hotmail.com](mailto:pabnav@hotmail.com)

## ABSTRACT

En este artículo se analizan algunas de las cuestiones que Giorgio Pino señala en el capítulo V de *L'interpretazione nel diritto*, dedicado a los problemas semánticos y pragmáticos del lenguaje jurídico. Mi objetivo principal es proponer una agenda de temas vinculados a la aplicación de conceptos vagos y evaluativos. En particular, mi análisis se centra en las conexiones entre una concepción convencionalista del significado y el límite que este enfoque impone a la discrecionalidad judicial cuando los jueces aplican conceptos vagos y evaluativos. Se distinguen dos concepciones de vaguedad (semántica y epistémica) y dos concepciones de aplicación de conceptos evaluativos (comprometida y neutra). Contrariamente a una opinión frecuentemente compartida, se defiende la conexión entre un enfoque convencionalista del significado, una concepción semántica de la vaguedad y una aplicación neutra de conceptos evaluativos.

This paper analyzes some of the issues that Giorgio Pino points out in chapter V of *L'interpretazione nel diritto*, dedicated to legal language's semantic and pragmatic problems. My main objective is to propose an agenda of issues linked to applying vague and evaluative concepts. In particular, my analysis focuses on the connections between a conventionalist conception of meaning and the limit this approach imposes on judicial discretion when judges apply vague and evaluative concepts. Two conceptions of vagueness (semantic and epistemic) and two conceptions of the application of evaluative concepts (committed and neutral) are distinguished. Contrary to a frequently shared opinion, the connection between a conventionalist approach to meaning, a semantic conception of vagueness and a neutral application of evaluative concepts is defended.

## KEYWORDS

convencionalismo, vaguedad, conceptos evaluativos, discrecionalidad judicial

conventionalism, vagueness, evaluative concepts, judicial discretion

# Interpretación, vaguedad y valoraciones

PABLO E. NAVARRO

1. *Introducción* – 2. *Interpretación y marco interpretativo* – 3. *Significado y convencionalismo* – 4. *El desafío de la vaguedad* – 5. *Vaguedad, discrecionalidad y valoraciones* – 6. *Conclusiones*.

## 1. *Introducción*

En *L'interpretazione nel diritto* Giorgio Pino<sup>1</sup> ofrece un cuidadoso análisis de los innumerables problemas que los juristas encuentran en el laberinto interpretativo. El libro es una importante contribución a la teoría jurídica y, sin dudas, será una obra de referencia en la discusión sobre la interpretación del derecho. A lo largo de casi 400 páginas, se abordan problemas tanto de la teoría como de la práctica de la interpretación, ofreciendo una cuidadosa reconstrucción de, por ejemplo, las concepciones de la interpretación, la fenomenología del lenguaje jurídico, las relaciones entre diferentes niveles textuales, las diversas actividades de los intérpretes del derecho, las conexiones entre interpretación y sistematización de las normas jurídicas, etc. En pocas palabras, es un trabajo de gran utilidad que, con un estilo claro y un ambicioso recorrido bibliográfico, organiza una discusión que se ramifica y extiende a cualquier ámbito jurídico.

En este trabajo abordaré algunos de los temas que Pino señala en el capítulo V de *L'interpretazione nel diritto*<sup>2</sup>, el más extenso de su libro, dedicado a los problemas semánticos y pragmáticos del lenguaje jurídico. No me preocuparé por la presentación de estos problemas ya que el libro ofrece una caracterización ejemplar de cada uno de ellos, acompañados de una importante bibliografía. Tal vez cada uno de los lectores de su libro podría añadir otras lecturas, o imponer una cierta jerarquía entre ellas, pero mi objetivo no es discutir sobre autores, sino sobre problemas relacionados con la vaguedad y los conceptos valorativos. En particular, mi invitación es a tomar posiciones y debatir acerca de la determinación del lenguaje, sus compromisos y consecuencias en la aplicación judicial de las normas en un Estado de Derecho.

## 2. *Interpretación y marco interpretativo*

En el derecho, es usual aceptar que la interpretación se construye de acuerdo con ciertas pautas de corrección y no se reconoce a cualquier propuesta como interpretación de una fuente normativa. Por ello, no cuenta como interpretación la conjetura que se puede extraer al margen de una práctica compartida que, en adelante, por simplicidad, denominaré “marco interpretativo”. Este marco es necesario para distinguir entre (i) aquellas propuestas que son interpretaciones posibles, pero por alguna razón específica, parecen incorrectas (i.e., “malas interpretaciones”) y (ii) aquellas propuestas que, con independencia de su plausibilidad, no reúnen las condiciones necesarias para *contar como* un ejemplo de interpretación (e.g., arrojar una moneda para decidir qué sentido atribuir a un término<sup>3</sup>).

No es claro, sin embargo, cómo construir ese marco de referencia ya que ello introduce el famoso problema del “seguimiento de reglas”. En la primera parte del famoso parágrafo 201 de las *Investigaciones Filosóficas*, Wittgenstein afirma:

<sup>1</sup> PINO 2021.

<sup>2</sup> En adelante *ID*.

<sup>3</sup> *ID*, 9 s.

«Nuestra paradoja era esta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría concordancia ni desacuerdo»<sup>4</sup>.

Quienes consideran la paradoja del seguimiento de reglas como la base de un argumento escéptico suelen afirmar que el derecho está radicalmente indeterminado, y que el fenómeno jurídico, en última instancia, no consiste en la aplicación correcta o incorrecta de reglas sino en el impacto que produce en una comunidad las diferentes formas de ejercicio del poder. Esa conclusión puede trasladarse al problema de la interpretación jurídica ya que el marco interpretativo es una regla (criterio) para decidir acerca de la corrección o incorrección de una práctica interpretativa. En ocasiones, los juristas se esfuerzan por establecer de manera precisa ese marco, evitando de ese modo un escepticismo radical. Por ejemplo, Philip Bobbitt agrupa seis formas diferentes de argumentos en la interpretación constitucional: histórica, textual, estructural, prudencial, doctrinal y ética. La importancia de esas estructuras de argumentación es subrayada por Bobbitt<sup>5</sup> cuando señala: “No hay argumento constitucional fuera de estas modalidades”. Por su parte, Bix<sup>6</sup> cuestiona ese enfoque de la siguiente manera:

«Una teoría descriptiva podría afirmar que, al menos hasta hace poco, la opinión aceptada entre jueces, abogados y comentaristas de prestigio permitía solo seis formas de argumento constitucional. Sin embargo, cuando una forma de argumento diferente está a la vista, uno no puede inmediatamente y con certeza, descartarla como “no jurídica” o “ilegítima”. Si es aceptada por jueces, abogados y comentaristas prestigiosos como una forma aceptable de argumento *jurídico*, entonces lo es. Los participantes son, en último término, los modeladores y árbitros de su propia práctica».

La plausibilidad del escepticismo se produciría por la desilusión que provoca el vano intento de encontrar algo que conecte a las reglas y sus instancias de aplicación. La clave para superar el escepticismo sería la adecuada caracterización de la relación interna que existe entre una regla y sus instancias de aplicación. Sin embargo, existe un profundo desacuerdo acerca de la naturaleza de esta conexión entre las reglas y los casos que ella regula. En parte, estas controversias se producen por el diferente papel que se le atribuye al consenso y los acuerdos de los miembros de una comunidad. Por ejemplo, Baker y Hacker señalan que el consenso no juega ningún papel en la explicación de lo que es “correcto”, salvo que se abandone la visión (*insight*) de la relación interna entre reglas e instancias de aplicación<sup>7</sup>. Por el contrario, Norman señala<sup>8</sup>:

«Al sostener que “la regla y nada más que la regla determina lo que es correcto”, Baker y Hacker no parecen darle suficiente importancia a la visión de Wittgenstein de que una regla no determina nada excepto en el marco de un silencioso acuerdo. Si Ud. imagina que eso ya no existe, Ud. advierte la desnudez de la regla. Las palabras que expresan la regla no tendrían peso, no tendrían vida. Una señal no sería una señal. Una regla, por si misma, nada determina. La afirmación de que “nada sino la regla determina lo que es correcto” es una seria equivocación acerca de la caracterización del pensamiento de Wittgenstein sobre las reglas».

Aunque Malcom no niega la importancia de la relación interna entre reglas e instancias de aplicación, sus afirmaciones llevan a darle a esta conexión un papel limitado. En particular, él

<sup>4</sup> WITTGENSTEIN 1988, 203.

<sup>5</sup> BOBBITT 1991, 22.

<sup>6</sup> BIX 2006, 91 s.

<sup>7</sup> BAKER, HACKER 1986, 172.

<sup>8</sup> MALCOM 1995, 149 s.

señala que es un error pensar que los actos conforme a una regla están internamente relacionados con ella en el sentido de que esos actos “ya están contenidos” en la regla. Wittgenstein creía que los casos que una norma regula no están identificados por la regla, sino que tienen que ser “producidos” o “construidos”, y ello prepara el escenario para lo que Malcom denomina la *pregunta difícil*<sup>9</sup>: ¿Qué decide si un paso tomado en una dirección, si una cierta aplicación, está o no está de acuerdo con la regla?, ¿Qué ocurre si las acciones de diferentes individuos que actúan conforme a una regla no están de acuerdo? La dificultad de esta pregunta radica en dar cuenta de cómo es posible afirmar que existe una determinada regla y, sin embargo, al mismo tiempo explicar el desacuerdo entre los que siguen esa regla.

No trataré aquí de articular una respuesta a esta dificultad, aunque siento curiosidad por el modo en Pino enfrentaría este problema, que se conecta en definitiva con el problema de la relación interna entre regla e instancias de aplicación, o de la prioridad de la comprensión sobre la interpretación. Más bien, asumiré a los efectos de esta presentación, que no es verdad que cualquier método o práctica cuente como una forma de interpretación jurídica, aunque no sea posible determinar de manera anticipada si una estrategia novedosa será parte de la “serie” de interpretaciones correctas, o si, por el contrario, ella escapa a la práctica compartida.

### 3. Significado y convencionalismo

Además de la conocida distinción entre textos con autoridad jurídica (i.e., las “fuentes” del derecho) y el significado que ellos poseen<sup>10</sup>, en mi opinión, el enfoque de Pino se asienta en el presupuesto de que el significado es convencional. Aunque en *ID* no hay una discusión acerca de la misma idea de significado, es plausible suponer que Pino asume una conexión entre el significado de una palabra o expresión con su uso en una cierta comunidad lingüística. En este caso, parece también sensato asumir que las autoridades normativas (i.e., aquellas que suministran las “fuentes” del derecho) usan ciertas palabras *porque* ellas ya tienen un significado en la comunidad. Dado que el uso de las palabras es una cuestión empírica, también es una cuestión fáctica el modo en que se ha utilizado en un determinado momento una expresión. Por consiguiente, la principal diferencia entre identificar y atribuir significados novedosos está dado por la capacidad de recuperar el sentido en el que el legislador ha utilizado una cierta expresión.

Este impacto del lenguaje compartido en una comunidad sirve para comprender que la autoridad formula sus prescripciones en ese lenguaje de referencia para motivar la conducta de los sujetos normativos. Para que esa motivación sea posible es necesario que exista una comunidad lingüística en el que efectivamente se produzca la emisión y recepción del mensaje normativo. A su vez, al menos en los sistemas jurídicos que encarnan el ideal de Estado de Derecho, los jueces están obligados a aplicar las normas formuladas por el legislador. Si el juez quiere identificar las normas formuladas por la autoridad tiene que atribuirse a los textos normativos el mismo sentido que les ha conferido la autoridad. Esta regla técnica se justifica en la proposición anankástica que conecta a las normas y el uso específico de ciertas palabras por parte del legislador. Desde una perspectiva convencionalista del significado, las palabras de la autoridad tienen el sentido que se desprende del modo en que los usuarios del lenguaje utilizan esos términos, o bien ellas han sido utilizadas de manera especial por el legislador. Al respecto, Alchourrón y Bulygin señalan<sup>11</sup>:

«En principio, las palabras que usa el legislador están destinadas a ser entendidas en su sentido habitual, a menos que el legislador resuelva apartarse del uso común, cosa que puede hacer cada vez

<sup>9</sup> MALCOM 1995, 148.

<sup>10</sup> *ID*, 7-9.

<sup>11</sup> ALCHOURRÓN, BULYGIN 2021a, 493.

que quiere, pero sólo respecto de ciertos términos e indicando, además, de alguna manera que lo hace, pues si no lo hiciera no se lo entendería, ya que fallaría el supuesto básico de toda comunicación lingüística: un lenguaje común al emisor y al receptor, en nuestro caso al legislador y a los destinatarios de la norma. (Desde luego, el receptor del mensaje puede asignarle al texto un significado propio, más o menos arbitrario, pero esto no puede describirse como un procedimiento para descubrir el sentido, que es lo que interesa)».

Un corolario de estos presupuestos es que, en “casos claros”, los jueces carecen de discreción, pero en “casos difíciles”, en los que se rompe la relación comunicativa, el derecho está indeterminado y los jueces tienen la capacidad de legislar intersticialmente. Una vez que se admite que un caso es difícil por la indeterminación del lenguaje, entonces no hay norma que regule esa situación. En otras palabras, si el significado de una expresión depende de las reglas sociales que rigen el sentido de ese texto y en la medida en que –como señala Hart<sup>12</sup>– se produce una “crisis en la comunicación”, el alcance de la regla semántica no se proyecta sobre los casos de discrepancia. Así, mientras que los hablantes pueden creer que discuten acerca del significado que una expresión X tiene en una determinada situación controvertida C, el mismo desacuerdo muestra que el significado de X no abarca a los casos C. Si por causa de la vaguedad de un concepto hay desacuerdo entre hablantes competentes acerca de la aplicación de una regla R a una situación S, entonces es falso que R regule a S<sup>13</sup>. En otras palabras, los límites de la convención son los límites del alcance de la regla semántica.

De estos presupuestos puede derivarse que la interpretación es, o bien un mecanismo de identificación del modo en que ha usado el legislador las palabras de sus formulaciones normativas, o es un modo de modificar las normas formuladas por la autoridad. La medida de la discrecionalidad judicial es una función del *alcance* de las normas (i.e., su aplicabilidad interna). En casos de penumbra, la interpretación judicial debe resolver la controversia determinando la aplicabilidad interna de una cierta norma, pero en tanto que la interpretación judicial se dirige a *cambiar* el sentido de las palabras utilizadas por el legislador, la interpretación es una función de la fuerza institucional de las normas formuladas por la autoridad, i.e., de su aplicabilidad externa o capacidad de resistir las modificaciones normativas de los intérpretes<sup>14</sup>. Algunas veces, las operaciones de cambiar el significado de un cierto texto son encubiertas con diferentes argumentos interpretativos. Aunque –siguiendo a Alchourrón y Bulygin, sería conveniente denominar de manera diferente a esos dos procesos interpretativos (e.g., interpretación cognoscitiva e interpretación modificatoria), la modificación del significado es una operación secundaria respecto de la identificación ya que solo cuando se ha identificado previamente un significado S es posible señalar que se ha modificado posteriormente por S<sub>1</sub>.

Finalmente, es importante señalar que el ejercicio de la discrecionalidad judicial destinado a modificar el contenido del derecho es una forma de interpretación destinada normalmente a resolver *casos recalitrantes*, i.e., casos en los que no tenemos dudas acerca de que la norma se aplica (internamente) al caso controvertido, pero la controversia se produce porque la solución es sobreincluyente o infraincluyente respecto de las razones subyacentes que justifican la regla. En este caso, el marco interpretativo que sirve como referencia no coincide necesariamente con el marco interpretativo apropiado para resolver problemas respecto de la fuerza institucional de la norma. En el primer caso, se trata de establecer qué atribuciones de significado cuentan como una genuina interpretación y otras atribuciones de sentido que no cuentan tan siquiera como interpretaciones incorrectas, mientras que en el segundo caso se intenta determinar en qué circunstancia un cambio interpretativo está justificado.

<sup>12</sup> HART 1994, 127.

<sup>13</sup> MARMOR 2001, 141.

<sup>14</sup> WALUCHOW 1994, 42-46; NAVARRO, MORESO 1997.

#### 4. El desafío de la vaguedad

Con frecuencia se señala que el derecho está –al menos, parcialmente– indeterminado y que, por esa razón, es inevitable reconocer a los jueces cierta discrecionalidad. En gran medida, esa indeterminación se manifiesta por la vaguedad del lenguaje y como consecuencia de esa ausencia de una clara regulación, los jueces tendrán que decidir discrecionalmente sobre la solución de una determinada controversia. Esta consecuencia es, sin duda, la más relevante en el marco de un Estado de Derecho que pretenda limitar la creación judicial, aun cuando ella fuera intersticial, de normas jurídicas.

Pino caracteriza la vaguedad de la siguiente manera<sup>15</sup>:

«Hay vaguedad cuando el significado de una palabra no es delimitado con precisión. Una palabra vaga es caracterizada a partir de un núcleo cierto de significado y de una zona de indeterminación, que no es claramente definida, en la que no es claro si la palabra en cuestión puede usarse correctamente o no».

Sin embargo, no hay en *ID* un estudio de la naturaleza misma de la vaguedad. No es posible emprender en este trabajo ni siquiera un análisis breve de este tema, que constituye un importante desafío por sus conexiones con aspectos centrales de la lógica o la filosofía del lenguaje (e.g., la posibilidad misma de conceptos imprecisos, la vaguedad de orden superior, etc.) y que han sido objeto de análisis de los filósofos más influyentes de los últimos siglos, e.g., Frege, Pierce, Russell, Wittgenstein, Quine, etc.<sup>16</sup>. Más bien señalaré dos grandes concepciones de la vaguedad (semántica y epistémica) en conexión con la atribución de valor de verdad a las proposiciones y del modo en que estas concepciones influyen en la aplicación de normas jurídicas.

Tal vez, dos características sean las más destacables de la vaguedad de los conceptos. Por una parte, la vaguedad es parasitaria de los casos claros. Para ser capaces de señalar que el significado de una palabra *P* sea impreciso es necesario previamente admitir que *P* ya tiene un significado y, desde una perspectiva convencionalista, ello implica que existen un conjunto de casos paradigmáticos en los que los hablantes competentes de ese lenguaje acuerdan en la clasificación de ciertos objetos como miembros de una cierta clase. En otras palabras: si *P* carece de significado, entonces *P* no puede tener un significado impreciso. Por otra parte, la vaguedad se muestra en situaciones de desacuerdos entre hablantes competentes de un cierto lenguaje acerca de la clasificación de un determinado objeto como miembro de una cierta clase, o en la clasificación de toda una clase dentro de otro conjunto. Con frecuencia este desacuerdo se produce por la dificultad en trazar un límite para aplicar un concepto frente a las variaciones insignificantes de un objeto (o de una clase), que forman la referencia del concepto en cuestión<sup>17</sup>.

Ahora bien, este desacuerdo entre hablantes competentes puede reconstruirse de dos maneras diferentes. Por una parte, la vaguedad puede considerarse como un problema semántico y, de esta manera, en casos de penumbra, la proposición carece de valor de verdad. Por razones de simplicidad, me referiré a este enfoque como “concepción semántica” de la vaguedad. Una de las características distintivas del antirrealismo semántico es admitir que las proposiciones pueden carecer de valor de verdad. Algunas veces se ha señalado que el positivismo jurídico asume ese compromiso ya que de otro modo no podría explicar los desacuerdos entre juristas<sup>18</sup>. Este es el caso de Joseph Raz<sup>19</sup> quien admite expresamente que, en los casos de lagunas, las proposiciones jurídicas no son verdaderas ni falsas. Como Raz señala<sup>20</sup>:

<sup>15</sup> *ID*, 115 s. (mi traducción).

<sup>16</sup> Para una presentación compacta de la vaguedad, véase SORENSEN 2022.

<sup>17</sup> ENDICOTT 2000, 33-36.

<sup>18</sup> e.g., DWORKIN 1980, 51 s.

<sup>19</sup> RAZ 1979a, 70 ss.

<sup>20</sup> RAZ 1984, 81.

«En general se acepta [...] que si el contenido del derecho está exclusivamente determinado por hechos sociales, entonces el derecho tiene lagunas, es decir, que hay enunciados jurídicos que no son verdaderos ni falsos. Llamaré a esto, la tesis de la indeterminación».

El argumento que respalda esta concepción puede ser enunciado de manera simple: si el derecho depende de convenciones sociales, estas nunca tendrán la especificidad necesaria para resolver todos los problemas que pueden surgir al aplicar las reglas. Por esta razón, Raz<sup>21</sup> señala que “Todas las disputas no reguladas se deben a la indeterminación intencional o no intencional del lenguaje y la intención”.

Sin embargo, es una apresurada generalización señalar que esa reconstrucción es inevitable. Así, por ejemplo, es fácil indicar a notables positivistas que han permanecido fieles a la tradición clásica, incluso para explicar las discrepancias frente la vaguedad de los conceptos<sup>22</sup>. Para esta tradición clásica, la vaguedad es un problema epistémico. Los conceptos dividen al universo del discurso en dos clases conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes. Por ello, aunque no conozcamos la solución correcta de una disputa sobre la clasificación de un cierto objeto, la imprecisión del significa no implica que la vaguedad sea incompatible con la semántica bivalente clásica. Cualquiera de ambos enfoques tiene ventajas y desventajas, y no pretendo tomar partido ahora acerca de esta disputa entre concepciones de la vaguedad. Más bien, introduciré ciertos problemas relativos a la vaguedad y los conceptos valorativos con el objetivo de invitar a Pino a que tome partido acerca de sus posibles soluciones.

## 5. Vaguedad, discrecionalidad y valoraciones

Las valoraciones, con frecuencia, se expresan mediante exclamaciones, que muestran nuestras preferencias y compromisos prácticos. Por ejemplo, un niño al que se le ofrece un plato de brócoli puede exclamar: “¡Qué asco!”. Esa exclamación, al igual que las interjecciones, carece de valor de verdad. En adelante, no me ocuparé de este tipo de preferencias. Sin embargo, también expresamos nuestras valoraciones mediante proposiciones. Si un sujeto señala que la esclavitud es abominable, normalmente entenderíamos su afirmación como la expresión de un punto de vista evaluativo. Para no prejuzgar acerca de la capacidad de las proposiciones valorativas para conllevar (ser portadoras) de valor de verdad utilizaré una concepción mínima de las proposiciones que puede, brevemente, exponerse del siguiente modo<sup>23</sup>:

«Un enunciado E, gramaticalmente bien formado de un lenguaje L, expresa una proposición si y solo si, al prefijarse a E, la expresión “Es verdad que”, el nuevo enunciado sigue siendo un enunciado bien formado de L».

Conforme a esta concepción, un individuo puede usar una proposición para expresar sus valoraciones –por ejemplo, cuando exclama “la esclavitud es abominable”– sin que ello nos comprometa a reconocer que esa proposición es verdadera o falsa.

Sin embargo, es usual señalar que la introducción de conceptos valorativos en la esfera del derecho amplía el ámbito de la discrecionalidad ya que ellos son irremediamente subjetivos y, por tanto, no son aptos para la verdad o falsedad. Por ejemplo, por decirlo de una manera muy breve, Ferrajoli<sup>24</sup> rechaza que el legislador penal pueda emplear esos conceptos porque las

<sup>21</sup> RAZ 1979b, 193.

<sup>22</sup> e.g., ALCHOURRÓN, BULYGIN 1971, 22 ss.

<sup>23</sup> VON WRIGHT 1984, 19 s.

<sup>24</sup> FERRAJOLI 1995, 123 y 375.



valoraciones –del legislador o de los jueces– no son verdaderas ni falsas y no pueden ser racionalmente controladas. Por ello, son incompatibles con la articulación del principio de estricta legalidad penal.

Ahora bien, ¿es necesario aceptar entonces que los conceptos valorativos imponen renunciar al principio de estricta legalidad? Los mejores análisis, en castellano, de este problema, en mi opinión, se encuentran en los textos de José Juan Moreso<sup>25</sup> y Atienza-Ruiz Manero<sup>26</sup>. Estos autores rechazan que los juicios de valor sean siempre irremediabilmente subjetivos, o puras preferencias desprovistas de naturaleza proposicional.

Sin embargo, es importante distinguir entre dos maneras de usar los conceptos valorativos al momento de aplicar normas jurídicas que contienen ese tipo de predicados: (i) concepción comprometida y (ii) concepción neutral. Por una parte, una concepción comprometida señala que los jueces deben valorar genuinamente una determinada situación para resolver sobre la aplicación de los conceptos valorativos. En este sentido, si la disposición establece que los contratos sacrílegos (inmorales) son inválidos, la tarea del juez frente al caso de los individuos A y B, que han celebrado un contrato en día domingo, es determinar qué cuenta genuinamente como una inmoralidad, con independencia de lo que creen A y B, o el resto de la comunidad<sup>27</sup>. Por otra parte, quienes defienden una aplicación neutral de los conceptos valorativos<sup>28</sup> subrayan que los jueces no tienen la necesidad de valorar genuinamente (de manera personalmente comprometida) una determinada situación para resolver sobre la aplicación de esas normas. Más bien, ellos pueden resolver la controversia de manera “desprendida”, siguiendo el modo en que la comunidad lingüística de referencia usa esos predicados valorativos. Por supuesto, habrá situaciones en que la aplicación de esos predicados resulte indeterminada por causa de la vaguedad de los conceptos.

Una importante diferencia entre ambos enfoques es acerca de las condiciones de verdad de las proposiciones valorativas. No es posible desarrollar este tema con la profundidad que se necesita para ofrecer algo más que una caricatura. Por eso, solo señalaré que, para el enfoque neutral, los hechos que determinan el valor de verdad de esos enunciados son los usos de esos conceptos que ofrecen los miembros de una cierta comunidad. Nada impide a los jueces tratar de establecer esos hechos (determinar esos usos), aun cuando pueda ser una tarea compleja y, en ciertas ocasiones, frustrante por los desacuerdos en la comunidad. Para el enfoque comprometido, las proposiciones valorativas serán verdaderas o falsas a partir de los hechos que se asuman decisivos en una teoría moral específica (i.e., consecuencialismo, constructivismo, etc.).

Ambas concepciones, sin embargo, admiten que el problema de la aplicación de los conceptos valorativos no se localiza en la aptitud para la verdad o falsedad de esos predicados, sino radicaría más bien en la vaguedad de esos conceptos. Pino también asume que los conceptos valorativos son vagos, que es una posición que implica el reconocimiento de que son aptos para la verdad o falsedad, ya que la vaguedad presupone que existen casos claros de aplicación, en los que el significado es indisputable. Esto ocurre tanto con los conceptos valorativos densos como con los ligeros<sup>29</sup>. De otro modo, las palabras que expresan esos conceptos carecerían de significado. Ahora bien, no tengo claro si Pino admite que las proposiciones valorativas son siempre verdaderas o falsas, aunque no podamos conocer su valor de verdad (concepción epistémica de la vaguedad). O si, por el contrario, Pino defendería que, en casos de penumbra, nuestras proposiciones valorativas no son aptas para la verdad o falsedad (concepción semántica de la vaguedad), dejando un espacio discrecional de decisión. Pero, esa discreción, al igual que en cualquier otro caso de vaguedad, desaparece en instancias claras de aplicación del concepto.

<sup>25</sup> MORESO 2001, 525-545, sobre principio de legalidad y causas de justificación.

<sup>26</sup> ATIENZA, RUIZ MANERO 2000, sobre los ilícitos atípicos.

<sup>27</sup> DWORKIN 1985, 119-145.

<sup>28</sup> e.g., ALCHOURRÓN, BULYGIN 2021b, 348.

<sup>29</sup> WILLIAMS 1985, VÄYRYNEN 2021.

Es importante destacar que ambos enfoques de la vaguedad (epistémica y semántica) de los conceptos valorativos son compatibles con una concepción convencionalista del significado. Pero, esa compatibilidad desaparecería cuando se insiste en que los jueces deben articular una lectura comprometida de las valoraciones más allá del acuerdo o desacuerdo con los usos habituales de esos conceptos. Para bien o para mal, si se admite que el significado de las expresiones valorativas no está determinado por el uso que adopta la comunidad lingüística de referencia, se abandona un enfoque convencionalista de las prácticas del lenguaje y la identificación del derecho<sup>30</sup>. El significado de las expresiones morales dependerá de nuestro mejor acceso al mundo moral, por decirlo de algún modo, y tal vez nuestras prácticas lingüísticas pueden guiarnos para descubrir ese significado profundo, pero ellas no determinan qué quiere decir, por ejemplo, “mujer honesta”, “penas crueles y degradantes”, “castigos incompatibles con la dignidad humana”, etc.

Tal vez la consecuencia más relevante de este problema es la conexión contingente entre moral y derecho que se produciría al incorporar el vocabulario moral al discurso jurídico. Así, por ejemplo, sin dudar de la objetividad de la moral, Raz rechaza la incorporación contingente de la moral por la remisión legislativa a conceptos morales. En su opinión, más bien, ese vocabulario moral solo señala una dirección al ejercicio de la discrecionalidad judicial. Por el contrario, con razones diferentes, Moreso, Atienza y Ruiz Manero asumen esa conexión entre moral y derecho, asumiendo la verdad o falsedad de los juicios de valor y, por consiguiente, reduciendo la discrecionalidad judicial. Estos autores rechazan una concepción neutral de la aplicación de los conceptos valorativos y que la aplicación de esos conceptos exige a los jueces una lectura moralmente comprometida<sup>31</sup>. En particular, creen que no es de gran utilidad tratar de indagar acerca de cómo se usan (o en cómo el legislador ha usado) esos conceptos, pero la posibilidad de atribuir valor de verdad a las proposiciones valorativas limitaría significativamente la discrecionalidad judicial. Si nuestros juicios valorativos son verdaderos o falsos, entonces los jueces carecen de discreción. Sin embargo, al reconocer a los juicios valorativos como vulnerables a la vaguedad, se reintroduce el problema de la discrecionalidad.

Mi respuesta, para incentivar a que Pino señale su propia solución a este problema, es dependiente de un compromiso normativo mínimo: la función de los jueces es aplicar las normas que el legislador ha formulado. En otro texto he defendido extensamente mi posición<sup>32</sup>, ahora solo resumiré esas ideas de la siguiente manera:

Los conceptos valorativos no son simples interjecciones, sino que se refieren a cierto estado de cosas que sirven como base de su capacidad expresiva. Cuando afirmamos que una mujer es honesta es usual referirnos a su conducta sexual y difícilmente encontraríamos apropiado este adjetivo para señalar que ella tiene un alto coeficiente intelectual. Sabemos que la honestidad y el coeficiente de inteligencia no tienen una conexión necesaria sólo porque conocemos, con mayor o menor grado de certeza, el significado de esas expresiones y podemos determinar, al menos hasta cierto punto, a qué estado de cosas se refiere el concepto de honestidad. Esto no significa negar que la principal función de estos conceptos sea expresar nuestras actitudes en la valoración de ciertas situaciones, sino que es innecesario desvincular la función expresiva de nuestros juicios de valor y el contenido descriptivo de los conceptos valorativos. Más aún, la función expresiva que tienen los juicios de valor con frecuencia presupone que podemos determinar a qué objetos o situaciones hacen referencia. Después de todo, muchas de nuestras valoraciones se basan en creencias acerca de cómo es el mundo y es este contexto fáctico el que nos lleva a nuestras actitudes de aprobación o desaprobación. En otras palabras, la presencia de conceptos valorativos en el derecho (e.g., en el código penal) no compromete a negar naturaleza

<sup>30</sup> DWORKIN 1977, 63 ss.

<sup>31</sup> ATIENZA, RUIZ MANERO 2000, 38 ss; MORESO 2001, 540 ss.

<sup>32</sup> NAVARRO 2007.

descriptiva a los juicios que los emplean. En la medida en que el contenido descriptivo de los enunciados valorativos depende del modo en que los hablantes de una comunidad lingüística emplean esas palabras, los jueces no tienen libertad para apartarse de esas convenciones y criterios semánticos vigentes. Esto conlleva a que los jueces no tengan la obligación de valorar genuinamente al aplicar los conceptos valorativos. Ellos satisfacen su compromiso con el legislador, honrando así al ideal de Estado de Derecho, utilizando los conceptos en el modo en que la autoridad los ha previamente empleado. Después de todo, los conceptos valorativos densos o ligeros tendrán casos claros de aplicación y en esas situaciones, el juez no es libre de apartarse de las convenciones lingüísticas que han guiado al legislador. Más allá de esos casos claros, el juez tiene discreción para imponer sus propias valoraciones, con independencia de si los juicios de valor son también verdaderos o falsos en casos de penumbra y también con independencia de si la moral objetiva ha sido incorporada al derecho.

## 6. Conclusiones

He tratado en este trabajo de construir un espacio en el que Pino pueda exponer sus puntos de vista sobre problemas conocidos y mencionados en su libro, pero que, en mi opinión, no han sido abordados con el compromiso específico de una toma de posición personal. Las preguntas que han surgido son:

- ¿Qué tipo de práctica es la que constituye el marco interpretativo y qué tipo de restricciones surgen de ella a la tarea del intérprete?
- ¿Qué concepción de la vaguedad es apropiado asumir en la explicación de la vaguedad de los conceptos?
- ¿Qué posición se asume en *L'interpretazione nel diritto* acerca de la naturaleza proposicional de los juicios de valor y su aptitud para la verdad?
- ¿Qué conexiones es necesario reconocer entre la discrecionalidad judicial y la aplicación de conceptos vagos y valorativos?
- ¿Está conectado el problema de la interpretación de las expresiones que contienen conceptos valorativos con el debate entre positivismo incluyente y excluyente? ¿Qué consecuencias se siguen para la discrecionalidad judicial?

Finalmente, el trabajo de Pino está presidido por una conocida frase de Borges, que destila ironía y escepticismo acerca de la tarea de los intérpretes y los límites de la interpretación. Esa frase puede leerse como una declaración de intenciones, que conduce a una suerte de radical escepticismo. Ahora bien, si no es posible determinar desde el punto de vista teórico cuales son las interpretaciones correctas, ¿qué papel debe desempeñar el teórico del derecho? Más allá de las creencias de quienes participan de la práctica interpretativa, que pretenden exponer la mejor solución a un determinado problema, desde el punto de vista externo, la tarea del teórico parece reducirse solo a constatar la diversidad de métodos y soluciones, renunciando a la búsqueda de un hilo semánticamente adecuado y pragmáticamente idóneo que nos conduzca a la salida del laberinto interpretativo. La mejor tarea, entonces, que puede emprender el intérprete sería la de elaborar una cartografía que sirva para comprender no solo la geografía de la interpretación sino también el tipo de práctica que desarrollan los intérpretes, pero esa actitud siempre estaría resguardada por el “misterioso escepticismo” evocado por el personaje inventado por Borges.

En mi opinión, una manera de leer el libro de Pino es como si fuese un sofisticado mapa del intrincado territorio de la interpretación en el derecho. No es un logro menor. Para nada. Siempre he sentido especial fascinación por los mapas, por la belleza de sus ilustraciones y lo sugerente de sus paisajes. Pero, es prudente advertir que los mapas ejemplifican la irresoluble

tensión entre un modelo y el objeto que ejemplifican. Esta idea queda expuesta magistralmente por Borges, mediante una cita apócrifa, que atribuye el siguiente párrafo a un texto de Suarez Miranda<sup>33</sup> supuestamente publicado en Cataluña, en Lérida, en el siglo XVII:

«En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, estos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él.

Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Sigüientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las Inclemencias del Sol y los Inviernos. En los desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del Mapa, habitadas por Animales y por Mendigos; en todo el País no hay otra reliquia de las Disciplinas Geográficas».

De manera provocativa, podría añadirse que aun cuando Pino nos ha suministrado una bella cartografía, todavía no sabemos dónde queremos llegar. Por ello, en ocasiones, prefiero – podemos decirlo así– las guías de viaje, que asumen ciertos puntos de vista acerca de qué se debe abordar y qué se debe evitar en nuestro itinerario. Por ello, mi propósito ha sido señalar qué cosas son imprescindibles asumir cuando se intenta determinar qué ha prescrito el legislador mediante sus formulaciones normativas. Esta es una cuestión empírica y, al igual que otras cuestiones de hecho, pueden ser difíciles de conocer y caracterizar adecuadamente. Pero, aunque la tarea sea difícil, no debe ser dejada de lado ya que, en última instancia, es la única manera de distinguir entre aquello que la autoridad ha dicho y aquello que debería haber prescrito. Esta exigencia no es hostil al enfoque de Pino y, por ello, a través de estas páginas he pretendido invitar a Pino a exponer qué compromisos asume al enfrentarse a los problemas interpretativos, ya no como un relator del paisaje interpretativo sino como un arquitecto de esa geografía.

<sup>33</sup> SÚAREZ MIRANDA 1658 en BORGES 1992, 443.

## Referencias bibliográficas

- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 1971. *Normative Systems*, Springer.
- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 2021a. *Definiciones y normas*, en ID., *Análisis lógico y derecho*, 2ª edición, 459 ss.
- ALCHOURRÓN C.E., BULYGIN E. 2021b. *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en ID., *Análisis lógico y derecho*, 2ª edición, 335 ss.
- ATIENZA M., RUIZ M.J. 2000. *Ilícitos atípicos*, Trotta.
- BAKER G.P., HACKER P.M.S. 1986. *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*, Blackwell.
- BIX B. 2006. *Descripción y razonamiento jurídico*, en ID., *Teoría del derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, 77 ss.
- BOBBITT P. 1991. *Constitutional Interpretation*, Blackwell.
- DWORKIN R. 1977. *The Model of Rules II*, en ID., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 46 ss.
- DWORKIN R. 1985. *Is There No Really Right Answers in Hard Cases*, en ID., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 119 ss.
- DWORKIN R. 1980. *Introducción*, en ID. (ed.), *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura, 39 ss.
- FERRAJOLI L. 1995. *Derecho y razón*, Trotta.
- HART H.L.A. 1994 [1961]. *The Concept of Law*, Oxford University Press.
- MALCOM N. 1995. *Wittgenstein on Language and Rules*, en VON WRIGHT G.H. (ed.) *Wittgenstenian Themes. Essays 1978-1989*, Cornell University Press.
- MARMOR A. 2001. *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, 145 ss.
- MORESO J.J. 2001. *Principio de legalidad y causas de justificación: (sobre el alcance de la taxatividad)*, en «Doxa», 24, 525 ss.
- NAVARRO P.E. 2007. *La aplicación neutral de los conceptos valorativos*, en Comanducci P., Guastini R. (eds.), *Analisi e Diritto*, 39 ss.
- NAVARRO P.E., MORESO J.J. 1997. *Applicability and Effectiveness of Legal Norms*, en «Law and Philosophy» 16, 2, 201 ss.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giapichelli.
- RAZ J. 1979a. *Legal Reasons, Sources and Gaps*, en ID., *The Authority of Law Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 53 ss.
- RAZ J. 1979b. *Law and Value in Adjudication*, en ID., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 178 ss.
- RAZ J. 1984. "Postscript" a "Legal Principles and the Limits of Law", en MARSHALL C. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld.
- SORENSEN R. 2022. *Vagueness*, en ZALTA E.N., NODELMAN U. (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2022 Edition), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/vagueness/>.
- SÚAREZ MIRANDA 1658. *Del rigor de la ciencia*, en *Viajes de Varones Prudentes*, Libro Cuarto, Cap. XLV, Lérida, en BORGES J.L., *Obras completas 1941-1960*, Círculo de Lectores, 1992, 443.
- VÄYRYNEN P. 2021. *Thick Ethical Concepts*, en ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021 Edition), disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/thick-ethical-concepts/>.

VON WRIGHT G.H. 1984. *Demystifying Propositions*, en ID., *Truth, Knowledge & Modality*, Blackwell.

WALUCHOW W.J. 1994. *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press.

WILLIAMS B. 1985. *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press.

WITTGENSTEIN L. 1988 [1953]. *Investigaciones Filosóficas*, Crítica.



# Sobre el libro del Giorgio Pino *L'interpretazione nel diritto*

On Giorgio Pino's *L'interpretazione nel diritto*

**JUAN RUIZ MANERO**

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.

E-mail: [juan.ruiz@ua.es](mailto:juan.ruiz@ua.es)

## ABSTRACT

El libro de Giorgio Pino *L'interpretazione nel diritto* es un libro capital acerca de la interpretación en el derecho. A juicio de Pino, la interpretación jurídica no versa sobre normas, sino que produce normas. Esta tesis, por un lado, a juicio de Ruiz Manero, deja en la oscuridad el concepto de autoridad normativa. Y, por otro, a juicio también de Ruiz Manero, la interpretación jurídica no se orienta hacia descubrir justificados, sino a justificar adscripciones de significados. A juicio del mismo autor, las disputas interpretativas sólo tienen sentido si se adopta la pretensión de corrección como idea regulativa.

Giorgio Pino's *L'interpretazione nel diritto* is a fundamental work about interpretation in law. According to Pino, legal interpretation doesn't concern norms but generates norms. This thesis, on the one hand, according to Ruiz Manero, leaves the concept of normative authority in obscurity. On the other hand, also according to Ruiz Manero, legal interpretation is not aimed at discovering justifications but at justifying ascriptions of meanings. According to the same author, interpretative disputes only make sense if the claim of correctness is adopted as a regulatory idea.

## KEYWORDS

interpretación jurídica, normas jurídicas, enunciados, significados, descubrimiento y adscripción de significados, lagunas normativas e interpretación.

legal interpretation, legal norms, statements, meanings, discovery and ascription of meanings, normative gaps and interpretation.



# Sobre el libro del Giorgio Pino *L'interpretazione nel diritto*

JUAN RUIZ MANERO

1. *Sobre la tesis de que la interpretación jurídica no versa sobre normas, sino que produce normas* – 2. *Una ausencia y un dilema* – 3. *¿Hay interpretaciones correctas e incorrectas?* – 4. *¿Cuándo hay lagunas?* – 5. *Lagunas e interpretación.*

Estoy de acuerdo enteramente con Josejuan Moreso<sup>1</sup> cuando señala que el libro de Giorgio Pino al que dedicamos este seminario es uno de los mejores libros que uno puede leer y que ha podido leer en mucho tiempo a propósito de la interpretación en el derecho. En él están tratadas casi todas las cuestiones, y trazadas casi todas las distinciones, que son pertinentes en relación con el tema. Explico lo del “casi”. Hay, a mi juicio, dos maneras de entender (o de lograr) la completitud en la exposición de la disciplina jurídica de un cierto sector de la realidad o de una cierta actividad. Una es hacer distinciones de detalle y que en estas distinciones de detalle estén reflejadas todas las posibilidades que valga la pena distinguir en- las formas de disciplinar ese sector de la realidad o esa actividad. Otra es hacer distinciones muy gruesas y que esas distinciones muy gruesas cubran, en su conjunto, las posibilidades de disciplinar ese mismo sector o actividad. Giorgio Pino en su tratamiento de los problemas interpretativos en general se inclina por la primera opción y, en la mayor parte del libro, alcanza un nivel de detalle en sus distinciones más allá del cual estas probablemente no serían relevantes. Podríamos decir que, en general, en el libro de Pino, todas las distinciones relevantes están presentes y el libro de Pino es completo en el sentido más exigente. Pero hay un par de asuntos centrales respecto a los que en el libro de Pino no están presentes todas las distinciones relevantes, sino que Pino pasa por encima de algunas de ellas. Y hay un asunto asimismo central en el que falta claramente una definición.

1. *Sobre la tesis de que la interpretación jurídica no versa sobre normas, sino que produce normas*

Pino adhiere, como tantos otros teóricos del derecho italianos tras las huellas de Tarello<sup>2</sup>, a la tesis según la cual la interpretación jurídica no tiene por objeto normas, no versa sobre normas sino que *produce* normas. En la p. 184 encontramos una formulación apodíctica de esta tesis:

«A decir verdad, hay un sentido en el que la actividad interpretativa produce *siempre y necesariamente* una transformación del enunciado de partida: en efecto, la interpretación tiene como objeto (como input) un enunciado y produce (como output) un significado, y un significado es algo ontológicamente distinto de un enunciado».

De acuerdo: un enunciado es cosa distinta de un significado, pero un enunciado es algo que tiene significado (la definición usual de enunciado es un fragmento de discurso que tiene un significado completo) y transmitir significados completos se lleva a cabo arquetípicamente mediante enunciados (podemos dejar de lado casos marginales, como los movimientos de brazos y los silbidos de los agentes de tráfico, así como las señales de tráfico o de humo). Por qué no decir, entonces, que tanto el legislador como el intérprete emiten enunciados dotados de

\* PINO 2021.

<sup>1</sup> MORESO 2023.

<sup>2</sup> TARELLO 1974.

significado y que la única diferencia entre ellos es que el enunciado del legislador expresa un significado *prima facie* y el enunciado del intérprete expresa un significado que se pretende concluyente y esta pretensión entendemos que está justificada si el enunciado del intérprete ha transformado de manera correcta el enunciado del legislador de acuerdo con las reglas del lenguaje común, del lenguaje tecnificado o “administrado” que es propio del derecho y de acuerdo asimismo con las tesis dogmáticas asumidas por la doctrina. Pero por supuesto que no se puede indicar un iter, una secuencia de operaciones el conjunto de cuyos pasos asegure la corrección, la justificación de la interpretación.

## 2. *Una ausencia y un dilema*

Pasando a otro asunto, un déficit claro, en mi opinión, del texto de Pino, es la ausencia de una definición de *autoridad normativa*. Pues aquí se abren dos posibilidades, la alternativa entre las cuales constituye, a mi juicio, un verdadero dilema para todo el amplísimo sector de la doctrina italiana que sustenta una posición semejante a la de Pino. O bien se opta por la bien extraña tesis de que las autoridades normativas, el legislador en sentido amplio, no producen normas, sino sólo disposiciones carentes de significado antes de ser interpretadas, con lo que falta por responder a la cuestión de qué se quiere decir cuando se afirma que son autoridades normativas, de en qué sentido se predica que lo son. O bien se opta por la tesis, aun más extraña, de, conservando el sentido usual de “autoridad normativa”, sostener que las verdaderas autoridades normativas no son las que ordinariamente consideramos como tales, sino los intérpretes, y entonces quedan por identificar las normas que confieren poder de creación normativa a los intérpretes.

## 3. *¿Hay interpretaciones correctas e incorrectas?*

Los dos asuntos centrales donde habría que haber distinguido más son, en mi opinión, el problema de si hay interpretaciones correctas y otras que no lo son y el problema de las lagunas y su relación con los principios jurídicos. En relación con la primera cuestión, dos son las cosas que habría que resaltar, a través de la distinción entre las pretensiones de las interpretaciones y sus resultados: claro está que no cabe afirmar que a cada discrepancia interpretativa corresponde una y sólo una interpretación correcta, en tanto que las demás estarían equivocadas. Pues si no cabe que más de una de las diversas interpretaciones en liza sean correctas, es posible, sin embargo, que todas ellas sean incorrectas o, lo que es lo mismo, que estén todas ellas equivocadas. Pero cada una de ellas pretende ser correcta y el tratamiento de la discrepancia por cada uno de los contendientes implica que cada uno avanza una pretensión de corrección de su interpretación. Ciertamente, en el texto de Pino está presente, como dice Moreso, un

«esfuerzo por mostrar que la actividad de la interpretación en el derecho es una actividad sujeta a la racionalidad, que tiene perfecto sentido a menudo preguntarnos si determinadas interpretaciones de los textos jurídicos son correctas, adecuadas o no lo son».

No sólo “a menudo” tiene sentido preguntarse si determinadas interpretaciones de los textos jurídicos son correctas o no lo son. La pregunta por la corrección, en mi opinión, tiene sentido siempre<sup>3</sup> y no sólo es que tenga sentido siempre, sino también que la pretensión de corrección es

<sup>3</sup> Esta opinión contrasta con la de Riccardo Guastini, quien en este punto asume un escepticismo radical; para él «por lo que se refiera a las interpretaciones judiciales, la discreción interpretativa es inevitable y distinguir entre interpretaciones correctas o incorrectas simplemente no tiene ningún sentido». En mi opinión, esto es confundir la

avanzada por cualquier propuesta interpretativa que se formule en serio y la idea de corrección está presente, como idea regulativa, en cualquier disputa interpretativa. Idea de corrección que, a su vez, está presidida por la imagen de una actividad interpretativa que no se orienta a la búsqueda de significados *preexistentes*, que se obtendrían por el desvelamiento del significado ya presente en las disposiciones, sino que se orienta a la construcción y atribución de significados *justificados* a esas mismas disposiciones. Por decirlo en términos tajantes, el significado de las disposiciones no se descubre, sino que se construye y se adscribe. Por lo que no cabe hablar sino impropriamente de significados verdaderos (para referirse a que la adscripción de un cierto significado es correcta) y propiamente habría que hablar de significados correctos o justificados. Y por supuesto que no hay un iter que asegure la corrección de la adscripción de significado. Pero las disputas interpretativas sólo tienen sentido si se adopta la pretensión de corrección como idea regulativa.

#### 4. *¿Cuándo hay lagunas?*

Respecto de las lagunas: téngase en cuenta que Giorgio Pino define “laguna” como ausencia de una norma que discipline un caso jurídicamente relevante. Esto es, la definición de Pino se refiere únicamente a las lagunas *normativas*, en la tipología de Alchurrón y Bulygin, y no hay en su texto referencia alguna explícita o ni claramente implícita a las que los mismos Alchourrón y Bulygin llaman lagunas *axiológicas* o lagunas *de reconocimiento*. Pues bien, a mi modo de ver, la manera como Pino define las lagunas normativas es incompleta en el sentido siguiente: para hablar de laguna normativa no es preciso sólo que el caso aparezca como no regulado siendo jurídicamente relevante; no habría laguna tampoco si el caso no regulado debiera encontrarse regulado mediante el operador facultativo, esto es, con la permisión tanto de la acción como de la omisión. Y ello porque la no regulación –el que el derecho guarde silencio– equivale pragmáticamente a que el derecho correlacione el caso con la permisión expresa tanto de la acción como de la omisión. Por ello sólo hay laguna, en mi opinión, si el derecho no regula el caso (no correlaciona el caso con alguna solución normativa), pero debiera regularlo correlacionándolo con el operador obligatorio, o con el operador prohibido aplicado a una determinada acción. Pero no hay laguna si la correlación debiera hacerse con el operador facultativo (esto es, con el permiso bidireccional) aplicado a una determinada acción. Pero este es un asunto claramente menor.

#### 5. *Lagunas e interpretación*

Mayor importancia tiene la relación entre lagunas e interpretación. Las lagunas (y lo que se dice de ellas resulta en amplia medida aplicable a las antinomias, pero a estas últimas no vamos a referirnos directamente aquí), las lagunas, digo,

cuestión de los poderes normativos del juez en punto a interpretación y la cuestión de la corrección o incorrección de sus interpretaciones. Por lo demás, el escepticismo radical que aquí exhibe Guastini no consistentemente seguido él. En la misma página, Riccardo parece pasar de nuevo a una postura más matizada: «en los casos fáciles sí es posible distinguir entre interpretaciones jurídicamente correctas e interpretaciones jurídicamente incorrectas, pero ello no es posible en los casos difíciles» (GUASTINI 2012, 27 ss.). Y aun, unas páginas más allá: «Interpretar no consiste en atribuir *cualquier* significado, sino en atribuir uno de los significados que se encuentran dentro del rango de significados admisibles según (a) el uso común, (b) los métodos interpretativos en uso y (c) las teorías dogmáticas» (GUASTINI 2012, 53). De acuerdo con ello, si nunca podría decirse que tal interpretación y solo tal interpretación es correcta, sí podría afirmarse, sin embargo, que tales y tales interpretaciones son incorrectas.

«dependen –escribe Pino– de la interpretación. En dos sentidos. En un primer sentido, porque son situaciones que afectan a normas (una laguna es la ausencia de una norma) [...] y las normas son fruto de la interpretación: se podrá decir que hay una laguna [...] solo cuando se ha realizado una interpretación. En un segundo sentido, menos obvio aunque estrechamente ligado al primero, porque, dentro de ciertos límites, las lagunas [...] pueden aparecer y desaparecer gracias a operaciones interpretativas» (PINO 2021, 243).

Los límites a los que alude Pino tienen que ver con el marco de significados lingüísticamente admisibles de una cierta disposición. Pero, dentro del marco de significados lingüísticamente posibles, o admisibles, de una cierta disposición, optar por uno o por otro es asunto que parece, según Pino, enteramente disponible para el intérprete. Es asunto de decisión, de voluntad, y no de descubrimiento ni, como pienso yo que debiera presentarse, de justificación. El intérprete puede usar cualquiera de los significados lingüísticamente posibles de la configuración del caso regulado, a fin de determinar la relevancia jurídica del caso no regulado, que a su vez puede aparecer configurado usando cualquiera de los significados lingüísticamente posibles de los términos empleados para ello. «Una primera posibilidad –nos dice Pino– es que el supuesto de hecho del caso no regulado presente algunos *elementos comunes* con el caso regulado» (PINO 2021, 244). Pero habría que añadir que es igualmente necesario que el caso no regulado presente algunos elementos diferenciales respecto del caso regulado. Si el caso regulado sólo presentase elementos comunes con el caso (aparentemente) no regulado se trataría del *mismo caso* y no cabría decir que el segundo es un caso diferente, en relación con el cual se produce una laguna. Para hablar de caso genérico no regulado, o sea, de laguna, es preciso que el mismo presente, en su configuración, al menos un elemento diferente de los que presenta el caso regulado, y para que esté justificada la extensión al caso no regulado de la disciplina prevista en el consecuente del caso regulado lo importante es que las razones, o los principios, que subyacen al caso regulado sean aplicables también al caso no regulado, pese a su diferente configuración, de manera que se justifique la extensión a este último de la disciplina prevista en aquél.

Pino opina que la interpretación de la norma que regula un caso, puede dar margen al intérprete para que establecer que hay, o que no hay, laguna. Y, dentro del margen, la reconstrucción del caso por la que opte el intérprete es, tal como lo presenta Pino, no cuestión de justificación, sino asunto de decisión entre interpretaciones igualmente admisibles, porque igualmente compatibles con la literalidad de la disposición. «En particular, el intérprete puede tener la posibilidad de *impedir* una laguna, de *superar* una laguna, de *crear* una laguna o de *confirmar* una laguna» (PINO 2021, 244), sin más requisito que el que una u otra posibilidad quepan dentro de las interpretaciones lingüísticamente posibles de la disposición o disposiciones pertinentes. El elegir una u otra posibilidad depende del resultado al que el intérprete quiera llegar y el llegar a uno u otro resultado puede presentarse como igualmente plausible, aunque pueda presentar un grado mayor o menor de dificultad, según que el significado propugnado por el intérprete se aparte más o menos del significado *prima facie*. Pero esto es todo. No hay criterios de corrección, sino meramente ámbitos de posibilidad de decisión, en la atribución de un significado que se presenta como concluyente. Esto es, el componente normativo, de guía de la interpretación y de criterio de justificación de la misma, que debe presentar, a mi juicio, toda teoría de la interpretación jurídica, parece ausente.

*Referencias bibliograficas*

PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli.

MORESO J. 2023. *Lekta nemo vidit unquam. Giorgio Pino sobre la interpretación en el derecho*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», 23, 2, 2023, 29 ss.

TARELLO G. 1974. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino.

GUASTINI R. 2012. *El escepticismo ante las reglas replanteado*, en «Discusiones», 11, 2012, 27 ss.



STUDI

# La giurisdizione, la sua crisi odierna e il suo futuro

The Judiciary, Its Contemporary Crisis and Its Future

**LUIGI FERRAJOLI**

Professore emerito, Università degli studi Roma Tre.

## ABSTRACT

Questo saggio analizza la crisi del paradigma garantista della giurisdizione penale illustrando prima i fatti, cioè lo stato della nostra giustizia penale, e poi le norme di legge che tale stato hanno contribuito a provocare. Viene poi proposta l'alternativa garantista, resa ancor più necessaria ed urgente dal mutamento della fenomenologia della criminalità.

This essay analyzes the crisis of the garantist paradigm of criminal jurisdiction by first illustrating the facts, i.e., the state of our criminal justice system, and then the legal norms that have helped to bring about this state. The garantist alternative is then proposed, made all the more necessary and urgent by the changing phenomenology of crime.

## KEYWORDS

stato costituzionale, garantismo, giurisdizione penale, fenomenologia della criminalità

constitutional state, garantism, criminal justice, phenomenology of crime



# La giurisdizione, la sua crisi odierna e il suo futuro

LUIGI FERRAJOLI

1. *Il modello garantista della giurisdizione e la sua crisi odierna* – 2. *I fatti. Fenomenologia della giustizia penale odierna* – 3. *Le norme. Il crollo delle garanzie* – 3.1. *I reati* – 3.2. *Le pene* – 3.3. *I processi penali* – 4. *L'alternativa garantista: il diritto penale minimo* – 4.1. *I reati* – 4.2. *Le pene* – 4.3. *I processi* – 5. *Questione penale e questione criminale.*

## 1. *Il modello garantista della giurisdizione e la sua crisi odierna*

Le fonti della legittimazione della giurisdizione nello Stato costituzionale, a mio parere, sono due: l'una di carattere formale, l'altra di carattere sostanziale. La prima consiste nella sua natura essenzialmente cognitiva, quale soggezione alla legge, che dalla legge richiede la formulazione tassativa dei suoi presupposti. La seconda consiste nella garanzia dei diritti delle persone e, in materia penale, del loro diritto a non subire ingiuste offese delittuose né ingiuste punizioni.

Queste due fonti della legittimazione della giurisdizione si sono affermate con le due grandi rivoluzioni istituzionali che hanno segnato la storia della modernità giuridica: la prima con il mutamento del diritto intervenuto con il *positivismo giuridico*, che equivale alla nascita della politica moderna quale produzione e trasformazione del diritto vigente e perciò delle regole dei rapporti sociali; la seconda con quel completamento del positivismo giuridico e dello stato di diritto che è stato il costituzionalismo rigido, che equivale alla subordinazione anche della politica al diritto, cioè ai diritti fondamentali e ai principi della pace e dell'uguaglianza, a loro volta positivizzati in quei patti di convivenza sopra-ordinati a qualunque potere che sono le odierne costituzioni.

Grazie a queste due fonti di legittimazione – la positivizzazione tassativa dell'intero diritto, del suo *essere* come del suo *dover essere* – si precisa e si chiarisce il carattere anti-maggioritario e indipendente della funzione giudiziaria: nessuna volontà di maggioranza può rendere vera o giusta una pronuncia basata su presupposti falsi e/o lesiva dei diritti delle persone. E si chiarisce altresì il principale fondamento della separazione dei pubblici poteri. Questo fondamento consiste nella diversità delle fonti di legittimazione delle due grandi classi nelle quali si possono distinguere tutte le pubbliche funzioni e che corrispondono alle due grandi dimensioni dell'esperienza: volontà e conoscenza, potere e sapere, produzione e applicazione del diritto, *legis-latio* e *iuris-dictio*, l'una deputata ad operare in quella che ho chiamato la *sfera del decidibile*, l'altra finalizzata alla difesa e all'attuazione di quella che, nelle democrazie costituzionali, ho chiamato la *sfera del non decidibile* (*che* o *che non*). Appartengono alla sfera discrezionale del decidibile le *funzioni di governo*, cioè le funzioni di innovazione o creazione di nuovo diritto: non solo quindi le funzioni in senso stretto governative e quelle a queste ausiliarie di tipo amministrativo, ma anche le funzioni legislative. Sono invece istituite a difesa e in attuazione della *sfera del non decidibile*, disegnata dai principi stipulati in costituzioni rigide, quelle che possiamo chiamare *funzioni di garanzia*, cioè di attuazione del diritto vigente: non solo, quindi, le funzioni giurisdizionali di *garanzia secondaria*, consistenti nell'applicazione sostanziale della legge alle sue violazioni, ma anche le funzioni amministrative di *garanzia primaria* dei diritti fondamentali – come la scuola e la sanità pubblica, la previdenza e l'assistenza sociale – vincolate anch'esse, come la giurisdizione, all'applicazione sostanziale del diritto vigente, cioè alla verità di quanto la legge prevede come loro presupposti e alla garanzia dei diritti delle persone<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Rinvio, su questa revisione della tripartizione montesquieviana dei poteri, a FERRAJOLI 2007a, §§ 12.5-12.7 (862-979) e FERRAJOLI 2007b, §§ 14.10-14.12 (200-218). Cfr. Anche FERRAJOLI 2011, §§ 5.5-5.8 (247-263).

Oggi questo modello garantista della giurisdizione è profondamente in crisi: ampiamente violato dalle prassi giudiziarie e poliziesche e, ancor prima, dalla legislazione. La crisi è altresì sorretta da una parte rilevante della filosofia del diritto, che ignora il nesso concettuale tra garantismo e cognitivismo giudiziario e rinnega quelli che, del positivismo giuridico, sono i due principali tratti distintivi: la separazione tra diritto e morale e il carattere non creativo della giurisdizione. Sul piano meta-teorico, inoltre, essa è aggravata dal prevalere, tra i giuristi, di un approccio realistico e descrittivo. Gran parte della dottrina giuridica sembra aver abbandonato il ruolo critico e progettuale imposto dal carattere artificiale del diritto vigente, quale frutto di scelte politiche e, soprattutto, dalla normatività dei principi costituzionali. Basti pensare al rapporto della dottrina con la giurisprudenza. In un passato non lontano la giurisprudenza era sottoposta alla critica costante della scienza giuridica. Oggi accade spesso il contrario: le massime giurisprudenziali sono utilizzate come i principali argomenti a sostegno delle tesi dottrinarie. L'approccio descrittivo si manifesta così nell'abbandono dei punti di vista critici e progettuali generati dal positivismo giuridico tra il *dover essere* normativo e l'*essere* effettivo del diritto: in primo luogo la divaricazione, assiologica ed esterna al diritto, tra *giustizia* e *validità* giuridica, cioè tra il *dover essere* del diritto dal punto di vista della giustizia o della morale e il suo *essere* nelle norme di diritto positivo; in secondo luogo la divaricazione, giuridica e interna allo stesso diritto positivo, tra *validità* e *vigenza*, cioè tra il *dover essere* costituzionale del diritto disegnato dai principi stipulati nelle costituzioni e il suo *essere* legislativo; infine la divaricazione, fattuale ed esterna al diritto positivo, tra *vigenza* ed *effettività*, cioè tra il *dover essere* normativo del diritto e la realtà, con esso largamente in contrasto, del suo *essere* effettivo nelle prassi giudiziarie e poliziesche.

Nei due paragrafi che seguono analizzerò la crisi del paradigma garantista della giurisdizione penale illustrando prima i fatti, cioè lo stato della nostra giustizia penale, e poi le norme di legge che tale stato hanno contribuito a provocare<sup>2</sup>. Proporrò poi l'alternativa garantista, resa ancor più necessaria ed urgente dal mutamento della fenomenologia della criminalità.

## 2. I fatti. Fenomenologia della giustizia penale odierna

Cominciamo dalla realtà di fatto della nostra giustizia penale. Negli ultimi 30 anni la criminalità, in Italia, è crollata. Gli omicidi, che nel 1991 furono 1938, sono oggi poco più di 300 ogni anno – 309 nel 2022, 271 nel 2021 – e anche gli altri reati sono in larga parte diminuiti. Contemporaneamente, tuttavia, la popolazione carceraria è quasi raddoppiata: i detenuti erano 31.053 nel 1991 e sono oggi 58.083; gli ergastoli sono più che quadruplicati, passando dai 408 del 1992 agli attuali 1867, due terzi dei quali, 1267, aggravati come “ergastoli ostativi”, cioè che ostano all'applicazione dei benefici di pena previsti dalla legge penitenziaria del 1975 e dalla legge Gozzini del 1986. Rispetto agli anni Sessanta, il numero dei suicidi in carcere è più che triplicato. Simultaneamente si è aggravata la crisi della legalità penale ed è cresciuto il potere discrezionale dei giudici e più ancora dei pubblici ministeri.

Ci sono due categorie di persone contro i quali si è maggiormente accanito il nostro sistema politico e giudiziario: i migranti e i detenuti, gli uni e gli altri identificati dalla demagogia populista come i nemici ideali contro cui mobilitare l'opinione pubblica. Le destre populiste hanno infatti dato vita a un doppio binario della giustizia penale: tolleranza e diritto penale minimo per la criminalità invisibile del potere, durezza inflessibile e diritto penale massimo per la ben più visibile delinquenza di strada dei poveri. E' quella che una volta chiamavamo giustizia di classe e che oggi possiamo chiamare garantismo della disuguaglianza.

L'aspetto più grave di questo imbarbarimento – prodottosi in maniera vistosa in Italia, ma in diversa misura in gran parte delle democrazie avanzate, e in particolare negli Stati Uniti<sup>3</sup> – con-

<sup>2</sup> A questa crisi del modello garantista, alle sue ragioni e alle proposte di un suo superamento è dedicato il mio ultimo libro, FERRAJOLI 2024.

<sup>3</sup> Negli anni Settanta e nei primi anni Ottanta il tasso di carcerazione negli Stati Uniti era analogo a quello dei

siste nel fatto che in esso la demagogia populista ha scoperto una fonte inesauribile di consenso elettorale. Di qui l'invenzione di un nuovo metodo legislativo: la produzione compulsiva, a partire da una prima legge base, di una serie ininterrotta di leggi – di solito decreti legge, le cui sole ragioni di necessità e di urgenza sono quelle dettate dalla demagogia – dirette ciascuna ad aggravare le precedenti, estendendone i presupposti e i destinatari, accentuandone la durata e l'afflittività e ostentandone, a beneficio degli elettori, la disumanità. Ne è seguito un abbassamento della nostra democrazia. Il consenso a queste leggi a ripetizione equivale infatti, ben prima che a un suo avallo democratico, a un crollo dello spirito pubblico e del senso morale a livello di massa. La disumanità e l'immoralità, quando vengono esibite e ostentate dalle istituzioni, diventano contagiose: non capiremmo il fascismo e il nazismo senza questo ruolo performativo del senso comune svolto dalla loro legittimazione ufficiale ai vertici dello Stato.

La campagna più velenosa è quella contro i migranti. Emigrare è un diritto fondamentale, stabilito in tutte le carte dei diritti umani ed anche nell'art. 35, 4° comma della Costituzione italiana. E' anche il più antico dei diritti umani, essendo stato proclamato fin dal secolo XVI da Francisco De Vitoria a sostegno dell'occupazione spagnola del "nuovo mondo". Per secoli è stato alla base delle conquiste, delle colonizzazioni e delle deprezzazioni dei paesi poveri del mondo da parte delle potenze europee, quando erano gli europei che potevano "emigrare" e non viceversa. Oggi che l'asimmetria si è ribaltata e sono quanti fuggono da quei paesi che esercitano il diritto di emigrare, l'esercizio di quel diritto si è trasformato in delitto ed è represso con la stessa ferocia con cui fu brandito nell'età coloniale

Non meno violenta è stato l'aggravamento delle condizioni di vita dei detenuti, prodotta anch'essa, negli ultimi 30 anni, da una legislazione che ha chiuso la breve stagione riformatrice inaugurata nel 1975 e informata all'umanizzazione delle pene. Oggi, come mostrano le statistiche già ricordate, la sola politica carceraria consiste nell'aumento delle pene e della loro afflittività. Se la civiltà di un paese, scrisse Montesquieu, si misura dalla mitezza delle sue pene<sup>4</sup>, questi continui inasprimenti punitivi segnalano una pesante regressione civile del nostro paese. Ma ancor più penosa è la regressione politica, morale e culturale espressa dall'unanime consenso ad essi prestato dall'intero ceto politico. Ancora negli anni Novanta la grande maggioranza dei parlamentari italiani era favorevole all'abolizione dell'ergastolo, che infatti fu approvata il 30 aprile 1998 dal nostro Senato, con 107 voti favorevoli, 51 contrari e 8 astenuti<sup>5</sup>. Oggi quasi tutte le forze presenti in Parlamento respingono con fermezza l'accusa di essere a favore dell'abolizione dell'ergastolo e perfino dei suoi inutili inasprimenti nella varie forme del carcere duro. E' questa disumanizzazione del dibattito politico e, stando ai sondaggi, della pubblica opinione che deve preoccuparci sul futuro della nostra democrazia.

### 3. *Le norme. Il crollo delle garanzie*

Come si spiegano questi mutamenti regressivi? Le cause sono molteplici: il clima di costante emergenza alimentato dal ceto politico, in risposta dapprima al terrorismo e poi alla mafia; le

paesi europei (96 su 100.000 nel 1973 e percentuali di poco superiori fino al 1985). Nel 2018 è salito a 724 ogni 100.000 abitanti, senza che frattanto si siano avuti mutamenti significativi nel numero dei reati commessi. Ben 2.145.100 sono le persone detenute nelle 4.575 prigioni statunitensi (locali, statali, federali e private ai vari livelli): più del 20% dei detenuti in tutto il mondo, con una popolazione statunitense che è il 4,4% della popolazione mondiale.

<sup>4</sup> Cf. MONTESQUIEU 1951, 252; MONTESQUIEU 1965, 168-169: «La severità delle pene si adatta di più al governo dispotico, il quale ha il terrore come principio, che non alla monarchia e alla repubblica... In tutti o quasi gli Stati europei la diminuzione o l'aumento delle pene ha sempre coinciso con l'avvicinarsi o l'allontanarsi della libertà... La mitezza impera nei governi moderati».

<sup>5</sup> Si ricordi la bella relazione di Salvatore Senese che introdusse il dibattito parlamentare, *Per l'abolizione dell'ergastolo*, ora in SENESE 2021, 229-242.

incessanti campagne sulla sicurezza dirette a terrorizzare l'opinione pubblica onde ottenerne il consenso a inutili eccessi punitivi; la maggiore durezza, nei confronti della criminalità di strada, sia delle leggi che dei giudizi; l'ossessione punitivista che ha colpito il nostro paese e la diffusione, indotta dai populismi, della domanda sociale di pene severe e vendicative. E' chiaro che questa domanda è stata non solo soddisfatta, ma assecondata e alimentata dai vari populismi al potere. Ne è seguita una pesante regressione di tipo autoritario e illiberale del nostro sistema penale, manifestatasi nel crollo delle garanzie e nel declino del garantismo nella cultura sia del ceto politico che del ceto giudiziario. Questa regressione ha colpito tutti e tre i momenti della fenomenologia del diritto penale: il reato, la pena, il processo.

### 3.1. I reati

In primo luogo la crisi, anzi il crollo della legalità penale, sia sul piano quantitativo che sul piano qualitativo. La crisi si è manifestata da un lato nella quantità sterminata dei reati, dall'altro, sul piano qualitativo, dall'assenza di tassatività delle figure di reato. Le norme penali si contano ormai a decine di migliaia. Si calcola che il numero dei reati si aggiri intorno ai 35.000. L'inflazione delle leggi è arrivata al punto che la Corte costituzionale italiana ha dovuto archiviare come irrealistico, con la sentenza n. 364 del 1988, il classico principio della non scusabilità dell'*ignorantia legis*.

All'inflazione legislativa si è aggiunta una crescente indeterminatezza del linguaggio delle leggi che ha raggiunto forme di vera inconsistenza. È questo il secondo aspetto della crisi della legge penale: la vaghezza, l'oscurità, la tortuosità e talora la contraddittorietà dei testi legislativi, gli articoli divisi in decine di commi taluno dei quali lungo pagine intere, gli innumerevoli rinvii ad articoli e commi di altre leggi indicate solo con il loro numero e la loro data e gli interminabili e intricati labirinti normativi nei quali rischia sempre di perdersi qualunque interprete. Un esempio preso a caso: l'art.4 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, con cui è stato inaugurato, in Italia, il governo di destra della XIX legislatura. Esso dispone: «All'articolo 25 della legge 13 settembre 1982, n. 646, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, dopo le parole: "nei cui confronti" sono inserite le seguenti: "sia stato adottato un decreto di cui al comma 2-bis dell'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354"; b) al comma 3 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Copia del decreto di cui al comma 2-bis dell'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, è trasmessa, a cura del Ministero della giustizia, al nucleo di polizia economico-finanziaria di cui al comma 1"». Sarebbe interessante sapere quante persone, tra quanti hanno votato queste parole nel Consiglio dei ministri e poi in Parlamento, abbiano capito il senso di questa tipica espressione della volontà popolare.

Si capisce come una simile crisi della legalità, oltre a compromettere la capacità regolativa della legge e perciò la dimensione politica della democrazia, sia un potente fattore di espansione del potere giudiziario. Tutte le garanzie penali – la stretta legalità, l'offensività dell'evento, la materialità dell'azione e la colpevolezza dell'autore –, dalle quali dipendono la verificabilità e la falsificabilità in astratto delle ipotesi accusatorie, risultano travolte dalla deriva inflazionistica della legislazione, dall'oscurità e prolissità delle leggi e dal conseguente caos normativo. Generando spazi illegittimi di creatività giudiziaria, questo dissesto della legalità contraddice la separazione dei poteri, oscura i confini tra politica e giurisdizione, favorisce le loro reciproche invadenze di campo, mina alla radice l'obbligatorietà dell'azione penale, costringendo alla formulazione *extra legem* di "criteri di priorità", ed apre spazi incontrollabili di incertezza, di discrezionalità e talora di arbitrio all'iniziativa e al giudizio penale, indebolendone entrambe le fonti di legittimazione: la funzione di accertamento della verità processuale e la garanzia dei diritti delle persone.

### 3.2. Le pene

In secondo luogo la regressione antigarantista del nostro sistema penale si è manifestata, in maniera ancor più brutale, nella legislazione draconiana in tema di pene. Ho già ricordato il raddoppio della

popolazione carceraria e la quadruplicazione degli ergastoli in questi ultimi 30 anni. La mutazione più grave è stata la comparsa, in Italia, di ben due regimi di carcere duro, di cui l'uno è il presupposto dell'altro: il carcere duro introdotto nell'ordinamento penitenziario dall'art. 4-bis, detto "ostativo" perché non consente la concessione dei permessi e delle misure alternative al carcere, e il carcere ancor più duro, consistente in ulteriori aggravamenti, introdotto dall'art. 41-bis del medesimo ordinamento. Entrambi sono il prodotto del nuovo metodo legislativo già illustrato: la legislazione compulsiva ad aggravamenti crescenti, in forza della quale, a partire da un primo intervento repressivo, le leggi successive infieriscono sempre più crudelmente sui loro sempre più numerosi destinatari

Il primo regime speciale è quello cosiddetto "ostativo", previsto dall'art. 4-bis. Introdotto nel 1991, esso prevedeva che per i reati di mafia l'accesso ai permessi premio e alle misure alternative alla detenzione fosse condizionato alla cessazione di qualunque collegamento del detenuto con le sue organizzazioni criminali. Questa condizione negativa è stata trasformata, dal decreto-legge n. 306 dell'8.6.1992 emanato dopo la strage di Capaci, nella condizione positiva che i detenuti "collaborino con la giustizia". E' una violazione vistosa di un elementare principio di civiltà, quello secondo cui nessuno è tenuto a collaborare con la giustizia incolpando altri. Applicato all'ergastolo tale regime lo converte sostanzialmente nella pena perpetua, senza speranza, che la Corte Costituzionale ha ripetutamente censurato. Inoltre, con una serie innumerevole di leggi, l'applicazione di questo art. 4-bis è stata estesa a una lunga serie di reati non di mafia, al punto che i detenuti in tale regime sono oggi 9.529.

Il secondo regime di carcere duro, anzi durissimo, è quello previsto dall'art. 41-bis. Introdotto nell'ordinamento penitenziario del 1975 dalla legge Gozzini del 1986, questo art. 41-bis si limitava ad affidare al Ministro della giustizia il potere di sospendere in una o più carceri", in casi eccezionali di rivolte, le "normali regole di trattamento". Successivamente ha cambiato natura. Non è più una misura generale del governo del carcere affidato al Ministro della giustizia, ma un vero mutamento della pena irrogata dai giudici a singoli e determinati detenuti. Con il decreto n. 306 del 1992 è stato infatti introdotto, nell'art. 41-bis, un secondo comma, che attribuisce al Ministro il potere di sospendere le "normali regole di trattamento" anche "nei confronti dei detenuti o internati" per taluno dei delitti previsti dall'art. 4-bis, onde impedirne i collegamenti con le loro associazioni criminali. Istituito nel 1992 come eccezionale e temporaneo, questo potere ministeriale di aggravare le pene è stato reso permanente nel 2002; è stato esteso, a seguito di ripetute integrazioni, ai condannati per reati diversi da quelli di mafia e, soprattutto, è stato accompagnato da svariate vessazioni lesive dei diritti della persona – la riduzione del numero di ore di permanenza all'aperto, la limitazione degli oggetti, come libri o quaderni, di cui egli possa disporre –, del tutto estranee alle esigenze della sicurezza.

Entrambe queste forme di carcere duro sono incostituzionali. Per tre motivi. Innanzitutto esse consistono in "trattamenti contrari al senso di umanità" vietati dall'art. 27, comma 3° della costituzione italiana. In secondo luogo, e soprattutto, sono in contrasto con il principio di legalità penale: sono infatti *pene nella pena*, applicate senza che ricorra il "fatto commesso" mancando il quale, dice l'art. 25, comma 2° della costituzione, "nessuno può essere punito". Infine l'incostituzionalità più vistosa: il regime ex art. 41-bis è una misura politica, decisa dal ministro della giustizia in contrasto con il principio della separazione dei poteri e con la riserva di giurisdizione stabilita dall'art. 13, 2° comma della Costituzione secondo cui «non è ammessa forma alcuna di detenzione... né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria». In forza di tale misura politica, il ministro interferisce nell'esercizio della giurisdizione, proprio in ordine al suo momento più importante: la decisione sui presupposti e sulla misura della limitazione della libertà personale.

### 3.3. I processi penali

Infine la regressione antigarantista si è manifestata anche nell'abbassamento delle garanzie processuali. Il principio della "parità" delle parti stabilito dal comma 2° dell'art. 111 della Costituzio-

ne è vistosamente leso dalla segretezza che grava sulla fase delle indagini e che di fatto neutralizza il ruolo della difesa. «Gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria», stabilisce l'art. 329 c.p.p., «sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa venire a conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini»; cosa che avviene, dice l'art. 415-bis, con «l'avviso all'indagato della conclusione delle indagini», il quale «contiene la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatti» e «l'avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria del pubblico ministero e che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di prenderne visione ed estrarne copia». Ma neanche con questo atto l'imputato viene informato, come invece impone l'art. 111 comma 3° della Costituzione, «dei motivi dell'accusa elevata a suo carico», cioè degli elementi di prova che sono stati raccolti contro di lui e che egli, ove si stabilisse che siano portati a sua conoscenza, avrebbe la possibilità di contestare quanto meno davanti al giudice dell'udienza preliminare onde evitare il rinvio a giudizio.

Per altro verso, il principio della separazione tra accusa e difesa, che forma l'anima del processo accusatorio, è contraddetto, nel corso del processo, da quelle forme di collaborazione premiata che consistono nella confessione in cambio di una riduzione delle accuse o delle pene. Si sostiene di solito, a sostegno di queste pratiche, che la discrezionalità dell'azione penale e il conseguente spazio aperto ai patteggiamenti rappresentano un tratto caratteristico del processo accusatorio statunitense. Ma questo non vuol dire affatto che, del processo accusatorio, essi costituiscano un connotato di carattere teorico o concettuale. Una simile tesi è il frutto della confusione tra il modello teorico del processo accusatorio e due sue caratteristiche storiche, originariamente inevitabili ma oggi scomparse senza che quei due tratti, negli Stati Uniti, siano stati anch'essi abbandonati. E' chiaro che alle origini, quando il processo accusatorio era un processo di parti, sia la non obbligatorietà e la discrezionalità dell'azione penale che la possibilità delle parti di patteggiare la pena e comunque di transigere sull'esito del giudizio erano inevitabili. Ma questi medesimi caratteri – che non hanno nulla a che vedere con il modello teorico del processo accusatorio, ed anzi, coinvolgendo l'accusato nella funzione accusatoria, deformano pesantemente il processo in senso inquisitorio – perdono qualunque plausibile ragion d'essere una volta istituito l'ufficio della pubblica accusa.

In Italia, fortunatamente, la stipulazione del principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera dell'art. 112 della Costituzione ha impedito l'introduzione del principio di opportunità o discrezionalità dell'azione penale e salvaguardato, insieme al principio di uguaglianza di cui l'obbligo dell'azione penale è un corollario, l'indipendenza del pubblico ministero dal potere politico e, soprattutto, la mancata trasformazione delle imputazioni in oggetto di trattative. Sono state invece codificati riti alternativi e forme di giustizia concordata – il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti – all'insegna di un singolare potere dell'accusa e della difesa, indebitamente associato al modello teorico accusatorio, di patteggiare sulla misura della pena.

Questi traffici – che in Italia non superano il 30% dei processi – sono stati i principali responsabili del boom penitenziario americano, essendosi trasformati, negli Stati Uniti, in procedure sommarie di incarcerazione della povertà senza processo. Essi riguardano il 95% delle condanne, tanto che è difficile continuare a chiamare accusatorio il processo statunitense nel quale il pubblico contraddittorio è riservato solo al 5% dei giudizi. Assai più che “riti alternativi”, essi sono in realtà “alternative al processo”, risolvendosi di fatto in procedure ricattatorie in forza delle quali il malcapitato viene dalla pubblica accusa, con il coltello dalla parte del manico, posto di fronte all'alternativa tra la scelta di un pubblico dibattimento, nel quale sarà destinato quasi certamente alla condanna perché privo di adeguate difese, e l'accettazione di una pena inferiore a quella edittale e magari il non esercizio dell'azione penale per altre possibili imputazioni. Non a caso la gran parte degli oltre 2 milioni di detenuti nelle prigioni statunitensi sono persone povere, di colore, socialmente emarginate.

Un processo penale degno di questo nome deve rifiutare simili mercimoni, che coinvolgono la persona indagata nel ruolo dell'accusa, ne ledono la libertà morale che il nostro stesso codice di procedura dichiara, negli artt. 64 comma 2° e 188, di voler garantire<sup>6</sup>, violano vistosamente il diritto dell'imputato al silenzio e annullano la separazione tra accusa e difesa che è la condizione di un autentico contraddittorio. Questi riti alternativi con i loro patteggiamenti non sono riformabili. Vanno semplicemente aboliti. L'argomento a loro sostegno è l'enorme mole e l'eccessiva durata dei processi svolti con le garanzie del pubblico dibattimento. Ma qui abbiamo un rimedio peggiore del male: un male che può e deve essere soppresso alla radice, come ora vedremo, con l'opzione per un diritto penale minimo, che assicuri l'efficienza del processo oltre alla tenuta delle garanzie penali e processuali.

#### 4. *L'alternativa garantista: il diritto penale minimo*

L'alternativa razionale a questo sfascio del diritto e della giurisdizione penale è una rifondazione del loro modello garantista e costituzionale. Coniugandosi con l'opzione per il diritto penale minimo, questo modello disegna anche le sole strategie in grado di garantire l'efficienza del sistema penale. Indicherò le più rilevanti di queste strategie distinguendole, di nuovo, a seconda che riguardino i reati, le pene o i processi.

##### 4.1. *I reati*

In tema di reati la principale strategia in grado di realizzare il modello garantista è una radicale rifondazione della legalità penale: la trasformazione della riserva di legge in materia penale in una *riserva di codice*<sup>7</sup>, accompagnata da una norma sulla chiarezza e la precisione del linguaggio legale. In forza di questo principio, che per essere vincolante va formulato da una norma costituzionale<sup>8</sup>, nessuna norma penale o processuale potrebbe essere emanata se non attraverso modifiche o integrazioni del codice penale o del codice di procedura penale, che peraltro dovrebbero essere formulate con parole chiare, semplici e comprensibili a tutti. I codici verrebbero a configurarsi come testi normativi al tempo stesso esaustivi ed esclusivi dell'intera materia penale, conoscibili dal cittadino quali razionali sistemi di regole di condotta e dotati di interna coerenza, chiarezza e sistematicità. Verrebbero accresciute la loro certezza e la loro capacità regolativa nei confronti tanto dei cittadini quanto dei giudici. La *tabula rasa* dell'attuale caos normativo offrirebbe l'occasione per decidere non già ciò che va depenalizzato ma ciò che va penalizzato, sulla base di un radicale ripensamento del catalogo dei beni meritevoli di tutela penale in accordo con i principi della Costituzione. Si avrebbe inoltre una semplificazione del diritto penale: i reati consisterebbero tutti in delitti, con i medesimi elementi costitutivi, sia oggettivi che soggettivi, e sarebbero tutti punibili con gli stessi tipi di pena.

Ne risulterebbe eliminato tutto l'enorme diritto penale burocratico che oggi impegna ed ingolfa la macchina giudiziaria. Di esso fanno parte – e dovrebbero perciò, a mio parere, essere de-

<sup>6</sup> I due articoli – 64, 2° comma e 188 c.p.p – sono identici: «Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

<sup>7</sup> Ho più volte proposto la stipulazione di una riserva di codice in materia penale, che peraltro, per vincolare il legislatore, deve essere stabilita da norme costituzionali: in FERRAJOLI 1996, 537-538; FERRAJOLI 2016, 223-236; FERRAJOLI 2017b, § 15.16 (388-391) e, da ultimo, in FERRAJOLI 2011, § 5.5 (247-251).

<sup>8</sup> Una riserva di codice, rimasta totalmente ineffettiva perché formulata da una norma di legge ordinaria, è stata introdotta in Italia dal decreto legislativo n. 21 del 2018, in attuazione della legge delega n. 103 del 2017 che ha inserito nel codice penale il seguente articolo *3bis*: «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia».

penalizzate e tramutate in illeciti amministrativi, per il loro carattere evidentemente non grave – tutte le contravvenzioni e tutti i reati puniti con la sola pena pecuniaria, talora addirittura inferiore a molte sanzioni pecuniarie amministrative. Se un fatto viene configurato come contravvenzione o punito solo con una multa, vuol dire che non è ritenuto lesivo di alcun diritto o bene o interesse fondamentale, se non altro perché nessun diritto o bene fondamentale può essere monetizzato. Se poi si ritiene che taluni di questi reati contravvenzionali o puniti con la sola multa siano meritevoli, per la loro gravità, di essere proibiti e puniti penalmente, allora essi vanno trasformati in delitti e puniti con le pene a questi riservate. Si avrebbe inoltre l'occasione per sopprimere tutto quello che possiamo chiamare diritto penale declamatorio, perché consistente nella previsione come reati di fatti che le pene non sono in grado di prevenire ma solo di declamarne l'illiceità e di rendere clandestini, come l'aborto e l'uso personale di droghe. La giustizia penale non può essere disturbata né tanto meno disturbare i cittadini per illeciti scarsamente offensivi o peggio non prevenibili con le pene.

#### 4.2. *Le pene*

In tema di pene, il modello garantista ne impone una riforma non meno radicale. Dobbiamo riconoscere che, in contrasto con il suo modello teorico di pena uguale ed esattamente predeterminata dalla legge, la reclusione carceraria è una pena profondamente disuguale e indeterminata nei contenuti. Le carceri sono tutte diverse l'una dall'altra e, all'interno di ciascun carcere, è diversa, di fatto, la condizione di ciascun detenuto. Come ha osservato Tatiana Effer in un libro recente, la reclusione attuale, proprio perché consiste in una lunga serie di afflizioni non previste dalla legge, difetta di tassatività, in violazione, quindi, sia del principio di stretta legalità penale, sia dei principi di uguaglianza e di dignità della persona del detenuto<sup>9</sup>.

Il solo modo per realizzare la tassatività della pena detentiva è perciò la soppressione di tutte le vessazioni e le afflizioni – a cominciare, ovviamente, da ogni forma di carcere duro – che di fatto si aggiungono, nella detenzione carceraria, alla privazione della libertà personale e ne differenziano l'afflittività. Si darebbe così attuazione al principio, più volte stabilito dalla Corte costituzionale italiana, che la pena detentiva deve consistere nella sola privazione della libertà personale<sup>10</sup>; sicché tutti gli altri diritti – il diritto all'integrità fisica, l'immunità da maltrattamenti, le classiche libertà fondamentali, fino al diritto alla salute e all'istruzione – dovrebbero restare in via di principio garantiti anche ai detenuti. Il solo tipo di carcere idoneo a realizzare la tassatività delle pene sarebbe insomma il carcere modello, quale quello realizzato in Italia dal carcere di Bollate.

#### 4.3. *I processi*

In tema di processi, il modello garantista impone che ne sia pienamente realizzata la struttura triadica, attraverso la garanzia della più rigida separazione tra i tre protagonisti del processo: il giudice, l'accusa e la difesa.

Tutte le garanzie processuali, infatti, altro non sono che la traduzione in norme giuridiche delle regole elementari dell'induzione empirica: 1) l'onere della prova a carico della *pubblica accusa*, che altro non è che l'onere di produrre conferme empiriche dell'ipotesi accusatoria, idonee a motivarne, per *modus ponens*, l'accettazione come vera; 2) il diritto di *difesa dell'imputato*, che altro non è che il contraddittorio e la messa alla prova della medesima ipotesi attraverso la sua esposizione, per

<sup>9</sup> EFFER (mns.), cap. IV. Tatiana Effer propone, in accordo con il principio beccariano e kantiano della persona come fine e mai come cosa o mezzo, una rifondazione garantista della teoria della pena sulla base della concezione del detenuto come soggetto e mai come oggetto: egli “è il soggetto degli obblighi e dei divieti fissati dalla sanzione e non l'oggetto su cui si esercita l'atto punitivo” (EFFER (mns.), Introduzione).

<sup>10</sup> Sentenze n. 114 del 1976 e n. 26 del 1999.



*modus tollens*, alle contro-prove e al suo possibile rifiuto come falsa; 3) la valutazione delle prove e delle controprove da parte di un *giudice terzo*, che altro non è che l'imparzialità della decisione sull'accettazione o sul rigetto dell'ipotesi accusatoria. Le garanzie processuali sono dunque la trasposizione istituzionale, sulla scena del processo, della logica induttiva della ricerca scientifica. Con una sola, fondamentale differenza: mentre nella logica induttiva adottata dalle scienze empiriche o dalla storiografia le tre regole e i tre momenti sopra indicati appartengono a un medesimo ragionamento, nel processo essi corrispondono a interessi e a funzioni diverse ed opposte: l'accusa, la difesa e il giudice *super partes*. Di qui la necessità che i tre momenti dell'induzione probatoria vengano impersonati, sulla scena del processo, da tre soggetti non solo diversi, ma tra loro rigidamente separati perché portatori di interessi diversi e tra loro contrapposti.

Ne consegue l'incompatibilità, con il modello garantista della giurisdizione, dei patteggiamenti e di altre forme di collaborazione premiata, che equivalgono sempre a forme di confusione e coinvolgimento della difesa nell'opera dell'accusa. Ma ne risulta anche l'insostenibilità della disparità tra le parti che si manifesta nella segretezza in tutta la fase delle indagini. Per attenuare, se non per superare questa disparità occorrerebbe quanto meno, a mio parere, che l'avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari previsto dall'art. 415-bis del codice di procedura, anziché limitarsi a fornire "la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatti", contenesse anche l'indicazione di tutte le prove raccolte a carico dell'imputato. Solo così l'imputato potrebbe tempestivamente contestare il fondamento dell'accusa e così bloccare sul nascere il processo nei suoi confronti, prima del rinvio a giudizio, così limitando lo strapotere dei pubblici ministeri.

## 5. *Questione penale e questione criminale*

La rifondazione garantista qui sommariamente illustrata della giurisdizione penale è oggi imposta anche da un paradossale contrasto intervenuto in questi anni tra questione penale e questione criminale. Mentre la vecchia criminalità individuale, come si è mostrato nel § 2, è letteralmente crollata, è cresciuta la criminalità dei potenti: dei poteri criminali, cioè delle mafie e delle camorre, e dei crimini del potere, dalle corruzioni alle truffe allo Stato e alle devastazioni dell'ambiente. Ma non è cambiata la questione penale: diritto e giurisdizione penale si occupano, ancor più che in passato, soprattutto della vecchia criminalità di strada, come provano gli innumerevoli "pacchetti sicurezza" contro immigrati ed emarginati e come mostra la composizione della popolazione carceraria, dove i "colletti bianchi" detenuti – anche grazie al garantismo del privilegio sviluppatosi simultaneamente a sostegno dei potenti – sono solo il 3,5%.

Un diritto penale razionale e garantista dovrebbe invece orientarsi verso le forme del diritto penale minimo sopra illustrato, onde dedicare mezzi ed energie soprattutto alla ben più offensiva criminalità dei potenti. Dovrebbe inoltre liberarsi dall'idea che il diritto penale sia il solo o quanto meno il principale strumento di lotta alla criminalità. Il diritto penale è solo l'ultima e la più infelice delle strategie di contenimento della criminalità di strada e di sussistenza. Ben più efficaci sarebbero le politiche sociali in tema di lavoro, di istruzione e di assistenza e, per quanto riguarda i reati di sangue, la rigida messa al bando di tutte le armi. Perfino la prevenzione della delinquenza dei colletti bianchi potrebbe avvenire, in maniera incomparabilmente più efficace di quanto avvenga con il diritto penale, con talune semplici riforme istituzionali: in primo luogo con la sburocraizzazione dello stato sociale, cioè con la riduzione degli spazi di discrezionalità – fonte principale di arbitri, discriminazioni e corruzione – generati dall'inutile, complicata e costosa mediazione burocratica interposta tra i diritti sociali e le prestazioni che ne sono le garanzie, e la sua sostituzione con la loro garanzia quanto più possibile *ope legis*; in secondo luogo con l'attuazione di una ben più rigida separazione tra poteri istituzionali e poteri extra-istituzionali: da un lato tra poteri politici e poteri economici, onde ridurre i conflitti d'interesse e i condizio-

namenti dei primi da parte dei secondi e ristabilire il rapporto di governo, oggi ribaltato, della politica sull'economia; dall'altro tra i poteri politici e i poteri sociali, onde restituire i partiti, oggi identificati con le loro rappresentanze elettorali, al loro ruolo di organi della società, quali luoghi di formazione della volontà popolare, in grado di controllare i loro rappresentanti in maniera assai più efficace e fisiologica di quanto non faccia la giustizia penale<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Su queste riforme, qui solo accennate, rinvio a FERRAJOLI 2024, cap. VII.

*Riferimenti bibliografici*

- EFFER T. (mns.). *La pena in bianco. La legalità “nella misura del possibile”*, manoscritto non pubblicato.
- FERRAJOLI L. 1996. *La pena in una società democratica*, in «*Questione giustizia*», 3-4, 1996, 537 ss.
- FERRAJOLI L. 2007a. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. 1. *Teoria del diritto*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2007b. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. 2. *Teoria della democrazia*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2011. *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2016 [2001]. *Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva di codice*, (2001), ora in ID., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di IPPOLITO D., SPINA S., Editoriale Scientifica, 2° ed., 223 ss.
- FERRAJOLI L. 2024. *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza.
- MONTESQUIEU C.L. 1951 [1721]. *Lettres Persanes*, LXXX, in ID., *Oeuvres complètes*, vol. I, Gallimard.
- MONTESQUIEU C.L. 1965 [1748]. *Lo spirito delle leggi*, (tr. it. a cura di S. Cotta), Utet.
- SENESE S. 2021. *Per l'abolizione dell'ergastolo*, ora in ANASTASIA S., CORLEONE F., PUGIOTTO A. (eds.), *Contro gli ergastoli. Perché il carcere a vita non è la soluzione, ma il problema da risolvere*, Futura, 229 ss.

# Interest Theory without Trimmings: Kramer's Account of Rights

MIGUEL **FERNÁNDEZ NÚÑEZ**

Assistant Professor of Philosophy of Law, Universidad Autónoma de Madrid, Spain.

E-mail: [miguel.fernandezn@uam.es](mailto:miguel.fernandezn@uam.es)

## ABSTRACT

From 1998 to the present, Matthew Kramer has developed a highly sophisticated and influential analysis and theory of rights. In this article, I reconstruct that account, identify its main strengths and weaknesses, and attempt to offer a partial alternative.

## KEYWORDS

Matthew Kramer, right-holding, interest theory, theories of rights, legal philosophy

# Interest theory without trimmings: Kramer's account of rights

MIGUEL FERNÁNDEZ NÚÑEZ

1. *Introduction* – 2. *Characterization of K's account of rights* – 2.1. *A brief classification of K's explanation* – 2.2. *Key to K's definition of "to hold a right"* – 3. *Right-holding at the core of the theory: Bentham's test* – 3.1. *A right-holder identification tool, alternative to the Bentham's test* – 4. *Scope of the Kramerian theory* – 4.1. *What rights? Defined legal rights* – 4.2. *What rights? Claims* – 5. *On the justificatory dimension of K's theory and theories of rights.*

## 1. *Introduction*

In this paper, I critically analyse the account of rights developed by Matthew H. Kramer (from now on I will refer to him as "K"). My aims are as follows. First of all, I reconstruct K's theory and analysis of rights; this is a task worth undertaking in itself because, from a metatheoretical point of view, they are and have been deeply influential for several contemporary approaches to rights, and because, from a theoretical point of view, they have a number of merits.

On top of it, and more interestingly, I evaluate the results that K arrives at, and I criticise several elements of the approach and of the solutions of K's account of rights. From now on I can advance that some of the main merits of his explanation consist in his analysis of the structure and the combinatoriality of rights (the "structural" or "formal" character of his analysis, as I will explain shortly) and some of the elements of his theory understood as a tool for the identification of right-holders. For his part, some of the main shortcomings of his explanation lie precisely in this limitation (and other limitations) and in the various argumentative moves that K is forced to make in order to maintain his restrictive position coherently.

Thus, the order I observe in this paper is as follows: first, after a brief characterisation of K's theory, I unpack his definition of "holding a right", both in its main theoretical elements and in its metatheoretical presuppositions. Indeed, some of the main shortcomings of K's proposal are to be found in the very metatheoretical commitments it assumes and those it (pretends) not to assume.

Second, I analyse the lynchpin of Kramerian theory of right-holding, the tool for identifying right-holders: the so-called "Bentham's test". Among other things, this test is excessively and partly unnecessarily complex, so I present alternative right-holder identification guidelines for the sake of theoretical simplicity.

Thirdly, I study the meanings of "right" covered by Kramerian theory. It restricts itself to the legal system, to legal rights at a stage of enactment where they are already "defined", and, among the various basic (structural) meanings of "right", it focuses on Hohfeldian claims. These decisions are, in part, unduly restrictive and, indeed, Kramerian stipulations concerning the "genuine type" of "right", studied by a "genuinely legal philosophical" approach, namely defined legal claims, need to be criticised.

As I will show, K leaves various aspects of rights unexplained and argues, sometimes illegitimately, that it is metatheoretical and methodological reasons that impose this abstinence.

Precisely, in the fourth place, I critically address some metatheoretical and methodological questions about justification of rights and about the possible and desirable purposes of a theory of rights: I examine which tasks are covered by K's theory and which tasks should be covered

\* This is a revised and a slightly shortened version of the Chapter VII of FERNÁNDEZ NÚÑEZ 2023.

by a theory of rights, as well as the actual and possible evaluative-justificatory commitments of such theories. As we will begin to see below, despite K's many precautions against making excessive theoretical commitments, his theory does make them, and it is worth unravelling them and carefully assessing their degree of solidity.

## 2. Characterization of K's account of rights

### 2.1. A brief classification of K's explanation

In order to understand the main points of this paper, let us briefly explain the meaning and the basis of the previous considerations. Let us therefore outline the metatheoretical considerations that are useful for classifying K's theory and then let us characterise the theory itself.

In fact, what do I mean by "structural" or "formal" character of K's theory? Under different names and sometimes in an unclear or somewhat criticisable manner, in the philosophical literature about rights is commonplace to distinguish the analyses, mainly "descriptive" or "reconstructive", of the analytic-conceptual elements of rights, of the formal traits of rights (e.g., which structure can have a normative position designed as "right" and which relation can entertain such a normative position with other relevant normative notions), from the investigations, frequently "evaluative" or "justificatory", about the *raison d'être* of rights, about the material traits of rights.

The most notorious example of a theory of the first kind is Hohfeld's: Hohfeld proposes a conceptual regimentation of the vocabulary of rights and he distinguishes basic eight normative positions corresponding to what are usually and generically referred to as "rights" and "obligations". The basis for such a distinction is structural, "syntactical" so to say: it depends on the different logical form of the normative position concerned, and this form can also be defined in virtue of the relations that the normative position entertains with other normative positions (precisely, its correlative normative position and its contradictory normative position)<sup>1</sup>. So, in a nutshell, Hohfeld offers an inventory of the atomic normative positions according to their logical form and he offers rules for their composition and derivation. On his side, we can find as notorious example of theories of the second kind the so-called "dynamic" conception of rights, formulated by authors such as Raz, MacCormick, Marmor and Waldron. These authors are concerned with the justificatory dimensions of rights and their functions as a source of material conditions for the validity of new legal norms and with the capacity of rights of justifying the establishment of new normative notions<sup>2</sup>. It should be noted that K's theory, beginning in 1998 and continuing to the present day<sup>3</sup>, forms a kind of critical and historiographical bridge, embracing the reaction to the dynamic conception of the last three decades of the twentieth century and the reaction by and to the new proposals, alternative to the classical oppositions, of the twenty-first century (mainly Wenar and Sreenivasan). The opposition with the dynamic conception will play an important role in this work.

As I have said, if the above distinction between two kinds of approaches to rights can and should be traced (with some qualifications, as we will see), K's is mainly a theory of the first kind and hardly a theory of the second kind –in fact, as we will see immediately, it is, to a

<sup>1</sup> As we shall see, the deductive properties of correlativity and contradictoriness are relevant for the identification of right-holders.

<sup>2</sup> The opposition between these two theoretical enterprises so understood is obvious: the question of the justificatory dimension of rights is quite different from the question of the structural dimension of rights; the question of the capacity of rights to serve as inconclusive but reasonable grounds for other normative concepts is quite different from the question of the deductive derivation of other normative concepts from rights.

<sup>3</sup> In fact, in 2022, K announced an imminent book (KRAMER 2022, 363 f.).

great extent, a vindication of Hohfeld's account of rights from the attempt of refutation by the defendants of the dynamic conception of rights-, and its merits are patent if it is understood as a theory of the first kind. At any rate, we will also see that this distinction should not be taken as too clear-cut and, in particular, that we can distinguish different ways of understanding the question of the justification of rights. These nuances will become important, also because many of the shortcomings of K's theory, in fact, have to do with the (explicit) lack of recognition of the second dimension of a theory of rights (together with the desirability of introducing nuances in this second dimension). But we will see such shortcomings in due course; before is important to characterise K's theory of rights.

The Kramerian model of rights can be characterised as the careful combination of a structural model and a functional model of rights. More precisely, the core of such a model can be found in the intersection of two premises: [1] the Hohfeldian thesis of correlativity of rights and duties and [2] the defining clause subscribed to by any version of the Interest theory.

[1] Correlativity is a basic thesis of the Hohfeldian theoretical proposal: to say that one normative position is correlative with another means that there is a relation of biunivocal correspondence (of a logical and existential nature) between the two normative positions. That  $T$  and  $T'$  are correlative means that, necessarily,  $T$  takes place between Giulia and Marta with respect to  $\varphi$  if and only if  $T'$  takes place between Marta and Giulia with respect to  $\varphi$ . According to the Hohfeldian table, the following four pairs of basic normative positions are correlated: claims and duties, liberties and no-rights, powers and liabilities, immunities and disabilities<sup>4</sup>. The first basic normative positions of each pair are often and generically referred to as "rights", the latter as "duties"<sup>5</sup>.

A basic implication of correlativity, central to the understanding of Hohfeldian biunivocal correspondence, and especially relevant to the work of identifying the law, focuses on the deontic consequences of entitlements. By assuming that «the right to  $\varphi$  of Fatima with respect to Hanan» is equivalent to «the duty to  $\varphi$  of Hanan with respect to Fatima», then one subscribes that the norm  $N_1$  «Fatima has a right to  $\varphi$  with respect to Hanan» is equivalent to the norm  $N_2$  «Hanan has a duty to  $\varphi$  with respect to Fatima». Therefore, if an authority produces  $N_1$ , it has, by equivalence, produced  $N_2$ . Assuming  $RAxy \leftrightarrow OAyx$ , and assuming  $RAxy$ , it is concluded by *modus ponendo ponens* that  $OAyx$ .

[2] The defining clause subscribed by any version of the Interest theory can be stated as follows: «The function of a right is to protect (secure or promote) an interest of the right holder». It can also be stated, as a qualification, that «that by virtue of which an individual has a right is the fact that an aspect of his well-being is protected by the law». This is a jurisprudential qualification about the normative effects and relevance of certain legal institutions, rather than simply a qualification of legal science oriented towards the identification of law. K uses this qualification, in the first sense (i.e. the effects and relevance of institutions), with a view to carrying out the qualification in the second sense (i.e. the identification of law). Although we will look at K's more idiosyncratic definitions below, this definition also fits his theory. Indeed, even with caveats, K posits a theory where the question of «who has a right» (as well as, of course, the answer to that question) is equivalent to the question of «who benefits from the correlative obligation»<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> I am not going to detail the famous Hohfeldian table (cf. HOHFELD 2010; cf. KRAMER 1998, 7-22; cf. PINO 2017, 82 f.; cf. GUASTINI 2011, 92-98; cf. GUASTINI 2006, 38-41; cf. LINDAHL 1977, 25-27). I will refer to its categories, with the designations I have just used, subscribing to (most of) the Hohfeldian teachings.

<sup>5</sup> K speaks of "entitlements" and "correlatives" respectively.

<sup>6</sup> As I will show soon, K speaks not only of "benefit", but also, more recently, of "normative protection" and of "inherent and deontic protection". Of course, this introduces some change in the configuration of K's theory as a usual version of the Interest theory.

The Kramerian theory of rights constitutes a fragment of a theory of the application of law whose function is to identify the normative subject or primary addressee of rights-attributing norms (as we will see, especially imperative norms) in cases of epistemic insufficiency. In a nutshell, the theory can be summarised as follows: «Specifically, what the Interest Theory does is to articulate the basis for the directionality of any legal duty. In other words, it recounts the general considerations that determine to whom any legal duty is owed» (KRAMER 2010, 31 f.). The fundamental idea behind K's theory, as set out in this quote, is relatively simple: given that all duties are directional, that is, they are imposed vis-à-vis someone, and that what determines against whom they are imposed is the benefit they bring to that individual, in order to know who is a right-holder one has to ask who benefits from the duty correlative to the right we are inquiring about.

The identification of the right-holder rests then on [A] the content of the relation (does a certain normative position have the same content as the duty we already know?), on [B] the correlativity thesis (is that normative position correlative to the duty we already know?) and on [C] the defining clause of the interest theory (who benefits from the duty we already know?). These are important lessons that can be drawn from K's theory and analysis and with which a tool for identifying right-holders can be constructed (which I elaborate and propose in the second section of this article). K presents another tool, more sophisticated than the one I propose, but more complex and involving more significant problems, the so-called "Bentham's test". As we shall see, the greater epistemic ease of identifying duties, the idea of knotting a direct benefit with the directionality of duties as a basis for identifying rights-holders and the mechanisms with which to do so are Hartian teachings addressed to interest theorists that K incorporates into his proposal. So, the two elements referred to above ([1] the contribution of the Hohfeldian table and the correlativity thesis and [2] the defining clause of the Interest theory) are channelled by [3] the Hartian technical-legal contribution. With negative effects.

## 2.2. Key to K's definition of "to hold a right"

In this first section, starting from a definition of K's Interest theory, I examine the most salient properties of the theory, while critically breaking down the *definiens*. The following is K's most recent stipulation of "the holding of a right by a subject X"<sup>7</sup>:

«Necessary and sufficient for the holding of a legal claim-right by X is that the duty correlative to the claim-right deontically and inherently protects some aspect of X's situation that on balance is typically beneficial for a being like X (namely, a human individual or a collectivity or a nonhuman animal)» (KRAMER 2022, 372).

A slight change from his penultimate stipulation is that K now refers to "deontic and inherent protection", where before he spoke of "normative protection", and now he refers to "legal claims", where before he spoke of "legal rights"<sup>8</sup>. These are by no means simple notational changes; they are significant explicit moves toward duties and claims, on which there will be occasion to dwell; for the moment, I will refer to "legal rights", since I understand that most of K's theory is directly applicable to any basic meaning of "right", and not only to claims.

First of all, in order to understand K's proposed definition, it is worth noting that it responds to a metatheoretical view about definitions in general and about the definitions of "holding a right" that a theory such as K's should offer in particular, which is far from peaceful. Until recently, K only

<sup>7</sup> Cf. KRAMER 2021, 1.

<sup>8</sup> KRAMER 2019, 3.



formulated his definition in terms of necessary conditions<sup>9</sup>. The reason for this was his conviction that providing necessary and sufficient conditions of having a right implied excessive jurisprudential commitments, a theory of the “nature” of law and a theory of legal interpretation<sup>10</sup>. He has recently overcome his earlier reservations, as he considers that such excessive commitments are made only by a theory of rights and considers that his is only a theory of right-holding, and thus a fragment of a theory of rights that need not adhere to such commitments<sup>11</sup>.

Indeed, one may object to K’s decision in two directions. First, there are reasons to doubt that a theory of rights must take on so many commitments –or others, such as the conditions of existence of rights– in order to be able to call itself a theory of rights<sup>12</sup>. This wrongly presupposes that such a theory must pronounce on a certain set of questions and that it must treat them exhaustively. On the face of it, what is questionable is to provide a definition of “holding a right” in terms of necessary and sufficient conditions, and not so much because of what a theory of rights must pronounce on or be silent about, but because it is too demanding and unpromising an aspiration to provide an exhaustive set of conditions of use for any occurrence of the term “rights”. The problem, as I understand it, is not that of any theory of rights that claims to pronounce on general questions, but that of a theory that explains rights on the basis of definitionism<sup>13</sup>. Indeed, identifying the necessary and sufficient defining conditions of “right” is a very demanding task, unduly arduous for an institutional concept like “right”<sup>14</sup>.

Second, there is reason to doubt that his strategy of considering his theory as a “theory of right-holding” is apt to avoid a number of compromises that K seeks to avoid: to the not negligible extent that such a theory answers questions typical of theories of rights, in many versions (what counts as a right? what counts as a benefit, protected by the right?), it is a theory of rights, just like the others, except for the name K has chosen to give it (or to emphasise). I will return to the important problem of what K means and what is to be understood by a “theory of rights”.

Incidentally, and in order to settle the question of the status of the conditions that make up the Kramerian definition, it is worth noting that another condition for being able to speak of “rights” consists in the existence of norms: legal rights have their source in legal norms<sup>15</sup>.

To this set of necessary conditions is added, as we shall see later, another condition, relating to the holding of rights. A proposal such as K’s would surely distinguish levels of abstraction and place the enactment of a norm and the membership of a subject in the set of holders at a different level, as a sort of more abstract precondition. So, the concurrence of these necessary and, if my reconstruction is exhaustive, jointly sufficient conditions, is not problematic; not, at least, internally to the Kramerian proposal, regardless of the greater or lesser viability of definitionism.

<sup>9</sup> See KRAMER 2016, 1.

<sup>10</sup> See KRAMER 2016, 9.

<sup>11</sup> From a personal conversation with K 2020.

<sup>12</sup> Although, as I say, in K’s case, he already has a pre-constituted view of what content should be present in any theory of rights, which is highly debatable.

<sup>13</sup> For definitionism and its shortcomings, see PRINZ 2002, 32-49.

<sup>14</sup> Setting such demanding criteria produces undesirable consequences, namely the undue imputation of combinatorial vagueness to multiple linguistic uses of the expression “rights”. Some problems of definitionism are analogous to the problems of providing a lexicographical definition of the type “a right is X”, well known to the analytical jurisprudence of rights, since Hume and Bentham. In fact, Hart’s position on this is very significant. In several famous passages, Hart also defends definitionism as a conceptual model of rights (e.g., see HART 1955, 180; see HART 1982, 187 ff.). In others, however, he does not seem so strict (see HART 1982, 192 ff.). Most significantly, his famous definition, in *The Concept of Law*, of “legal order” as a union of primary and secondary norms departs from definitionism.

<sup>15</sup> KRAMER 2008, 418; KRAMER 2010, 33. In some passages, K identifies the existence of a “law”, a norm or decision that confers a specific type of right on a given individual, as the second necessary condition for the possession of rights according to the Interest theory (the inherent, deontic protection of some aspect which is beneficial to the right-holder) and the third necessary condition according to the Will theory (competence, i.e. the factual capacity to deliberate and choose, and authorisation, i.e. the legal capacity to demand and waive the fulfilment of an obligation).

As should be obvious by now, the configuration of K's Interest theory is eminently legal technical and has the manifest pretension of precluding any reference (beyond those that K considers strictly unavoidable)<sup>16</sup> to the justification of rights. The fundamental purpose of this theory is to serve as a tool for the identification of the holder of a right through knowledge of the correlative duty. In K's view, this allows the researcher to refrain from alluding to the justification of duty<sup>17</sup>. Moreover, in general, the justification of a certain legal relationship can be right-based or duty-based and in either case the defining clause of the Interest theory could be applicable<sup>18</sup>. The typical scenario of the Kramerian identification tool is that of a subject duty-bounded to do something: given that we know the content of a duty and given the different non-normative facts that determine the fulfilment of that duty, we apply the defining clause of the Interest theory to them, which allows us to determine who holds the right<sup>19</sup>. In other words, we can know in the first place the "existence", the content and the subject bound by a particular (defined) duty without knowing to whom that duty is owed; on this data, K's Interest theory provides the additional information that makes it possible to identify the holder of the correlative right.

If the argumentation of the dynamic conception of rights has led, from the 1970s onwards, to the tendency to see the Interest theory as closely linked to the dynamic conception of rights – for it is precisely the "interest" that, for the dynamic conception, denotes the justificatory dimension of rights–, K's Interest theory is the most notable exception to this linkage, since its distinctive aspects are antithetical to those defended by the dynamic conception of rights, traditionally hegemonic among the defenders of the Interest theory<sup>20</sup>. Interestingly, although sometimes K circumscribes a definition almost identical to that I have quoted at the beginning of the section to his own theory<sup>21</sup>, in previous works has argued that such a definition was suitable to capture other (legal philosophical) Interest theories<sup>22</sup>. However, some of the most important Interest theories (namely, the advocates for the dynamic conception) do not coincide with that definition. K would certainly retort that these theories are not genuine legal philosophical theories but belong to the field of political philosophy. This is in fact K's attempted retort to Raz<sup>23</sup>. However, such a retort would entail begging the question. As I show in this paper, the decision to focus primarily on the identification of right-holders and to configure the Interest theory as a legal-theoretical tool is a thematic choice, which can be seen as restrictive. On these metatheoretical disagreements I will dwell at the end of my essay. Not only should K devote more effort to proving the significance of what is clearly no more than a thematic choice, but he cannot presuppose that explanations such as his are the only valid legal

<sup>16</sup> Such references constitute what K calls the "thin evaluative stance" of the Interest theory, a rather cryptic name inspired by the Rawlsian "thin theory of the good" (KRAMER 1998, 91). In the final section of this paper, I will address this issue.

<sup>17</sup> See KRAMER 2016, 2.

<sup>18</sup> As can be seen, the two theses I have just referred to are opposed to the theses of the aforementioned "dynamic conception" of rights. For the dynamic conception of rights, rights have a conceptual priority over other normative position, precisely because rights are not (at least not primarily) identifiable with a clearly determined normative position, but with the very reason for the attribution of normative positions, which will be successively determined. Classical reconstructions and critical appraisals of the "dynamic conception" of rights include KRAMER 1998, 22 ss; SIMMONDS 1998, 149 ss; CELANO 2013 [2001], 65 ff; contemporary reconstructions and critical appraisals include POGGI, 2013, 78-81; PINO 2017, 90 f; and, in more detail, FERNÁNDEZ NÚÑEZ 2023, 202-246.

<sup>19</sup> Cf. KRAMER 2010, 32.

<sup>20</sup> The echo of the founding work KRAMER 1998 has been remarkable. And one can speculate that it has been to the extent that notable analytical jurisprudence defences of the dynamic conception have been fewer and fewer since the 2000s and, especially, Raz and MacCormick have virtually ceased to write about rights.

<sup>21</sup> See KRAMER 2016, 1.

<sup>22</sup> In fact, K has claimed that his definition can account for any version of the Interest theory formulated in a legal philosophical key (KRAMER 2010, 32), for most versions (KRAMER 2013, 246), or for the most capable versions (KRAMER 2008: 417).

<sup>23</sup> KRAMER 2010, 31.

philosophical account of rights. This is why K can be accused of *petitio principii*: K takes for granted what he should prove, namely that the tasks he undertakes are theoretically valuable and do not constitute an undue restriction, because they are indeed the only valuable tasks. For even if it were legitimate for K to attend to certain aspects that a theory of the function of rights can deal with and neglect others, and his preference reflects full congruence with his metatheoretical and methodological presuppositions, he should not label theories that attend to the aspects that K neglects as “non legal philosophical”. In any case, as a matter of principle, and leaving aside the possible criticisms I might make, the lack of agreement between the dynamic Interest theorists and K’s definition is due to at least two reasons. Firstly, because the latter enumerates the type of entities that can be right-holders and the resulting list can be considered under- or overinclusive<sup>24</sup>. Secondly, and more importantly, because of its “static” and “retrospective” way of expressing the relationship between rights and duties. Indeed, K’s treatment of rights is characterised by an approach that [1] is entirely in line with the correlativity thesis as conceived by Hohfeld; [2] is eminently confined to legal positions; [3] concentrates on legal positions when they have been determined, i.e. when their components are sufficiently determined, when they have taken the form of “defined entitlements”.

The theoretical disagreements between K and the advocates of the dynamic conception are accompanied by metatheoretical and methodological disagreements<sup>25</sup>. However, many of the criticisms made by the advocates of the dynamic conception are, taken per se, not accurate<sup>26</sup>.

The point is that, according to K, in order to establish the content of rights (or rather, more precisely and modestly, to identify the holder of a right) we are not forced to pursue an enquiry into the point of rights or the reason by virtue of which duties have been imposed. We are not obliged to inquire into their justification in order to understand their semantics. And, since conceptual and justificatory issues are distinct spheres, it is unfounded to base something like the conceptual priority of rights over duties on justificatory grounds<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Cf. KRAMER 2001, 29 ff.

<sup>25</sup> Linked to the delimitation of the object is also the understanding of the tools, the type of conceptual analysis that should be used to account for rights. Paraphrasing my earlier definition of the “dynamic conception of rights”, two of the main theses advocated by the dynamic conception of rights can be described as follows. [4] Rights and duties are asymmetrical; since rights have more semantic content than duties, it is possible to know the content of duties through rights, but not vice versa (see RAZ 1986, 184-186; see MARMOR 1997, 3). [5] It is not possible to understand the conceptual dimension of rights (i.e. something like the Hohfeldian structure and combinatorics) without taking into account their justificatory dimension. The second thesis has a significant bearing on the first, since “semantic content” means “conceptual and justificatory content”, as for both Raz and MacCormick the justificatory priority determines the conceptual priority of rights over duties.

<sup>26</sup> Regarded from the perspective of [1], we can consider both [4] and [5] unsound: [1] the correlativity thesis is an illuminating tool for multiple conceptual analyses of rights; [4] and [5] justification (the justificatory priority) need not affect the semantics (the conceptual priority and content) of institutional concepts. To argue otherwise would be to adhere to a institutionalist conceptual model à la Dworkin and not be able to distinguish an (eminently) descriptive second-level discourse from an (eminently) evaluative first-level discourse. More interesting, however, are [2] and [3]: it may be considered (il)legitimate to focus theoretical attention exclusively on legal rights and to focus exclusively on the moment when they have been established. What is problematic is not only that this leaves moral rights unexplained, but that it leaves unexplained any justification and any *de lege ferenda* elucidation of legal rights. And not only in discourses of justification, but also in discourses about justification. And this comes to bear on a more open-minded reading of [5], for an adequate understanding of rights (rectius, a more comprehensive theory of what it means to “have a right”) also involves dealing with these levels that Kramerian theory leaves largely unattended. What it means “to hold a right” is a question that mobilises the question of “what is a right for”. K answers both questions in a somewhat oblique and fragmentary way, without addressing many of these questions; and when he does address some of them, he does so covertly. The freedom of manoeuvre of a positivist theorist to tackle these problems also seems to be a determining element of K’s decisions, but K’s precautions are too cautious. I elaborate on these criticisms at the end of this article.

<sup>27</sup> Cf. KRAMER 2005, 188.

It is clear, then, that there is, so to speak, life in Interest theory beyond the dynamic conception of rights. Thus, for K., despite the insistence of many legal philosophers (notoriously, MacCormick, Raz, Waldron and Marmor), whoever holds the Interest theory is not obliged to claim that inquiring into the underlying justification, purpose or *ratio* of a norm is crucial to determine whether a norm confers a right on someone<sup>28</sup>. Interests are not understood as the basis, the *raison d'être* of the attribution of rights, but are employed by K as the key to determine what normative positions of advantage concur in a case and who is the holder of such normative positions of advantage<sup>29</sup>. What is relevant is to identify the details of the right, once it has been established, or at least once we, as observers of the law, are in a position to know whether it has been established or not. It is the effects of norms, not their ratio, that K considers relevant. In other words, it is not relevant for K [1] why there has been a certain right (or has not been) or [2] why there should be one (or should not be).

But there is also more room for the explanation of justification than K explicitly acknowledges, and here it is worth making an important distinction that K does not contemplate. For if [2] consists of a prescription of what ought to happen in a certain legal order, of the rights that ought to be conferred and the reasons why they ought to be conferred (a theory of justification, a substantive doctrine in a first-level discourse), on the other hand, [1] can consist of a description of something that happens in a certain legal order, of the rights that are conferred and the reasons why they are conferred (a theory about justification in a second-level discourse). It can be concluded, using Kramerian metatheoretical categories, that [2] pertains to political philosophy; [1] to legal philosophy. For, understood in certain senses, the justification of norms is also relevant for the legal philosopher, and there are uncommitted ways of inquiring into this justification. Thus, it is not true that a dichotomy must be drawn between the ratio and the effects of norms and that the positivist legal philosopher must only pay attention to the latter: one way of reconstructing what some positivist legal philosophers who defend the Interest theory do and indeed a sensible application of the Interest theory consists in explaining how the effects of norms are valued by the normative authorities, by their addressees or by legal operators<sup>30</sup>.

Between an approach such as K's, focusing on the effects of norms, and a teleological perspective, about the *ratio* of the norms, there need not be radical differences. And it does not have to because we can understand, for example, the point of the rights-conferring norms as the will of the normative authority to confer some benefits, and in this reading, there is no significant difference between effects and *ratio*, since in both there is a causal incidence of the norms and their valuation by the authority that dictates them. In a somewhat extreme scheme, it would be a sort of "descriptive sociology", which accounts for the evaluations of the normative authorities and the normative addressees. In a more objective reading, which I do not subscribe to, the purpose of the norm is understood as an objectified notion<sup>31</sup>.

Leaving aside the possibility that I have suggested of matching approaches, K focuses on the effects of the norm, applying correlativity thesis and the defining clause of the Interest theory to the normative scenario to explain it. Thus, X being a person, collectivity or non-human

<sup>28</sup> KRAMER, STEINER 2007, 289; cf. KRAMER 2013, 261; cf. KRAMER 2016, 16.

<sup>29</sup> See KRAMER 2016, 50.

<sup>30</sup> I have developed the basis for a functionalist approach to rights in FERNÁNDEZ NÚÑEZ 2023, 448-457.

<sup>31</sup> And according to the latter understanding, there is no clear separation between the second-level discourse of the detached observer and the first-level discourse of the enacting authority. Authors such as MacCormick and Raz think in this second reading when they propose to investigate the *ratio* of norms and also K when he opposes this research to the study of normative effects. K himself has reasons to consider his approach –his problematic approach and most of its development– restrictive, because between, on the one hand, a (at least partly and allegedly) legal-technical theory, focusing on the identification of defined right-holders, and, on the other hand, more markedly philosophical-political approaches, the legal philosopher is left with a wide range of tasks in which to employ the Interest theory. I will return to these tasks at the end of my essay.

animal, if the terms of a norm or decision imposing duties are such that the satisfaction of them necessarily (or “inherently”, as K formulates in his later work) entails the protection of some aspect of *X*’s situation that is generally beneficial to a class of individuals such as the one to which he belongs, then *X* possesses rights under that norm or decision<sup>32</sup>.

The Cambridge professor is rigorous in setting out from the outset, as a presupposition for a cautious analysis, the breakdown of the Hohfeldian teachings, on the one hand, and the application of the Interest theory, on the other, in the following lexical and categorical distinction: with “entitlement”, K designates any of the four basic normative positions which make up the Hohfeldian table and which are generically called “rights” by ordinary speakers and jurists –the same applies to the Hohfeldian normative positions generically called “obligations”, which are called by K “correlatives”– but the main distinction of the notion of “entitlement” from that of “right” (*stricto sensu*) lies in the fact that the entitlements have not yet passed the filter of the defining clause of the Interest theory. That is to say, we can conclude that a certain normative position constitutes a certain entitlement for strictly structural reasons –basically, by virtue of what configuration it presents and what position it has as a correlative or as a contradictory– without having to know or pronounce on its beneficial status. Thus, we can ascertain that there is a certain duty of an individual *X* to  $\varnothing$ , with which there must be a correlative claim with identical propositional content attributed to another person (a predicate) *Y*. Only if we apply the defining clause of the Interest theory to the available information will we be able to determine whether (the subject which is an instance of the predicate) *Y* is the holder of that claim (for now, an entitlement) and, in a further step, whether he benefits from it, i.e. whether he is the holder of a right. I believe that being able to distinguish (eminently) *structural* analyses from (eminently) *functional* analyses is a remarkable utility of the notion of “entitlement”, with the stipulative definition that K presupposes. This distinction is, in fact, a sign of K’s programme of vindication of Hohfeld and his formal teachings in the face of dynamic confusions aimed at deliberately and unconsciously covering up or minimising any consideration of rights that is not formulated in a evaluative-justificatory key. The use of this kind of technical notion, aimed at clarification, makes it possible to deal more fully with eminently structural problems, where what is at issue is whether there is a entitlement and its correlative, and where the appeal to “rights” could be somewhat misleading<sup>33</sup>. All the more so since the expression “rights” has a positive evaluative illocutionary force. By way of example, this consideration sheds light on K’s treatment of the case of a Nazi law that confers a supposed “right” on Jews not to receive unprovoked physical attacks during the obligation to clean latrines. In such a case, K would consider it peaceful to speak of “entitlements”, although he considers it inappropriate to speak of “rights”, since such a normative position, qualifiable, for structural reasons, as a “entitlement”, does not entail the benefits that are generally associated with rights for their holders<sup>34</sup>.

Moreover, the use of this kind of *vox media* has, in K’s analysis, another virtue: it allows him to clearly express that not all normative positions that are, according to structural patterns, entitlements are, according to functional patterns, rights. For example, as we will have the opportunity to see, and as his most recent definition already shows, K tends to link the

<sup>32</sup> KRAMER, STEINER 2007, 289 f. Such is the development of the definition of Interest theory, explicitly formulated as a tool for identifying Hohfeldian claim-holders (the so-called “restricted version” of the Interest theory). It can be extended, however, to the other Hohfeldian meanings of atomic normative positions generically called “rights”.

<sup>33</sup> Such is the case of the Scottish law of succession, confusingly analysed by MacCormick (see MACCORMICK 1977) and analysed in an alternative and precise way by K using the Hohfeldian categories and theses (see KRAMER 1998, 28 f.).

<sup>34</sup> See KRAMER 1998, 96 f. Incidentally, contrary to K’s contention, I believe that the entitlement in question brings a benefit to its holders, for the Jewish individual is somewhat better off with this title than without it, because he is protected from unprovoked physical attacks, even if this benefit is extremely meagre, precarious and contingent –it is an instrumental right– on the extremely burdensome obligation to clean latrines.

beneficial character with the deontic character, which would aim to leave out of the field of the Interest theory powers and, in general, normative positions attributed by norms of competence (they express the anankastic logical modality). But the latter is still a tendency, since on many occasions, as we shall see, K considers anankastic notions (most frequently, powers) to be advantageous. The problem raised by the *vox media* itself is precisely what K calls the “thin evaluative stance”: that to speak in terms of “rights” is to speak in terms of “benefits” or, in a deeper sense, not problematised by K, by positions that are normatively justified. I examine this problem at the end of this article.

Indeed, the tool, the definition I presented two paragraphs ago can be reformulated to accommodate each of the four entitlements, the four normative positions into which Hohfeld disaggregates the ambiguous term “right” (the “extended version” of the Interest theory, in K’s terms). Such an extension can be expressed as follows: if a norm or decision attributes an entitlement to *X*, and if the possession of that entitlement is typically beneficial to someone in *X*’s situation, then *X* is the holder of a right under that norm or decision<sup>35</sup>. Take the performance of responsibilities in the context of an occupation: if a rule confers a power on a judge and if its possession is such that it should be regarded as ordinarily beneficial to someone in the position of judge –that is, if such powers promote the interests of that individual in the circumstances– then the rule is attributive of a right<sup>36</sup>. A further development of these definitions in operational terms and, specifically, in terms of decision procedures for identifying right-holders is the so-called “Bentham’s test”, which I discuss in the next section<sup>37</sup>.

When do these beneficial normative effects occur? K does not consider rights to be always beneficial to their holders, but only typically so. The Cambridge professor claims that a duty of *Y* (or a right of *X*) is a position typically in *X*’s interest. Incidentally, it is worth noting that although in his 2008 article K predicts the protection of the interest at the hands of the right, without any allusion to the correlative duty<sup>38</sup>, in subsequent works predicts the protection of the interest at the hands of the correlative duty<sup>39</sup>. This nuance is significant, as it exposes K to the charge of Hartian redundancy levelled at (some) Interest theorists, namely that if rights are understood as the normative situation of benefiting from duties, what can be expressed in terms of rights can also and better be expressed in terms of duties<sup>40</sup>. Indeed, in the following sections I will adduce additional arguments that lead to the accusation against K taking shape.

It is important to characterise the quantifier with which K qualifies the benefit to the duty holder. Duties are typically beneficial, not always. “Typically” here expresses a generalised quantifier, which quantifies for an entire domain of potential holders of a certain category (i.e. humans, collectivities or non-human animals). In rare exceptions, the individual may consider the content of a certain right she holds to be non-beneficial<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> KRAMER, STEINER 2007, 290.

<sup>36</sup> KRAMER, STEINER 2007, 290. It should be recalled that for K, the issue at stake is the beneficial status of certain entitlements as rights, not the justification for the attribution of such beneficial entitlements (see KRAMER 2016, 13, 15).

<sup>37</sup> A decision procedure is a set of rules that are employed to process certain data, such as inputs, in order to reach a judgement on alternative hypotheses in the decision of a problem. This test is the reformulation of some of Hart’s suggestions to the Interest theorist. K considers that at this point Hart has not done a work of criticism and improvement, but of exegesis of Bentham’s work (KRAMER 2010, 38), which does not seem to be the case. Of course, that K has called his test “Bentham’s” does not help to show that Hart himself presented it as a proposal for redefinition.

<sup>38</sup> KRAMER 2008, 417. The reconstructive nature of the work in question, aimed at capturing a wide range of Interest theories, may have influenced this configuration.

<sup>39</sup> KRAMER 2010, 32; KRAMER 2013, 246; KRAMER 2016, 1.

<sup>40</sup> HART 1982, 181 f.

<sup>41</sup> See KRAMER, STEINER 2007, 292 f.; cf. KRAMER 2016, 11. What happens is that even before embarking on such investigations it is already plausible to predicate the beneficial status of a subjective position attributed by a norm. Indeed, K argues, an interest theorist must distinguish between integral and incidental features of a norm, between intrinsic effects and extrinsic effects, and if a norm has –as far as the first elements of each pair are concerned–

Sometimes it is not so much that the entitlement (or the correlative) is not beneficial, but that, even if it is indeed beneficial, it also integrates some detrimental element. To return to K's definition, an entitlement is a right iff the correlative normative position «inherently and deontically protects some aspect of X's situation which, all things considered, is typically beneficial». If I have already clarified what "typically" means, I must now explain what the qualification "all things considered" means. It is not just that sometimes an entitlement is simply disadvantageous for the right-holder; much more usually, the beneficial element can be combined with a detrimental element. With precision, K recognises different situations in which the advantageous element of the rights can, in one way or another, be intertwined with a disadvantageous one<sup>42</sup>. The first set of scenarios consists on what are traditionally called "mandatory rights"<sup>43</sup>. The second set of scenarios consists on much more controversial rights<sup>44</sup>.

Before delving into the configuration of the Kramerian Interest theory as a theory of right-holding, it is worth making an incidental historiographical observation on the identification of rights-holders as an enterprise of the Interest theory. Kramerian theory owes a profound debt to Hartian legal-technical recommendations addressed to Interest theorists. As in the aspirations and theoretical approach –the construction of a tool to guide the jurist in the application of law – K has also sought to observe in detail the various Hartian legal-technical suggestions addressed to Interest theorists<sup>45</sup>. He has followed the instruction to attend to those benefits "necessarily" attributed to individuals, understanding by such benefits those that respond to the intrinsic effects of norms<sup>46</sup>. In this way, the Interest theorist can, among other things, dispense with recourse to the legislator's intention. But, more generally, K has also adhered to Hart's problematic approach which

beneficial effects, then this supports calling a certain legal position a "right" in ordinary parlance (see KRAMER, STEINER, 2007, 292 f). This is a formally rigorous explanation of cases of "disinterestedness". A simpler, only partly overlapping explanation consists in the general and abstract character of legal precepts: such norms grant normative positions to a generic class of individuals, although some particular and concrete individual belonging to that class may have no interest in the content of their right. Once again, it should be pointed out that K rarely makes a judgement about who determines what is considered beneficial for whole classes of subjects, or, in other words, whether the interest that the right protects and promotes is a subjective or an objective interest. As we shall see, his treatment of the question, the few times it is raised, is in favour of objectified approaches.

<sup>42</sup> Bentham had already observed this possibility (cf. FERNÁNDEZ NÚÑEZ 2023, 104-106).

<sup>43</sup> In those scenarios, such as the right to education, what is normally denoted by "rights" is, on the face of it, a molecular normative position composed of two categories of normative positions –i.e. entitlements and correlates or, better, rights and duties– and we have to discern the advantageous effects of the right –in this case, the legal right to receive education– and the disadvantageous effects of the duty accompanying the said right –the legal duty to attend school, in the example–. See KRAMER 2001, 79-81; for a similar resolution of these scenarios, see FERNÁNDEZ NÚÑEZ 2023, 483-485.

<sup>44</sup> In those scenarios, it is more arduous to identify and describe the competing normative positions and qualify them as advantageous or disadvantageous, such as, for example, the "right to be tortured". Indeed, the beneficial status of such a right could be affirmed for a very limited group of persons, for example, subjects who intend to engage in masochistic practices. Even for such persons, however, it could be argued that such a normative position also entails some detrimental elements, consisting in the harmful effects of injuries. As far as being tortured against one's will is concerned, K considers that «no one can have a legal right to be tortured or betrayed against one's will» (KRAMER 2000, 496). This statement without qualification may contravene the thesis of the social sources; a thesis that every theorist should subscribe to in order to be considered a legal positivist. I will come back to this point later. According to K, we must proceed in two steps. First, it has to clarify precisely what entitlement their alleged holders claim to have. Here the observer and interpreter must adapt her conceptions of human interests to the particularities of the specific context. Secondly, she has to seek the correct designation of the right, emphasising or de-emphasising its favourable or unfavourable character, demarcating the right and inscribing it in other, more general, encompassing rights. In short, the interpreter can assume an understanding relative to the specific context of the interests or can give new meaning to a peculiar legal right in such a way as to show its connection to interests that transcend the specific context.

<sup>45</sup> See HART 1982, 174-181; cf. FERNÁNDEZ NÚÑEZ 2023, 120-136.

<sup>46</sup> K explicitly introduces two notational modifications into the Hartian proposal (see HART 1982, 178 f.; see KRAMER 1998, 81 f., 90 f.; see KRAMER 2010, 38).

emphasises identifying the right (in fact, as a “claim”) by looking at the correlative duty, as well as the concern to have a mechanism for delimiting the relevant beneficiaries of the norm (ruling out third party beneficiaries). These two theoretical guidelines are intertwined, since the way to determine whether an individual entitlement is a right and whether an individual subject is the beneficiary of such a entitlement is precisely by applying a certain decision procedure to the available information on duties. The “Bentham’s test” is such a decision procedure. Let us see what it consists of, applying Bentham’s test to a case of epistemic insufficiency, in order to carry out its critique and, subsequently, the application of alternative, simpler resolution criteria, which show a Kramerian influence (in their Hohfeldian matrix, but not in their Hartian matrix).

### 3. *Right-holding at the core of the theory: Bentham’s test*

As is evident, having rights is a central theme in K’s theory; not for nothing has K called it a “theory of right-holding”<sup>47</sup>. In any case, this feature should not be magnified, since it is not so unique. First, because every Interest theory aims, in one way or another, to determine the potential or actual right-holders. Second, because it is true that K’s theoretical and methodological approach takes the form of a proposal centred on the holding of rights, but what is truly characteristic of his theory is the approach and not so much the selection of the object in which this approach is materialised. That is, if in any way K’s Interest theory is a circumscribed theory in terms of its ambitions and applications, this is because it is configured as a *technical-legal* mechanism for the identification of right-holders. Third, because, in his analysis, K talks about what counts as a “right” and not only about what counts as a “right-holder”, going beyond the strict scope of this technical-legal mechanism.

Bentham’s test reads as follows:

«If and only if at least a minimally sufficient set of facts includes the undergoing of a detriment by some person *Q* at the hands of some other person *R* who bears a duty under the contract or norm, *Q* holds a right –correlative to that duty– under the contract or norm» (KRAMER 2010, 36 f).

Although such a test focuses on harm, it can be reversed to formulate it in terms of “benefit”. This is what Kurki has done with the following enriched paraphrase:

«*X* holds a right correlative to currently existing duty *D* if and only if: [1] *X* can hold rights and [2] a set of facts minimally sufficient to establish the fulfilment or non-contravention of duty *D* includes a fact that affects *X*’s situation in a way typically beneficial to beings such as *X*» (KURKI 2018, 439).

While the thesis presented by K in the definition that opens this section captures his Interest theory in a more general and definitional vein, Bentham’s test and Kurki’s reconstruction give an accomplished formulation to K’s Interest theory as a “decision procedure”, as the main piece of the mechanism with which to identify rights-holders. Precisely, the second condition pointed out by Kurki is a reformulation of K’s Bentham’s test. The first necessary condition refers to the status of “*X*” as a potential right-holder.

The Bentham’s test is a standard for identifying individual holders of defined rights, correlative to defined duties, a right and a duty of definite content that are in force<sup>48</sup>. As I have

<sup>47</sup> It is a theory of the identification of individual right-holders. For the delimitation of the generic set of potential right-holders see KRAMER 2008, 419; see KRAMER 2010, 35; for a thorough discussion of some criteria for doing so see KRAMER 2001, 34 ff.

<sup>48</sup> KRAMER, STEINER 2007, 305; KRAMER 2010, 36.



pointed out, K speaks of “minimally sufficient facts” for a duty to be considered violated. A set of facts is minimally sufficient for a violation of a duty if and only if: [1] the set is sufficient to constitute such a violation and [2] every element of the set is necessary for the sufficiency of the set (it can be said, using Alchourrón’s terms, that those elements are “contributing conditions”); that is, the set does not contain redundant elements. The individual who benefits from an event redundant to the set is not to be considered the holder of a right under a certain contract or rule.

Consider the case of an employment contract between an employee and her employer: under her contract the employee is a holder and at least one set of facts sufficient to constitute a breach of contract (rather, of contractual duty) includes the failure to pay the amount due to her<sup>49</sup>. Add to the case the owner of the supermarket, who has no rights under the contract. The employee bears a duty to spend her wages in the supermarket, but she has not spent it because she has not been paid by her employer. While her failure to be paid (along perhaps with other conditions, which remain in the background) is in itself minimally sufficient to constitute a breach of contract, her failure to spend money at the supermarket is not a member of the set of facts minimally sufficient to constitute a breach. The Bentham’s test theoretically supports an ascription of a contractual right to the employee and no ascription of a contractual right to the supermarket owner; the latter’s detriment is a redundant element of the breach of duty.

Although K’s argument is technically sound and his proposal is a viable way to delimit normative position holders, employing the minimally sufficient facts test for breach of duty as a criterion for determining the relevant beneficiary (i.e. the right holder) has some drawbacks. Some drawbacks have already been addressed, so I will only mention them. One consists in its exclusively retrospective character: the test does not allow us to know to whom and why a right will or should be attributed, according to a theory about justification, but only to know who has and had a right when the correlative obligation was violated and –if the proposition can be reformulated as a counterfactual judgement– who would have a right if the correlative obligation was transgressed<sup>50</sup>. It is a question of defined entitlements and obligations, already in act. Of course, tied to the retrospective character, another drawback of the approach is its silence on questions of justification. By incorporating Hartian recommendations, K endorses this problem. By the way, this is a general problem with the Hartian explanation of rights (except in his theory of constitutional needs and immunities): neither the Choice theory he defended nor the version of the Interest theory as Hart intended to reformulate it, as his best dialectical rival, are prospective theories and, in particular, they are not suitable for capturing discourses *de lege ferenda* or discourses of justification or about justification. They are discourses *de lege lata*, where the rules are already given (in Kramerian idiolect, “defined rights”).

An internal and salvageable limitation of K’s theory is its restriction to claims and duties. It is salvageable, because there is no inconvenience in extending it to other Hohfeldian positions. If any drawback can be found in such an extension, it may be due to a deeper problem. K assumes that it is simpler (epistemically, semantically, technically) to identify duties than to identify claims. To some extent, on the other hand, this is a justified assumption: duty is an active position, so that the action or omission that is the object of the normative relation is the one that the obligated subject has to perform or refrain from performing. The duty, moreover, expresses the deontic modality “obligatory”, while it is not clear what deontic modality the claims would express. This means that, although the content of the relation is identical for each of the normative positions, it is simpler (on an epistemic, semantic, technical level) to start from the duty for the identification of the right. To a certain extent, this is an unjustified assumption, since it can often be more difficult to identify the obligation, the content of the obligation and the holder of the obligation than to identify the claim

<sup>49</sup> KRAMER 2010, 37.

<sup>50</sup> If I speak in terms of “right” and “obligation” it is to show that K’s analysis can be extended to any precise atomic instance of both generic terms.

(replace “duty” and “claim” by the other three pairs of Hohfeldian atomic normative positions). Difficulties in the interpretation of provisions enunciated in terms of rights, peculiar evidentiary problems and the ascription of responsibility are variables that may make the determination of duty-bearers more difficult than that of rights-holders. In short, apart from these problems, a basic thesis defended by K is that for the specification of the content of the relationship between claims and duties the conduct of the obligee is the one of necessary inclusion<sup>51</sup>.

These important shortcomings may draw attention to a problem of identity and the functions of the Kramerian model. Precisely, another drawback, also internal to K’s theory and particularly relevant, is that Bentham’s test is too complex. There are ways of explaining normative relations (individual and generic) that are equally suitable, but less intricate than the one provided by Bentham’s test to explain cases such as those exemplified by K. I will now develop what I consider to be a suitable and simpler alternative method for identifying effective right-holders in similar scenarios.

### 3.1. *A right-holder identification tool, alternative to the Bentham’s test*

Without abandoning the hypothetical case posed by K, if we identify, by virtue of the (interpretation of the) norm in question, the action that is the object of the right and the obligation and we understand the relationship as triadic predicates, [1] the employer’s duty to pay her employee’s wages and [2] the employee’s claim that the employer should pay her wages are normative positions referring to the same action, the employer being the agent in [1] and the employee the counterpart and the employee being the agent in [2] and the employer the counterpart<sup>52</sup>. It is clear, then, that the supermarket owner is excluded from this bilateral regulatory relationship. If the employee had entered into an agreement with the supermarket owner by which she is obliged to spend a part of her salary in the supermarket, such a normative relationship, also bilateral, would be different from the one just mentioned. A tripartite contract between employee, employer and supermarket owner would be equally conceivable, although within such a contract it should be possible to identify bilateral jural relations.

In what follows I present an alternative tool to Bentham’s test, albeit one based on important Kramerian and Hohfeldian lessons, which avoid multiple paralogsms and help in the resolution of multiple rights problems. If this is so, it is not necessary to refer to the minimally sufficient facts of the transgression of an obligation in order to identify the relevant beneficiaries of different normative relations<sup>53</sup>. Instead, the application of the Hohfeldian taxonomy (by tracing a legal situation back to Hohfeldian atomic rights or some “molecular” compound of such atomic rights), the Hohfeldian thesis of the interdefinability of positions (from the already identified normative positions or, especially, from both positions simultaneously, as a mutual corroboration) and a minimal defining clause of the Interest theory suffice. The Kramerian formulation violates the principle of simplicity, which is a significant drawback insofar as K’s proposal, as a working definition of legal rights, should also be usable by jurists in general. The limitations I have just pointed out, even if they are particularly manifest and pressing in the Bentham’s test, cannot be confined to that test alone, but must be predicated of K’s theory as a whole, if one considers the

<sup>51</sup> From a personal communication with K 2020.

<sup>52</sup> For the understanding of this point it is important to grasp the role of the atomicity of fundamental normative positions and Hohfeld’s strict bilaterality thesis. As I cannot dwell on them, I take the liberty of referring to FERNÁNDEZ NÚÑEZ 2023, 202.

<sup>53</sup> That the owner of the supermarket is not a party to the employment contract between employer and employee is a basic empirical fact, easier to establish than the conditions of non-compliance with the rule in question, and if he were to be included in the employment contract, the bilateral nature of the jural relations would show that he is not part of that normative relationship.

Bentham's test to be something like the operational version with which to act out the basic theses of K's theory. Bentham's test is an adaptation, a "notational variation", which resolves in a decision procedure –and, specifically, in terms of minimum sufficiency– the main task of the Benefit theory as reformulated by Hart, that is, the identification of right-holders by assuming a certain approach –technical-legal– and delimiting in a certain way the relevant variables –in terms of those affected by a rule that attributes direct benefits–. In fact, to depart from Bentham's test is to depart from this Hartian configuration of the Interest theory and of its metatheoretical and methodological constraints, to which I referred earlier.

I propose an original case, in order to present more clearly my alternative reconstruction proposal and to develop its stages. My proposal, although it is an alternative, is especially consonant with the Kramerian proposal for the identification of normative positions in individual cases –not in its Hartian matrix dimension, but in its Hohfeldian matrix dimension– and is simpler than Bentham's test. I elaborate on the above criticisms and add others. Think of a war scenario, and the legal duty of Volodya, a soldier, to shoot a prisoner, Lesya. A first reading of such a duty might conceive of it as non-directional: Volodya's duty is owed to anyone. It could be a duty in some sense "public", non-directional, as the duties that make up the Decalogue have usually been understood<sup>54</sup>. However, this duty can also be understood as directional: it would be owed to Volodya's hierarchical superior, the lieutenant in charge of the squadron of which Volodya is a member. Thus, Volodya's duty to shoot Lesya can be traced back to the lieutenant and the lieutenant's correlative right to have Volodya shoot Lesya.

Applying the Kramerian toolkit, Volodya's letting Lesya escape is a minimally sufficient fact of Volodya's breach of duty to the lieutenant. Conversely, Volodya's letting Lesya escape is not a minimally sufficient fact of Volodya's breach of duty to Lesya, which means that Lesya is not a party to the normative relationship with Volodya. This diagnosis, which, if I am not mistaken, I assume is what K could reach, is correct, but the reason for it is more trivial and consists in the fact that Lesya does not have a right to be shot, under any legal relation with Volodya<sup>55</sup>. The only relevant normative relationship that concerns Volodya's duty to shoot Lesya, if there is such a duty and if it is directional, is *vis-à-vis* the lieutenant. On the one hand, because the order to shoot is usually issued by and can be considered to be *owed to* the lieutenant (the lieutenant would then have to be considered a secondary addressee of this obligatory norm, the primary addressee of which is the soldier); on the other hand, because it can be argued that the lieutenant benefits from having this right and from its fulfilment, either because the effectiveness of this order (as an individual case of his generic orders) is important to safeguard his hierarchical authority and his employment status, or because the success of the war operations may depend on the shooting of prisoners (such as the one under consideration) and this may be the only way for him to prosper or to survive. The result is in any case that certain normative effects (or, more generally, practical consequences) follow from compliance with a rule, and that these effects, in a subjective understanding of the case, are considered beneficial by the rule-maker (by a principle of sufficient reason): either for the authority itself, or for the normative addressee, or for a wider group, or for the community as a whole. Besides the fact that, as I have already pointed out, we may doubt that cases such as the one I have raised are cases of non-directional duties, of course, it is also arguable that the lieutenant benefits from the obligation and that it is precisely the lieutenant who benefits; among other things, the relevant beneficiary may be a hierarchical superior of the lieutenant, but attribution of responsibility or epistemic obstacles make it difficult for us to identify her. That said, if my analysis is sound, it is possible to think of a normative relation referring to a triadic predicate between Volodya and the lieutenant.

<sup>54</sup> Cf. EDMUNDSON 2004, 9.

<sup>55</sup> I do not address in this reconstruction Lesya's eventual right not to be shot.

To unravel these individual cases in which the identification of right-holders is difficult –and especially those cases, such as the hypothetical case I have just raised, in which it is disputed that there is such a thing as a right-holder– it suffices, in my view, to apply the Hohfeldian theory and the Interest theory, without having to resort to Bentham’s test. First of all, it is necessary to determine the content of the normative position-attributing norm, the object on which the duty falls and, consequently, the alleged correlative right, “to what is one entitled?”. In this case it is not only a question of interpretative difficulties relating to the statement expressed by the norm in question, but also of the difficulty of describing a normative situation as a “right of  $\varphi$ ”. This has to do with the second stage, concerning the determination with the advantageous character of the (content of the) right, as well as the identification of the parties to the normative relation, “who benefits from a certain normative position?”. Thirdly, although that was not the issue in Volodya’s case, it is a matter of qualifying the action and the situation in which the parties to the relationship find themselves, “what kind of action is involved (natural or normative)?” “in what position are the parties in (active or passive)?” The Hohfeldian table discriminates clearly in this respect. On the one hand, if the subject benefiting from the action benefits from a natural action, he will be the holder of a claim or a liberty (conferred by a prescriptive norm); if he benefits from a normative action, he will be the holder of a power or an immunity (conferred by a competence norm). On the other hand, if the subject is in a passive position (he receives the action or omission), he will be the holder of a claim or an immunity; if the subject is in an active position (he carries out the action or omission), he will be the holder of a liberty or a power. Of course, from the combination of the last two variables we should be able to obtain the type of atomic right that is involved in each case. In turn, with the identification of several atomic rights we will be able to obtain the identification of the molecular right that they form. For the identification of competing positions, the logical relations of correlation and contradictoriness are an extremely useful tool. A certain normative position serves as an inferential basis for determining the correlative or contradictory one, or it is even sensible to think of a simultaneous determination, from the interpreter’s point of view, as a kind of reciprocal corroboration between determinations. Given the interdefinability of correlative concepts and contradictory concepts, the “triangulation”, the confluence of variables should support a kind of mutual verification. Thus if, for example, there is a liberty of  $\varphi$  on the part of X, then there will be no duty of  $\neg\varphi$  on the part of X, and there will be a no-right of  $\varphi$  on the part of Y, the counterpart. Contradictoriness and correlativity, then, support a reciprocal corroboration of normative positions. Also, the three stages I have just identified follow an order of increasing epistemic complexity, but this does not mean that this order has to be observed; rather, a holistic assessment and a mutual adjustment between the answers to the different questions contributes to the robustness of the solution<sup>56</sup>.

I consider that these operations are sufficient and that it is a diagnosis that is not merely convergent, but substantially coincides with some of K’s pretensions, since it applies the fundamental Hohfeldian theses, his taxonomy and the defining clause of the Interest theory and does so in a spirit of clarification and systematisation in accordance with K’s contributions. Bentham’s test, on the other hand, while certainly more determined, less elusive than the method I have just presented, is more complex. In fact, it is excessively and, in part, unnecessarily

<sup>56</sup> Incidentally, neither the Bentham’s test nor the alternative model I have just proposed have the disadvantage of being overinclusive, i.e. they do not run the risk of qualifying third party beneficiaries as right-holders: that the supermarket owner is not a party to the relationship between the employer and the employee in K’s example and that Lesya is not a party to the relationship between Volodya and the lieutenant is not only due to the fact that neither of them has a direct benefit –as an Interest theorist willing to embrace Hartian amendments would want– but also to the fact that they are not addressees of the norm in question (of the contract stipulated between employer and employee, and of the order issued by the lieutenant to the soldier). Thus, Frydrych is wrong to consider Bentham’s test as overinclusive in terms of identifying right-holders (see FRYDRYCH 2017, 203 f).

complex. For the core of his proposal is the idea of “benefit” and the crucial reference in his decision procedure is the reference to “necessary benefit” (or “necessary harm”), rather than the reference to what constitutes a «minimally sufficient fact of the transgression of an obligation». But also relevant of both tools is the reference to directionality, and of its virtuality to check cases in which it is often argued that directional duties are not present. Because, in fact, if in cases such as the failed shooting it is often argued that there is no directional duty, this responds to the counter-intuitiveness of speaking of something like a “right to be shot”. This is not only because the prisoner does not benefit from being shot, so that the interpreter might tend to think, correctly, that the fact that she does not benefit from the obligation means that she does not have a correlative right, and to think, incorrectly, that if she does not have a correlative right, then no one else does and we are dealing with a non-directional duty. It is also due to the fact that the obligation to shoot her is not *vis-à-vis* to her and, of course, it is not owed to her, but to the lieutenant or some other hierarchical superior. The prisoner is the object (of the action) of the obligation, not one of the parties to the normative relationship<sup>57</sup>.

These considerations draw attention to another issue, which should be addressed. This is the correlativity thesis and its status, the examination of which leads to an amendment of some Kramerian considerations. K affirms that any obligation is owed, in addition to another person, to the state<sup>58</sup>. This thesis, in a case such as that of the failed shooting, does little to clarify the directionality of the duty: should we conclude that, in addition to the lieutenant, the duty is owed to the state? Is it a public duty tied to another public duty? Should we conclude that there are two normative relations with the same content? The admissibility of such duties *vis-à-vis* the state in relations between private persons may be even stranger. The thesis is surely a trick to exclude the possibility of non-directional duties from the outset. But, as we shall see, this is not K’s only intention. The thesis in question responds to K’s understanding of the correlativity thesis as an axiom. That the correlativity thesis is no more than an axiom is debatable. More basically, implied by the axiomatic character, K regards the correlativity thesis as an analytical statement and therefore, by definition, not falsifiable by empirical counterexamples. This is true. What is not true is that attempts to except or test the explanatory power of the correlativity thesis are totally wrong, as K claims. It is not true because the correlativity thesis need not be taken solely as a postulate, but can be, as often is, and should be used as a building block within explanatory models of legal institutions. Models that are intended to account for specimens of institutions, not empirical, but which do exist in social reality, in legal systems, and which are evaluated, among other variables, for their descriptive adequacy (not their “empirical adequacy”, as K puts it to invalidate attempts more or less akin to the one I am suggesting)<sup>59</sup>. Therefore, the assessment of the suitability of the correlativity thesis as part of an explanatory model does not leave unchanged its capacity or inability to account for cases such as the one I have just presented.

To take stock of what I have argued at the end of this subsection, the correlativity thesis can be understood as a postulate, infallible and true by definition. Complementary to this reading, the correlativity thesis can be understood as a thesis embedded in explanatory models, of which descriptive (in)adequacy to explain institutions can be predicated, in addition to any other virtues or shortcomings. Integrating this second reading allows for greater receptivity to the multiple linguistic uses of “rights”. As I have shown, the correlativity thesis can be applied even in cases where it is sometimes understood –by theorists and jurists alike– not to be applicable, and I have done so in order to assess the robustness of alternative descriptions to the more usual

<sup>57</sup> The confusion between rights and the object of rights has already been identified by HOHFELD 2010, 162.

<sup>58</sup> Cf. KRAMER 1998, 59.

<sup>59</sup> Moreover, K himself speaks of the usefulness of the correlativity thesis in terms of its «heuristic strength and adaptability» (KRAMER 1998, 35). How could such features be evaluated if such a thesis were only a postulate and not, instead, a thesis within a model of which greater or lesser explanatory power can be predicated?

ones<sup>60</sup>. In doing so, one should not dogmatically wait for the Hohfeldian mould to have the last word on linguistic usages: if what we are doing is to collect and explain linguistic usages, we cannot but note that certain linguistic usages do not conform to Hohfeldian teachings, think, for example, of many doctrinal understandings of human rights. It is another matter that these linguistic usages may be imprecise and that it would be better to bring them into line with the thesis of correlativity, and to criticise these usages for their imprecision. Be that as it may, it is valuable to examine the explanatory performance of the correlativity thesis and for that purpose it is necessary to depart from K's axiomatised understanding.

#### 4. *Scope of the Kramerian theory*

##### 4.1. *What rights? Defined legal rights*

The Kramerian account of rights is primarily a theory of legal rights; the legal domain is the almost exclusive field to which K's theory refers and applies<sup>61</sup>. I deal with his brief treatment of moral rights in the following section, given the relevance of that treatment for understanding the very limited presence of the justificatory dimension in Kramerian theory.

K rigorously delimits three moments of determination or stipulation of legal entitlements and decides to confine his attention to the last stage, that of defined entitlements. K emphasises the distinction of "interests" and "entitlements" and the distinction of various stages in the establishment of entitlements, while preserving the Hohfeldian theoretical framework and, with these purposes in mind, K proposes a tripartite taxonomy. [1] people's interests –including interests not to be constrained–; [2] inchoate entitlements, i.e. judgements that certain interests deserve some moral protection or some legal protection, even if at the moment this is indeterminate; [3] defined entitlements, whether genuine or nominal, whether general or concrete (or, in von Wright's terminology, "particular")<sup>62</sup>. K's theory is focused on the moment [3] and seeks to establish the directionality of the defined duty, i.e. to identify who holds the correlative defined right<sup>63</sup>. As I have shown, according to K, the Interest theory and the Will theory articulate the basis of the directionality of duties<sup>64</sup>.

It is now appropriate to dwell on the question of normative protection, and then to deal with genuine rights (as opposed to nominal rights). Within the Kramerian distinction, the protection of rights is determined in the transition between [2] and [3]. For the question of protection and, more precisely, for the question of the effectiveness of rights, the distinction between genuine

<sup>60</sup> I take the liberty of referring the reader to my analyses: FERNÁNDEZ NÚÑEZ 2023, 228 ff., 336 ff., 418 ff.

<sup>61</sup> KRAMER 2010, 31; KRAMER 1998, 8.

<sup>62</sup> KRAMER 1998, 46. In order for an inchoate right to become a defined right or a set of defined rights, two stages of specification are necessary. First, the type of moral or legal protection has to be determined, which requires a decision about the relationships that would safeguard the protectable interest: for example, a liberty or a bundle of liberties, claims, powers and immunities. Secondly, the direction of the correlative has to be established, i.e. who has to bear the situation correlative to the entitlement (duty, no-right, disability or liability), to whom the protection is incumbent. There is a conceptual connection, one cannot specify an instance of a Hohfeldian right without having specified its correlative position (KRAMER 1998, 33).

<sup>63</sup> At this point, it will not go unnoticed that with the tripartite distinction K also intends to correct an error in the dynamic conception of rights. K reproaches Raz for misleading his readers into confusing interests with the moral or legal protection of those interests. In doing so, Raz endorses the blurring of [3] and the equating of [2] with [1]. Moreover, the semantic potential of the notion "right" lies in the impossibility of capturing, once and for all, the possible developments of normative positions founded by the right, and that leads proponents of the dynamic conception to be reluctant to recognise [3] as a discrete and stable position and as the primary meaning of the expression "right".

<sup>64</sup> KRAMER 2013, 245; cf. KRAMER, STEINER 2007, 298.

and nominal rights is central. K argues that every right to be genuine must be exercisable and waivable by its holder or by another person<sup>65</sup>. The second condition is that the right must be equipped with immunities that prevent the right from being taken away; immunities play an important role in molecular rights in giving stability to other rights<sup>66</sup>.

The first condition should be explored further, as it is problematic. Competence and authorisation to demand or waive the performance of the duty correlative to the right are relevant for K's theory, though not as relevant as for a Will theorist. They are not as relevant as for a Will theorist, insofar as they are not properties that must be present in a normative position in order to call it a "right"<sup>67</sup>. They are, however, normative properties that must be present in order to be able to speak of a "genuine right"; otherwise the normative position in question must be described as a "merely nominal right". Moreover, the Will theorist claims that the claim or waiver of the performance of the duty can only be asserted by the right holder himself (the one who asserts his will), whereas K considers that it can be claimed by a third party<sup>68</sup>.

As to the first distinction, K's decision is somewhat open to criticism: his claim that the difference between him and the will theorist is that for him such rights are "genuine rights" while for the Will theorist they are, plainly and simply, the only admissible "rights" suggests a play on words. Indeed, one might wonder how important the lexical difference in the two qualifications is. In any case, apart from this consideration, K can argue that exercisability or justiciability is important in some rights although he has to show that it is not the most important thing and that it is not even important in many rights, which he does with some prolixity, as an objection to the Will theory<sup>69</sup>. In fact, with respect to exercisability, as well as on other theoretical points, K ostensibly points out –certainly much more ostensibly than other rights theorists– the symmetrical character of both theories: the explanations and answers offered by the will theory contrast and in certain cases are even contradictory to those offered by the Interest theory<sup>70</sup>.

As far as the second condition is concerned, although the integration of immunities into the Kramerian model of rights has raised some perplexities in relation to the possibility that there are different senses in which a right can be called "genuine"<sup>71</sup>, is worth mentioning that it has also been embraced by prominent rights analysis<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> KRAMER 1998, 64, 78. This dichotomy must be distinguished from that of in/operative titles (see KRAMER 2001, 65 ff.). Whereas nominal rights and duties are not exercisable or enforceable, inoperative rights and duties are simply not enforced; for example, a duty –even a genuine duty– is to be considered inoperative when the constant exercise of powers of renunciation of that duty causes it to remain unenforced (see KRAMER 2001, 67). The recognition of the two dichotomies is important, since Will theorists only require that rights are enforceable and are not forced to assert that rights must be systematically enforced (see KRAMER 2001, 69).

<sup>66</sup> KRAMER 2008, 417 f.

<sup>67</sup> KRAMER 2016, 2. Incidentally, this means that K had already provided, in earlier works, the necessary and sufficient conditions for possessing rights, according to Will theorists.

<sup>68</sup> Contrary to what Hart argued in 1982, no will theorist can accept representation by proxies, on pain of incurring the fallacy of *ignoratio elenchi* (see FERNÁNDEZ NÚÑEZ 2023, 257-259).

<sup>69</sup> Cf. KRAMER 2013, 248 ff.

<sup>70</sup> Consequently, K explicitly argues that affirming the failure of the former theory –and he affirms such a failure– is tantamount to affirming the success of the latter (see KRAMER 2013, 245, 263; for a more cautious judgement, see KRAMER 1998, 78). *Tertium non datur*: Kramer is manifestly reluctant to recognise explanatory power to proposals other than the Interest theory and Will theory (cf. KRAMER, STEINER 2007, 310; KRAMER 2013, 263). Sreenivasan's theory, being a hybrid theory, is a peculiar case.

<sup>71</sup> KURKI 2022.

<sup>72</sup> EDMUNDSON 2004, 124. Indeed, integration does not seem to pose any problem: the impediment not to be deprived of a certain entitlement is the most basic conceptual ingredient for the effectiveness of such an entitlement. The only drawback of such a solution is the increase in structural complexity, since every right would become a complex right consisting of at least two entitlements, an immunity relating to some entitlement and that entitlement.

Taking stock of what we have seen so far, if the condition of the exercisability of the right (set out in [1]) is maintained, every genuine right, in the Kramerian sense, would consist of some entitlement –the most suitable candidate for such a entitlement is a claim, given the restricted version of the Kramerian Interest theory–, an immunity attached to that entitlement (so that it is minimally effective) and a power of enforcement and waiver (so that the entitlement is exercisable).

Digging deeper, we approach one of the hard bones of Kramerian theory. In fact, at this point, the postulation of a “genuine right” in these structural terms raises some difficulties, difficulties that can be put down to the choice between a restricted and an extended version of the Interest theory. Thus, K can argue that the claim is the atomic right that paradigmatically or exclusively performs the function that Interest theory ascribes to any normative position that can reasonably be called a “right”. But even if this were so, such an atomic right must be complemented by immunities and powers, at least in the frequent and relevant cases where the right can be qualified as “genuine”. It may be that K attaches more importance to claims in the molecular right and posits powers and immunities as instrumental (and leaves them unexplained) or it may be that, as we shall see, it is the claims that are in some sense instrumentally valuable. It must be concluded that the structural model of the genuine “right” of the Kramerian Interest theory coincides essentially with the model of the Will theory. As is well known, the model of the Will theory (in the sophisticated Hartian Choice theory version) is made up of a power (of control) in respect of a duty, a claim correlative to that duty and a bilateral liberty (to decide whether or not to exercise that control), to which are added immunities so as not to be deprived of each of those entitlements. In short, either K defends a unitary model, where prominent (atomic) rights are only the claims, or he defends a model of molecular rights very close to that of the Will theory. Let us examine the second horn of the dilemma and devote the next section of the article to the first.

It should be noted that this is not simply a structural convergence, corresponding to an «extensional equivalence over a wide range of situations»<sup>73</sup>, but affinities in the conceptual model itself, an “intensional proximity” one could say with a lexicon close to K’s, since the reasons for defending the concurrence in the model of “rights” consisting on powers, claims and immunities –the functions that each atomic right plays in a molecular right and, of course, the configuration of a molecular right itself– are the same in the Will theory and in the Interest theory, under this reading. The difference would lie only in the different emphasis on powers and claims and on the functions (or, according to other authors, values) that these normative positions perform. The Will theory emphasises the role of powers –and of bilateral liberty– as a realisation of the autonomy of the holder, while the Kramerian Interest theory considers this role relevant (albeit secondary) only for genuine rights, without even alluding to liberties. Vice versa, the Kramerian Interest theory emphasises claims –duties, in fact– as the element of “normative protection” par excellence, and the Will theory assigns claims a secondary role, insofar as duties are the element on which to exercise the protected choice. That is, structural and functional identity of molecular rights, albeit different emphases on the atomic particles of the molecular right. If this diagnosis is conclusive, the disagreement between Kramerian Interest theory and Will theory would be very circumscribed and, in fact, peripheral.

The dilemma is blurred, as both readings coexist in K’s texts; with this coexistence, although the dilemma is diluted, the problems of one and the other horn are conjugated, but K shows a greater propensity for claims, for the first horn of the dilemma. In fact, K tends to affirm the paradigmatic character of claims as “rights”, as the most relevant normative position within any molecular right. Most often, in fact, the enunciation of his theory and his analysis are

<sup>73</sup> I am using K’s terminology (cf. KRAMER 2012, 129).



formulated in terms of “claims” and “duties”. I devote the next subsection to examining the soundness of this thesis, the most peculiar of K’s stipulations.

#### 4.2. *What rights? Claims*

Theories of the function (or of the “nature”) of rights often focus on or emphasise certain normative properties, neglecting others and developing their thesis to extremes where the intensional specification ends up implying an extensional restriction of the concept of “right” that such theories aim to or succeed in explaining. Of the possible contexts of “rights” in which such limitations occur, surely that of the structural meanings of atomic rights and, specifically, claims, is one of the most surprising. It is surprising given the broad and deep-rooted ordinary and technical linguistic usages relating to the remaining senses of atomic rights, and the importance of capturing those usages by a theory that is not purely normative. A theory of rights which is not merely normative, which disciplines linguistic uses of lawyers or legal theorists (i.e. not analogous to a linguistic stipulation), but which is also explanatory of certain uses (i.e. which makes it possible to account for, by describing and explaining certain linguistic uses) must account for all those (atomic or molecular) positions which are usually called “rights”, if it is to have any extensional adequacy.

That not all the entitlements identified by Hohfeld should be qualified as “rights” is a thesis on which, as we have seen in the previous sections, K insists a lot. Only those (tokens of) normative attributions that meet the defining clause of the Interest theory deserve that label. The defining clause of the Interest theory takes the form of the beneficial or advantageous character of a normative position. Concretely, K has been specifying that what is relevant for this clause can be found in the attribution of normative protection<sup>74</sup> and, more recently, in the inherent and deontic protection<sup>75</sup>. This property would be, for K, distinctive of the claims. The study of this characteristic property and how it characterises claims will be the subject of this subsection; first, however, it is worth clearing up some misunderstandings concerning the putative ancestry of the stipulation in Hohfeld.

As is well known, at one point in Hohfeld’s rational reconstruction, interrupting this reconstruction, Hohfeld calls the claims «rights in the strictest sense»<sup>76</sup>. The only textual evidence of the reasons in defence of such a stipulation is a very concise passage.

«Recognizing, as we must, the very broad and indiscriminate use of the term, “right,” what clue do we find, in ordinary legal discourse, toward limiting the word in question to a definite and appropriate meaning. That clue lies in the correlative “duty,” for it is certain that even those who use the word and the conception “right” in the broadest possible way are accustomed to thinking of “duty” as the invariable correlative» (HOHFELD 2010, 31).

The passage presents some interpretative difficulty. The association of ideas between “claim” and “duty”, it could be argued, also occurs between “right” (generically, under any of the four meanings) and “duty”. The problem is that if Hohfeld makes clear what he means by “claim” and “right”, he does not make clear, or rather seems to exclude, that “duty” can refer to any other position of disadvantage than the one he himself designates as “duty”, excluding no-rights, liabilities and disabilities. What K calls “entitlements” are given a name in the Hohfeldian table (for they used, before the Hohfeldian reconstruction, to be called “rights”, as Hohfeld acknowledges), but “correlatives” are not (for Hohfeld suggests, but does not openly

<sup>74</sup> KRAMER 2019, 3.

<sup>75</sup> KRAMER 2021, 1.

<sup>76</sup> Indeed, the Hohfeldian project of linguistic recognition and regulation did not need to attribute any kind of priority to any of the meanings arising from linguistic discrimination.

acknowledge, that all such positions were called “obligations”). But if this is so, Hohfeld’s decision, as he formulates it explicitly, is a recognition of a linguistic practice, which is based on a not entirely clear association of ideas and is apparently the result of, so to say, a lexical bias or prejudice. This prejudice consists in the fact that the highly relevant idea of “duty” seems to be associated with that of “right” (both in the sense of “claim” and in the generic sense of “right”). Since obligations (*generic*, one might say) are assumed to be relevant, and the precise position correlative to the “claim” is called “obligation” or “duty”, this leads to calling the “claim” «right in the strictest sense». In some sense, linguistic equivocity can be thought of as the point of strength and weakness of duties<sup>77</sup>. In many theories of rights, “claim” has become the exemplar of “right”.

Be that as it may, it is the case that Hohfeld generated (or maybe consecrated) an asymmetry about a pre-eminence of claims and duties as paradigms of correlative normative status. This asymmetry is also enshrined and amplified by K’s Interest theory, for it presents claims as paradigm of the normative situation of advantage. Although, as we shall see, with a development that responds to different reasons. The amplification of the double asymmetry, in short, arises from the fact that the extended version of the Interest theory refers to the beneficial effect of rights (of entitlements), without mentioning the correlatives, while the restricted version of the Interest theory refers to the beneficial effect of duties. The combination of these versions yields, as I say, a double asymmetry: claims are more relevant entitlements than any other –they constitute the paradigmatic class of “rights”– but this is precisely because of duties. On the other hand, entitlements that are not claims are more relevant than their correlatives, which do not contribute anything in terms of the Interest theory. Thus, a mysterious double order of priority is created between the restricted version and the extended version of the Kramerian Interest theory. It is now important to look at the priority of duties over rights.

In view of the above, it is worth stressing that K’s reasons for restricting his attention to claims are not internal to Hohfeld’s work. K claims that the Interest theory is in conformity with the Hohfeldian lexicon and the discordance of the Will theory is in disagreement with the Hohfeldian lexicon. It is true that the expression of the disagreement about what counts as “right” is partly formulable in Hohfeldian terms, i.e. it is true that the differences between the models of “right” of the Interest theory and the Will theory are also reflected in structural terms, expressible through Hohfeld’s taxonomy, but this does not mean that the Hohfeldian proposal pronounces on these theories or gives us clues to resolve disagreements that are not purely taxonomic<sup>78</sup>. Of course, the promotion of autonomy that concerns the Will theory or the protection of wellbeing that concerns the Interest theory are embodied in the emphasis, respectively, on powers and claims, but the choice of one theory or the other is more a matter of how they account for the function, the foundation of rights, and not so much of the structure<sup>79</sup>. The convergence and divergence with Hohfeld lies, says K, in the fact that the Interest theory

<sup>77</sup> As I see it, the question remains open whether what Hohfeld calls “duties” is a category coextensive with all the notions to which jurists prior to Hohfeldian linguistic discipline referred when they spoke of “obligations” or “duties” generically, and whether such linguistic usages inspired Hohfeld in his stipulation of claims. In any case, whether or not claims and duties are the paradigmatic normative correlative positions in which jurists habitually thought and think (so that Hohfeld’s solution would not be stipulative, but rather that of a redefinition), in some sense this paradigmatic character has crystallised in numerous conceptual models.

<sup>78</sup> Indeed, some of K’s ambiguous statements would suggest the opposite (see KRAMER 2010, 33; see KRAMER 2008, 418).

<sup>79</sup> Of course, if we associate, as K correctly does, the aspect (or value) of protection with claims and the aspect (or value) of empowerment with powers, this allows us to see that the Will theory often confuses the two aspects (see KRAMER 2001, 64 f.). In this sense, the Interest theory is more analytically accurate and this is in line with Hohfeld’s analysis, but these observations are not enough to settle deeper theoretical disagreements, the ones that most determine the confrontation between the theories and that concern the functions or the values that each theory defends as proper to the concept of “right”. Hohfeld’s theory is relevant to clarify some terms of the disagreement, not to eliminate it.

allows “right” and “claim” to be understood as [1] interchangeable denominations, since a claim [2] can be qualified as a right even if it is not accompanied by other entitlements<sup>80</sup>. However, as can be seen, the first reason ([1]), the Hohfeldian one, is presented as a linguistic decision; the second reason ([2]), the Kramerian one, is a decision proper to a theory of the function of rights. For its part, the Will theory claims all four entitlements in order to qualify a position as a “right” and is therefore incapable of giving an autonomous explanation of each entitlement. There is some truth in this, but there is also some confusion. If the Interest theory has a real explanatory superiority over the Will theory, it lies not in (being able to) consider “claims” as “rights”, but in considering any of the four Hohfeldian entitlements as “rights”. Why? Because the restriction to claims is an undue stipulation, which excessively and unduly reduces the structural explanatory power of the Interest theory (it leaves three of the four Hohfeldian meanings unexplained in terms of their function) and because K’s reasons for restricting his theory to claims are not properly Hohfeldian. Indeed, as K himself states on several occasions, Hohfeld’s project remains neutral with respect to investigations of theories of the function of rights<sup>81</sup>. Indeed, K also acknowledges that the theories of the function of rights complement Hohfeld’s model, and that we have no textual evidence that Hohfeld advocated either the Will or the Interest theory<sup>82</sup>. It is also K’s view, in a Hohfeldian spirit, that the restriction to the category of claims is a suitable means to obtain more precision in the discussion of rights, disciplining a use that would otherwise be entangled and lead to paralogsms. In short, Hohfeld formulates, and in an unclear way, a few reasons why “claim” should also be understood as «right in the strictest sense», and these reasons pertain, so to say, to “descriptive linguistics” of some linguistic associations, and have little to do directly with those relevant for a rights function theorist, for, among other things, Hohfeld, does not focus on the semantics of rights, on the function of rights. Some encounters between the two approaches could be found, but K is reluctant to engage in something like a “descriptive sociology” of linguistic uses. Indeed, as we shall see below, K gives other reasons, not always clearly, for restricting his theory to claims.

In one paragraph, K points out the characteristic role of claims:

«The distinctive role of claim-rights in this area is different. Where powers and liberties consort with claims that protect the power-holders’ and liberty-holders’ ability to exercise their respective entitlements, the presence of those claims is what commonly elicits the application of the term “rights” to the powers and liberties. Because claims are unique in performing that particular function, the singling out of them as rights is hardly an arbitrary stipulation» (KRAMER, STEINER 2007, 298).

As evidence, K adduces the fact that liberties are usually considered to be accompanied by duties of non-interference in order to qualify as “rights”<sup>83</sup>. The Kramerian shows some affinity with the Hohfeldian passage, consisting of attention to the linguistic practices that qualify something, with a certain rigour and in a convergent way at least, as a “right”. Of course, the thesis about liberties is sound, if it is understood as referring to assumptions such as what Hart called “naked liberties”, but it falls short of proving what K intends to prove. For such assumptions, the content of the generalisation would have to be extrapolated to other normative positions, in other cases, which is what is at issue here. To be sure, in certain cases, the claim is relevant: for example, with vested liberties. But for instance, in other cases, what is relevant is the bilaterality of liberties or the inclusion of powers. The question, then, is what this particular

<sup>80</sup> KRAMER 2010, 33; KRAMER 2013, 246 f.

<sup>81</sup> KRAMER 1998, 62. What I call the «theory of the function of rights» is usually called the «theory of the nature of rights». Such a label is unclear and reminiscent of ontological Realism (if not of Natural Law).

<sup>82</sup> KRAMER 1998, 65, 61.

<sup>83</sup> KRAMER, STEINER 2007, 296 f; KRAMER 2016, 5.

function consists of and why claims perform it uniquely well. The relevant property of claims, when they complement other entitlements (i.e. as part of molecular rights) is the «possibility of imposing a protective injunction», of «protecting the exercise of other entitlements»<sup>84</sup>. It should be noted: not «protecting the wellbeing». It is the existence or performance of the duty that is typically beneficial<sup>85</sup>. These statements make the claim, in some (structural) sense, a second-order entitlement, because it presupposes the existence of other entitlements, and thence necessarily referring to other entitlements, at the very least, to other powers, and make the role it plays relative to the effectiveness of other rights. These are accessory roles, which are only instrumentally connected to the wellbeing of individuals and which, rather, bring the Interest theory closer to the Will theory, in its emphasis on the exercise of normative powers<sup>86</sup>. In other words, the key to the Kramerian Interest theory, the emphasis on claims and duties, is an immediate protection of the other entitlements (basically, liberties and powers, in molecular rights). But if this diagnosis is correct, then the connection between duties, other entitlements and wellbeing becomes somewhat nebulous.

Precisely, except initially, K's theory does not understand "protection" as «protection (and promotion) of the wellbeing», as is usual in Interest theories, but above all as "normative protection" and, more particularly, as «deontic and inherent protection»<sup>87</sup>. K argues that, for the Interest theory, the main desideratum for the subject is protection or, in an alternative formulation, security. In what sense the claims are especially protective or more protective than other positions is something that K has not made explicit until recent work<sup>88</sup>. Thus, it is only in his most recent work that K has broken down the terms of normative protection into "inherent and deontic protection". This characterisation says very little: "inherent" only designates, as I have said, a necessary and objectified character of protection, and "deontic" simply refers to the logical modality<sup>89</sup>. But if to the question of what kind of protection the duties dispense, the K's answer is simply a repetition of the question and it incurs in circularity. It may be that K intends only to refer, but there is no explicit evidence to this effect, to the idea that the duty expresses the deontic modality "obligatory" and the reference to it is clearer than the reference to claims, or than the reference to other normative positions. In that case, such an argumentative move would be apt to explain why duty is more explanatorily relevant than claim or other rights, though not, not explicitly, why duty performs the function relevant to the Interest theory model ("normative protection") more strongly than any other normative position. For, in truth, the thesis that normative protection is carried out by duty is not so much a thesis about the functions of rights (nor about the values of rights), but rather about Interest theory as a theory of right-holders identification, for K argues that the relation between claims and duties is to be explained by the conduct of the duty-bearer (an active position), not of the claim-holder (a passive position, so that its holder, strictly speaking, neither performs nor omits any action as the content of that right). As I have already pointed out, claims have to be specified by reference to the actions of the persons subject to the correlative duty<sup>90</sup>. This, of course, also has to do with the deontic modality and not only with the action. However, K, as we shall see below, does not seek to confine himself to the field of the identification of law, as one might expect. Normative protection (and, one

<sup>84</sup> From a personal communication with K 2020.

<sup>85</sup> From a personal communication with K 2020.

<sup>86</sup> Indeed, if my reading is correct, there is no significant difference between Kramerian "normative protection" and the "exercise" of the Will theory.

<sup>87</sup> At first (KRAMER 1998), what was relevant for K was the advantageous character of rights, a thesis contained in the "thin evaluative stance".

<sup>88</sup> The explicit manifestation of the protective function can be found in KRAMER 2016, 29, 48.

<sup>89</sup> On the other hand, the Kramerian definition shows remarkable affinity with the formula of the "deontically infused good", as a basis for directional duties, that Cruft talks about (see CRUFT 2019: 97-100).

<sup>90</sup> KRAMER 1998, 13.

might argue, advantageousness), for K, is carried out by duty. K insistently preaches the protective character of duty, rather than of the correlative claim<sup>91</sup>. This assertion falls into the Hartian accusation directed at Interest theorists<sup>92</sup>, for claims, in some Interest theorists' accounts, are redundant in relation to duties: it is the latter that have more evident, more relevant information and those that protect other normative positions. The reference to claims is then superfluous. Of course, from a logical-conceptual point of view, it is just as well to speak of one term as the other, by virtue of the correlativity thesis (if so understood, the accusation would be ill-founded)<sup>93</sup>, but from the point of view of the identification of the right and the function of rights, which were the variables that Hart took into account to formulate his accusation, K's proposal is exposed to this accusation.

In any case, these answers draw attention to another, and more salient peculiarity of K's analysis, which seems to be in solidarity with the one I have just pointed out: it tends to predicate the beneficial character of deontic notions and the neutral character of anankastic notions. So, the question, reformulated, is "why normative protection is only (or mainly) deontic protection?" In this way, the Kramerian argument, as I have reconstructed it in the previous paragraphs, presents an additional implicit thesis, this one no longer strictly linked to the identification of right-holders and the application of the right: the deontic and the protective character are somehow knotted. Of course, as I have argued above, this thesis is not sufficient to answer the question of the paradigmatic character of duties or claims for a Interest theory, but it does put us on the track of a better reconstruction of K's position, to be complemented, surely, by the clarifications I raised shortly before on how "normative protection" is to be understood. For K, powers and liabilities have a neutral character, which means that their identification does not rest, as in the case of claims, on valuational assumptions and that one cannot judge whether they are beneficial or harmful without assessing their content. Also, interestingly, K considers that claims, like types, are positions of advantage, but are also some tokens of liabilities and disabilities. Thus, the question remains open as to whether certain correlatives and not only certain entitlements could be considered beneficial<sup>94</sup>. This picture presents different problems; a general one is the renunciation of Interest theory to deal with what are generically called "rights" by speakers, in order to deal with normative positions (entitlements and correlatives) that become, in some sense, positions of advantage. Precisely, an even more remarkable problem is that of confining liberties and powers outside the Interest theory, if they are not complemented by claims. Some correlatives would be advantageous, and so qualifiable as "rights", and some entitlements would not be advantageous and thus would not qualify, for K, as "rights".

In addition, there is a peculiar oscillation of the structural model, between molecular rights or atomic rights, and between claims as determining but accessory elements or as paradigmatic elements in molecular rights. Indeed, if normative protection is the relevant property for molecular rights and is also the main contribution of the claims, the latter become instrumental. Not only that, but a singular shift also emerges from what has been said in the last paragraphs: the displacement of Kramerian theory from the common defining clauses of the Interest theory, relating to the protection and promotion of wellbeing (an objectified or subjective conception of wellbeing), as it is manifest in MacCormick's Interest theory, and a placement in an idiosyncratic version, which understands "protection" in the semantic field of "normative

<sup>91</sup> KRAMER 2010, 32; KRAMER 2013, 246; KRAMER 2016, 1.

<sup>92</sup> As I have already mentioned, for Hart, if for an Interest theorist to have a right is as much as to benefit from another's obligation, the reference to right is redundant with respect to the more fundamental and clearer reference to "obligation". This accusation is not true of Bentham, but it is, to a large extent, true of Raz.

<sup>93</sup> That is, as we shall see, the path undertaken by K.

<sup>94</sup> By the way, we should say that the content and the possession itself is what could be considered beneficial in any kind of entitlement.

security”, which is characterised not only as “deontic”, but also as “inherent”, suggesting an objectivist view of protection. This view is combined, as we shall see below, with a rather more objective version of the individual’s wellbeing, with a strictly normative notion of “interest”.

In short, the result is somehow peculiar: both in its structure, as a molecular right, consisting of liberties, powers and claims necessary for effectiveness, and immunities necessary for stability, and in its function, insofar as normative protection is central (i.e. the realisation of normative positions of a lower order than the protective position), the extended Kramerian model of “right” is similar to the model of the Will theory. On the other hand, the model restricted to claims is not viable, because the role of the correlative duties is precisely the normative protection of other atomic positions, so that there are only “rights” as molecular rights for K, and the different problems of the restricted model and the extended model of “right” are combined.

##### 5. *On the justificatory dimension of K’s theory and theories of rights*

Before turning to some considerations about the justificatory sphere of K’s theory and of any theory of rights, I consider it important to examine a relevant substantive aspect: what conception of interests does K defend? As we shall see, this is an aspect somewhat neglected by the Cantabrigian professor, who, as I have pointed out, explicitly claims that his theory avoids making value judgements (apart from the strictly necessary according to the nebulous “thin evaluative stance”). While it is true that K devotes considerable attention to some substantive aspects of detail on which it may be appropriate for an Interest theorist to pronounce<sup>95</sup>, there are some on which his response is unsatisfactory. One notable one is the subjective or objective character of the interests that rights protect or promote. K claims that the conception of welfare he promotes «is objective, rather than accommodatively subjective»<sup>96</sup>, and explains such a claim as a deference to the evaluative judgements expressed by individuals in most contexts, but also to the need to confront such judgements when they are erroneous or short-sighted. This is often the case when the class of potential incumbents consists of children or the incapacitated, and a fortiori nonhuman animals<sup>97</sup>.

Before presenting his conception of “interests”, K puts the problem itself in the following terms: he defines his conception of interests as “pre-ethical”, in that it takes into account what a certain person desires (subjective element) as well as what a person should desire (objective element)<sup>98</sup>. It is wholly inappropriate to call such an understanding “pre-ethical” and, in fact, it is certainly an ethical view (of a cognitivist type) and can be described as one that oscillates between subjectivism (of individuals’ preferences) and objectivism. When addressing the understanding of, but not adherence to, controversial rights such as the eventual right to be tortured, K seeks to settle the question by indicating that he defends the same view as Hart’s clarification of Mill<sup>99</sup>. The problem is that this does not settle the question at all, at the moment Hart redefines Mill’s treatment of sensible/wrong desires, and it is not clear what position Hart takes in the partially reformulated reading of Mill. At this point K can be reproached for clearly denying that he is undertaking an operation of moral evaluation (in a first-level discourse).

<sup>95</sup> For example, the criteria on the basis of which classes of potential right-holders can be selected, KRAMER 2001, 34 ff.

<sup>96</sup> KRAMER 2001, 80.

<sup>97</sup> KRAMER 2001, 80, 91.

<sup>98</sup> See KRAMER 2016, 48.

<sup>99</sup> KRAMER 2001, 95; HART 1963.

It is now time to delve into the justificatory dimension of K's theory by first examining his account of moral rights. As I have already mentioned, K's allusions to moral rights are rather infrequent and their treatment is minimal. It is true that K has presented some differences that would show legal rights to be different from moral rights<sup>100</sup>. Among these differences, it should be mentioned that, unlike in the legal realm, remedies (remedial duties) are a necessary component of rights in the field of critical morality. This is tantamount to saying that nominal moral duties are not duties at all. He has also recently explored very briefly the extension of his Interest theory to moral rights. K presents the hypothetical case of kidnappers forcing the kidnapped to perform certain tasks by force, addressing the problem of whether such duties are owed to the kidnappers, in which case they would have a correlative right<sup>101</sup>. In line with his resolution, K formulates the following «extended Interest theory for moral claim-holding»: A person *P* has a moral claim correlative to a moral duty *D* if and only if [1] *D* inherently and deontically protects some aspect of *P*'s situation that, all things considered, is generally beneficial to a being like *P*, [2] the existence of *D* is not due to some moral wrong perpetrated by *P*, and [3] *P* belongs to the class of potential claim-holders<sup>102</sup>. If so, the extension to the field of moral rights is meagre, since it is restricted only to [2], which is an exception clause, relating to when a moral right is not to be given<sup>103</sup>. Moreover, [2] responds to a rather elementary principle for a critical morality, the wrongful nature of profiting from illicit acts. Precisely, K's theory cannot be extended, at least not easily and widely, to the moral domain, because of its configuration as a decision procedure for the identification of right-holders, of a decidedly technical-legal character, and, what is more significant, because of a manifest lack in K's approach, which lies in the lack of reference to the justificatory dimension of rights. I refer to a lack of explicit and developed reference, as we will see at the end of the paper that it does contain a not very explicit and fragmentary reference. And, of course, the "thin evaluative stance", the thesis that to speak of "rights" (deontic and, to a lesser and particular degree, anankastic positions) commits us, at least to a minimal extent, to employ valuations, in particular, concerning the advantageous character of rights, is a timid enunciation of what I intend to assert. It may happen, de facto, that legal practices refer to or enshrine in their interpretations and legal constructions unjust rights, but often, especially in contemporary constitutional states, they assume the idea of a minimum of justice in legal relations.

Indeed, the study of justification as a significant datum of rights should be peaceful for an inclusive legal positivist and incorporationist like K<sup>104</sup>, for what datum is more peaceful concerning a constitutional order than the possible inclusion of substantive criteria in the identification of the right by legal operators?

However, a neutral description of law, respectful of the social sources thesis, should not use the beneficial character as a requirement to qualify a certain normative position as "right" (consider the case of the Nazi law, mentioned above), unless the system itself, contingently, does not incorporate the valuation of the beneficial character as a criterion for the identification of rights. In a certain system, according to the thesis of social sources, there are the legal positions conferred by the rules promulgated by the authority, in accordance with their textual formulation (explicit rights, the result of interpretation) and their deontic consequences, or legal norms derivable from one or more legal norms, express or implicit, previously identified (implicit rights, the result of legal construction)<sup>105</sup>. Thus, for an interpreter to qualify a certain

<sup>100</sup> KRAMER 2004, 249-294.

<sup>101</sup> KRAMER 2021, 1 f.

<sup>102</sup> KRAMER 2022, 379. Incidentally, this implies per se the recognition of non-directional duties, a possibility that Kramerian theory otherwise does not admit.

<sup>103</sup> KRAMER 2021, 2 f.

<sup>104</sup> For a defence of inclusive positivism, see KRAMER 2004, 3 ff.

<sup>105</sup> Cf. PINO 2013, 248; cf. NAVARRO, RODRÍGUEZ 2004, 117.

normative position as a “right” is at least a function of the fact that the provision in question is formulated in terms of some legal entitlement (think of a rule such as “everyone can go to the forests” or “everyone has the liberty to go to the forests”), or in terms of their contradictory positions (“no one has a duty not to go to the forests”) or from the formulation of an implicit norm, resulting from a weak permission, in the light of the set of legal sources, under which there is no prohibition to go to the forests. For the qualification of a normative attribution as a “right”, the linguistic, structural identification I have just referred to could suffice. Thus, reference to the justification and valuation of normative positions would not be necessary; whether or not access to forests is beneficial might not be relevant for qualifying such positions as “rights” if we are merely describing legal norms in force<sup>106</sup>. Of course, it could qualify as a “right” even if it is a trivial right, indifferent to wellbeing. In a discourse of legal science aimed at identifying the law in force, one would not have to resort to the beneficent criterion, unless, contingently, the legal system itself established it as a criterion for identifying positive norms, in a perspective of methodological legal positivism. This is the task that the Kramerian Interest theory is primarily concerned with, which raises the question of whether the beneficent element as a tool for identifying law (and not as a description of the actual practices of identifying law) is well suited to methodological legal positivism. Interest theory can legitimately engage in these tasks in different ways and for different reasons, but it ceases to be a second-level technical-legal theory reconstructive of legal practices if the condition that the legal system establishes beneficence as a criterion for the identification of rights is not met (in addition to the adherence to some version of incorporationism or inclusive legal positivism).

It is quite another thing, indeed, that we try to account for what certain operators actually do and not to guide their actions, and that what they do is more or less in line with the theses of methodological legal positivism<sup>107</sup>. For these users, who make use of technical language or ordinary language, the beneficial character as a criterion for the use of the expression “right” to qualify a normative position may be relevant.

Such a second-level discourse is certainly not necessarily a discourse of justification but about justification, and retains its descriptive character, although it includes some evaluations and deals, among other things, with evaluative-justificatory discourses<sup>108</sup>. In order to carry out such tasks, it is not necessary to adhere to inclusive positivism and incorporationist theses, since it is possible, among other things, to carry out a description, in a broad sociological sense, of what normative addressees and legal operators consider to be “beneficial”. In any case, the “sociological” one is not a path that K is interested in pursuing. Whatever the case, a correct methodological and metatheoretical understanding of the possible tasks of the legal philosopher means that he does not have to be over-precautious and embark on a greater quantity and quality of theoretical tasks than those that occupy K.

In fact, unlike K, we must distinguish between discourses of justification and discourses *about* justification. The discourse of justification answers questions such as what is the value that rights are to serve, what rights are to be conferred, given adequate justification, the answer to such questions consists in the formulation of norms. Thus, it forms a discourse in an evaluative-justificatory key, committed to ethico-political values and with which a normative model of rights (a doctrine of rights) is constructed. A discourse about justification, on the other hand, answers questions such as: what is the value that rights serve in certain legal systems (or, more

<sup>106</sup> This would be a linguistic formulation in terms assimilable to “rights” (prerogatives, powers, licences, etc.), often through the lexicon of the deontic and anankastic modalities.

<sup>107</sup> But, in fact, K is mainly concerned with the second-level discourse, prescriptive of practices, as a first-level discourse, and does not claim only to account for actual practices with a second-level descriptive discourse, and K’s analysis is very limited in its dedication to the description of actual legal practices.

<sup>108</sup> In fact, discourses of and discourses about justification can and should be distinguished.



generally, in certain normative systems); the answer to such a question consists in the formulation of normative propositions. It forms a descriptive discourse, models that explain rights. Of course, also in the discourse about justification it is about capturing evaluative-justificatory discourses and not only analytical-conceptual ones, but it is mainly oriented towards explaining practices, or, punctually, towards explaining theories, rather than providing a mould to which theory and practice should fit, as normative models, discourses of justification, do instead. Interest and Will theories, used as tools of empirical revelation of current uses, of how legal theorists and practitioners use expressions such as “right”, are, implicitly or explicitly, discourses of descriptive metajurisprudence and descriptive metatheory. The possibility of a value-neutral second-level description of law is preserved in discourses about justification. As Hart stated, «description may still be description, even when what is described is an evaluation»<sup>109</sup>. Indeed, the kind of explanation of rights that Hart inaugurates is a kind of conceptual analysis that deals with, among other things, valuations and, precisely, the point of rights. K would do well to incorporate this distinction and to state clearly which of these two poles he is at.

A few words should be devoted to K’s theoretical aspirations. It is not so much theoretical positivism that determines the restriction of K’s attention to legal rights as methodological positivism. K, he asserts, is primarily concerned with legal philosophy in the strict sense and aims to formulate a «theory of the nature of legal right-holding». Furthermore, K understands the explanation of the fundamental features and functions of rights as analytical questions<sup>110</sup>. In doing so, normative questions can be largely avoided. But that, in any case, does not mean that, at least, as K himself acknowledges, Interest theory does not entail deep moral implications and does not, to some extent, assume value elements.

As has become apparent, some substantive elements do not receive the attention that might be expected from a theory of rights and other elements are simply assumed as implicit presuppositions. K argues that the main desideratum that corresponds to a theory of the function of rights is normative protection<sup>111</sup>, but it turns out that this justification is presupposed and remains lacking in a detailed articulation.

On the other hand, there are aspects of the justificatory dimension that K develops; to this extent, he underestimates the valuational commitment of his proposal. K does not merely show –although his defining clause and Bentham’s test claim to do so– who is the holder of a right in the sense of which individual occupies a position that is simply identifiable in analytical-conceptual, structural terms (related to the breach of a defined duty). When K details different arguments by virtue of which an individual can be considered a right-holder<sup>112</sup>, he is not just making a logical pronouncement about whether that individual is the counterpart in a given relation, which has certain structural features, but he is making a pronouncement about what counts as a right and what does not. If the first task may be strictly analytical-conceptual, syntactic, the same cannot be said of the second, which is evaluative-justificatory, semantic, or, at the very least, deals with value-justifying matters. It is precisely the second task that a rights theorist has to undertake when he has to articulate some fundamental theses concerning the function of rights.

The disparity of tasks is thematised in the labels K uses; but the labels, precisely, minimise the presence of the task not prioritised by the chosen label. Let me explain. As I have repeatedly pointed out, K prefers to call his proposal a “theory of right-holding”<sup>113</sup>, and specifies that it is

<sup>109</sup> HART 2012, 244.

<sup>110</sup> See KRAMER, 2008: 414-415.

<sup>111</sup> Cf. KRAMER, 2008: 418; cf. KRAMER, STEINER, 2007: 289.

<sup>112</sup> A significant example can be found in KRAMER, STEINER 2007, 290-292.

<sup>113</sup> KRAMER 2016, I.

focused on determining the basis for the directionality of duties. But what is the basis for the directionality of duties? what makes a certain obligation of one individual owed to another person? The “basis of directionality” cannot but depend, sooner or later, on an argument of a evaluative-justificatory nature. Even if we limit ourselves to describing that such a valuation has taken place and, above all, without prejudice to the fact that the instruments we use to determine the scenarios in which we usually say that a certain individual has a right may be eminently formal. If we follow K’s theory, we can determine a right (a defined entitlement) by reference to the correlative duty (its fulfilment or transgression) and, jointly, by reference to the beneficial effects of the duty. The explanation of rights as the correlative position to a duty can be carried out in analytical-conceptual and, basically, neutral terms. However, this is not the case when we stipulate as a condition for considering a certain normative position as a “right” its generally beneficial character for the holder. The notions of “benefit”, “interest”, “advantage”, while theoretically illuminating, show a valuational commitment; of course, not necessarily on the part of the interpreter who gives a detached account of this commitment, describing it in a second-level discourse. Identifying the content of rights with the protection of wellbeing or the promotion of the will, and privileging one understanding over the other, is a matter of justification; a justification formulated by the legal system (if the theorist is engaged in describing it) or by the author himself (if the theorist is engaged in prescribing). The moment K asks about the “intrinsic effects” of norms, the effect he is specifically interested in is the normative property of “benefiting” and aims to analyse and collect sets of cases in which an individual can be said to be “benefited” by a norm, K decisively crosses the Rubicon of evaluative-justificatory considerations.

Although K proposes a «Interest theory without political trimmings»<sup>114</sup>, cannot avoid a commitment to valuation. K explicitly acknowledges that his theory, like any theory about the function of rights, «must adopt at least a thin evaluative stance»<sup>115</sup>. What does K mean by that? That talk of “rights” necessarily entails some valuations; in particular, about the advantageous character of rights<sup>116</sup>. But K’s acknowledgement of this does not adequately account for the commitments that any theory of rights must make if it is to interrogate, in any depth, the questions that K is asking<sup>117</sup>. Of course clarifying the function and content of rights is a theoretical enquiry, guided by explanatory-theoretical desiderata<sup>118</sup>. However, it is not only that. The fundamental characteristics and basic functions of rights are analytical questions<sup>119</sup>, but they are also, and to a very significant extent, matters of assessment and justification, at the very least, in an (eminently) descriptive second-level discourse with reference to an (eminently) evaluative first-level discourse.

To speak of a «theory of entitlement or possession of rights» or to speak of a «theory of rights» is not just a matter of labels, for K. The American philosopher argues that a theory of right-holding is a theory encompassed within a broader theory of rights<sup>120</sup>. If the latter has to

<sup>114</sup> KRAMER 1998, 91.

<sup>115</sup> KRAMER 1998, 91.

<sup>116</sup> Cf. KRAMER 1998, 96-97. Although not, apparently, of the anankastic positions, if we stick to the singular Kramerian theses I have examined above. But this is mistaken. There is no difference between deontic and anankastic entitlements, and it is the content which might be considered beneficial, in any case.

<sup>117</sup> Indeed, K’s critique of other positions highly charged with substantive ethico-political content and the eagerness to present a proposal free of substantive beads have led the American theorist to relativise and mince words about the value dimension of his enterprise. In any case, it cannot be argued that (any version of) the Interest theory is necessarily a more neutral proposition than (any version of) the Will theory, as Kramer suggests in several passages (KRAMER 1998, 91 ff.). Of course, K would surely concede that Hartian Choice theory is more value-agnostic than the Interest theory proposed by Raz.

<sup>118</sup> See KRAMER 2008, 420; see KURKI 2018, 433.

<sup>119</sup> See KRAMER 2008, 414.

<sup>120</sup> See KRAMER, 2012, 129.

encompass other components and thereby assume a broader set of theoretical commitments, it follows that the former can evade them. A theory of the nature of legal right-holding would thus be a fundamentally theoretical-explanatory enquiry, primarily focused on the necessary and sufficient conditions of the existence of right-holding<sup>121</sup>. It turns out that we can know a few things that do not constitute “theories of right-holding” for Kramer: [1] a theory about the “nature” of moral rights, [2] a political theory of the rights we possess, or [3] a theory prescribing what legal rights should be attributed (a political philosophy)<sup>122</sup>.

As far as the metatheoretical approach is concerned, the distinction of K’s theory of legal rights holding from [1] is of little importance, either because of the author’s inclusive positivism, or because of his recognition that most aspects of his theory are transferable to the “holding” of moral rights. Again, the difference would not lie so much in the object –K insists that one can speak in either case of “theory of right-holding” without the need to speak of “rights theory”– as in the approach. That is to say, if K seeks to investigate moral rights, the path succinctly followed so far is not suitable, and, precisely, he would have to move considerably away from the field of Bentham’s test and the Hartian dictates that animate it, circumscribed to the determination of legal rights and which study the legal phenomenon *de lege lata*, not *de lege ferenda*.

The distinction with respect to [2] is more capillary. It is relatively common, of course, it is by no means exclusive to K, to thematise a division of tasks between analytical-conceptual enterprises and evaluative-justificatory enterprises, understanding, among other things, that the former is oriented towards understanding the “nature” of rights –rights already positivised– and the latter, enclosed in [3], oriented towards determining which rights should be attributed to which subjects. But that the distinction is operationalised in this way is highly dubious, fragile and unconvincing: the second element seems to be an example of legal politics or moral critique of law, but it is by no means exhaustive of the territory of the evaluative-justificatory critique of rights, as I have shown. Secondly, if it is intended as a distinction between description and prescription, the distinction presents a certain instability in a component of social reality with a notable positive evaluative charge, such as rights. Or, in another less charitable hypothesis, it is naïve and essentialist if the aim is to discover the “true nature” of rights. Rather, the problem under discussion lies in the possibility that for rights we may have pure models of what we have apart from what we ought to have (strictly descriptive models, capturing only the right as it is) and pure models of what we ought to have apart from what we have (strictly prescriptive models, capturing only the right as it ought to be). Even at the risk of repeating some considerations, I think it is important to reiterate that I do not claim that there are not two broadly differentiated approaches, an analytical-conceptual one, whose most sophisticated exemplar is Hohfeld’s theoretical project, and a evaluative-justificatory one, whose paradigmatic formulation is the proposals of MacCormick and Raz. What I am arguing is that any theorist who tries to pronounce on some key aspects of what it means “to hold a right” falls into the second set of questions, the semantic set, and that the distinction between one approach and the other not only has some blind spots, but is also, more often than not, poorly framed. Not to say that, as I have shown, K sometimes fails to maintain the most recognisable core of this distinction. So it could be argued: even if the distinction itself is sound, it has dubious points (when we ask what counts as a right), and the development of that distinction, the division of spheres of enquiry, is not always entirely sound.

On the other hand, K’s downplaying of the substantial contributions contained in his theory does not mean that his theory, even with K’s inadvertence, satisfactorily covers the set of justificatory questions that a theory of rights could and should answer. Most of the limitations

<sup>121</sup> See KRAMER, 2012, 132.

<sup>122</sup> See KRAMER 2012.

that beset K's theory have already been referred to in this paper. Kramerian theory owes much to Hohfeld's thesis and taxonomy and to Hart's fundamental operational suggestions. Perhaps its main limitations lie in the fact that, like Hohfeld, it seeks to remain largely on an analytical-conceptual plane and, above all, as Hart suggests to the Interest theorist, it focuses on the violation of duties and remains on a retrospective, not a prospective plane (*de lege lata*, not *de lege ferenda*). The Kramerian contribution makes it possible to identify the holder of a right as aggrieved or (effectively) benefited<sup>123</sup>, but does not offer any criterion for determining this *ex ante* or for understanding the arguments aimed at conferring rights on an individual. Precisely, and this points to the restriction of [3], it is unreasonable that K does not deal with the prospective justification of rights and the processes that lead from people's interests to defined entitlements from the moment he goes into such detail on the problems of to what extent and on what occasions a norm is to be understood as retrospectively benefiting a subject. K's approach to this implies that there is no choice between a substantive theory that prescribes when there should be an interest-based right and a formal theory that determines the addressees of a norm. As I have argued in this essay, it turns out that the specification of such addressees as "beneficiaries" and the characterisation in detail of such a benefit creates a sort of alternative that brings the second option closer to the first.

That K might opt for the restrictions I have pointed out and for metatheoretical reasons was already noticed by Simmonds.

«Interest theorists may be tempted by the identification of rights with those interests the encroachment upon which would be sufficient to establish a breach of duty. This preserves the positivism of the theory, but at the price of disconnecting the theory from its broader significance» (SIMMONDS 1998, 198).

However, contrary to Simmonds' suggestion, this is not the only way to preserve the positivism of interest theory. If K provides elements of analysis and conceptual and theoretical tools of Hohfeldian inspiration that constitute a valuable corrective to different aspects that are little and inadequately treated by the defenders of the dynamic conception, these defenders pronounce themselves on aspects of justification that are neglected and that should be attended (explicitly and lengthily) to by K<sup>124</sup>. It is noteworthy that K follows Hart in his ambition to reconfigure the Interest theory as a legal-technical theory, but that he is more succinct than his predecessor in investigating the justificatory dimension of rights.

The last drawback of K's proposal that needs to be pointed out is his insistent assertion that the claim-holder benefits from the correlative duty. Note that, significantly, the extended version of the Interest theory predicates the beneficial character of the entitlements and not of the correlatives. Thus, a first asymmetry arises, since, as far as the claims are concerned, the rights must be specified by reference to the actions of the persons subject to the correlative duties, as I have said, while as far as the other rights are concerned, the relevant action (and its qualification) is that of the holder of the right, if we follow the tenor of the extended version of the Interest theory. In addition, a second asymmetry is added, and that is that K gives precedence to the restricted version over the extended version of the Interest theory: that is, duties are given precedence over claims –under the restricted version– and the remaining three meanings of "right" are given precedence over the correlative elements, under the extended version, but it must be conjectured that the notion of "duty" is given precedence over any other,

<sup>123</sup> The qualification of "effectively" simply seeks to make it explicit that the test can be carried out only from the moment the benefit or damage occurs. It is not intended to evoke the question of third-party beneficiaries, which K resolves, in my view, in a conclusive manner.

<sup>124</sup> Cf. KRAMER 1998, 41, where he acknowledged a similar claim to the dynamic conception.

by virtue of the preference of the restricted version over the extended version. Vice versa, for the extended version, correlatives are explanatorily poorer than entitlements, while for the restricted version claims are explanatorily poorer than duties.

Of course, K can counter that if claim and duty are correlative, it is the same to predicate the beneficial character of one position as of the other. But, in fact, the problem does not concern the logical-conceptual correlativity of claims and duties, which is the way in which K erroneously replies to Hart's accusation<sup>125</sup>, but concerns the very vocabulary of rights. The problem lies in the fact that K gives, without sufficient grounds, as I have pointed out at several points in this article, explanatory priority to duties and turns a large part of his proposal on their explanatory potential in relation to the Interest theory. For it should not be forgotten that K's theory of the function of rights is aimed at compensating for epistemic deficiencies. On the other hand, if this is so, what makes us think that it is in any case of knowledge more certain the holder and the content of a duty than the holder and the content of a right? That question can be asked of each of the eight atomic normative positions that make up the Hohfeldian table, with the notable difference –for which, as I say, K does not provide sufficient argument– that the position that is most informative is not the “correlative” but the “entitlement”. Hart's accusation of redundancy, rightly so<sup>126</sup>, that the notion of “obligation” can express more semantic content and more effectively than rights, is applicable to Kramerian theory: although rights still have conceptual autonomy vis-à-vis the other normative elements, they are somehow relegated to an ancillary plane by the importance of duties. The fact that Kramerian Interest theory repeatedly focuses on the normative protection of duties makes rights redundant. If it is permissible to draw such a conclusion, it is striking that the tools Hart has provided the Interest theorist with are supposedly the best instrument with which to study rights, while at the same time they are the weapon with which to cement their irrelevance.

<sup>125</sup> See KRAMER 1998, 26 f.; see KRAMER 1991, 286 f.

<sup>126</sup> FERNÁNDEZ NÚÑEZ 2023, 137 ff., 167 ff.

## References

- CELANO B. 2013. *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- CRUFT R. 2019. *Human Rights, Ownership, and the Individual*, Oxford University Press.
- EDMUNDSON W.A. 2004. *An Introduction to Rights*, Cambridge University Press.
- FERNÁNDEZ NÚÑEZ M. 2023. *Derechos e intereses: qué podemos aprender de la analytical jurisprudence of rights*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FRYDRYCH D. 2017. *Kramer's Delimiting Test for Legal Rights*, in «The American Journal of Jurisprudence», 62, 2, 2017, 197 ff.
- HART H.L.A. 1955. *Are There Any Natural Rights?*, in «The Philosophical Review», 64, 1955, 165 ff.
- HART H.L.A. 1963. *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press.
- HART H.L.A. 1982. *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press.
- HART H.L.A. 2012. *The Concept of Law*, Oxford University Press.
- HOHFELD W.N. 2010. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Lawbook Exchange.
- KRAMER M.H. 1991. *Legal Theory, Political Theory, and Deconstruction: Against Rhadamanthus*, Indiana University Press.
- KRAMER M.H. 1998. *Rights Without Trimmings*, in KRAMER M.H., SIMMONDS N.E., STEINER H., *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford University Press, 7 ff.
- KRAMER M.H. 2001. *Getting Rights Right*, in ID. (ed.), *Rights, Wrongs, and Responsibilities*, Palgrave Macmillan, 28 ff.
- KRAMER M.H. 2004. *Where Law and Morality meet*, Oxford University Press.
- KRAMER M.H. 2005. *Legal and Moral Obligation*, in GOLDING M.P., EDMUNDSON W.A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, 179 ff.
- KRAMER M.H. 2008. *Rights in Legal and Political Philosophy*, in WHITTINGTON K.E., KELEMEN R.D., CALDEIRA G.E. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 414 ff.
- KRAMER M.H. 2010. *Refining the Interest Theory of Rights*, in «American Journal of Jurisprudence», 55, 2010, 31 ff.
- KRAMER M.H. 2012. *What is Legal Philosophy?*, in «Metaphilosophy», 43, 1/2, 2012, 125 ff.
- KRAMER M.H. 2013. *Some Doubts About Alternatives to the Interest Theory of Rights*, in «Ethics», 123, 2013, 245 ss.
- KRAMER M.H. 2016. *In Defense of the Interest Theory of Right-Holding: Rejoinders to Leif Wenar on Rights*, in «Legal Studies Research Paper Series» (University of Cambridge Faculty of Law), 22.
- KRAMER M.H. 2019. *Rights and Right-Holding: Hohfeld and the Interest/Will Debate*. Teaching Material for the Subject Topics in Legal and Political philosophy, Cambridge University, unpublished manuscript.
- KRAMER M.H. 2021. *Some Differences between the Holding of Legal Claim-Rights and the Holding of Moral Claim-Rights*. Paper presentation in V Lisbon Meeting on Legal Theory. 28th June 2021, unpublished manuscript.

- KRAMER M.H. 2022. *Looking Back and Looking Ahead: Replies to the Contributors*, in MCBRIDE M., KURKI V.A.J. (eds.), *Without Trimmings: The Legal, Moral and Political Philosophy of Matthew Kramer*, Oxford University Press, 363 ff.
- KRAMER M.H., SIMMONDS N.E., STEINER H. (1998). *A Debate over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford University Press.
- KRAMER M.H., STEINER. H. 2007. *Theories of Rights: Is There a Third Way?* in «Oxford Journal of Legal Studies», 27, 2007, 281 ff.
- KURKI V.A.J. 2022. *Are Legal Positivism and the Interest Theory Incompatible?*, in MCBRIDE M., KURKI V.A.J. (eds.), *Without Trimmings: The Legal, Moral and Political Philosophy of Matthew Kramer*, Oxford University Press, 73 ff.
- KURKI V.A.J. 2018. *Rights, Harming and Wronging: A Restatement of the Interest Theory*, in «Oxford journal of legal studies», 38, 3, 2018, 430 ff.
- MACCORMICK D.N. 1976. *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXII, 1976, 305 ff.
- MACCORMICK D.N. 2007. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press.
- MARMOR A. 1997. *On the Limits of Rights*, in «Law and Philosophy», 16, 1, 1997, 1 ff.
- NAVARRO P., RODRÍGUEZ J.L. 2004. *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press.
- PINO G. 2013. *Diritti soggettivi*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, 221 ff.
- POGGI F. 2013. *Concetti giuridici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto*, ETS.
- RAZ, J. 1986. *The Morality of Freedom*, Oxford University Press.
- SIMMONDS N.E. 1998. *Rights at the Cutting Edge*, in KRAMER M.E., SIMMONDS N.E., STEINER H. (eds.), *A Debate over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford University Press, 113 ff.

# Apporti della concezione post-neopositivista del significato alla riflessione teorica sull'interpretazione dei diritti costituzionali: una mappa concettuale

Contributions of the Post-neopositivist Conception of Meaning to Theoretical Reflection on the Interpretation of Constitutional Rights: A Conceptual Map

**MICHELE ZEZZA**

Docente di Filosofia del Diritto presso la Facultad de Derecho y Humanidades dell'Universidad Central de Chile (Coquimbo).

E-mail: [michele.zezza@ucentral.cl](mailto:michele.zezza@ucentral.cl)

## ABSTRACT

In questo articolo mi propongo di individuare, all'interno del vasto panorama delle concezioni del significato di carattere post-neopositivista, alcune indicazioni che possano contribuire a far luce su un fenomeno notevole dell'interpretazione costituzionale, ossia l'influsso esercitato, nel processo di determinazione del contenuto delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali, dal complesso di credenze, aspettative, scopi, ecc., sedimentati all'interno di una pratica linguistica a carattere sociale. Attraverso questa operazione s'intende evidenziare come l'identificazione di uno sfondo teorico-dottrinale relativo al complesso delle concezioni etico-politiche incorporate dalle costituzioni sia fortemente influenzato da vari elementi di carattere intra- ed extra-testuale. Collocando inoltre i processi interpretativi in un più ampio quadro di tipo ermeneutico-semiotico che consideri i casi giuridici come funzioni segniche, dovrebbe risultare relativamente agevole comprendere che le complicazioni teoriche presenti nell'ambito giuridico non siano in fin dei conti dissimili da quelle che si riscontrano in qualsiasi altra attività interpretativa che implichi il ricorso a un linguaggio storico-naturale.

In this article I intend to identify, within the vast panorama of post-neopositivist conceptions of meaning, some indications that may help to shed light on a remarkable phenomenon of constitutional interpretation, namely the influence exerted, in the determination process of the constitutional provisions which attribute fundamental rights, from the set of beliefs, expectations, purposes, etc., sedimented within a socially oriented linguistic practice. Through this operation, I aim to highlight how the identification of the theoretical-doctrinal background relating to the complex of ethical-political conceptions incorporated by the constitutions is strongly influenced by various elements of an intra- and extra-textual nature. Furthermore, by placing the interpretative processes in a broader hermeneutic-semiotic framework that considers legal cases as sign functions, the text seeks to demonstrate in a relatively easy-to-understand manner that the theoretical complications present in the legal field are ultimately not dissimilar to those found in any other interpretative activity that involves the use of a natural-historical language.

## KEYWORDS

interpretazione costituzionale, costituzionalismo dei diritti, olismo semantico, dipendenza contestuale del senso, concezione post-neopositivista del significato

constitutional interpretation, constitutionalism of rights, semantic holism, contextual dependence of meaning, post-neopositivist conception of meaning



# Apporti della concezione post-neopositivista del significato alla riflessione teorica sull'interpretazione dei diritti costituzionali: una mappa concettuale

MICHELE ZEZZA

*Introduzione – 1. Alcuni aspetti notevoli del linguaggio dei diritti all'interno del costituzionalismo contemporaneo – 1.1. Indeterminatezza normativa e nozioni eticamente connotate – 1.2. Problemi interpretativi e tecniche argomentative peculiari del costituzionalismo dei diritti – 2. Il prestito semiotico nella redazione delle disposizioni costituzionali – 3. Semiosi illimitata e ragionamento particolarista: abitudini semiotiche e criteri di stabilizzazione del significato – 3.1. La struttura triadica dell'interpretazione nella ricostruzione di C.S. Peirce – 3.2. Pre-comprensione e defettibilità nell'interpretazione costituzionale – 4. Semantica a enciclopedia – 5. Il superamento del dualismo "analitico-sintetico" e della distinzione tra schema concettuale e contenuto empirico – 6. Interpretazione radicale e principio di carità – 7. Applicazioni nel campo della teoria dell'interpretazione costituzionale – 8. Osservazioni conclusive.*

## *Introduzione*

Il discorso che segue si colloca all'interno di uno sfondo concettuale e assiologico determinato: in un contesto gius-politico e storico-temporale caratterizzato da una marcata costituzionalizzazione della cultura giuridica. Mantenendo ferma la consapevolezza di trovarsi di fronte alla razionalizzazione di un quadro che si presenta nella prassi come più articolato e complesso, si ritiene che la congiunzione di alcune caratteristiche tipiche della peculiare modalità di redazione delle costituzioni contemporanee – vaghezza, indeterminatezza normativa, molteplicità e conflittualità tra diritti fondamentali, ecc. – possa comunque costituire il terreno per lavorare su una *rappresentazione idealtipica*<sup>1</sup> dello Stato costituzionale, in quanto modello concettuale unitario caratterizzato dalla presenza di alcuni elementi strutturali.

Date queste premesse, l'obiettivo principale dell'analisi è quello di individuare, all'interno delle "teorie del significato"<sup>2</sup> di taglio post-neopositivista<sup>3</sup>, alcune indicazioni che possano contribuire a far luce su un fenomeno notevole dell'interpretazione costituzionale, ossia l'influsso esercitato, specie nel confronto con la parte sostanziale del testo costituzionale (e ancora più in particolare, della base valoriale soggiacente alla formulazione delle disposizioni costituzionali che riconoscono diritti fondamentali), dal complesso di credenze, scopi, aspettative, valutazioni di ragionevolezza e atteggiamenti proposizionali sedimentati all'interno di una pratica linguistica a carattere sociale.

A questo scopo generale si collegano poi alcuni obiettivi specifici, consistenti nel verificare in che misura questi strumenti possano essere applicati all'ambito dell'interpretazione costituzionale e quali contributi possano effettivamente apportare. Più precisamente, dal vasto panorama della filosofia del linguaggio di orientamento post-neopositivista verranno presi in considerazione i seguenti suggerimenti metodologici: (a) *abbandono del dualismo "analitico-sintetico"* e (b) *della distinzione tra schema concettuale e contenuto empirico*, (c) *semiosi illimitata*, (d) *semantica enciclopedica*, (e) *teoria dell'interpretazione radicale*, (f) *principio di carità interpretativa*.

<sup>1</sup> Il riferimento è naturalmente WEBER 2001, spec. 187.

<sup>2</sup> Nell'intendere la nozione di "teoria del significato" come sinonimica di "teoria dell'interpretazione" o di "manuale di traduzione" si segue l'impostazione di DAVIDSON 1967.

<sup>3</sup> Con riferimento a possibili applicazioni nella teoria del diritto e dell'interpretazione giuridica, cfr. almeno VILLA 1999.

L'aspetto principale che giustifica una ricerca di questo tipo consiste nel fatto che, sebbene siano stati prodotti, negli ultimi decenni, alcuni contributi rilevanti all'interno della semiotica giuridica, della filosofia del diritto e dell'ermeneutica giuridica che vanno in questa direzione, occorre tuttavia riconoscere che, soprattutto nel caso delle tesi c) e d), manca tuttora uno studio sistematico che si proponga di applicarne alcune intuizioni all'ambito della teoria dell'interpretazione costituzionale. Il presente articolo si presenta dunque come un primo tassello all'interno di una ricerca più ampia: in questo caso mi propongo di costruire una sorta di mappa concettuale, intendendo con questa nozione un sistema fondamentalmente aperto e suscettibile di continue modifiche in funzione delle esigenze del caso.

Non intendo argomentare a favore dell'esistenza di una relazione di identità integrale tra le tesi considerate, di carattere essenzialmente filosofico-linguistico, e la teoria dell'interpretazione costituzionale. Mi prefiggo piuttosto di verificare – questa in definitiva l'ipotesi euristica che sostiene la presente analisi – l'opportunità di utilizzare alcune acquisizioni essenziali della teoria del significato di orientamento post-neopositivista al fine di analizzare il processo di determinazione del contenuto delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali. La domanda principale a cui cerco di rispondere è pertanto la seguente: è possibile, e nel caso attraverso quali passaggi e con quali benefici, elaborare una teoria dell'interpretazione dei diritti ispirata ai principi di una semantica di carattere post-neopositivista?

Sul piano metodologico utilizzo un approccio all'interpretazione e al ragionamento giuridico basato su una concezione espressiva, anti-rappresentazionista, del significato. Difendo inoltre una *visione particolarista e coerentista del ragionamento pratico*, in base alla quale la giustificazione di una o più credenze può (possono) essere valutata(e) soltanto all'interno di un sistema complessivo di credenze e convinzioni razionali. Parallelamente, propongo una *concezione olistica del testo costituzionale*, inteso come un'unità di senso dotata di un suo peculiare codice linguistico<sup>4</sup>. Utilizzo infine una nozione multi-dimensionale di *background context*, attribuendo una rilevanza particolare alle premesse di natura sociale, politica, economica, storica, culturale, ecc.

Il lavoro si struttura attraverso i seguenti passaggi. In una prima fase delinea lo sfondo storico dell'analisi, ricostruendo alcune caratteristiche notevoli dell'interpretazione costituzionale all'interno del costituzionalismo post-bellico. Successivamente, metto in luce alcuni aspetti rilevanti della peculiare pratica di significazione utilizzata in ambito giuridico. Passo poi a ricostruire le categorie costitutive della relazione segnica delineate da C.S. Peirce, individuando analogie e differenze tra la teoria della “semiosi illimitata” e il ragionamento particolarista in campo etico-giuridico. Basandomi su alcune tesi sviluppate da U. Eco, cerco di illustrare le ragioni a sostegno dell'opportunità di adottare un “modello semantico a istruzioni in formato di enciclopedia”, come paradigma per l'interpretazione costituzionale. Riprendo alcuni passaggi delle argomentazioni elaborate da W.V.O. Quine e D. Davidson a favore dell'olismo semantico e della tesi della dipendenza contestuale del senso. Rifletto infine sulla possibilità di applicare lo strumentario analitico elaborato all'ambito dell'interpretazione dei diritti costituzionali.

### 1. *Alcuni aspetti notevoli del linguaggio dei diritti all'interno del costituzionalismo contemporaneo*

Come dovrebbe risultare evidente anche di fronte a uno sguardo superficiale, il linguaggio giuridico presenta un carattere variegato, multidimensionale: contiene termini tecnici specifici della disciplina, termini provenienti dal linguaggio comune e termini mutuati da altri saperi non giuridici

<sup>4</sup> L'approccio adottato si avvicina alla prospettiva intratestualista elaborata da Akhil Reed Amar (AMAR 1999), inteso come modello di costruzione interpretativa volto a evidenziare l'architettura generale unitaria e coerente della costituzione (statunitense). Contrariamente all'autore, tuttavia, mi sembra opportuno insistere sulla storicità della stessa costituzione.

come i linguaggi scientifici e tecnologici. Risultano compresenti, al suo interno, aspetti naturali e formali, pratiche sociali spontanee e un'amministrazione autoritativa dell'interazione sociale<sup>5</sup>.

Non fa eccezione, da questo punto di vista, il linguaggio costituzionale, che si presenta come costitutivamente opaco e *open textured*, dotato di un'accentuata apertura semantica e variamente intessuto di termini valutativi. Si può qui citare per esteso un passo di Aharon Barak (BARAK 2005, 372-373) particolarmente chiaro al riguardo:

«[c]onstitutional language is no different than any other kind of language. It is the natural language used by a given society, at a given point in time. Constitutions, however, contain more “opaque” expressions than other legal texts. They include many terms that could be interpreted in a number of ways, and many constitutional provisions are “open-textured” and opaque. Of course, all language can be open-textured and opaque for some sets of facts, but constitutional language is open-textured and opaque for many, if not most, sets of facts. Three primary reasons explain this state of affairs: *First*, a constitutional text expresses national agreement. In order to reach agreement, nations generally must confine themselves to opaque and open-ended terms, reflecting their ability to reach consensus only at a high level of abstraction. *Second*, a constitutional text seeks to establish the nation’s fundamental values, covenants, and social viewpoints. We tend to express those concepts in value-laden language, conveying a message that is rarely clear or unequivocal. *Third*, a constitutional text is designed to regulate human behavior for future generations. It takes a long-term view, assuming that viewpoints, positions, and social behavior will change. It must adopt language flexible enough to include the new viewpoints, positions, and modes of behavior that cannot be predicted at the time it is written. Otherwise, the constitutional text would be obsolete the day it is enacted. At the same time, a constitutional text must be definitive enough to bind the branches of government and prevent them from behaving, in the future, in a way that is contrary to the viewpoints, positions, and social behavior that the text seeks to preserve. The language of a constitutional text must be both rigid and flexible».

In un contesto giuridico-politico caratterizzato da un modello di «cultura della giustificazione» (COHEN-ELIYA, PORAT 2011) – in cui il rispetto delle sfere di autorità rappresenta soltanto un punto di partenza per una verifica costituzionale della legittimità, operata sulla base di principi metodologici quali la ragionevolezza e l'argomentazione – il contenuto delle disposizioni costituzionali che riconoscono diritti fondamentali appare indissolubilmente connesso a considerazioni di carattere sostanziale: argomenti legati al “peso”, opzioni etico-politiche, analisi comparative tra interessi contrapposti, valutazioni strettamente legate a concetti morali (“libertà”, “uguaglianza”, “solidarietà”, ecc.).

### 1.1. *Indeterminatezza normativa e nozioni eticamente connotate*

Tra le caratteristiche più significative del costituzionalismo post-bellico occorre indubbiamente includere la diffusione su vasta scala di una marcata *costituzionalizzazione della cultura giuridica* – un «processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale esso risulta totalmente “impregnato” dalle norme costituzionali» – (GUASTINI 1998, 185) e, parallelamente, di un denso ed eterogeneo *contenuto etico sostanziale*<sup>6</sup>. Per effetto dei mutamenti prodotti dall'irradiazione dei principi negli ordinamenti infra-costituzionali, gli Stati costituzionali contemporanei presentano al contempo un carattere statico e dinamico, nel senso che «la costituzione indica non solo le *procedure* della produzione normativa, ma anche i *limiti sostanziali* di essa» (PINO 1998, 219, corsivo nel testo). In un'ottica complessiva tesa a rafforzare la coerenza del sistema giuridico o a mi-

<sup>5</sup> Sulle peculiarità del linguaggio giuridico e dell'interpretazione giuridica, cfr. CANALE 2012, spec. 158.

<sup>6</sup> Si fa riferimento, con questa nozione, a quel complesso di diritti, principi, valori e interessi che pongono una serie di vincoli materiali alle scelte legittimamente perseguibili in sede legislativa; cfr. CELANO 2013, 125-130.

nimizzarne la contraddittorietà interna<sup>7</sup>, sono spesso viste come valide non soltanto le norme e le decisioni adottate da un organo competente attraverso il procedimento adeguato, ma anche quelle che non contraddicono il contenuto dei diritti fondamentali.

Di fatto, diversi interpreti sottolineano che questi ed altri aspetti strutturali del costituzionalismo contemporaneo suggeriscono, se non addirittura impongono, il ricorso a un modello di *lettura morale della costituzione*<sup>8</sup> e a varie forme di interpretazione estensivo-evolutiva: di un approccio interpretativo tendenzialmente sostanzialista, che riconosca una certa unitarietà all'ordinamento costituzionale, si avvalga di criteri sostanziali nella selezione delle ipotesi interpretative e, se possibile, si proponga di ampliare la quantità di situazioni giuridiche protette dai diritti.

Come osserva Uberto SCARPELLI (1987, 10, 12-13), gran parte delle carte costituzionali contemporanee sono state «caricate» di principi «aperti e proiettati nel futuro a far da guida, attraverso varie interpretazioni e adattamenti, di fronte a problemi, difficoltà e contrasti sempre nuovi»<sup>9</sup>. Tali principi sono inoltre (a) tendenzialmente elastici (ALEXY 2000, spec. 295), (b) «a virtualità indefinita» o «inesauribile» (MODUGNO 2000, 98) e (c) caratterizzati da «un'eccedenza di contenuto deontologico» (BETTI 1990, 844).

L'incorporazione di valori e principi etici nel diritto positivo – è bene precisare – risente inevitabilmente della carica di *indeterminatezza* (equivocità, problematicità, ecc.) delle concezioni sostanziali di sfondo a cui rinviano, al punto da rendere spesso estremamente difficile separare il piano etico dei giudizi di valore dal piano giuridico-formale dei procedimenti. La cultura giuridica del *costituzionalismo dei diritti* (cfr. PINO 2017) tende ad attribuire un rilievo notevole ai principi costituzionali – norme caratterizzate da un elevato grado di genericità e indeterminatezza, tanto nella loro fattispecie quanto nelle conseguenze giuridiche che possono generare. Questi aspetti, naturalmente, condizionano notevolmente le operazioni interpretative, argomentative e applicative in riferimento ai diritti fondamentali (diritti *prima facie*, in questo caso), generando conseguenze giuridiche alquanto variabili.

I testi costituzionali contemporanei riconoscono principi quali la libertà religiosa, la libertà d'espressione, il diritto al lavoro o alla salute, ecc., che, come si può notare senza troppe complicazioni, tendono a essere formulati in modo astratto e generico, affinché il loro significato sia poi specificato in sede di interpretazione-applicazione. L'attuazione delle disposizioni costituzionali che attribuiscono diritti fondamentali richiede la successiva fissazione di criteri orientati a controllare il comportamento dei loro destinatari, ossia la specificazione di un complesso di proibizioni, comandi, permessi e competenze. Questo ampio spazio di configurazione che la redazione dei diritti costituzionali tende a lasciare ai suoi interpreti riposa essenzialmente sulle limitazioni intrinseche che caratterizzano il contenuto informativo di cui dispone il giudice nella selezione del materiale giuridico.

Le peculiarità dello stile di redazione delle disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali, tra le altre cose, pongono il problema di determinare il contenuto delle nozioni eticamente connotate con cui sono spesso formulate. Da questo punto di vista, un esempio emblematico di espressione controversa che ricorre con frequenza nel linguaggio costituziona-

<sup>7</sup> Sul tema, all'interno di un dibattito piuttosto ampio, si vedano almeno RAZ 1994; ALEXY 1997; AMAYA 2012.

<sup>8</sup> Per questa nozione si veda in particolare DWORKIN 1996.

<sup>9</sup> Mi manca lo spazio per entrare più diffusamente sul tema: mi limito a segnalare che ritengo difficilmente utilizzabile, quantomeno nel campo dell'interpretazione costituzionale, il criterio originalista del ricorso all'intenzione dei costituenti. Le costituzioni contemporanee sono infatti il risultato di mediazioni tra forze politiche portatrici di diverse concezioni sostanziali del bene pubblico e, tra le altre cose, sono progettate con lo scopo di conservarsi per un lungo periodo di tempo. Ebbene, sembra alquanto complesso, in questo contesto, accedere a tutte le informazioni rilevanti per determinare ad esempio quale specifica concezione della libertà di culto avesse in mente il costituente (e a quali casi dovesse applicarsi). La letteratura in materia è sterminata. Si rimanda in particolare ai seguenti studi: HUSCROFT, MILLER 2011; SARDO 2018.

le riguarda il valore della dignità umana: tanto all'interno del dibattito teorico-giuridico quanto sul piano dell'interpretazione dottrinale la dignità può essere concepita, da un lato, come perno o fondamento del sistema costituzionale, dall'altro, come un singolo diritto costituzionale. L'eterogeneità costitutiva delle estensioni interpretative di questa nozione rende infatti particolarmente arduo ricostruirne una base semantica minimale, ragionevolmente accettabile da tutti gli interpreti. È indubbiamente complesso, in particolare, definire quando, in quali circostanze, un determinato comportamento possa considerarsi “degno”, o quando, invece, costituisca un oltraggio al “buon costume”. Si può poi pensare alla formulazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti umani («No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment and punishment»), in cui emerge il carattere controverso di vocaboli quali “tortura”, “inumano” o “degradante”. Ci troviamo di fronte, in questi casi, a “concetti morali spessi” (*thick moral concepts*) che, tra l'altro, presentano la peculiarità di incorporare informazioni culturali rilevanti in relazione allo sfondo assiologico in cui s'inseriscono (la componente valutativa e quella descrittiva-fattuale appaiono indissolubilmente intrecciate).

Ebbene, si può qui notare piuttosto chiaramente l'espressione di un atteggiamento valutativo-emozionale rispetto a un determinato oggetto, che richiede una delicata opera di determinazione quanto al contenuto. Di fronte a disposizioni attributive di diritti fraseggiate con queste caratteristiche, come opportunamente argomenta Bruno Celano (CELANO 2013, III), sembra di fatto irrealistico «bloccare l'insorgenza di considerazioni di razionalità sostanziale – che sono, in parte, considerazioni morali». Per determinare il contenuto dei diritti, argomentare e giustificare una sentenza, appare dunque inevitabile confrontarsi con la cospicua presenza di formule valutative e assumere una qualche forma di impegno morale, che in determinate occasioni potrà evidenziare la presenza di un dissenso radicale sui principi ultimi a fondamento delle decisioni interpretative.

Un caso particolarmente significativo è legato al tema delle scelte sul fine vita – dal testamento biologico all'interruzione delle cure mediche, dal suicidio assistito fino all'eutanasia – o ancora, più in particolare, alla cosiddetta “eutanasia non volontaria”, che per varie ragioni si trova a essere praticata senza potersi accertare preventivamente del consenso esplicito del paziente. Ci troviamo qui di fronte ad autentici *dilemmi morali* (“la vita è sacra, è un bene indisponibile, ecc.”; “occorre privilegiare, in casi ben determinati di conflitti, il principio dell'autodeterminazione della persona”, ecc.), relativi a valori appartenenti al medesimo sistema etico-politico di riferimento. Conflitti insanabili o “disaccordi interpretativi profondi” (cfr. VILLA 2017), particolarmente evidenti nell'ambito della bioetica e più in generale laddove siano coinvolte questioni di spiccata rilevanza etica, comportano la necessità di assumere una scelta tragica, in cui, quale che sia la decisione adottata, s'imporrà comunque il sacrificio di un valore considerato di essenziale rilevanza.

### 1.2. *Problemi interpretativi e tecniche argomentative peculiari del costituzionalismo dei diritti*

In un tipo di ordinamento gius-politico che presenta queste caratteristiche sinteticamente richiamate, tanto le norme quanto i principi, seppur con differenti gradi d'intensità e con una diversa frequenza (in entrambi i casi maggiore, ovviamente, nel caso dei principi), tendono a caratterizzarsi per la loro (a) *vaghezza* (la presenza di predicati la cui applicazione è imprecisa poiché esistono “casi di confine” nei quali non risulta possibile definire con esattezza dove il concetto in questione comincia a/smette di essere applicabile) e (b) *controvertibilità* (la presenza di termini su cui non si può dare accordo per ragioni sostanziali), e a presentare altresì una (c) *struttura linguistica aperta* (*open texture*: impossibilità di delimitare in anticipo ed esaustivamente il loro campo di applicazione). La loro formulazione può contenere predicati la cui applicazione si rende incerta a causa di fattori quantitativi, o termini sul cui significato non vi è accordo per ragioni sostanziali; esistono poi casi in cui non è possibile delimitare a priori e in maniera esaustiva tutte le possibili eccezioni a cui una norma è

soggetta. Questi aspetti, che si possono presentare isolatamente o simultaneamente, portano con sé diverse complicazioni interpretative (antinomie, lacune, e così via) che possono riguardare, in misura differente, tanto i principi quanto le norme.

Nel contesto dello Stato costituzionale contemporaneo, i valori e principi incorporati nelle carte costituzionali tendono a essere formulati in termini astratti, affinché il loro significato sia poi specificato in sede di applicazione. All'interno di un modello di cultura giuridica sostanzialista quale quello che caratterizza l'odierno costituzionalismo dei diritti, a livello tanto dottrinale quanto applicativo, gli interpreti sono chiamati a confrontarsi con la frequente presenza di casi difficili (*hard cases*), lacune, antinomie normative, ecc.: problemi la cui soluzione impone (o suggerisce) spesso di liberarsi dai tecnicismi tipici dell'interpretazione giuridica di rango infracostituzionale, per fare invece ricorso a tecniche peculiari quali la *proporzionalità* o il *bilanciamento*, a strumenti equitativi o di *ragionevolezza* pratica; a vari strumenti di "integrazione" e "costruzione" del diritto che nel dibattito filosofico-giuridico tendono a essere ascritti al concetto di interpretazione solo in un senso ampio di interpretazione solo in un senso ampio<sup>10</sup>.

L'inclusione di *valori etici* – occorre precisare – sebbene si riscontri nella maggior parte dei casi nei principi costituzionali a carattere fondamentale, si può ritrovare anche in disposizioni di diversa fonte, tanto a livello di disposizioni esplicite quanto di norme implicite: enunciati vaghi e indeterminati innervano ogni settore dell'ordinamento. La presenza di una dimensione sostanziale nella tecnica di redazione delle norme si può talvolta rinvenire anche nelle disposizioni di rango inferiore. Standard etici affini alle clausole rilevanti del testo costituzionale si possono trovare, ad esempio, in alcune disposizioni del Codice Civile spagnolo (l'art 7.1) o di quello italiano (l'art. 1147) relative alla presunzione di buona fede; nell'art. 1206 del Codice Civile argentino, che stabilisce il carattere non vincolante dei contratti che risultino "immorali"; o, ancora, nell'art. 2043 del Codice Civile italiano (la nozione di "danno ingiusto"), o in alcune clausole di giustificazione del diritto penale: l'identificazione del contenuto di queste disposizioni e la loro applicazione impongono il ricorso, in certa misura, ad argomenti o ragionamenti morali. Non è insolito imbattersi, all'interno della normativa infracostituzionale, nella presenza di *clausole generali aperte*: «nozioni a contenuto variabile»<sup>11</sup>, termini o sintagmi che esprimono o presuppongono valutazioni, fattispecie incomplete e semanticamente indeterminate che rinviano a dati interni (norme giuridiche) e/o esterni (valori sociali extrapositivi), in virtù dei quali all'interprete viene attribuito il potere discrezionale di contribuire alla creazione della disciplina del caso concreto<sup>12</sup>.

Una caratteristica significativa dell'interpretazione costituzionale<sup>13</sup> è dunque data dalla maggiore intensità e dalla maggiore assiduità con cui può capitare d'imbattersi in «concetti essenzialmente controversi» (cfr. GALLIE 1956): nozioni polisemiche, utilizzate in differenti contesti (moralì, politici, giuridici, ecc.) con accezioni anche sensibilmente diverse, e spesso emotivamente connotate; termini la cui estensione semantica rende particolarmente problematico qualsiasi tentativo di definizione o catalogazione. In un sistema giuridico costituzionalizzato, l'interpretazione offerta dagli organi di applicazione del diritto assume un carattere almeno in parte creativo e discrezionale. In presenza di una situazione di incertezza, di fronte a regole generali spesso opache o flessibili, per determinare l'effettivo contenuto delle disposi-

<sup>10</sup> La distinzione tra "interpretazione in senso stretto" e "interpretazione in senso ampio", non sempre accettata da tutti gli autori per via della sua rigidità (così come non sempre appare chiara la linea di demarcazione tra interpretazione in senso stretto e integrazione del diritto), è delineata in particolare da WRÓBLEWSKI (1979, 74-112) e GUASTINI (2011, 32 ss.). Una proposta differente – quella tra interpretazione "testuale" e "meta-testuale" – si può trovare in particolare in CHIASSONI 2007, 60-64.

<sup>11</sup> Per quest'ultima nozione cfr. in particolare PERELMAN, VANDER ELST 1984.

<sup>12</sup> All'interno dell'ordinamento italiano, ad esempio, possono considerarsi esempi di clausole generali "i buoni costumi", il "danno grave", la "forza maggiore", la "giusta causa" o la "buona fede".

<sup>13</sup> All'interno dell'amplessima letteratura sull'interpretazione costituzionale, si vedano almeno MARMOR 1995; MORESO 1997; FERRER MAC-GREGOR 2005; BARBER, FLEMING 2007; PINO 2010.

zioni costituzionali, si rende necessario spesso il ricorso a una scelta tra diverse interpretazioni, aprendosi in questo modo lo scenario di una pluralità di “*mondi costituzionalmente possibili*” (MORESO 1997, 167). È del tutto evidente che, in un contesto gius-politico con queste caratteristiche, il compito del giurista-interprete non si possa limitare alla mera dimensione grammaticale o sintattica del testo normativo; si rende parimenti necessaria una concretizzazione del significato dei segni linguistici di cui si compongono le disposizioni costituzionali, all'interno del contesto storico-sociale in cui esse s'inseriscono.

Ora, l'accettazione dell'inevitabilità di questi fenomeni può risultare più agevole – o quantomeno, è ciò che mi propongo di dimostrare – se s'inseriscono i processi interpretativi in un più ampio quadro di tipo ermeneutico-semiotico che consideri i casi giuridici come funzioni segnifiche, sottolineando come le complicazioni teoriche presenti nell'ambito giuridico non siano affatto diverse da quelle che si riscontrano in qualsiasi altra attività interpretativa che implichi il ricorso a un linguaggio storico-naturale.

## 2. *Il prestito semiotico nella redazione delle disposizioni costituzionali*

È certo una caratteristica significativa (sebbene non una sua peculiarità) dello *statuto discorsivo-comunicativo del diritto* la sua tendenza a includere molteplici segni linguistici del vocabolario corrente – termini, sintagmi, enunciati, ecc. – che designano oggetti (entità, proprietà, relazioni, fatti, stati di cose, eventi, processi, ecc.) il cui riferimento appare alquanto oscuro, se non addirittura inesistente. Detto in altri termini, gli elementi fondamentali del lessico giuridico – si pensi a nozioni come quelle di diritto soggettivo, contratto, delitto, proprietà, ecc. – risultano estranei al mondo fisico: non esistono “in natura”, appaiono dotati di un peculiare modo di esistenza che non coincide con quello dei fenomeni naturali<sup>14</sup>. La struttura essenziale delle norme giuridiche è dunque irriducibile agli enti fisici o alle relazioni biologiche. Il diritto è una realtà che, contrariamente a quanto sembrerebbe aspettarsi «l'uomo che proviene dalla campagna» del celebre racconto kafkiano *Davanti alla legge*<sup>15</sup>, non si può vedere con gli occhi o toccare con mano, e purtuttavia risulta dotata di una forte incidenza empirica sulla vita sociale.

In questa peculiare pratica di significazione e comunicazione, unitamente ai teorici del diritto e alla società nel suo complesso, gli operatori giuridici sono essenzialmente tenuti a «fare cose con parole» (cfr. AUSTIN 1975): sono innanzitutto chiamati, cioè, a indicare ai consociati (anche a se stessi, pertanto) come devono agire, o meglio ancora quali comportamenti devono evitare al fine di non incorrere in sanzioni; sono tenuti a cooperare all'interno di un'opera di definizione del diritto e dei suoi limiti.

Il *prestito semiotico* che si riscontra nel linguaggio giuridico prevede che, nel tentativo di creare argomentazioni e ragionamenti giuridici (provvisoriamente ritenuti) corretti, i vocaboli e i sintagmi utilizzati sono perlopiù preesistenti, raramente creati *ex novo* o ripresi da altri linguaggi tecnici. I protagonisti di questo processo sono non soltanto i giudici costituzionali e ordinari, ma, per certi versi, anche il legislatore, i teorici del diritto e la società stessa in quanto parte integrante di una *comunità interpretativa*<sup>16</sup>. Nel ricollegare le pratiche dei consociati a una specifica

<sup>14</sup> Alcune riflessioni sul tema più generale della realtà extra-naturale (artificiale, convenzionale, ecc.) del diritto, un'enfasi particolare sul portato liberale dell'approccio divisionista, si rimanda invece a KELSEN 1992; POPPER 2013, spec. cap. V. Con un'impostazione diversa, tesa a evidenziare l'origine “magica”, “sovra-naturale”, di diversi istituti giuridici, il tema era già stato affrontato da HÄGERSTRÖM 1927.

<sup>15</sup> Cfr. KAFKA 1986, 132-133. Sulla dimensione immateriale della legge, tra gli interpreti di Kafka, insiste in particolare DERRIDA 1994.

<sup>16</sup> Su questa nozione, si vedano in particolare PARIOTTI 2000; SCHAUER 1990, 251 ss.

tradizione giuridico-istituzionale, tutti questi soggetti, naturalmente in diversa misura e con differenti compiti, contribuiscono a istituire «le regole costitutive, ossia la grammatica fondamentale che sorregge e definisce la prassi del giudicare» (VIOLA, ZACCARIA 1999, 192).

Una volta inseriti all'interno dell'universo giuridico, tali termini e sintagmi tendono a dare vita a nuove nozioni spesso dotate di un'accentuata dimensione specialistica. Questa «fusione di orizzonti»<sup>17</sup>, ossia l'incontro tra i diversi universi linguistici dell'interprete e l'oggetto interpretato, può avvenire attraverso diverse modalità: con trasferimenti o slittamenti del significato ordinario, per via metaforica o metonimica, mediante un'ulteriore delimitazione del contenuto dei vocaboli o altre strategie affini.

Ora, una conseguenza di queste premesse è che sull'interpretazione (e sull'applicazione) del «diritto vivente»<sup>18</sup>, del diritto inteso come forma di vita strettamente intrecciata agli altri ambiti della società, incidono non soltanto l'insieme dei precedenti giurisprudenziali, ma la stessa evoluzione delle pratiche linguistiche (la variazione dei concetti giuridico-politici, in particolare) all'interno dei vari contesti storici, culturali, sociali, ecc. È dunque opportuno, in questa prospettiva, concepire la nomopoiesi come un tentativo di adattamento alla complessità dell'ambiente sociale e, parallelamente, la costituzione stessa come una conquista evolutiva in un rapporto di stretta integrazione con gli altri sottosistemi sociali<sup>19</sup>. Esiste in altri termini una connessione strutturale tra il sistema giuridico e gli input ambientali esterni, derivanti in particolare dall'ambito politico e da quello economico.

### 3. *Semiosi illimitata e ragionamento particolarista: abitudini semiotiche e criteri di stabilizzazione del significato*

#### 3.1. *La struttura triadica dell'interpretazione nella ricostruzione di C.S. Peirce*

Seguendo la ricostruzione di Charles S. Peirce, la struttura elementare di ogni interpretazione presuppone una relazione triadica tra un primo segno che si trova al posto di un altro – il *representamen* – un secondo elemento che è rappresentato dal primo – l'oggetto – e un terzo segno che mette in relazione il primo con il secondo – l'interpretante. Quest'ultimo elemento consiste, a sua volta, in un'ulteriore relazione tra un *rappresentante*, un *oggetto* e un *interpretante*. Un *soggetto semiotico*<sup>20</sup> chiama necessariamente in causa un altro soggetto che opera semioticamente e così via, in un processo che dà origine ad una catena di interpretanti infinita, che l'autore chiama con il nome di *semiosi illimitata*<sup>21</sup>.

In quest'ottica, il pensiero si produce unicamente tramite segni e rimandi segnici, ossia relazioni significative di rinvio da un pensiero all'altro, in un percorso inarrestabile che non incontra mai la “cosa” esterna, se non come segno essa stessa: l'approdo all'oggetto nella sua essenza autonoma – come “cosa in sé” (*Ding an sich*), a volersi esprimere in termini kantiani – costituisce un limite invalicabile. In termini fenomenologici e più precisamente husserliani, si potrebbe dire che ogni pensiero inteso come “intenzionalità” trascendente assume sempre, necessariamente, un contenuto; risulta sempre rivolto relazionalmente ad un oggetto, pena il suo venir

<sup>17</sup> Con un'accezione ermeneutica, l'espressione è utilizzata per la prima volta da GADAMER 1972, 356 ss., 432 ss.

<sup>18</sup> Formulato inizialmente da Eugen Ehrlich (EHRlich 1976, 585 ss.), il concetto si può ormai considerare moneta corrente all'interno del dibattito teorico-giuridico attuale. Per una prospettiva più ampia (non limitata alla prassi interpretativa giurisprudenziale), si rimanda alle analisi di RESTA 2008.

<sup>19</sup> È questo, a grandi linee, l'approccio sistemico difeso da LUHMANN (1990), poi ripreso e ampliato in particolare da TEUBNER (2012).

<sup>20</sup> «[T]he semiotic subject is a way of looking at the world and can only be known as a way of segmenting the universe and of coupling semantic units with expression units: by this labor it becomes entitled to continuously destroy and restructure its social and historical systematic concretions» (ECO 1979, 315).

<sup>21</sup> La nozione è poi stata ampiamente ripresa da ECO 1979, ECO 1981.



meno. Ogni segno è dunque concepibile soltanto all'interno di un *processo di azione triadica*, di un circuito che presuppone una cooperazione fra tre elementi che non risultano concepibili separatamente se non come costruzioni concettuali.

Con le parole di Peirce (PEIRCE 1994, 2.228):

«[a] sign, or *representamen*, is something which stands to somebody for something in some respect or capacity. It addresses somebody, that is, creates in the mind of that person an equivalent sign, or perhaps a more developed sign. That sign which it creates I call the *interpretant* of the first sign. The sign stands for something, its *object*. It stands for that object, not in all respects, but in reference to a sort of idea, which I have sometimes called the *ground* of the representamen».

Un segno è precisamente ciò che fa sì che un destinatario (il suo interpretante) si riferisca a un oggetto con il quale esso stesso (il suo oggetto) si rapporta nello stesso modo, divenendo l'interpretante a sua volta un segno, e così via *ad infinitum* all'interno di una *circolarità* continua<sup>22</sup>: se la serie si interrompesse, il segno, in quanto tale, perderebbe il suo carattere di significante.

«A sign – osserva di nuovo l'autore – stands *for* something to the idea which it produces, or modifies. Or, it is a vehicle conveying into the mind something from without. That for which it stands is called its *object*; that which it conveys, its *meaning*; and the idea to which it gives rise, its *interpretant*. The object of representation can be nothing but a representation of which the first representation is the interpretant. But an endless series of representations, each representing the one behind it, may be conceived to have an absolute object at its limit. The meaning of a representation can be nothing but a representation. In fact, it is nothing but the representation itself conceived as stripped of irrelevant clothing. But this clothing never can be completely stripped off; it is only changed for something more diaphanous. So there is an infinite regression here (PEIRCE 1994, 1.339)».

Il concetto di rappresentazione, per una necessità logica, implica un rinvio infinito: l'idea di un *continuum* privo di un momento iniziale e di un momento finale. Siamo dunque immessi in un percorso inesauribile di interpretazioni che passa attraverso significati permanentemente riformulabili. Su questo punto sembra convergere la stessa teoria ermeneutica nel riflettere sull'idea di «pre-comprensione» o «aspettativa di significato» («*Sinnerwartung*», nella terminologia di Hans Georg GADAMER 1972, *passim*) che sorregge il processo conoscitivo<sup>23</sup>: ogni segno viene interpretato da un altro segno sulla base di assunzioni preliminari che orientano la comprensione.

Se consideriamo un testo letterario (ricordando che qualsiasi cosa può svolgere provvisoriamente la funzione di segno) – ad esempio i *Paralipomeni della Batracomiomachia* di Giacomo Leopardi o *l'Ulisse* di James Joyce – si può notare senza troppe difficoltà che esso non si presenta mai come un'entità isolata, ma si iscrive piuttosto in una rete di relazioni culturali: con altri testi dello stesso autore e con modelli letterari coevi o precedenti<sup>24</sup>. Qualsiasi testo, per quanto

<sup>22</sup> «Anything which determines something else (its interpretant) to refer to an object to which itself refers (its object) in the same way, the interpretant becoming in turn a sign, and so on *ad infinitum* [...]. If the series of successive interpretants comes to an end, the sign is thereby rendered imperfect, at least» (PEIRCE 1994, 2.303).

<sup>23</sup> Mette in luce la compatibilità della tesi del fondamento precomprensivo dell'interpretazione con l'idea di *circolo ermeneutico* proposta da Martin Heidegger nel par. 32 di *Essere e tempo*, SINI 1981, parte I. Occorre precisare che l'espressione *compare*, invero, già ne *Le origini dell'ermeneutica* di Wilhelm Dilthey (DILTHEY 1986, spec. 175-198) e d'altra parte il tema della circolarità del comprendere, anche se in maniera succinta, era stato già trattato da Friedrich D.E. Schleiermacher (SCHLEIERMACHER 1985).

<sup>24</sup> Cfr. in particolare Kristeva: «ogni testo si costruisce come mosaico di citazioni, ogni testo è assorbimento e trasformazione di un altro testo» (KRISTEVA 1978, 121). Schierato su una posizione affine, si trova Roland Barthes (BARTHES 1984), il quale sottolinea come l'importanza dei legami intertestuali e del ruolo del lettore finisca per ridimensionare la funzione dell'autore.

settoriale possa essere il suo ambito di applicazione, è inevitabilmente impregnato dei contenuti e degli apporti presenti nella letteratura sul tema e non solo. La sua stessa genesi ne risulta storicamente e socialmente condizionata, e questo aspetto vale tanto su un piano diacronico quanto su un piano sincronico. Ebbene, com'è ovvio, questo tipo di discorso si applica a qualsiasi ambito, non soltanto alla letteratura.

In questa prospettiva, come mostra in particolare Umberto ECO (1979, *passim*), la funzione centrale all'interno del processo semiotico è svolta dall'interpretante: esso introduce e struttura dall'interno la relazione segnica, l'attiva mediandone i termini (segno e oggetto); è in questo senso un mezzo per comprenderne il senso. Tale comprensione sarà sempre inevitabilmente parziale, in quanto ci è data la possibilità di avvicinarci a un significato soltanto in modo asintotico, senza poterne mai cogliere l'essenza globale: il ricorso agli interpretanti è, per definizione, potenzialmente infinito, continuamente rivedibile.

Le conseguenze di questo discorso sembrano a prima vista alquanto inquietanti: essendo infiniti i *contesti d'uso* (i contesti testuali, istituzionali, storico-sociali, ecc.), la plurivocità strutturale dei segni rischia di precipitare l'interpretazione in una deriva inarrestabile. Tuttavia – su questo punto insiste lo stesso PEIRCE (cfr. ad esempio 1994, 5.475) – negli esseri umani sono generalmente presenti determinate «abitudini semiotiche» che, all'interno delle varie situazioni che si presentano quotidianamente, ci inducono a non perseverare oltre certi limiti irraggiungibili nell'esplorazione dell'intero universo delle interpretazioni possibili, evitando così un regresso all'infinito.

Ad esempio, riflettere meticolosamente sull'enorme rete di relazioni semantiche che si possono associare al vocabolo “Stato” potrebbe rappresentare un'operazione sensata per una lessicografa o anche per una lessicologa; ma apparirebbe decisamente inappropriato per una giurista, una politologa o una sociologa interessata a lavorare con una nozione di Stato moderno all'interno di una specifica controversia teorica (in ipotesi, determinare se sia realmente utilizzabile, e nel caso fino a che punto, l'idea di statualità in riferimento a quella fase storica, globalmente caratterizzata dal progressivo superamento dell'ordinamento giuridico-politico medievale, che a vario titolo è stata considerata come l'epoca del tramonto della “società tradizionale”, della «dissoluzione dei legami organici», o della «transizione verso la modernità»<sup>25</sup>).

### 3.2. Pre-comprensione e defettibilità nell'interpretazione costituzionale

L'idea di circolarità della comprensione, appena accennata nel paragrafo precedente, presenta applicazioni interessanti sul piano dell'interpretazione costituzionale.

Seguendo un'autorevole ricostruzione di Robert ALEXY (1996), possiamo distinguere tre tipi di circolo ermeneutico in ambito giuridico: a) in relazione al testo (un'ipotesi relativa alla soluzione corretta del problema giuridico su cui occorre decidere; b) nel rapporto tra la parte e il tutto (l'interpretazione di una norma presuppone la comprensione del sistema normativo a cui essa appartiene e, parallelamente, la comprensione di un sistema normativo non è possibile in assenza di un'interpretazione delle singole norme che appartengono a esso); c) nel rapporto tra norma e fatti (le norme sono universali e astratte, i fatti ai quali si devono applicare sono individuali e concreti: nell'interpretazione occorre considerare tutti i tratti distintivi del fatto e tutti i tratti distintivi consistenti nelle norme eventualmente applicabili).

Ora, sul piano più specifico dell'interpretazione costituzionale, nell'argomentazione e nella giustificazione delle decisioni la circolarità ermeneutica emerge soprattutto nel rapporto di mutua implicazione tra principi e valori fondamentali (cfr. soprattutto TARUFFO 2020, 105 ss). Una base rilevante della precomprensione che orienta l'attività interpretativa di giuristi e teo-

<sup>25</sup> Cfr., rispettivamente, WEBER 1995, 452; TÖNNIES 1979, 233; PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1982, *passim*.

rici è rappresentata dai valori-guida positivizzati a livello costituzionale in quanto fondamento dell'ordinamento giuridico-politico. Il ragionamento può essere riprodotto nei seguenti termini. 1) La costituzione è un contenuto di senso dotato di una sua unitarietà o coerenza globale<sup>26</sup>: un insieme di proposizioni o enunciati tendenzialmente solidari che rinviano a uno sfondo assiologico comune (il che naturalmente non esclude, come si è già osservato, che in sede di applicazione possano generarsi collisioni tra diritti costituzionali). 2) Date queste premesse, l'interpretazione delle disposizioni costituzionali che riconoscono diritti fondamentali si presenta come un'attività guidata da un'intuizione "pre-teorica" relativamente a ciò che esse prescrivono e alla situazione di fatto che esse disciplinano<sup>27</sup>. 3) Di conseguenza, la giustificazione di un'ipotesi interpretativa risulta fortemente condizionata dalla sua consistenza rispetto al resto degli elementi normativi rilevanti ai fini della decisione. Assumendo che le relazioni di coerenza siano simmetriche – che due elementi coerenti siano reciprocamente interdipendenti, e non che l'uno sia dedotto dall'altro sulla base di una concezione lineare della catena inferenziale<sup>28</sup> – sembra così possibile evitare quella propensione alla circolarità e al conservatorismo che rappresenta un problema costante delle teorie coerentiste<sup>29</sup>.

In questa operazione possono cooperare diverse valutazioni di ragionevolezza dell'interprete quali, in particolare, la propria formazione culturale e metodologica o considerazioni relative all'evoluzione (sociale, economica, politica, tecnologica, ecc.) del contesto storico in cui ci si trova ad operare, la *communis opinio* o il consenso generalizzato della comunità giuridica, il ruolo svolto dalla dogmatica giuridica, i pareri di giuristi o tecnici eventualmente consultati, le tecniche argomentative diffuse nella cultura giuridica di riferimento, i precedenti giurisprudenziali, una riflessione sulle conseguenze delle decisioni interpretative per la collettività, l'individuazione di principi e valori sostanziali (anche impliciti). Ci troviamo qui di fronte a regole, canoni, codici, convenzioni linguistiche dotate di una loro normatività, che in campo giuridico svolgono un ruolo del tutto analogo alle "abitudini semiotiche" a cui fa riferimento Peirce.

Questi *criteri di orientamento*, non riconducibili a un ragionamento morale privo di qualsiasi nesso con i procedimenti giuridici, possono costituire un importante fattore di stabilizzazione per l'attività interpretativa degli operatori del diritto e dei giuristi, consentendo pertanto un certo grado di controllo sociale e di verifica della sua correttezza. Trattandosi tuttavia di direttive flessibili e talvolta confliggenti, nella fissazione di linee giurisprudenziali si potrà parlare soltanto di provvisorie e rivedibili *rules of thumb*: generalizzazioni normative di decisioni particolari non necessariamente valide per i casi futuri e pertanto non prevedibili in modo esaustivo. Questi vincoli, unitamente alla stessa dimensione della testualità, non presentano l'obiettivo di sopprimere ogni spazio di libertà degli interpreti, contribuendo semmai a contenerli<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Riprendendo un'intuizione di Bruno Celano (CELANO 2006, 146), possiamo individuare un'analogia di fondo tra la concezione olistica del ragionamento pratico e la rappresentazione elaborata da Willard Van Orman Quine del processo di costruzione e revisione delle teorie scientifiche, paragonate a campi di forza che "toccano" l'esperienza reagendo solo ai propri confini («l'insieme delle ragioni che di volta in volta individuamo, e dei valori ad esse sottesi, è una totalità (una corporazione), articolata al proprio interno, che "tocca" il mondo (l'universo, indefinito, delle situazioni possibili: l'insieme dei casi possibili) ai propri confini»; *ibid.*).

<sup>27</sup> Sul nesso tra dichiarazioni dei diritti e dottrine etico-politiche di sfondo, cfr. soprattutto CELANO 2013, 94-95.

<sup>28</sup> Seguo qui l'impostazione di Amaya («[e]l problema de la circularidad sólo surge si uno acepta una concepción lineal de la inferencia según la cual la justificación es una propiedad que se transfiere de una creencia a otra a través de una cadena. Sin embargo, el modelo de coherencia propuesto rechaza esta concepción "tubular" de la justificación y se basa, por el contrario, en una concepción holista según la cual la justificación de una hipótesis fáctica o interpretativa depende de su coherencia con el resto de los elementos relevantes»; AMAYA 2012, 81, corsivo nel testo). Sull'intreccio di continuità e innovazione nell'interpretazione, cfr. RAZ 2009.

<sup>29</sup> Un'obiezione di questo tipo si può trovare ad esempio in RAZ 1986.

<sup>30</sup> Cfr. in questo senso RAZ 1979, 75.

In quest'opera di proiezione dei casi dal passato al futuro, l'insieme delle combinazioni possibili delle proprietà rilevanti ai fini della decisione risulta in linea di principio inesauribile, esponendo qualsiasi interpretazione astrattamente corretta all'eventualità di casi recalcitranti. Esempi significativi di *defeaters* si possono incontrare, all'interno del diritto penale, con le cause di giustificazione (stato di necessità, legittima difesa, esercizio di un diritto) – le quali permettono un ripensamento nella fase di applicazione di una norma penale – o all'interno del diritto privato con i vizi del consenso – circostanze di fatto suscettibili di rendere invalido il consenso prestato a una stipulazione contrattuale – o infine all'interno del ragionamento giudiziale, nel processo di concretizzazione dei principi costituzionali (in particolar modo dei principi costituzionali che riconoscono diritti fondamentali)<sup>31</sup>.

Ad esempio, la posizione del Tribunale costituzionale spagnolo sul conflitto classico tra il diritto all'informazione e il diritto alla libera espressione, da un lato, e il diritto all'intimità e alla tutela della propria immagine (protetti dagli articoli 20.1, 20.4 e 18.1 della Costituzione spagnola), dall'altro, si può sintetizzare con la seguente formula: «[i]l diritto all'informazione prevale sul diritto alla reputazione, a meno che l'informazione sia ingiuriosa o, pur senza esserlo, non sia veritiera o sia priva di rilevanza pubblica» (MENDONCA 2003, 79, tr. mia). Il primo passaggio consiste nella costruzione di una tassonomia che permetta di collocare ogni caso all'interno di una determinata categoria; successivamente, vengono elaborate alcune regole di priorità condizionata che non implicano una gerarchizzazione tassativa, ma solo un ordine aperto e rivedibile. La più importante di queste regole afferma appunto che quando si verifica una collisione tra la libertà d'espressione e il diritto alla *privacy* il conflitto deve essere risolto in favore di quest'ultimo diritto, ma la libertà d'informazione dovrà prevalere ogniqualvolta il contenuto informativo sia veritiero e di rilevanza pubblica. Tale regola deve intendersi come frammentaria, aperta e incompleta, dal momento che nulla esclude che in futuro si presentino nuove circostanze che imporranno di aggiungere un'altra condizione a quelle già fissate o a riformulare i concetti di “veridicità” e “rilevanza pubblica”.

Questa prassi risulta indubbiamente assoggettabile a una forma di controllo intersoggettivo: le soluzioni individuate possono rappresentare dei modelli di orientamento per i casi futuri, tali da legittimare la possibilità di individuare delle consuetudini interpretative. Tuttavia, rimane sempre aperta la possibilità che il giudice si liberi del vincolo costituito dal precedente.

#### 4. *Semantica a enciclopedia*

Sulla scorta dell'influsso esercitato da Charles S. Peirce, a partire dagli anni Settanta Umberto Eco (cfr. soprattutto ECO 1997) ha teorizzato la superiorità di un «modello semantico a istruzioni in formato di enciclopedia», riferendosi con tale nozione a una rete di *unità culturali* o «porzioni di sapere» interconnesse, in contrapposizione a più rigidi modelli semantici detti “a tratti” o “a dizionario”, in cui ogni significato è semplicemente costituito da una serie di unità minime e autosufficienti<sup>32</sup>. In un universo semantico a dimensione enciclopedica – argomenta l'autore – il significato è determinato dall'uso di concetti legati alla nostra generale esperienza o conoscenza del mondo, a credenze e strutture culturalmente predefinite che

<sup>31</sup> Su questi temi, si veda in particolare CELANO 2016.

<sup>32</sup> Come mostra Patrizia Violi (VIOLI 1997, 82), si possono considerare dizionariali quelle semantiche che si basano su una ipotesi componenziale, ossia sull'idea che i termini siano scomponibili in ulteriori unità di significato più generali, e poggiano su due assunti precisi: «1. i tratti semantici su cui si basa la scomposizione costituiscono un insieme di condizioni necessarie e sufficienti [...] per la definizione del significato; 2. tali tratti costituiscono un inventario limitato di termini primitivi».

abbiamo assorbito nel corso del tempo. L'enciclopedia rappresenta un postulato semiotico o un'ipotesi regolativa: l'insieme registrato di tutte le interpretazioni logicamente possibili, l'archivio di tutta l'informazione verbale ed extra-verbale, che in quanto tale non può mai essere descritto nella sua totalità. L'obiettivo principale di questa categoria teorica è quello di rendere ragione dei meccanismi di costruzione del senso nei vari contesti comunicativi, prevedendo le circostanze e le situazioni nelle quali una parola assumerebbe significati specifici. Un sistema semantico di questo tipo, in cui si possono intraprendere diverse linee interpretative a seconda dei contesti e delle scelte, si riorganizza continuamente attraverso percorsi imprevedibili. All'interno della molteplicità delle articolazioni del sapere, può trovare spazio anche un principio di (libera) scelta interpretativa nelle selezioni contestuali e circostanziali.

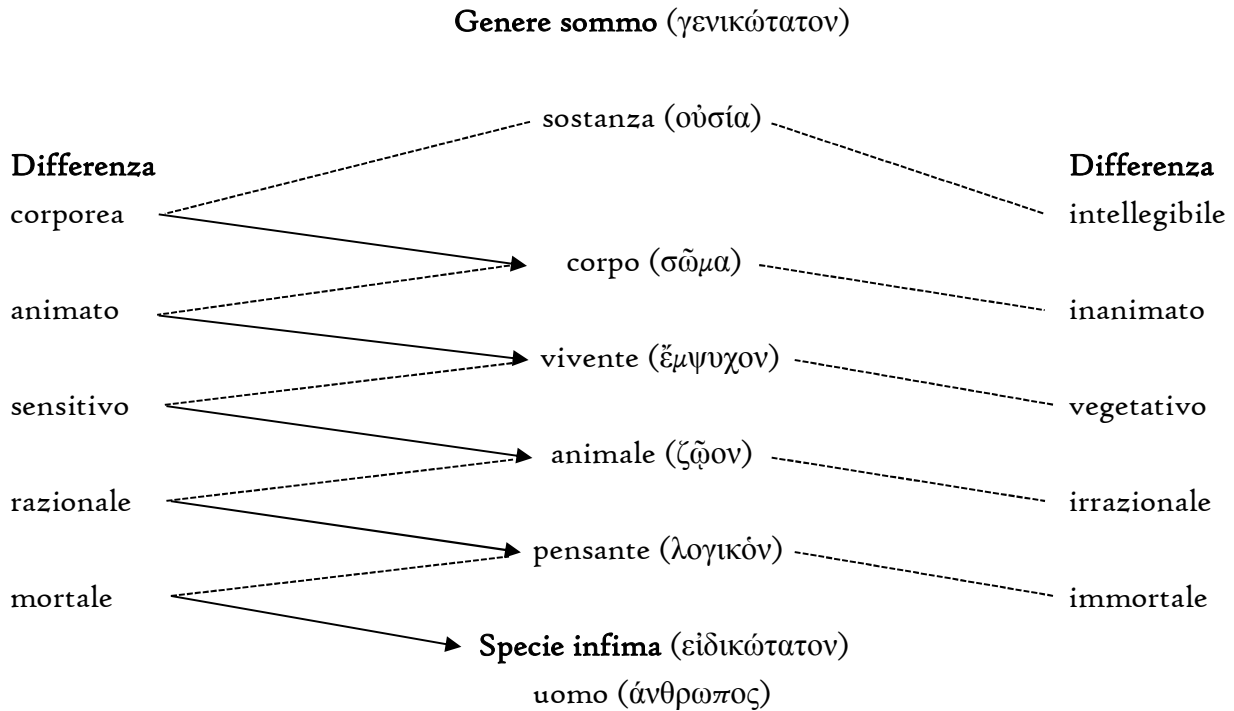
La nozione di enciclopedia è associata da Eco a un «modello rizomatico» o «n-dimensionale» del sapere. Questa scelta deriva dal fatto che, come hanno dimostrato inizialmente Gilles Deleuze e Felix Guattari<sup>33</sup>, la morfologia del rizoma non presenta posizioni determinate e stabili, ma solo linee di connessione: un rizoma può essere spezzato in un punto qualsiasi e, attraverso continue risegmentazioni, ricollegarsi alla propria linea, in un cammino tortuoso che assomiglia al percorso di un labirinto. In virtù di queste caratteristiche, il rizoma si presta a simboleggiare una *concezione agerarchica e acentrica del sapere*. Viceversa, una *visione "arbore-scente" e gerarchica della conoscenza* si trova emblematicamente presente nella sistematizzazione della logica aristotelica operata dal filosofo neoplatonico Porfirio nell'*Isagoge alle Categorie*<sup>34</sup>. Quello elaborato da Porfirio è un sistema filosofico basato su opzioni binarie, articolato su connessioni verticali e lineari, nel quale Eco identifica la formulazione canonica di quel "*pensiero forte*", incline alla fondazione, dotato dell'ambizione di mimare la struttura della realtà, che ha influenzato gran parte della logica occidentale posteriore. Si delinea, in questo modo, una teoria sistematica incentrata sull'individuazione di essenze e gerarchie che prevede, «per la definizione di un termine (e del concetto corrispondente), solo quelle proprietà necessarie e sufficienti a distinguere quel concetto da altri» (ECO 2007, 13), ossia quegli elementi minimi non ulteriormente analizzabili (i primitivi) che, attraverso la loro articolazione, ci consentono di rappresentare un numero indefinito di unità lessicali.

«Il genere sommo – si legge nell'*Isagoge* – è quello al di sopra del quale non vi può essere un altro genere più elevato; la specie ultima è invece quella sotto la quale non vi è altra specie subordinata; intermedi tra il genere sommo e la specie ultima sono altri termini, che sono nello stesso tempo generi e specie, in rapporto si intende a soggetti differenti. Chiariremo ciò che abbiamo detto riferendoci ad una sola categoria. *Sostanza* è anch'essa un genere; subordinato ad essa è *corpo*; a corpo lo è *corpo animato*; a questo, *animale*; ad *animale*, *animale razionale*; a questo, *uomo*; e ad *uomo*, lo sono: *Socrate*, *Platone* e gli individui. Ma di tutti questi termini, *sostanza* è il più generale e quello che è predicato solo come genere, *uomo* il più speciale e quello che è predicato soltanto come specie» (PORFIRIO 1887, 4, tr. mia).

In questo e altri passi, il filosofo sintetizza quei principi che la tradizione filosofica successiva tradurrà poi graficamente nella celebre *arbor Porphyriana* o *scala praedicamentalis*: una tavola della coordinazione e della subordinazione dei generi e delle specie. Qui di seguito un esempio di *diagramma arboreo*:

<sup>33</sup> Le categorie teoriche utilizzate da Eco nella riflessione sul modello enciclopedico sono in gran parte riprese da DELEUZE, GUATTARI 1972, 1980.

<sup>34</sup> Scritta tra il 268 e il 270, l'opera è nota anche con il titolo *Sulle cinque voci*, per indicare i modi (κατηγορούμενα, *praedicabilia*) con cui, secondo Aristotele, un predicato può essere attribuito a un soggetto e che Porfirio identifica appunto in cinque classi: genere, specie, differenza, proprio, accidente.



**Individui** (οἱ κατὰ μέρος ἄνθρωποι)

Socrate, Platone, Aristotele, ecc.

L'ambiziosa proposta contenuta in questa costruzione teorica è quella di edificare un sistema classificatorio in cui fra generi e specie sussista un rapporto puramente formale e di verticalità fra (utilizzando una terminologia estranea al neoplatonismo) termini iperonimi e iponimi. Se consideriamo ad esempio tre livelli dell'albero, quello intermedio fra i due risulterà una *specie* rispetto a quello ad esso superiore e un *genere* rispetto a quello ad esso inferiore. Dal genere sommo (la sostanza) si discende, attraverso le varie differenze specifiche, sino alla specie infima (in questo caso specifico: l'essere umano inteso come animale razionale mortale) per poi arrivare infine agli individui.

Ora, l'aspetto principale che rende il modello aristotelico-porfiriano il prototipo della semantica dizionariale è la sua struttura chiusa, tale da escludere altri generi al di sopra del genere sommo e altre specie al di sotto delle specie infime: si tratta di una condizione definitoria irrinunciabile. L'inconsistenza di questo modello, a giudizio di Eco (ECO 2007, 20), si fonda sul fatto che non contempla talune differenze (riprendendo l'esempio, quella tra l'uomo e il cavallo): per includerle, occorrerebbe integrare l'albero con disgiunzioni successive (dividere la specie degli animali mortali in razionali e irrazionali, anche se poi occorrerebbe introdurre un criterio ulteriore per distinguere i cavalli, ad esempio, dagli asini). Le «differenze sono condizioni necessarie e sufficienti per distinguere un essere da un altro e rendere il *definiens* coestensivo al *definiendum*, così che, se ANIMALE RAZIONALE MORTALE, allora necessariamente *uomo*, e viceversa» (ECO 2007, 20, corsivo nel testo). Ma per rispettare questa condizione, l'unica soluzione è quella di permettere che una differenza compaia sotto più generi (e più volte) andando però così a minare la finitezza dell'albero. E se non si può garantire la chiusura dell'albero/dizionario allora questo diventa potenzialmente aperto, infinito, e crolla irrimediabilmente quel criterio di purezza, facendo dello stesso «una struttura *sensibile ai contesti*, non un dizionario assoluto» (ECO 1985,

473, corsivo nel testo). Il funzionamento dell'albero di Porfirio, che si regge sull'aggiunta delle differenze ai generi per creare le specie, dipende da elementi dotati in realtà di proprietà enciclopediche la cui provenienza risulta necessariamente esterna all'albero. Tali elementi sono appunto le *differenze*, ossia accidenti (e in quanto tali di numero indefinito) e qualità (e infatti si predicano delle sostanze). Pertanto, «l'albero dei generi e delle specie, comunque venga costruito, esplose in un pulviscolo di differenze, in un turbine infinito di accidenti, in una rete non gerarchizzabile di *qualia*» (ivi, 475). In conseguenza di questi fattori – argomenta Eco – l'estensione e la ramificazione dell'albero risultano imprevedibili e potenzialmente infinite, tanto verso l'alto verso il basso. L'albero di Porfirio, a seguito di questa decostruzione, si dissolve in una sorta di labirinto dotato di infinite ramificazioni prive di gerarchie.

##### 5. Il superamento del dualismo "analitico-sintetico" e della distinzione tra schema concettuale e contenuto empirico

Un aspetto notevole dell'approccio enciclopedico consiste nell'evidenziare come la nostra conoscenza della realtà sia indisciungibile, in ultima analisi, dalle credenze e dalle aspettative che ci accompagnano all'interno di questo processo: informazioni linguistico-concettuali e dati empirici risultano inestricabilmente connessi. Il significato che attribuiamo ai vocaboli dipende anche (e spesso prevalentemente) dalle nostre convinzioni razionali su alcuni aspetti che caratterizzano il mondo in cui viviamo: interrogarsi sul significato di un termine o di un enunciato non è in definitiva separabile dalla riflessione sulla realtà che ci circonda.

Non ha più senso, in quest'ottica, proporre una distinzione strutturale e dicotomica tra *proprietà analitiche e sintetiche*, enunciati logici ed enunciati empirici. Un sistema semantico di tipo enciclopedico si basa su una serie indefinita di unità culturali dotate di diversa natura – definizioni verbali, immagini, ricordi, sceneggiature, proiezioni circa il futuro, ecc. – che non si differenziano gerarchicamente. Come già argomentato più diffusamente da Willard Van Orman QUINE (1961) nel celebre saggio sui *Due dogmi dell'empirismo*, sebbene sia comunque possibile mantenere delle "intuizioni" generiche sulla differenza tra analitico e sintetico, occorre ripensare questa distinzione come una questione di gradi basata empiricamente sulla nostra propensione a mantenere o ad abbandonare certi enunciati. Assumendo ad esempio che il termine "scapolo" sia sinonimico (dotato del medesimo significato in senso fregeano) del termine "uomo adulto non sposato", è piuttosto agevole rinunciare all'enunciato "vi sono tre scapoli nel mio condominio" in presenza di informazioni relative al matrimonio di costoro; più difficile sarà invece abbandonare l'enunciato "gli scapoli sono adulti non sposati".

Analogamente a quanto sostenuto da Quine, uno dei motivi di fondo che portano Eco a sostenere l'inconsistenza della semantica tradizionale incentrata sulla separazione strutturale tra analitico e sintetico risiede nell'ipostatizzazione del significato (derivata, a sua volta, dall'accettazione dell'isomorfismo tra pensiero e linguaggio) che essa presuppone: l'idea di una corrispondenza armonica tra significato delle parole ed entità mentali. Si tratta, invero, di una tesi piuttosto ricorrente nel dibattito filosofico-linguistico contemporaneo: non è possibile definire il concetto di analitico – e quindi il significato su cui esso si fonda – senza cadere in un circolo vizioso; occorre rinunciare, definitivamente, alla pretesa di stabilire una separazione netta tra enunciati analitici a priori della logica e della matematica ed enunciati sintetici a posteriori tipici delle scienze empiriche (cfr. ad es. ECO 2007, 30).

Su questo punto è opportuno riprendere, seppure schematicamente, il ragionamento dello stesso Quine (QUINE 1961). Per definire la sinonimia, l'unico metodo che non presuppone il concetto di analitico sembra essere quello che fa appello all'idea di *sostitutività*, in base alla quale due espressioni *coreferenziali* (o *equi-estensionali*) risultano mutuamente sostituibili all'interno di un enunciato, lasciandone inalterato il valore di verità. Tuttavia – sostiene Quine – anche espressioni coreferenziali sebbene non sinonime, ossia dotate della medesima estensione ma con signi-

ficato diverso (“dotato di reni” e “dotato di cuore”, per esempio), non possono essere sostituite all’interno di contesti intensionali (ciò che avviene con espressioni logiche in cui la sostituzione di un termine con un altro dotato dello stesso significato può cambiare l’intero valore di verità dell’espressione). La nozione di *sinonimia* presuppone quindi l’utilizzo del concetto di sostituitività<sup>35</sup> in tutti i contesti, compresi quelli intensionali. D’altra parte – osserva l’autore – un linguaggio intensionale (e la nozione di necessità che esso comporta) è comprensibile solo se si è già compresa la nozione di analiticità, ovvero ciò che stiamo cercando di definire. In altre parole: quel concetto di intensione che avrebbe dovuto rappresentare un *explicatum* del concetto di significato non riesce, secondo Quine, a raggiungere un livello sufficiente di chiarezza concettuale, motivo per cui è opportuno abbandonarlo.

Questo rilievo quineano s’inserisce sullo sfondo di un’impostazione teorica, nota come “*olismo della conferma*”, che per quanto attiene al campo del linguaggio afferma a grandi linee quanto segue: (a) ciò che vale come giustificazione di un enunciato dipende dalla rete di conoscenze e di teorie a nostra disposizione, per definizione rivedibili (non esistono enunciati immuni da revisione); (b) il significato dell’enunciato presenta una priorità logica su quello del singolo termine, del quale costituisce la *ratio cognoscendi*<sup>36</sup>. Radicalizzando alcune tesi formulate da Pierre Duhem all’inizio del Novecento e rafforzando ulteriormente l’idea di una “*sottodeterminazione delle teorie*” (*Underdetermination Thesis*) da parte dei dati osservativi, Quine propone un’immagine della conoscenza in base alla quale l’unità minima di significanza empirica coincide con l’intera rete delle nostre credenze considerate nella loro globalità. Tra le varie implicazioni epistemologiche che questa concezione contiene è importante sottolineare che, in quest’ottica, gli enunciati di cui si compone uno schema concettuale, articolati in una pluralità indefinita di forme, affrontano il tribunale dell’esperienza congiuntamente, come una corporazione.

Unitamente al “*dogma*” della distinzione tra analitico e sintetico, come mostra Donald DAVIDSON (1967) in polemica con lo stesso Quine e contro ogni forma forte di relativismo concettuale, occorre poi abbandonare il *dualismo tra schema concettuale e contenuto empirico*, riconoscendo che a determinare la nostra inclinazione verso una determinata interpretazione del significato di un enunciato contribuiscono anche elementi come i nostri interessi, abitudini, inferenze, ecc. Nel dibattito filosofico-linguistico posteriore, la prima componente è spesso considerata come derivata dal linguaggio, mentre la seconda dall’esperienza, dalla conoscenza della natura o da qualche forma di “input sensoriale”. Nel dialogo intra-linguistico, secondo questa impostazione, le credenze dell’interlocutore derivano dai significati che riteniamo egli dia alle parole, e i significati delle sue parole derivano da quelle che riteniamo siano le sue credenze. Le nostre credenze e aspettative, i nostri atteggiamenti risultano di per sé causalmente, semanticamente ed epistemicamente collegati ad oggetti ed eventi nel mondo; viceversa, la conoscenza di sé e degli altri presuppone la conoscenza del mondo. Schemi concettuali e campi di esperienza formano un insieme unitario.

<sup>35</sup> Nell’argomentazione di FREGE 2001, questo principio afferma che se, all’interno di un enunciato, si sostituisce un’espressione con un’altra coreferenziale, il riferimento dell’enunciato rimane immutato, allora il valore di verità dell’enunciato stesso non subisce alcun mutamento. Con un esempio: se, nell’enunciato “la Stella del mattino è un pianeta”, si sostituisce un termine con lo stesso riferimento come “la Stella della sera” (Venere), il riferimento del tutto (ossia il valore di verità dell’enunciato) permane invariato. La formulazione standard del principio di sostituitività è la seguente:  $(x)(y) (x=y \ \& \ Fx \rightarrow Fy)$ . A partire da Frege, la legge di sostituitività viene abitualmente presentata come una controparte semantica – per via del suo riferimento alla verità – del principio leibniziano di indiscernibilità degli identici, in base al quale se due oggetti sono identici allora sono indiscernibili (*Eadem sunt quae sibi mutuo substitui possunt, salva veritate*):  $\forall x \forall y \forall F (x=y \rightarrow (Fx \leftrightarrow Fy))$ .

<sup>36</sup> «The totality of our so-called knowledge or beliefs, from the most casual matters of geography and history to the profoundest laws of atomic physics or even of pure mathematics and logic, is a man-made fabric which impinges on experience only along the edges. Or, to change the figure, total science is like a field of force whose boundary conditions are experience. A conflict with experience at the periphery occasions readjustments in the interior of the field» (QUINE 1961, 42).



## 6. Interpretazione radicale e principio di carità

Tenendo fermi questi presupposti teorici, una maniera proficua di riflettere sull'inseparabilità del conoscere dall'interpretare è offerta ancora una volta da una proposta davidsoniana: più precisamente, dalla costruzione di una *teoria dell'interpretazione radicale* che consenta di comprendere in una lingua già nota i contenuti di una lingua completamente sconosciuta (DAVIDSON 1967). Ogni frase, in quest'ottica, acquisisce un significato solo nel momento in cui sia stato determinato un sistema di assunzioni contestuali<sup>37</sup> che ne fissi le condizioni di verità: solo dopo aver fornito una descrizione dell'occasione d'uso, in grado di stabilire quale sia l'interpretazione adeguata.

Tra i vari motivi di interesse che questo esperimento mentale mette in luce, è opportuno soffermarsi almeno sulla concezione dell'interpretazione che esso sottende: in base a questa prospettiva, l'attribuzione di significato a un'espressione si configura come un'operazione che non può prescindere, in ultima analisi, dalla formulazione di congetture sulle credenze del parlante. Affinché una comunicazione linguistica si svolga su basi razionali, argomenta Davidson, non è necessario presupporre, in quanto dato preconstituito, un *common ground* di conoscenze condiviso dagli interlocutori a livello pre-teorico. Ciò che si verifica (ed è opportuno che avvenga) generalmente in questi casi è piuttosto un continuo *processo di mutuo aggiustamento e convergenza verso significati condivisi*, specificando le condizioni di verità degli enunciati di una lingua e tenendo presente che ogni corrispondenza dovrà necessariamente coinvolgere tutte le espressioni utilizzate. Ogni parlante-interprete, pur muovendo da una propria "teoria antecedente" alla conversazione (le aspettative di senso relative a determinati vocaboli ed espressioni), tende ad assumere che il complesso di atteggiamenti propri del suo interlocutore, sullo sfondo del quale si colloca il discorso interpretato, presenti alcune caratteristiche rilevanti ai fini della comunicazione: che sia costituito da convinzioni in gran parte corrette e coerenti, che sia globalmente privo di contraddizioni, che concordi in gran parte con quella dell'interprete stesso. L'interprete, da questo punto di vista, deve muovere da un presupposto di coerenza e consistenza<sup>38</sup> dell'interlocutore.

È questa, a grandi linee, la riformulazione davidsoniana del "*principio di carità*" (*charitable interpretation, rational accommodation*)<sup>39</sup>, che, da un lato, prescrive di evitare il più possibile l'attribuzione di false credenze, errori, fallacie logiche, menzogne o atteggiamenti non condivisibili dai parlanti, dall'altro, richiede di interpretare le affermazioni di un interlocutore nel modo più razionale e sensato possibile. Su queste basi, l'interpretazione può essere intesa come un processo volto a massimizzare la razionalità degli enunciati del parlante sotto due profili essenziali: la coerenza – l'idea che le asserzioni proferite saranno verosimilmente non contraddittorie – e la corrispondenza – l'idea che le nostre risposte cognitive rispetto al mondo tendono ad assomigliarsi.

Alla prospettiva dell'*olismo semantico* sono state rivolte diverse critiche tese a evidenziare, nella maggior parte dei casi, l'implausibilità di alcune sue conseguenze. Se il significato di una parola dipende dalla totalità del linguaggio in cui si inserisce – si sostiene da più parti –<sup>40</sup> esso si ricollegherà inevitabilmente alla totalità degli usi peculiari dell'idioletto da parte di ogni singolo

<sup>37</sup> Sui presupposti contestuali dell'interpretazione, cfr. DASCAL, WRÓBLESKI 1988. Sulla priorità del significato contestuale, si veda invece FISH 1989, 4-8.

<sup>38</sup> Per la distinzione tra coerenza/congruenza sostanziale e consistenza/compatibilità logica tra norme, cfr. in particolare MACCORMICK 1984.

<sup>39</sup> La prima formulazione di questo principio si trova in QUINE 2013, 54, n. 2; è poi stata ripresa da vari autori e in particolare da DAVIDSON 1984, con un approccio che conferisce a questo principio una valenza non solo descrittiva, ma anche prescrittivo-normativa. Non rientra negli scopi di questo studio analizzare tutti i significati, peraltro numerosi, in cui Davidson ha declinato l'idea di carità interpretativa. In termini generali può essere sufficiente notare che, nella sua prospettiva, il processo di interpretazione dipende dalla combinazione di due aspetti: un presupposto olistico di razionalità nella credenza e una relazione causale tra le credenze e gli oggetti correlati.

<sup>40</sup> Cfr. in particolare DUMMETT 1991, il quale sottolinea i rischi che l'olismo semantico comporta per la stabilità diacronica del significato e, di conseguenza, per i processi di comunicazione e comprensione.

parlante. Ad esempio, il significato di “automobile” finirebbe per rinviare alla particolare accezione che ogni soggetto attribuisce al vocabolo, sulla base del proprio utilizzo individuale e privato del linguaggio. Di conseguenza, in assenza di convenzioni linguistiche consolidate all’interno della società, la comunicazione stessa diventa ingestibile: ciascun soggetto attribuirà un significato diverso ai vocaboli e agli enunciati utilizzati; tra i parlanti non vi potrà essere né accordo né disaccordo sul significato delle parole. Appare irrealistica, in particolare, l’idea che una qualsiasi espressione (una parola, una locuzione, un enunciato) di un linguaggio non possa essere compresa se considerata isolatamente, al di fuori di un contesto di legami potenzialmente inesauribile con altre espressioni. Per quanto ampia possa essere la competenza grammaticale, lessicale e semantica di un soggetto, è evidente che non riuscirebbe mai a padroneggiare nella sua interezza la lingua di un altro parlante, e questo anche presupponendo in linea ipotetica (un’ipotesi che, tuttavia, non trova riscontro nella realtà) che lessico e regole grammaticali siano immutabili nel corso del tempo.

Queste obiezioni, è importante precisare, presuppongono una visione della comunicazione come trasmissione di significati condivisi sul piano intersoggettivo. Come si è visto, tuttavia, non è questa la teoria del significato proposta da Davidson, il quale ritiene che nel dialogo intralinguistico condividiamo uno stesso mondo e diverse credenze fondamentali su di esso. Questa concezione implica piuttosto una certa circolarità nel processo di comprensione-interpretazione, che apre la strada alla possibilità di una pluralità di interpretazioni compatibili con le emissioni verbali dei nostri interlocutori: le credenze dell’interlocutore sono desunte dai significati che riteniamo egli dia alle parole, e i significati delle sue parole sono derivati da quelle che riteniamo siano le sue credenze.

### *7. Applicazioni nel campo della teoria dell’interpretazione costituzionale*

Le tesi considerate sinora sembrano fornire alcune indicazioni rilevanti anche sul piano della teoria dell’interpretazione costituzionale dei diritti. L’utilizzo di questo approccio, è opportuno precisare, non assolve alla funzione di indicare i criteri sostanziali di un’interpretazione corretta delle disposizioni costituzionali attributive di diritti. Non può dirci, ad esempio, quale sia la migliore interpretazione possibile della costituzione in determinate circostanze, in che modo l’informazione viene rappresentata e acquisita, quali sono le regole d’inferenza, i criteri di selezione delle premesse e i criteri d’arresto all’interno dei processi interpretativi. L’obiettivo è piuttosto quello di illuminare diversi aspetti notevoli che caratterizzano la dipendenza contestuale dell’interpretazione dei diritti costituzionali.

Spostando l’attenzione dal piano dell’interpretazione “in senso amplissimo” (la comprensione di qualsivoglia oggetto in quanto fenomeno culturale)<sup>41</sup> a quello dell’interpretazione giuridica, occorre innanzitutto riconoscere che, a differenza dei contesti interpretativi e comunicativi ordinari, in questo campo le disposizioni sono assunte come punto di partenza per un’elaborazione inferenziale e la successiva produzione di norme. Tale processo si verifica all’interno di un dato ordinamento: il più delle volte in sede di applicazione, con un’ineliminabile dimensione autoritativa e pratico-istituzionale, nonché in sede dottrinale, attraverso l’elaborazione del contenuto dei testi normativi per finalità di carattere essenzialmente teorico.

L’analisi che precede dovrebbe innanzitutto portare a concepire quella particolare tecnica argomentativa e decisoria che è il bilanciamento come un’operazione strumentale all’attribuzione di significato alle disposizioni costituzionali che riconoscono diritti fondamentali: funzionale, pertanto, alla determinazione o specificazione del loro contenuto. In secondo luogo – ma i due

<sup>41</sup> Cfr., su questa nozione, DASCAL, WRÓBLESKI 1988.

temi appaiono strettamente connessi – risulta particolarmente precaria la stessa distinzione tra “interpretazione in astratto” e “interpretazione in concreto” (dei diritti)<sup>42</sup>. Tenendo presente quanto sia problematica la separazione tra analitico e sintetico, occorrerà riconoscere che anche l’interpretazione in astratto dei diritti sia sempre, necessariamente, condizionata dal riferimento a casi concreti.

Un approccio che inserisca i processi interpretativi in un più ampio quadro di tipo ermeneutico-semiotico dovrebbe aiutare ad accettare che le complicazioni teoriche presenti in ambito giuridico non siano in fin dei conti dissimili da quelle che si riscontrano in qualsiasi altra attività interpretativa che implichi il ricorso a un linguaggio storico-naturale. Utilizzando una terminologia husserliana si può affermare che una consapevolezza di questo tipo, tra le altre cose, dovrebbe indurre il teorico del diritto e il giurista-interprete a transitare da un atteggiamento “ingenuo-naturale” a una prospettiva di tipo fenomenologico o trascendentale<sup>43</sup>.

Qui di seguito alcune precisazioni rilevanti.

- 1) I diritti non piovono dal cielo, non rappresentano un regalo della natura, ma si sviluppano come un succedersi di diversi processi evolutivi: teorizzazione filosofica, positivizzazione, generalizzazione, internazionalizzazione, specificazione. Storicamente – si può affermare con una certa cautela – nascono nel mondo europeo-occidentale nei secoli XVI e XVII in seguito a tensioni e dissensi, rivendicazioni e battaglie, e per effetto dell’interazione di diverse cause di natura socio-economica, geopolitica, ideologica: la nascita del capitalismo e dello Stato moderno, la progressiva umanizzazione del diritto penale e processuale, la rottura dell’unità religiosa e il diffondersi della Riforma protestante, le scoperte delle scienze fisiche e astronomiche, l’emergere di una nuova mentalità individualista e razionalista, ecc. D’altra parte, nel loro processo genetico e di sviluppo, i diritti riflettono l’eredità di diverse correnti culturali e filosofiche quali l’Umanesimo rinascimentale, il giusnaturalismo moderno, la filosofia illuminista, il liberalismo politico, il pensiero democratico e socialista ecc., che, a partire dalla “transizione verso la modernità” fino ai nostri giorni, hanno favorito la valorizzazione dell’essere umano come individuo autonomo<sup>44</sup>.
- 2) Per effetto di questo vincolo strutturale, le costituzioni contemporanee, specie nella loro parte sostanziale in cui riconoscono un complesso eterogeneo e articolato di diritti, principi e interessi costituzionali, presuppongono sempre un ineliminabile sfondo teorico-dottrinale a cui si deve una certa coerenza interna del testo. Questo aspetto non implica affatto il disconoscimento della possibilità di collisioni tra diritti, dilemmi tragici, disaccordi interpretativi profondi, *trade-offs* o *hard cases* all’interno di un dato sistema giuridico. Al contrario, è assolutamente compatibile con il riconoscimento dell’inevitabilità di questi fenomeni (e della correlativa necessità di ricorrere alle opportune strategie decisionali per risolverli). Ed è infine logicamente indipendente rispetto al problema, di carattere essenzialmente filosofico-politico in senso normativo, se debba spettare al giudice o al legislatore il compito di gestirli.
- 3) Se i diritti fondamentali sono in un certo senso specificazioni (determinazioni progressive, concretizzazioni del contenuto) dei diritti propugnati dalle dottrine etico-politiche di sfondo, una lettura morale della costituzione tende a restituirne un quadro pluralista secondo cui le di-

<sup>42</sup> Nella trattazione classica di Riccardo Guastini, l’interpretazione “in astratto” (“orientata ai testi”) consiste «nell’identificare il contenuto di senso – cioè il contenuto normativo (la norma o, più spesso, le norme) – espresso da, e/o logicamente implicito in, un testo normativo (una fonte del diritto) senza riferimento ad alcuna fattispecie concreta»; di contro, l’interpretazione “in concreto” (“orientata ai fatti”) consiste «nel sussumere una fattispecie concreta nel campo di applicazione di una norma previamente identificata “in astratto”» (GUASTINI 2011, 15-16; cfr. anche, con qualche divergenza, GUASTINI 2004, 83, n. 16).

<sup>43</sup> Per un parallelismo tra il ruolo dell’interprete in ambito giuridico e quello dell’interprete *tout court*, si rimanda alle osservazioni di COLAPIETRO 1989, spec. 27-48; COLAPIETRO 2008.

<sup>44</sup> Questo approccio è difeso tipicamente da Gregorio Peces-Barba Martínez nella maggior parte dei suoi scritti dedicati al tema dei diritti fondamentali (v. in particolare PECES-BARBA MARTÍNEZ 2016).

sposizioni costituzionali, generalmente formulate in maniera astratta e generica, esprimono necessariamente principi indeterminati.

4) Queste operazioni di sistematizzazione risultano fortemente influenzate da vari elementi di carattere intra- ed extra-testuale (interessi, intenzioni, preferenze, intuizioni “preteoriche”, ecc.). Il significato dei vocaboli e degli enunciati giuridici, considerabili come atti linguistici prescrittivi, risulta in buona parte determinato dal «contesto interpretativo» (*context of interpretation*)<sup>45</sup> e dall’interazione sociale tra i soggetti chiamati a partecipare alle pratiche discorsive, argomentative e comunicative.

Anche in ambito giuridico, naturalmente, si pone il problema di determinare il perimetro dei contenuti che occorre considerare per interpretare le disposizioni costituzionali attributive di diritti fondamentali. Si determina, inoltre, la necessità di spiegare i processi di ragionamento che portano i giudici ad assumere decisioni (provvisoriamente considerate) corrette o giustificate in materia di diritti. Un rischio insito in qualsiasi approccio pragmatista o contestualista è infatti quello di poter dar conto soltanto *ex post* di ciò che accade nella prassi argomentativa, assegnando alla tradizione consolidatasi nel tempo e all’interazione sociale interna alla comunità giuridica un ruolo in definitiva infallibile in relazione a ciò che si può considerare, a seconda delle circostanze, una corretta delle disposizioni costituzionali attributive di diritti.

In una prospettiva semiotica che consideri i casi giuridici come funzioni segniche e che evidenzi la rilevanza esercitata dalla *dipendenza contestuale del senso* (delle proposizioni giuridiche), emergono le limitazioni intrinseche che caratterizzano il contenuto informativo di cui dispongono gli interpreti nella selezione del materiale giuridico. Il problema di individuare dei confini nella selezione del materiale giuridico rilevante può trovare soluzione facendo riferimento, nell’elaborazione di una teoria dell’inferenza, non all’intero sistema di credenze degli agenti giuridici, ma più modestamente a quella parte di credenze considerata rilevante nel particolare contesto di riferimento. Su questo punto, vale la pena citare per esteso un ragionamento di Giorgio Pino (PINO 2008, 408-409, corsivo aggiunto):

«partendo ad esempio da una definizione molto generica della libertà di manifestazione del pensiero, e presupponendo alcuni valori e obiettivi che giustificano la protezione di questa libertà (in ipotesi, lo sviluppo della democrazia e dell’autonomia individuale), avremo casi paradigmatici di esercizio di quella libertà (un comizio politico) e casi paradigmatici della sua violazione (la censura nei confronti di un giornale antigovernativo); mentre sarà incerto se certi altri comportamenti costituiscano realmente istanze di esercizio della libertà in questione (la pornografia, la pubblicità commerciale), e se certi altri comportamenti ne siano una violazione (finanziamento pubblico a giornali filo-governativi, pur senza esercitare censura sugli altri giornali). La risposta a questi ultimi casi potrà essere fornita solo impegnandoci in una argomentazione che valuti il senso e la portata dei valori sottostanti al riconoscimento di un certo diritto, e anche il loro rapporto con altri valori rilevanti; e questa argomentazione potrà indurci ad includere o meno certe modalità di manifestazione del pensiero dall’ambito protetto dal diritto (e quindi a riformulare la sua definizione), oppure anche a riformulare la giustificazione stessa del diritto, facendo una spola continua tra i casi in cui il diritto è rilevante e la giustificazione sostanziale del diritto, in un processo di mutuo aggiustamento di cui è evidente l’affinità con l’*idea rawlsiana di equilibrio riflessivo*»<sup>46</sup>.

In base a questa prospettiva, i nostri giudizi morali iniziali verso i quali nutriamo una maggiore fiducia, richiedono di essere confrontati con principi generali, se non addirittura con una compiuta teoria morale in grado di spiegarli. Si apre così la possibilità di rivedere i nostri giudizi ini-

<sup>45</sup> Cfr., su questa nozione, CAPPELEN 2009.

<sup>46</sup> Per la concezione rawlsiana dell’equilibrio riflessivo, cfr. RAWLS 1993, 56-58. La rilevanza di questa intuizione per la teoria del diritto è evidenziata anche da MANIACI 2008; CELANO 2013, 101-102.

ziali, a seconda della misura in cui possiamo “adattare” tali giudizi ai principi più generali. Questo processo di continua riformulazione dei contenuti tende a produrre, come risultato, una situazione di equilibrio provvisorio in cui intuizioni immediate e principi morali si bilanciano reciprocamente. A questo stadio seguirà poi una fase di instabilità che precede un equilibrio ulteriore, e così via all’infinito.

Così come non si danno garanzie, nel campo delle scelte morali, che le nostre proiezioni per il futuro non si scontrino con esperienze recalcitranti, tali da costringerci a rivedere o a sovvertire i concetti rilevanti alla base dei nostri ragionamenti, allo stesso modo, nel campo dell’interpretazione giuridica le decisioni giudiziali non seguono una regola universalmente vincolante, preconstituita al giudizio e applicabile a tutti i casi futuri dotati di caratteristiche analoghe. Dal momento che i tribunali non possono trattare le controversie giuridiche applicando una regola di gerarchizzazione specifica previamente stabilita, ma solo intervenire sulla base delle circostanze concrete, è ragionevole parlare di regole di condotta che non potranno essere applicate perentoriamente in casi futuri. È logicamente possibile che, in relazione a una determinata decisione giuridica, si segua un criterio universale di risoluzione delle antinomie, ma non appare sensato, a causa della necessaria limitazione delle nostre conoscenze, escludere in linea di principio la possibilità di rivedere tale ragionamento.

Nel processo d’interpretazione-applicazione del diritto, i giudici non si trovano di fronte a “oggetti” esterni indipendenti dalla propria osservazione<sup>47</sup>; essi piuttosto tendono a interpretare le disposizioni sulla base di un confronto interno con la dimensione sostanziale del testo costituzionale, influenzati, tra le altre cose, anche dalle proprie intuizioni morali immediate, dalle «cristallizzazioni culturali» sedimentatesi all’esterno del testo giuridico (HÄBERLE 2001, 33) e dai principi etici generali della cultura giuridica di riferimento. Il passaggio dalle disposizioni selezionate dal giudice alle norme si può concepire come un processo fondamentalmente entropico, di interdipendenza e interazione tra gli interpreti e i materiali normativi disponibili (precedenti giudiziali, casi paradigmatici, atti para-normativi, ecc.). Basandosi su un complesso necessariamente finito di informazioni e strategie interpretative previamente selezionate, i giudici possono arrivare ad assumere una decisione provvisoria, considerata corretta *all things considered*, e spesso guidata da assunti sostanziali di ragionevolezza pratica.

## 8. Osservazioni conclusive

In questo percorso si è cercato di comporre, studiando un variegato quadro di “teorie del significato” di orientamento post-neopositivista, uno strumentario analitico adeguato per comprendere l’influsso esercitato sull’interpretazione costituzionale dei diritti da elementi di carattere intra ed extra-testuale. In particolare, in contrasto con una concezione lineare della catena inferenziale, ho difeso la superiorità di un “modello semantico a istruzioni in formato di enciclopedia” come paradigma per l’interpretazione costituzionale, cercando di indicare una soluzione per il problema della circolarità e del potenziale conservatorismo delle pratiche argomentative. Ho poi individuato un altro parallelismo notevole tra il ruolo svolto dalle cosiddette “abitudini semiotiche” e i criteri di stabilizzazione del significato in ambito giuridico-costituzionale.

Riassumo qui le principali acquisizioni teoriche a cui è pervenuta l’analisi. La costituzione è un contenuto di senso dotato di una sua unitarietà, sebbene costitutivamente aperto a molteplici interpretazioni: un insieme di proposizioni o enunciati tendenzialmente solidari la cui interpreta-

<sup>47</sup> Sul tema della non-univocità e della non-oggettività dell’interpretazione giuridica (i criteri di individuazione/applicazione del diritto e la determinazione della sua validità dipendono strettamente dai processi argomentativi e dalle pratiche di ragionamento orientate ad attribuire significato alle proposizioni normative), si rimanda in particolare a GADAMER 1972; MACCORMICK 1978; AARNIO, ALEXI, PECZENIK 1981; DWORKIN 1986; AARNIO 1987.

zione si rinnova costantemente. L'insieme testuale, in questa prospettiva, contribuisce a determinare il significato dei singoli enunciati: ciascuna di queste parti risulta strettamente connessa alle altre e alla costituzione stessa, inserendosi all'interno del dinamismo di una prassi giuridico-interpretativa. In virtù delle sue caratteristiche, l'interpretazione delle disposizioni costituzionali che riconoscono diritti fondamentali si presenta come un'attività guidata da un certo grado di pre-comprensione relativamente al loro contenuto. Assumendo che le relazioni di coerenza siano simmetriche, sembra possibile evitare quella propensione alla circolarità e al conservatorismo che rappresenta un problema costante delle teorie coerentiste. L'identificazione delle concezioni sostanziali del bene pubblico sottese alle relazioni tra diritti consiste in un'operazione di carattere interpretativo e ricostruttivo: in un'opera di riformulazione e riaggiustamento di quel peculiare insieme di enunciati che è il testo costituzionale. Diversi standard di giustificazione giuridica delle decisioni in materia di diritti dipendono da fattori contestuali e pertanto contingenti. Altrettante consuetudini linguistiche interne più o meno consolidate, e il loro progressivo adeguamento alle diverse circostanze enunciative, incidono notevolmente sulla determinazione dei criteri di correttezza delle decisioni interpretative.

*Riferimenti bibliografici*

- AARNIO A. 1987. *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Reidel.
- AARNIO A., ALEXU R., PECZENIK, A. 1981. *The Foundation of Legal Reasoning*, in «Rechtstheorie», 12, 2, 2003, 133 ss., 257 ss., 423 ss.
- ALEXU R. 1996. *Interpretazione giuridica*, in AA. VV., *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. V, Treccani, 64 ss.
- ALEXU R. 1997. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi.
- ALEXU R. 2000. *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 13, 2000, 294 ss.
- AMAR A.R. 1999. *Intratextualism*, in «Harvard Law Review», 112, 4, 1999, 747 ss.
- AMAYA A. 2011. *Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho*, in «Discusiones», 10, 2011, 21 ss.
- AMAYA A. 2012. *La coherencia en el Derecho*, in «Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho», 35, 2012, 59 ss.
- AUSTIN J. 1975. *How to Do Things with Words*, Harvard University Press.
- BARAK A. 2005. *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press.
- BARBER, A., FLEMING J. 2007. *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford University Press.
- BARTHES R. 1984. *La mort de l'auteur*, in *Le bruissement de la langue*, Seuil, 63 ss.
- BETTI E. 1990. *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè (ed. corretta ed ampliata a cura di G. Crifò).
- CANALE D. 2012. *Teorie dell'interpretazione giuridica e teorie del significato*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2012, 155 ss.
- CAPPELEN H. 2009. *The Creative Interpreter: Content Relativism and Assertion*, in «Philosophical Perspectives», 22, 2009, 23 ss.
- CELANO B. 2006. *Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico*, in «Ragion Pratica», 25, 2006, 133 ss.
- CELANO B. 2013. *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- CELANO B. 2016. *Rule of Law e particolarismo etico*, in PINO G., VILLA V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, 237 ss.
- CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino.
- COHEN-ELIYA M., I. PORAT I. 2011. *Proportionality and the Culture of Justification*, in «The American Journal of Comparative Law», 59, 2, 2011, 463 ss.
- COLAPIETRO V.M. 1989. *Peirce's Approach to the Self. A Semiotic Perspective on Human Subjectivity*, State University of New York Press.
- COLAPIETRO V.M. 2008. *Peircean Semeiotic and Legal Practices: Rudimentary and "Rhetorical" Considerations*, in «International Journal for the Semiotics of Law», 21, 3, 2008, 223 ss.
- DASCAL, M., WRÓBLESKI, J. 1988. *Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatic and Law*, in «Law and Philosophy», 7, 2, 1988, 203 ss.
- DAVIDSON D. 1967. *Truth and Meaning*, in «Synthese», 17, 1, 1967, 304 ss.
- DAVIDSON D. 1984. *Radical Interpretation*, in ID., *Inquiries into Truth and Interpretation*, Clarendon Press.
- DELEUZE G., GUATTARI F. 1972. *Capitalisme et schizophrénie 1. L'Anti-Œdipe*, Les Editions de Minuit.

- DELEUZE G., GUATTARI F. 1980. *Capitalisme et schizophrénie 2. Mille plateaux*, Les Editions de Minuit.
- DERRIDA J. 1994. *Force de la loi: le fondement mystique de l'autorité*, Galilée.
- DILTHEY W. 1986. *Le origini dell'ermeneutica*, in ID., *Il pensiero ermeneutico*, Marietti (1900).
- DUMMETT M.A.E. 1991. *The Logical Basis of Metaphysics*, Duckworth.
- DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, Fontana Press.
- DWORKIN R. 1996. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press.
- ECO U. 1979. *The Role of the Reader: Explorations in the Semiotics of Texts*, Indiana University Press.
- ECO U. 1981. *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani.
- ECO U. 1985. *Sugli specchi e altri saggi. Il segno, la rappresentazione, l'illusione, l'immagine*, Bompiani.
- ECO U. 1997. *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Einaudi.
- ECO U. 2007. *Dall'albero al labirinto. Studi storici sul segno e l'interpretazione*, Bompiani.
- EHRlich E. 1976. *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè.
- FERRER MAC-GREGOR E. (ed.). 2005. *Interpretación constitucional*, Porrúa, 2 voll.
- FISH S. 1989. *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric and the Practice of the Theory in Literary and Legal Studies*, Clarendon Press.
- FREGE F.L.G. 2001. *Senso e significato* in ID., *Senso, funzione e concetto. Scritti filosofici*, Laterza (ed. a cura di C. Penco, E. Picardi).
- GADAMER H.G. 1972. *Verità e metodo*, Fabbri.
- GADAMER H.G. 1990. *Gesammelte Werke, 1: Hermeneutik I. Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, J.C.B. Mohr.
- GALLIE W.B. 1956. *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 56, 1956, 167 ss.
- GUASTINI R. 1998. *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion Pratica», 11, 1998, 185 ss.
- GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- HÄBERLE P. 2001. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci.
- HÄGERSTRÖM A. 1927. *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, vol. 1, 2 voll., Almqvist & Wiksell.
- HUSCROFT G., MILLER B.W. (eds.). 2011. *The Challenge of Originalism*, Cambridge University Press.
- KAFKA F. 1986. *Il Processo*, Mondadori (1925).
- KELSEN H. 1992. *Società e natura: ricerca sociologica*, Einaudi.
- KRISTEVA J. 1978. *Semeiotiké. Ricerche per una semanalisi*, Feltrinelli.
- LUHMANN N. 1990. *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, il Mulino (a cura di R. De Giorgi e M. Silbernagl).
- MACCORMICK N. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory of Law*, Clarendon.
- MACCORMICK N. 1984. *Coherence in Legal Justification*, in PECZENIK A., LINDAHL L., VON ROERMUND B. (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, 235 ss.
- MANIACI G. 2008. *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli.



- MARMOR A. (ed.). 1995. *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press.
- MENDONCA D. 2003. *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Tecnos.
- MODUGNO F. 2000. *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID. (ed.), *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè.
- MORESO J.J. 1997. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PARIOTTI E. 2000. *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ G. 1982. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ G. 2016. *Sulla funzione della storia nel concetto di diritti fondamentali*, in ID., *Etica pubblica e diritti fondamentali*, FrancoAngeli, 35 ss. (ed. a cura di M. Zezza).
- PEIRCE C.S. 1994. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Thoemmes Continuum (ed. by C. Hartshorne, P. Weiss, A.W. Burks).
- PERELMAN, CH., VANDER ELST, R. (eds.) 1984. *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant.
- PINO G. 1998. *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica 1998*, Giappichelli, 203 ss.
- PINO G. 2008. *Il linguaggio dei diritti*, in «Ragion Pratica», 31, 2008, 393 ss.
- 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.
- POPPER K.R. 2013. *The Open Society and Its Enemies: The Age of Plato [1945]*, vol. I, Princeton University Press (1945).
- PORFIRIO 1887. *Isagogé et In Aristotelis Categorias Expositio per Interrogationem et Responionem, Commentaria in Aristotelem Graeca*, vol. IV.1, Georg Reimer (ed. a cura di A. Busse).
- QUINE W.V.O. 1961. *Two Dogmas of Empiricism*, in ID., *From a Logical Point of View: Nine Logico-Philosophical Essays*, Harper & Row, 20 ss.
- QUINE W.V.O. 2013. *Word and Object*, MIT Press.
- RAWLS J. 1993. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli.
- RAZ J. 1979. *The Authority of Law*, Oxford University Press.
- RAZ J. 1986. *Dworkin: A New Link in the Chain*, in «California Law Review», 74, 1986, 1103 ss.
- RAZ J. 1994. *The Relevance of Coherence*, in ID., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press.
- RAZ J. 2009. *Why Interpret?*, in ID., *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 223 ss.
- RESTA E. 2008. *Diritto vivente*, Laterza.
- SARDO A. 2018. *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*, Marcial Pons.
- SCARPELLI U. 1987. *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in «Rivista di filosofia», 78, 1, 1987, 3 ss.
- SCHAUER F. 1990. *Statutory Construction and the Coordinating Function of Plain Meaning*, in «The Supreme Court Review», 231 ss.
- SCHLEIERMACHER F.D.E. 1985. *Die allgemeine Hermeneutik*, in SELGE K.V. (ed.), *Internationaler Schleiermacher-Kongreß*, De Gruyter.
- SINI C. 1981. *Passare il segno*, Il Saggiatore.
- TARUFFO M. 2020. *Verso la decisione giusta*, Giappichelli.

- TEUBNER G. 2012. *Constitutional Fragments*, Oxford University Press.
- TÖNNIES F. 1979. *Comunità e società*, Edizioni di Comunità.
- VILLA V. 1999. *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli.
- VILLA V. 2017. *Disaccordi interpretativi profondi: saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Giappichelli.
- VIOLA F., ZACCARIA G. 1999. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza.
- VIOLI P. 1997. *Significato ed esperienza*, Bompiani.
- WEBER M. 1995. *Economia e società*, a cura di P. Rossi, Edizioni di Comunità.
- WEBER M. 2001. L'“oggettività” conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale, in ID., *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, Edizioni di Comunità, p. 147 ss., (ed. a cura di P. Rossi).
- WRÓBLEWSKI J. 1974. *Legal Reasoning in Legal Interpretation*, in AARNIO A. (ed.), *Meaning and Truth in Judicial Decision*, *Jurídica*, 74 ss.

# DISCUSSIONI / #1

*Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*

di Marco Mazzamuto



# Presentazione

Nel suo articolo *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, Marco Mazzamuto ha presentato una breve ma circostanziata ricostruzione del processo di elaborazione del diritto amministrativo (soprattutto a modello “francese”) degli stati continentali nel corso del XIX secolo, mettendo in luce la peculiarità e l’importanza di questa esperienza giuridica, e lamentando l’insufficiente attenzione e la scarsa comprensione di cui è oggetto.

Sulla base di questa ricostruzione, Mazzamuto avanza una critica severa alla usuale rappresentazione dello Stato di diritto ottocentesco come stato “legislativo”, mentre, sottolinea, «proprio nel cuore dei sistemi di *civil law*, aveva preso corpo il più grande *judge-made law* del XIX secolo, frutto di una giustizia amministrativa che, già nella giuspubblicistica ottocentesca, veniva espressamente accostata al pretore romano».

Questa esperienza giuridica, suggerisce Mazzamuto, è una delle matrici fondamentali – negletta dal *mainstream* della riflessione filosofico-giuridica – del modello di bilanciamento di poteri fra istanza politica e controllo giudiziario dell’esperienza neo-costituzionale.

Il ricco e provocatorio saggio di Mazzamuto è un invito alla discussione. Con il supporto della Direzione della rivista *Diritto & Questioni pubbliche*, Bruno Celano e io avevamo proposto di raccogliere questo invito a due autorevoli studiosi, i cui stimolanti commenti sono pubblicati in questa *Discussione*: un amministrativista, Giacinto Della Cananea, e un filosofo del diritto, José Juan Moreso.

Bruno è scomparso più di un anno fa, e non ha potuto leggere la *Discussione* che aveva promosso. Ma ne sarebbe stato molto soddisfatto.

MARCO BRIGAGLIA

# Il diritto amministrativo: una vicenda intrigante

Administrative Law: An Intriguing Affair

**GIACINTO DELLA CANANEA**

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università Bocconi.

E-mail: [giacinto.dellacananea@unibocconi.it](mailto:giacinto.dellacananea@unibocconi.it)

## ABSTRACT

Con la formazione e il consolidamento del diritto amministrativo si è colmata la lacuna che si era aperta nel corso dell'Ottocento, con l'avvento di un nuovo tipo di Stato, dotato di vaste funzioni e potestà discrezionali. Nel corso del Novecento, il diritto amministrativo ha accompagnato, ordinato, l'impetuoso sviluppo dello Stato sociale. Nello scorcio del nuovo secolo, è attraverso il diritto amministrativo che si cerca di porre limiti ai movimenti migratori e di orientare l'azione dei pubblici poteri volta a contrastare fenomeni globali, come la pandemia e la crisi economica che ne è conseguita. Un diritto in continua evoluzione non si presta a essere racchiuso in formule di sintesi, come il diritto dell'autorità o - all'opposto - delle pubbliche amministrazioni. Una visione organica è essenziale, ai fini della comprensione del complesso rapporto tra tradizione e mutamento che connota il diritto amministrativo. È altrettanto necessaria per una politica del diritto realmente tesa a perfezionare gli strumenti e le tecniche di azione dei pubblici poteri, dopo decenni di colpevole disattenzione e di interventi di facciata.

With the formation and consolidation of administrative law, the gap that had opened during the nineteenth century was filled with the advent of a new type of state, endowed with vast functions and discretionary powers. Throughout the twentieth century, administrative law accompanied, in an orderly fashion, the impetuous development of the welfare state. At the close of the new century, it is through administrative law that attempts are being made to place limits on migratory movements and to guide the actions of public authorities aimed at countering global phenomena, such as the pandemic and the economic crisis that followed. A constantly evolving law does not lend itself to being encapsulated in summary formulas, such as the law of authority or - at the opposite - of public administrations. An organic view is essential, for the purpose of understanding the complex relationship between tradition and change that connotes administrative law. It is equally necessary for a policy of law genuinely aimed at perfecting the tools and techniques of public authority action, after decades of culpable inattention and cosmetic interventions.

## KEYWORDS

diritto amministrativo, funzioni pubbliche, potestà pubbliche, beni pubblici, controllo giurisdizionale, procedimento amministrativo, principi generali

administrative law, public functions, public powers, public goods, judicial review, administrative procedure, general principles

# Il diritto amministrativo: una vicenda intrigante

GIACINTO DELLA CANANEA

1. *Una vicenda intrigante* – 2. *Un “altro” diritto: due scenari di teoria* – 3. *Un’indagine storica e comparata* – 4. *Tocqueville e il diritto nuovo della società* – 5. *L’esistenza del diritto amministrativo prima della sua teorizzazione: Inghilterra e USA* – 6. *La creazione giurisprudenziale dei principi del diritto amministrativo tra Otto e Novecento* – 7. *Portata limitata delle leggi generali sul procedimento amministrativo* – 8. *Un “altro” diritto: i beni pubblici* – 9. *Il diritto amministrativo del XXI secolo* – 10. *Retrospectiva e prospettiva*.

## 1. *Una vicenda intrigante*

La storia del diritto amministrativo nella penisola italiana – solo dal 1861 storia giuridica dell’Italia unita – è di notevole, speciale interesse. Non soltanto un giurista impegnato in altri ambiti del diritto ma anche un filosofo del diritto avrebbero più di un motivo per studiarlo. Di seguito, segnalo – a titolo indicativo, non esaustivo – alcuni motivi di questo speciale interesse, per dare seguito all’operazione culturale avviata da Marco Mazzamuto<sup>1</sup>, non a fini di *marketing* o di *actio finium regundorum*, bensì per sgombrare il campo da idee ricevute e limitazioni conoscitive.

Si tratta, innanzitutto, d’una storia che in vario modo è correlata a un successo che molti in Europa ritenevano improbabile, se non impossibile. Spesso la storia dell’Italia è raccontata come una storia contraddistinta da ataviche tare e da ritardi, come se vi fosse un percorso “ottimale” – prescindendo dallo spazio, dal tempo e dalle tradizioni – per realizzare i fini dello Stato. Pure, l’Italia, divisa da molti secoli, è stata riunita ed è stata inclusa tra le nazioni civili e ricche del mondo, un numero assai limitato, anche grazie all’opera di statisti illuminati – Cavour e Giolitti, *in primis* – e del paziente lavoro di generazioni di giuristi impegnati nella costruzione delle istituzioni pubbliche.

Inoltre, questioni intriganti, temi di storia e di teoria d’indiscutibile spessore trovano nella vicenda italiana un terreno fertile di ipotesi e di verifica. In quale rapporto si colloca il diritto amministrativo rispetto a una tradizione giuridica bimillenaria, ricchissima sul piano culturale anche per i risvolti etici e filosofici? In quale grado le istituzioni amministrative e giudiziarie create tra Otto e Novecento, i principi generali elaborati per guidare l’adempimento delle funzioni pubbliche risentono di quella tradizione o – invece – della diffusione di idee, criteri, istituti già sperimentati altrove, segnatamente in Francia e nell’area austro-tedesca?

È specialmente intrigante – anche sotto il profilo d’uno studio comparatistico – la storia di un diritto amministrativo edificato su una base segnata da profonde differenze, dovute alla storia, alla geografia, all’economia e alla cultura. Mentre nel caso francese – secondo l’insegnamento di Tocqueville<sup>2</sup> – il diritto amministrativo è stato il prodotto di vari secoli di *ancien régime*, ben prima della Rivoluzione, nel caso italiano i tempi sono stati molto più brevi.

Sempre sotto il profilo storico, ci si può chiedere se la storia del diritto amministrativo italiano mostri un’apprezzabile continuità malgrado la discontinuità delle istituzioni politiche: nella difficilissima crisi di fine Ottocento, durante il periodo fascista, nel passaggio dal sistema elettorale di tipo proporzionale a quello di tipo maggioritario. I principi del diritto amministrativo, i corpi amministrativi, i giudici dell’amministrazione – l’Italia ne ha più d’uno, diversamente dal Regno Unito – hanno mitigato, frenato le spinte autoritarie e, più di recente, l’assolutizzazione

<sup>1</sup> MAZZAMUTO 2022, 167 ss.

<sup>2</sup> DE TOCQUEVILLE 1967 [1856], 98 (per la tesi che l’accentramento amministrativo e la giustizia amministrativa siano istituzioni prerivoluzionarie).

del principio maggioritario? La terra di Dante e di Machiavelli ha stentato, stenta, a trovare un equilibrio tra le fazioni?

Più complesso è il rapporto con l'economia. In una penisola bellissima, ma quasi totalmente priva di risorse naturali, segnatamente di fonti di energia, e con poche terre coltivabili, la ricchezza è stata creata, incrementata con l'intrapresa, con il commercio, con il lavoro di molte generazioni. Ciò ha consentito di generare un patrimonio culturale unico al mondo. Ci si può chiedere se la ricchezza sia stata creata e incrementata anche grazie al diritto amministrativo o malgrado esso. Sebbene diversi osservatori – inclusi alcuni che hanno partecipato al governo dell'Italia – propendano per la seconda ipotesi, vi è un ampio spazio d'indagine sia storica, sul salvataggio delle banche e delle imprese negli anni Trenta del secolo scorso, sulla fornitura di servizi essenziali in aree non lambite dai benefici del libero commercio. Ci si può chiedere se il diritto amministrativo abbia contribuito a preservare quel formidabile patrimonio culturale.

## 2. Un "altro" diritto: due scenari di teoria

Quanto appena osservato relativamente al complesso rapporto tra il diritto amministrativo e l'economia consente di configurare in modo più soddisfacente – prima ancora che per tentare di risolverle – alcune questioni riguardanti il rapporto tra il diritto amministrativo e il diritto privato. Della genesi assai più recente del primo restano tracce significative: non soltanto nella qualificazione attribuita – rispettivamente – ai giudici "ordinari" e alle "giurisdizioni speciali amministrative"<sup>3</sup>, ma anche nella specialità del diritto amministrativo e delle sue regole. Pure, sollecitata dai fatti della storia, accaduti in Italia e nella più ampia cornice della tradizione giuridica occidentale<sup>4</sup>, la nostra riflessione giuridica ha ricondotto a due fondamentali famiglie di teorie la ricostruzione dei principi e degli istituti del diritto amministrativo.

Il primo filone è quello che nell'Ottocento, con Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano, con Oreste Ranalletti e Federico Cammeo, diede cornice istituzionale e nobiltà teorica alle norme giuridiche, agli orientamenti della giurisprudenza, alle prassi delle istituzioni che adempivano le funzioni amministrative. Secondo questa linea di analisi, il diritto amministrativo, ancorché accomunato agli altri ambiti giuridici perché sottoposto ai principi generali "di" diritto<sup>5</sup>, si è progressivamente differenziato dal diritto privato per via della diversità degli interessi di cui le pubbliche amministrazioni devono assumere la cura e delle correlative funzioni. Lo schema è di una chiarezza cristallina, nella sua semplicità: da un lato, perché è incentrato sugli interessi della società tutta, pur tenendo conto – come si vedrà più avanti – degli interessi individuali e quindi non esita a riconoscere che discrezionalità e flessibilità sono a fondamento del diritto pubblico, pur nell'esigenza di evitare l'arbitrio; dall'altro lato, perché recupera dall'impostazione di Montesquieu l'attenzione per la "natura delle cose"<sup>6</sup>. Seguendo quest'ordine di idee, il diritto amministrativo, una volta raggiunto un certo livello di sviluppo, è inevitabilmente diverso dal diritto privato, pur se con esso può avere, ha, vari raccordi.

Questo schema analitico, che pure costituisce il filone principale all'interno della scienza del diritto pubblico in Italia e ha non poche analogie e intersezioni con la cultura giuridica austriaca e francese che nell'Ottocento hanno sopravanzato tutte le altre culture dell'Europa continentale, suscitò insoddisfazione – non sorprendentemente – nella parte della scienza del diritto privato che seguiva a considerare i principi e gli istituti da essa studiati come "invarianti", in ragione

<sup>3</sup> ROMANO 1897.

<sup>4</sup> KELLY 1992.

<sup>5</sup> Per la distinzione tra i principi generali "di" diritto e quelli "del" diritto privato o del diritto pubblico, BOBBIO 1966, 29.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU 1978 [1748].



della loro “lunga durata” e della rispondenza a principi istituzionali, come l’eguaglianza. Ha suscitato insoddisfazione, altresì, in alcuni giuspubblicisti, secondo i quali il diritto amministrativo ha assunto tratti distintivi rispetto al diritto privato all’interno d’una fase storica in cui si è accentuata la connotazione “autoritaria” del potere pubblico. Le concessioni amministrative, la disciplina dei contratti pubblici, le situazioni giuridiche soggettive e i correlativi rimedi giurisdizionali hanno contribuito a stimolare questo indirizzo di ricerca: emblematico il rifiuto di Massimo Severo Giannini di considerare la nostra giustizia amministrativa come un “sistema”<sup>7</sup>. La costante osservabile con maggiore costanza è l’insistenza su ciò che potrebbe dirsi il costruttivismo dell’impostazione tradizionale, cioè la costruzione – non la descrizione – dei fenomeni studiati, non disgiunta peraltro dall’insistenza che ai diritti riconosciuti dall’ordinamento sia assicurata una tutela piena ed effettiva da un giudice indipendente, scevro da condizionamenti<sup>8</sup>.

Le contraddizioni, le disfunzioni, le vere e proprie anomalie rilevabili nel diritto amministrativo e pubblico – come in altri ambiti del diritto – hanno alimentato, continueranno ad alimentare, il dibattito tra i difensori della nostra tradizione di pensiero e i suoi critici, tra i riformatori e gli utopisti. Il confronto tra le varie scuole di pensiero può essere svolto al livello più elevato, quello della teoria generale del diritto, seguendo il Santi Romano dei *Frammenti di un dizionario giuridico*<sup>9</sup>. In alcune, ben scelte e ancor meglio sviluppate, “voci” il giurista siciliano sottolineò le differenze esistenti tra i poteri giuridici di cui vari soggetti – o, meglio, figure giuridiche soggettive – sono dotati per la cura dei propri interessi e le funzioni e le potestà attribuite in vista di determinati interessi altrui, nel caso del diritto pubblico gli interessi della società tutta. La linea di riflessione che verrà qui sviluppata è un’altra, basata sui risultati di una recente ricerca storica e comparata.

### 3. Un’indagine storica e comparata

Il punto di partenza è l’apporto di uno tra i maggiori pensatori dell’Ottocento, Tocqueville, che colse il senso e il significato dell’emergere non semplicemente di un nuovo ramo del diritto, bensì di un diverso ordinamento giuridico della società. Sviluppando questa linea di ragionamento, si può fare riferimento ai risultati di studi recenti e accurati sul diritto amministrativo nei paesi di ceppo inglese, segnatamente il Regno Unito e gli Stati Uniti d’America.

L’intuizione di Tocqueville e i risultati di quegli studi sono stati confermati e spiegati da una ricerca comparata, che è giunta ormai al secondo lustro<sup>10</sup>. Essa rende ragione, grazie all’analisi empirica, della conclusione raggiunta da Orlando, nonché da Maurice Hauriou e da Otto Mayer, circa l’esistenza di un nucleo di principi generali del diritto amministrativo, per lo più di fonte giurisprudenziale e dottrinale, comuni ai Paesi che fanno parte della vecchia civiltà europea. Lo si vedrà, nel prosieguo di questo breve saggio, in rapporto al consolidamento di quei principi tra Otto e Novecento, nonché alla vicenda che forse più di ogni altra ha contraddistinto la seconda metà del secolo scorso, dopo l’avvento delle nuove costituzioni, ossia la diffusione delle leggi sul procedimento amministrativo.

Il quadro così delineato può essere utilmente completato, anche per quanti non si interessano al diritto amministrativo in modo costante e sistematico, dapprima da una sintetica disamina dei principi e degli istituti che disciplinano l’appropriazione dei beni da parte dei pubblici poteri e gli usi ai quali essi sono destinati e in seguito dalla ricognizione di alcune vicende recenti, che contraddistinguono l’azione dei pubblici poteri nello scorcio del nuovo secolo.

<sup>7</sup> GIANNINI 1963, 525.

<sup>8</sup> ORSI BATTAGLINI 2005.

<sup>9</sup> ROMANO 1948.

<sup>10</sup> Sui tratti originali di questa ricerca e sui suoi risultati, rinvio a quanto scritto altrove: DELLA CANANEA, BUSANI 2019, 217; DELLA CANANEA 2023, 413.

#### 4. Tocqueville e il diritto nuovo della società

Fin dalla fine del Settecento, le società europee subirono variamente le ripercussioni della Rivoluzione francese, delle nuove teorie sull'eguaglianza e sull'universalismo dei diritti. Dappertutto si adottarono nuove carte costituzionali. Al di là dei dispositivi normativi, si innestò un più profondo processo di mutamento dei concetti fondamentali del diritto pubblico, finanche nella terminologia utilizzata nel linguaggio corrente, al centro del quale vi erano i diritti, oltre ai doveri<sup>11</sup>. Ciò non mancò di generare reazioni, culturali e politiche. È una vicenda abbastanza nota.

Meno nota è l'altra vicenda, riguardante il diritto amministrativo. Già prima del periodo che per gli specialisti costituisce la seconda rivoluzione industriale, nei principali Paesi europei, lo sforzo per potenziare le infrastrutture materiali fu notevole. Si ampliarono i porti e si estese il sistema viario. Ebbe una rapida diffusione, già tra il 1830 e il 1848, la rete telegrafica. Si diede un forte impulso a un mezzo di trasporto suscettibile di avere un doppio impiego, civile e militare: la ferrovia, che da noi fu al centro delle iniziative promosse da Cavour e dai suoi successori. Questi sforzi, uniti a quelli bellici, richiesero ingenti risorse pubbliche, per cui furono incrementate le entrate dello Stato. Nuove istituzioni furono create, istituzioni plurisecolari subirono profonde trasformazioni. Mutò il ruolo dello Stato.

Molti, tra i liberali, reagirono con fastidio a ciò che ritenevano un'ingerenza dello Stato, non Tocqueville. In uno scritto importantissimo – ma non conosciuto come merita – riguardante il trattato di diritto amministrativo pubblicato da Macarel, Tocqueville segnalò la valenza generale delle istituzioni amministrative francesi<sup>12</sup>. Prese le mosse dal cambiamento intervenuto nella società, nei bisogni che da essa affioravano. Sottolineò che, per soddisfare quei bisogni, occorre- vano apparati e forme di azione che, nell'insieme, presentavano una diversità rispetto al passato. La diversità era profonda, era di natura e non di grado. Se pure vi erano nelle istituzioni precedenti i primi elementi costitutivi del diritto amministrativo, cioè del diritto “politico” riguardante l'amministrazione, altre forze ne avevano in seguito determinato l'affermazione, dando luogo a un diritto nuovo rispetto al passato.

Quel diritto si fondava su un insieme di principi generali privi della sanzione formale del legislatore («*principes généraux et maximes absolues*»)<sup>13</sup>. Alcuni di quei principi e gli istituti giuridici che ne traevano ispirazione erano contestabili, secondo Tocqueville, per la loro incidenza negativa sulle libertà. Lo erano, in particolare, nel quadro della giustizia amministrativa<sup>14</sup>. Tuttavia, si trattava di principi e d'istituti nuovi, che erano destinati a essere imitati, seguiti dagli altri popoli europei. Attraverso un processo sicuro, ancorché non necessariamente lineare, quei principi e istituti si sarebbero imposti, non per l'originalità e l'importanza della tradizione francese, ma per la loro conformità con la condizione degli uomini<sup>15</sup>. Il diritto amministrativo si sarebbe così, per “naturale” diffusione, generalizzato e consolidato, sia pure in fasi diverse nel resto del mondo. Quella che veniva individuata era, insomma, una tendenza a convergere, alla cui base vi era il passaggio dal mondo in cui lo Stato svolgeva le tradizionali funzioni sovrane (difesa esterna, tutela dell'ordine pubblico, amministrazione della giustizia), a un mondo che, se nel complesso respingeva le idee di Marx, accettava la centralità dei servizi pubblici, ai quali peraltro non erano estranei le potestà pubbliche, riassunte nel concetto di *puissance publique*. Dunque, quasi un secolo prima della formulazione del *Welfare State*, il diritto pubblico subì una profonda trasformazione.

<sup>11</sup> GARCIA DE ENTERRIA 2009.

<sup>12</sup> DE TOCQUEVILLE 1866, 63. Nella letteratura secondaria CASSESE 1995, 167.

<sup>13</sup> DE TOCQUEVILLE 1866, 66.

<sup>14</sup> DE TOCQUEVILLE 1866, 68.

<sup>15</sup> DE TOCQUEVILLE 1866, 71 («*notre droit administratif deviendra graduellement celui du monde civilisé, ... grâce à sa conformité avec la condition des hommes de notre temps*»).

È da aggiungere che il diritto amministrativo ebbe un valore paradigmatico, in termini di adesione e di reazione. Nell'Europa continentale, esso esercitò un duplice ruolo: a volte, era riguardato come il modello cui tendere; altre volte, era direttamente applicato, come d'altronde era già successo tempo addietro per il codice civile francese. Se il diritto pubblico dell'Europa continentale ha fatto grandi passi avanti nel darsi un linguaggio uniformemente accettato dagli studiosi, è anche perché, tra Otto e Novecento, gli ordini concettuali – come l'atto amministrativo e la giustizia amministrativa<sup>16</sup> – divennero più o meno gli stessi.

Il modello francese suscitò anche una decisa reazione, segnatamente nelle culture giuridiche anglosassoni. Che il costituzionalista vittoriano Albert Venn Dicey abbia sostenuto che il *droit administratif*, quale si era sviluppato in Francia e in altri Paesi dell'Europa continentale, si ispirava a una concezione dispotica del potere, che si manifestava segnatamente nello speciale regime di responsabilità riservato ai funzionari dello Stato, oltre che nell'esistenza di un giudice speciale per l'amministrazione, entrambi antitetici alla *rule of law*<sup>17</sup>; che questa tesi, per quanto efficacemente argomentata e ben presto divenuta *communis opinio*, fosse frutto di un travisamento, perché faceva riferimento a disposizioni legislative abrogate e non teneva conto degli orientamenti della giurisprudenza<sup>18</sup>; che sulla decisa negazione dell'esistenza di uno statuto speciale dell'amministrazione influisse l'avversione di Dicey – un *whig* – nei confronti dell'espansione del ruolo dello Stato rispetto all'iniziativa privata<sup>19</sup>: tutti questi aspetti possono considerarsi noti, grazie a una serie di apporti. Non vi è motivo, quindi, di tornarvi sopra in questa sede. Può essere di qualche utilità, piuttosto, dare conto di una serie di spunti che si traggono sia da uno studio troppo presto dimenticato, quello di Rudolf Gneist sul diritto amministrativo inglese, sia dalle ricerche recenti di Craig e Mashaw riguardanti – rispettivamente – l'Inghilterra e gli USA.

##### 5. L'esistenza del diritto amministrativo prima della sua teorizzazione: Inghilterra e USA

Negli studi di Gneist l'Inghilterra ebbe un ruolo a parte: per l'individuazione – e l'idealizzazione – del peculiare meccanismo di gestione delle funzioni amministrative da parte delle autorità locali<sup>20</sup>; per la valorizzazione del ruolo del Parlamento; per l'importanza attribuita al diritto amministrativo. Di questo diritto Gneist descrisse lo sviluppo con attenzione e rigore analitico, differenziandosi dall'indirizzo prevalso nella cultura giuridica inglese ad opera di Dicey. Se ne differenziò, anzitutto, nell'approccio al diritto amministrativo, riguardato in tutta la sua ampiezza e soprattutto dall'angolo visuale dei compiti pubblici disciplinati dalla legislazione, non soltanto nella parte concernente il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa. Un rapido sguardo ai settori considerati può fornirne un'idea: vi sono inclusi l'amministrazione della difesa e quella finanziaria; la polizia, intesa in senso ampio, cioè comprensivo della disciplina dei mendicanti e dei vagabondi, delle riunioni pubbliche e della stampa, delle industrie, delle strade, dei fiumi e dei canali; il commercio, la navigazione e le ferrovie; l'agricoltura; l'istruzione e le università<sup>21</sup>. Tra gli svolgimenti, meritano di essere ricordati sia le peculiari modalità – i cosiddetti *private bills* – con cui veniva regolata l'attività delle compagnie ferroviarie quanto alle tariffe e al traffico<sup>22</sup>, sia l'esatta ricostruzione degli ampissimi poteri discrezionali esercitati dall'amministrazione locale nel decidere

<sup>16</sup> MAYER 1905 [1894], 78-79. Sul ruolo fondamentale di Mayer nella costruzione del «sistema scientifico del diritto amministrativo», FORSTHOFF 1973 [1964], 174. Sull'altra visione del diritto amministrativo, KAUFMANN 2013 [1914], 36.

<sup>17</sup> DICEY 1961 [1894], 328-329.

<sup>18</sup> JEZE 1925, 1s.; JENNINGS 1938, 99.

<sup>19</sup> LEWIS, HARDEN 1986; HARLOW, RAWLINGS 2009, 2.

<sup>20</sup> GNEIST 1871.

<sup>21</sup> GNEIST 1896 [1867].

<sup>22</sup> GNEIST 1896 [1867], 1102.

l'abbattimento di animali ritenuti infetti<sup>23</sup>, in rapporto ai quali solo più tardi i giudici sancirono l'obbligo di corrispondere un indennizzo<sup>24</sup>. Retrospectivamente, l'analitica disamina di Gneist fornisce un resoconto dei mutamenti intervenuti nella prima parte della lunghissima età vittoriana (1837-1901), contraddistinta da riforme politiche e amministrative, come quelle riguardanti i poveri e il lavoro minorile, limitato nel 1847 a dieci ore al giorno, nonché dalla regolazione delle attività rese possibili dalle nuove tecnologie, come le ferrovie.

Trascurati dal filone di studi di cui Dicey è stato l'esponente più noto, i numerosi e complessi compiti pubblici svolti dall'amministrazione non solo nell'età vittoriana, ma anche in quella precedente, sono stati riconsiderati solo di recente. Lo studioso che più di altri si è cimentato in questa linea di ricerca è Paul Craig. Egli ha dimostrato che, al di là delle dichiarazioni liberiste di principio, già nell'Ottocento la disciplina pubblica delle attività imprenditoriali modificò il sistema degli equilibri di potere nelle istituzioni e nella società civile<sup>25</sup>. Fin dal secolo precedente, avvalendosi della supremazia conquistata nei confronti della Corona, il Parlamento legiferò in nuovi ambiti, attribuendo alle pubbliche amministrazioni la potestà di stabilire regole, oltre che di adottare ordini e altre misure. I settori nei quali quella potestà fu esercitata più ampiamente furono la cura dei poveri e la protezione dalle inondazioni, pur se altri settori ne furono interessati: la sanità, la sicurezza dei trasporti e il commercio<sup>26</sup>. In vista del prosciugamento delle paludi, fin dal Cinquecento furono nominati appositi commissari (*sewers*), con il compito – tra l'altro – di ordinare la riparazione degli argini. I poteri regolatori furono ribaditi nel 1833 (*Sewers Act 1833*). Nel medesimo periodo, fu modificata l'intervento pubblico a tutela dei poveri (1834). I poteri attribuiti all'amministrazione inclusero la revisione delle regole esistenti e la determinazione delle nuove, che entravano in vigore subordinatamente al mancato esercizio del potere di veto da parte ministeriale<sup>27</sup>. In uno studio più recente, Craig ha illustrato come la questione della legalità si è in varia guisa nei diversi momenti storici legata all'idea che, quando il Parlamento attribuisce poteri alle autorità pubbliche, è sottinteso – una vera e propria presunzione, ancorché superabile – che essi debbano essere esercitati nel rispetto di alcuni criteri generali, desumibili dalla *natural justice*<sup>28</sup>. Ha scavato a fondo nella giurisprudenza del Settecento e dell'Ottocento. Ha radiografato l'emergere, nelle decisioni giudiziarie, di modelli di controllo sull'adempimento delle funzioni amministrative da parte delle autorità pubbliche. Ha documentato l'emergere e il consolidarsi dell'idea che le autorità pubbliche dovessero farsi carico dell'interesse generale non in forme che implicassero oneri oltremodo gravosi per i privati<sup>29</sup>.

Sull'altro lato dell'Oceano Atlantico, l'impostazione di Dicey ebbe meno adesioni, fu contrastata da giuristi e studiosi dell'amministrazione, come Ernst Freund e Frank J. Goodnow. In un articolo pubblicato nel 1894, Freund constatò la prodigiosa crescita dell'azione dei pubblici poteri, osservò che solo alcune delle questioni che ne discendevano era di pertinenza del diritto costituzionale, perché per la maggior parte riguardavano le amministrazioni e rientravano, quindi, nel campo del diritto amministrativo, locuzione alla quale – aggiunse – il pubblico avrebbe dovuto abituarsi, perché il diritto amministrativo era destinato a diventare dei principali rami del diritto<sup>30</sup>. Ne indicò le ragioni: le funzioni erano aumentate a livello locale, statale e federale, e con essi il personale pubblico. Ne segnalò altresì i problemi: la necessità di una minuta disciplina legislativa,

<sup>23</sup> GNEIST 1896 [1867], 1242.

<sup>24</sup> *Calder v. Local Authority of the District of the County of Linlithgow* (1890).

<sup>25</sup> CRAIG 2016.

<sup>26</sup> CRAIG 2016, 20 per esempi relativi al tardo Seicento e al primo Settecento.

<sup>27</sup> CRAIG 2016, 25.

<sup>28</sup> CRAIG 2022, 3 ss.

<sup>29</sup> CRAIG 2017, 145.

<sup>30</sup> FREUND 1894, 403. Sull'opera scientifica di Freund, si veda l'editoriale *Ernst Freund. Pioneer of Administrative Law*, in «University of Chicago Law Review», 29, 1962, 755 ss.

per rispettare il principio della separazione dei poteri<sup>31</sup>; l'inevitabile attribuzione di poteri discrezionali e la difficoltà di controllarne l'esercizio in base a criteri diversi dall'opportunità, come la legalità<sup>32</sup>; la scarsa adeguatezza dei tradizionali rimedi giurisdizionali, come *mandamus* e *certiorari*, a fronte dei quali le soluzioni adottate in Francia e in Germania apparivano assai più adatte<sup>33</sup>.

A distanza di centoventi anni da quegli studi è stato uno dei maggiori specialisti del diritto amministrativo nordamericano, Jerry Mashaw, a svolgere un'analisi retrospettiva volta a mettere in discussione la tradizionale opinione secondo cui la data del suo inizio coincide con l'adozione della legislazione antitrust (1887) o addirittura con i primi decenni del Novecento. In una serie di saggi, culminati in un ampio lavoro monografico, Mashaw ha dimostrato che quell'opinione, ancorché diffusa, è infondata<sup>34</sup>. Lo è perché nell'Ottocento il Congresso approvò vari programmi di spesa e istituì uffici pubblici aventi il compito di amministrarli. Il numero degli impiegati federali crebbe rapidamente, fu quadruplicato, mentre la popolazione si raddoppiò. In assenza d'una estesa disciplina legislativa, l'azione dei nuovi uffici pubblici fu orientata per lo più da regole interne in aree quali il servizio postale e le pensioni militari. Alla regolazione interna del servizio postale – uno tra i più importanti strumenti in un Paese in continua espansione<sup>35</sup> – si aggiunse la creazione di un sistema di controlli interni del tutto separato dalle corti. Di qui la conclusione raggiunta da Mashaw: vi fu non soltanto un'estesa amministrazione, ma anche un diritto amministrativo nazionale, prima che ad esso fosse dato un nome<sup>36</sup>, grazie a Goodnow e pochi altri specialisti.

Da quanto finora osservato discendono due ordini di conseguenze. Il primo concerne l'Ottocento e investe sia i dati normativi e fattuali, sia il piano più propriamente teorico. I dati normativi e fattuali di cui oggi disponiamo mostrano le indiscutibili limitazioni conoscitive da cui erano affetti la maggior parte degli studi meno recenti nell'Europa continentale. Ciò è in parte spiegabile dal fatto che quegli studi non si basavano su analisi dirette, bensì annettevano soverchia importanza all'opinione dominante nei paesi di *common law*. Sul piano teorico, resta da valutare se almeno in alcuni ambiti vi fosse una specificità dei principi, delle regole operative e dei controlli tale da mettere in discussione il convincimento di Santi Romano e di Maurice Hauriou che in quei paesi non vi era, né poteva esservi, un "*régime administratif*"<sup>37</sup>. L'altro ordine di conseguenze riguarda il Novecento, soprattutto dopo il 1945. A questo proposito, è ormai evidente che la tesi di Massimo Severo Giannini secondo cui l'ordinamento inglese e soprattutto quello americano restavano retti dalle norme di *common law* per limitare i poteri discrezionali dell'amministrazione trascurava i mutamenti intervenuti nell'ordine degli eventi reali, come, per gli USA, l'approvazione della legge federale sul procedimento amministrativo (1946) e, per l'Inghilterra, l'introduzione di forme di azione esperibili soltanto nei confronti dei pubblici poteri<sup>38</sup>. È quindi oltremodo opportuna una riscrittura d'una parte dei manuali di diritto amministrativo comparato, che non si discostano da tali ordini concettuali attardati.

## 6. La creazione giurisprudenziale dei principi del diritto amministrativo tra Otto e Novecento

La nuova ricerca comparata, cui si è fatto riferimento all'inizio, ha una duplice componente, diacronica e sincronica. Per la prima, sono stati scelti due periodi significativi nel consolidamento del

<sup>31</sup> FREUND 1894, 411.

<sup>32</sup> FREUND 1894, 414.

<sup>33</sup> FREUND 1894, 418.

<sup>34</sup> MASHAW 2012.

<sup>35</sup> MASHAW 2010, 1441.

<sup>36</sup> MASHAW 2010, 1471.

<sup>37</sup> ROMANO 1950, 433; ZANOBINI 1958, 38. Sull'opinione di Romano, MAZZAMUTO 2023, 170.

<sup>38</sup> GIANNINI 1988, 22.

diritto amministrativo. Si tratta, da un lato, dell'elaborazione giurisprudenziale dei canoni di condotta dell'azione amministrativa nel ventennio a cavallo tra Otto e Novecento; dall'altro lato, dell'influenza esercitata dalla prima grande codificazione, quella austriaca del 1924, sulle legislazioni dei Paesi che in precedenza facevano parte dell'impero asburgico e sulle legislazioni di altri Paesi europei. Quanto alla componente sincronica, essa ha riguardato sia temi e problemi tradizionalmente considerati per lo più in un'ottica volta a enfatizzare più le diversità che le analogie, come la responsabilità pubblica e il controllo giurisdizionale, sia temi e problemi meno frequentemente esaminati, come i procedimenti di *rule-making* e pianificazione. Non è questa la sede adatta per darne conto, anche solo per grandi linee. Ci si limiterà a fornire alcune indicazioni riguardanti la creazione giurisprudenziale dei principi generali del diritto amministrativo<sup>39</sup>.

I due decenni a cavallo del 1900 furono contraddistinti da importanti cambiamenti di ordine istituzionale, con l'accresciuta importanza delle pubbliche amministrazioni e l'incremento dei poteri discrezionali da esse esercitati. Lo Stato si fece produttore di servizi rivolti al pubblico o consentì che lo facessero gli enti locali. Su tutti questi versanti l'amministrazione pubblica fu il perno dell'azione politica, divenne ancor più influente sulla società. Si accrebbe il peso del bilancio statale. Vi fu un incremento del personale pubblico.

Crebbe anche il contenzioso: in grado diverso negli ordinamenti considerati (due aventi solo i giudici ordinari, Inghilterra e Belgio; due aventi un Consiglio di Stato, Francia e Italia; due aventi giudici amministrativi senza funzioni consultive, ossia l'Impero asburgico e quello tedesco), ma ovunque. Un'ulteriore riprova dell'incremento del contenzioso, relativamente all'Italia, può essere tratta dall'istituzione della V sezione del Consiglio di Stato, nel 1907. Si potrebbe essere tentati, allora, di stabilire una precisa correlazione, nel senso che all'ampliamento delle attività amministrative corrispose un incremento del contenzioso.

Tuttavia, una correlazione di tipo semplice non sembra in grado di sostenere una ricostruzione complessiva, rischia di provare troppo. Non si può escludere, infatti, che sull'incremento del contenzioso abbia influito una serie di concause. Nel novero di tali concause, possono esservi sia la maggiore propensione dei cittadini e delle imprese a rivolgersi ai giudici, sia una maggiore disponibilità di questi ultimi a riconoscere la legittimazione processuale. I dati acquisiti offrono spunti di un certo interesse relativamente a entrambe, soprattutto la seconda. Attestano la diffusione di un vaglio non occhiuto sull'ammissibilità dei ricorsi presentati da quanti avevano un interesse o un diritto da difendere, o semplicemente una protesta da insinuare. Questo spirito di apertura si manifestò, anzitutto, in rapporto ad atti che nel periodo precedente erano stati sottoposti al sindacato giurisdizionale, come gli atti politici: per esempio, nell'ordinamento francese, l'*arrêt Prince Napoléon* (1875), con cui il giudice amministrativo si era dichiarato competente a sindacare la legalità di un atto ancorché adottato dal potere politico, fu confermato dal *Tribunal des conflits* in un contenzioso assai delicato, ossia quello concernente le decisioni di polizia amministrativa sfavorevoli agli oppositori del governo, le quali non furono più considerate atti immuni al sindacato<sup>40</sup>. Lo spirito di apertura si manifestò, inoltre, relativamente ai criteri d'ordine soggettivo utilizzati per interpretare il concetto d'interesse: così, sempre in Francia, furono considerati ammissibili i ricorsi intentati dai pubblici dipendenti contro le decisioni sfavorevoli riguardanti la progressione in carriera; nell'Impero asburgico, il *Verwaltungsgerichtshof* ammise le impugnative di quanti avevano un interesse da tutelare in ordine all'assegnazione delle concessioni per l'esercizio di farmacie, rilasciate senza il previo espletamento d'una procedura pubblica<sup>41</sup>; le corti tedesche riconobbero l'interesse ad agire dei proprietari dei fondi confinanti con quello per il quale l'amministrazione aveva rilasciato un permesso di ampliare una costruzione esistente, benché all'interesse processuale non corrispondesse un interesse sostanziale alla

<sup>39</sup> I risultati dell'indagine sono esposti in DELLA CANANEA, MANNONI 2021.

<sup>40</sup> *Tribunal des conflits*, 15 febbraio 1890, *Vincent*.

<sup>41</sup> VwGH, sentenza 13 maggio 1905, n. 3544.

limitazione dell'incidenza della costruzione sull'aria e sulla visibilità<sup>42</sup>; nell'ordinamento italiano, si ammisero i ricorsi intentati dai comuni contro gli atti di altre autorità pubbliche<sup>43</sup>. Nel medesimo turno di tempo, le corti inglesi, in precedenza ferme nel rifiuto di concedere il *certiorari* ove gli interessati non fossero in grado di dimostrare l'esistenza d'una situazione giuridica ben differenziata rispetto "al resto del pubblico"<sup>44</sup>, ammisero i ricorsi nei confronti di coloro i quali erano "soltanto rivali in commercio" rispetto alla persona cui era stata rilasciata una concessione per l'esercizio di una birreria<sup>45</sup>.

L'opera delle corti non si limitò alla risoluzione di un crescente numero di controversie. Si orientò nella direzione della formulazione dei principi generali. Spicca l'opera della corte imperiale asburgica. La legge istitutiva del 1875, aveva conferito alla la funzione di sanzionare "la violazione delle forme essenziali", senza darne una definizione. Fu la Corte stessa, quindi, a stabilire quali fossero tali forme essenziali. Lo fece, per esempio, in un caso riguardante la conversione della natura d'una strada, da privata a demaniale, affermando che il diritto (dei proprietari) di essere sentiti apparteneva alla "natura delle cose" (*die Natur der Sache*), sicché la sua violazione comportava l'invalidità dell'atto impugnato<sup>46</sup>. Ribadì tale concezione un decennio più tardi, precisando che l'audizione dell'interessato si configura come doverosa nell'ottica che – con il trasporto di un concetto ben noto nel diritto pubblico italiano – si direbbe del buon andamento, ossia allo scopo di acquisire e soppesare tutti i fatti rilevanti ai fini della decisione<sup>47</sup>.

Le legislazioni francesi, tedesche e italiane non contenevano una norma siffatta. Nondimeno, i giudici s'impegnarono a fondo nella definizione di principi generali. Per il giudice amministrativo più importante dell'epoca, il *Conseil d'Etat*, lo strumento principale fu il sindacato sull'*excès de pouvoir* in vista dell'annullamento degli atti amministrativi<sup>48</sup>. Il giudice distinse la legalità esterna o estrinseca del provvedimento amministrativo impugnato e la sua legalità interna. Sotto il primo profilo, il ricorrente poteva invocare l'incompetenza o il vizio di forma o di procedura. Sotto il profilo della legalità interna, potevano essere eccepiti la violazione di legge o lo sviamento di potere, nel senso che la potestà attribuita dalla legge all'amministrazione non era da essa esercitata in vista del fine od obiettivo canonizzato dalla norma primaria, ma di un altro, oppure per favorire taluni soggetti a scapito di altri<sup>49</sup>. Una variante di questo motivo di ricorso consisteva nello sviamento della procedura, nel caso dell'utilizzo d'un procedimento non previsto dall'ordinamento ai fini dell'emanazione del provvedimento impugnato<sup>50</sup>. Dunque, pur in una cornice giuridica imperniata sull'atto finale<sup>51</sup>, il procedimento iniziava ad assumere rilievo. Ne aveva soprattutto in rapporto al vizio formale o procedurale. È in questo ambito che la giurisprudenza annetteva rilevanza giuridica alla circostanza che una formalità d'una certa importanza non fosse rispettata o una determinata procedura non fosse seguita, senza con ciò conformare il successivo esercizio del potere<sup>52</sup>. In questo modo, realizzava un equilibrio tra l'esigenza di far prevalere la giustizia sull'arbitrio e la necessità di far prevalere l'interesse di tutti sull'intero di un singolo o di alcuni<sup>53</sup>.

<sup>42</sup> Alta Corte Amministrativa del Württemberg, decisione del 7 ottobre 1896.

<sup>43</sup> Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione 12 agosto 1891, *Comune di Arpino*, in *Foro italiano*, 1891, III, 17.

<sup>44</sup> *R. v. Nicholson* (1899).

<sup>45</sup> *R. v. Groom and Others, ex p. Cobbold and Others* (1901).

<sup>46</sup> Sentenza 24 ottobre 1884, n. 2263. Il riferimento alla "natura delle cose" è sottolineato da FERRARI ZUMBINI 2018, 1052.

<sup>47</sup> Sentenza 10 novembre 1894 n. 8150.

<sup>48</sup> LAFERRIERE 1887-1888, 370 e XII ("la jurisprudence est ici une des sources essentielles").

<sup>49</sup> LAFERRIERE 1887-1888, 381.

<sup>50</sup> HAURIUO 1929, 258 ("formalités de procédure").

<sup>51</sup> LAFERRIERE 1887-1888, 478.

<sup>52</sup> LAFERRIERE 1887-1888, 351 ("*actes de puissance publique, des actes administratifs dans le sens qu'il faut donner aux lois du 1790 et de l'an III*").

<sup>53</sup> SANDEVOIR 1964, 433.

Questa giurisprudenza non mancò d'influire sugli orientamenti dei giudici belgi, malgrado la diversità dell'assetto istituzionale. Proprio perché la più alta corte controllava la legalità esterna dell'amministrazione, essa non esitò ad annullare gli atti per i quali non fossero state rispettate le formalità previste dalle leggi, segnatamente l'audizione degli interessati e l'esternazione dei motivi<sup>54</sup>. In alcuni casi, si spinse oltre, accertando il rispetto di alcuni requisiti formali o procedurali non espressamente stabiliti dalla legge. Lo fece, per esempio, in rapporto ai visti richiesti da alcuni regolamenti provinciali per il traffico delle merci e per l'esercizio del diritto di caccia. Si sforzò di precisare gli ambiti nei quali il rispetto di quei requisiti era richiesto a pena di nullità. Vi incluse i provvedimenti con i quali gli insegnanti erano sospesi o dispensati dall'attività e, in generale, le misure disciplinari nei confronti dei dipendenti pubblici. Una corte inferiore non esitò ad affermare che il diritto di essere ascoltati discendeva da un "superiore principio di giustizia", respingendo il ricorso intentato dal medico licenziato da un'istituzione pubblica sol perché aveva avuto più d'una opportunità per esporre il proprio punto di vista<sup>55</sup>.

In Germania, in una società sempre più orientata verso il capitalismo, sempre più bisognosa di sicurezza e quindi di garanzie nei confronti dell'arbitrio dei pubblici poteri, pur facendosi riferimento a un diverso ordine d'idee, il diritto amministrativo assunse una crescente importanza grazie alle forme, oltre che ai principi generali. L'importanza delle forme si manifestò in un modo assai simile. Nel 1903, in Baviera l'Alta Corte Amministrativa giunse alla conclusione che un atto amministrativo lesivo dei diritti di un cittadino, in assenza d'una possibilità di essere ascoltato, doveva essere annullato. Questa decisione giudiziaria è tanto più interessante in quanto la Corte rinvenne in ciò un errore procedurale essenziale pur se il ricorrente non l'aveva eccepito<sup>56</sup>. Ciò costituisce una riprova della dialettica tra la concezione oggettiva della giustizia e quella soggettiva, che si è manifestata anche nella sentenza dell'Alta Corte Amministrativa della Sassonia riguardante la modificazione di un atto amministrativo favorevole<sup>57</sup>. È in questo periodo che si è consolidato, secondo Ernst Forsthoff, «il grande significato che spetta a un processo regolare, all'*audiatur et altera pars*»<sup>58</sup>.

L'ordinamento italiano si è in parte conformato a questi criteri. Per un verso, come è stato puntualmente osservato da un ampio filone di studi sulla scia di Benvenuti e di Nigro, la potenzialità insita nell'articolo 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo relativamente alla dialettica tra autorità e libertà all'interno del procedimento non è stata colta. Per un altro verso, però, nella giurisprudenza della IV Sezione vi è stata consapevolezza che l'assenza dei requisiti minimi della giustizia procedurale è inaccettabile<sup>59</sup>. Può considerarsi esemplare di questa consapevolezza la motivazione della decisione assunta nel caso *Chiantera* (1895)<sup>60</sup>. La controversia era originata dal licenziamento d'un un segretario comunale, disposto per motivi di demerito (mancanza di adeguati archivi, irregolare compilazione delle tasse, "partigianeria per la caduta amministrazione"), senza comunicazione degli addebiti, né audizione dell'accusato. La parte pubblica eccepì che «nessun precetto obbligava l'amministrazione all'osservanza delle regole relative ai procedimenti penali». Ma il Consiglio di Stato respinse questa linea di difesa. Affermò che «è principio di eterna giustizia, informato al sacro diritto della difesa di non potersi infliggere una pena senza sentire l'accusato»<sup>61</sup>. Ne trasse la conclusione che l'aver trasgredito il diritto

<sup>54</sup> Corte di Cassazione, 16 maggio 1898.

<sup>55</sup> Tribunale di Bruxelles, 3 dicembre 1907; MARIQUE 2021, 85.

<sup>56</sup> Sentenza 30 marzo 1903. Per un'analisi, WEIDEMANN 2021, 138 ss.

<sup>57</sup> Sentenza 24 ottobre 1908. Si veda anche la sentenza della Corte del Baden 20 novembre 1901.

<sup>58</sup> FORSTHOFF 1973 [1964], 75.

<sup>59</sup> Per la tesi che la giuspubblicistica italiana del periodo liberale sia stata ingiustamente tacciata di autoritarismo, MAZZAMUTO 2008, X.

<sup>60</sup> Sezione IV, decisione 29 dicembre 1895, n. 423, in SANDULLI, PASQUINI 2001, 53.

<sup>61</sup> Allo stesso modo, pochi anni dopo, nella decisione *Carnevale* (1896) il Consiglio di Stato ha dedotto il diritto al contraddittorio dalla "legge di natura".



dell'interessato «ad essere inteso e a difendersi» ne inficiava irrimediabilmente il licenziamento, dando luogo a una «nullità sostanziale». Il criterio principe era dunque quello della giustizia. Di esso le corti avevano una nozione vasta, non riduttiva, e ricca d'ispirazioni etiche. In una parola, la giustizia era concepita come un valore. E attingeva a un grado di effettività ben maggiore rispetto a quello raggiunto dalla giurisprudenza del giudice ordinario, che pochi anni prima si era accontentato di ribadire la necessità di rispettare la legge<sup>62</sup>.

Nell'ordinamento inglese, si consolidarono i due basilari canoni della *natural justice* emersi già all'epoca dei Tudor: *nemo iudex in causa sua* e *audi alteram partem*<sup>63</sup>. In più di un caso la Corte di appello fece riferimento alla regola *audi alteram partem*, considerata un «*elementary principle of justice*»<sup>64</sup>. La applicò in un caso concernente l'ordine di demolizione di un edificio per asserite ragioni di sanità pubblica<sup>65</sup> e in un altro caso concernente il licenziamento del membro di un organo consultivo, senza che questi fosse informato degli addebiti e gli fosse consentito esporre le proprie ragioni<sup>66</sup>. L'autorità pubblica era obbligata a tener conto degli apporti forniti dagli interessati, giacché l'obbligo di agire in buona fede e di ascoltare ogni parte in modo *fair*, cioè giusto, costituisce «un obbligo che incombe su chiunque decida qualsiasi cosa»<sup>67</sup>. La visione da cui i giudici muovevano non poteva orientarli che verso un atteggiamento critico nei confronti di ciò che veniva percepito come un uso abnorme del potere, perché non esercitato coerentemente con le istanze della *natural justice*. La loro avversione per questo modo di agire era d'altra parte più che giustificata di fronte ai frequenti provvedimenti estemporanei, privi di un istruttoria aperta e in contraddittorio. Vi si richiamarono i teorici, soprattutto quelli interessati ai principi applicabili al diritto pubblico<sup>68</sup>.

Nel complesso, i dati normativi e fattuali inducono a ritenere sufficientemente suffragata da riscontri l'ipotesi di lavoro riguardante l'esistenza di un nucleo comune dei diritti amministrativi europei. I risultati confermano la fondatezza dell'osservazione di Vittorio Emanuele Orlando. Come e più degli altri grandi giuristi italiani tra Otto e Novecento – Santi Romano, Cammeo, Ranelletti – Orlando non fu semplicemente un interprete delle leggi del suo tempo. Contribuì – come studioso, avvocato, politico – in modo determinante a forgiare il “sistema” del diritto pubblico<sup>69</sup>. Lo fece con piena consapevolezza degli apporti delle altre culture giuridiche europee. Constatò che vi erano differenze ragguardevoli tra le nozioni utilizzate nelle varie culture giuridiche nazionali. D'altra parte, non c'era da sorprendersi che la letteratura del diritto pubblico germanico differisse da quella francese, italiana e inglese. Tuttavia, aggiunse, «c'è differenza e differenza», tanto più che le diversità tra i vari diritti nazionali «non tolgono che i principi siano i medesimi»<sup>70</sup>. In effetti, mettendo al centro della ricerca comparata non l'organizzazione della giustizia, bensì l'apporto dei giudici alla definizione dei principi che le pubbliche amministrazioni dovevano rispettare, ci si rende conto dell'esistenza di un nucleo comune. Fare riferimento ai principi consente di precisare che il nucleo comune riguardava le norme che venivano per prime ed erano più importanti. Consente, altresì, di confermare la ricostruzione prospettata da Fabio Merusi, secondo cui i giudici amministrativi, hanno integrato la legalità formale imponendo all'amministrazione obblighi di legalità sostanziale, in

<sup>62</sup> Corte di cassazione, Roma, 7 maggio 1880, *Comune di Roma c. Lenti*, in *Foro it.*, 1880, c. 1193.

<sup>63</sup> Su questa vicenda, DELLA CANANEA 2016, 51.

<sup>64</sup> MCCORMICK 2018, 86.

<sup>65</sup> *Hopkins and Another v. Smethwick Local Board of Health* (1890).

<sup>66</sup> *Fisher v. Jackson* (1891).

<sup>67</sup> *Board of Education v Rice* (1911). Le parole di Lord Loreburn su questo punto meritano di essere richiamate per intero: «They can obtain information in any way they think best, always giving a fair opportunity to those who are parties in the controversy for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view».

<sup>68</sup> VINOGRADOFF 1924, 449.

<sup>69</sup> ORLANDO 1956 [1887], 3.

<sup>70</sup> ORLANDO 1891, 16; ORLANDO 1894, 8. Per la tesi che Orlando diede un contributo fondamentale al perfezionamento dello Stato di diritto, mentre rimase fuori dalla logica costruttiva dello Stato amministrativo, FIORAVANTI 2001, 409.

chiave di “equità”. In questo senso, il diritto amministrativo si è sviluppato, in gran parte, come diritto giurisprudenziale<sup>71</sup>, con l’apporto della dottrina, soprattutto degli studiosi più rappresentativi, come Orlando, Maurice Hauriou, Otto Mayer.

In definitiva, fin dagli ultimi decenni dell’Ottocento vi fu molto più Stato nell’economia e nella società di quanto fosse mai accaduto e si pose la questione di come si potesse dare ordine all’azione dell’amministrazione, evitarne l’arbitrio. Il diritto amministrativo colmò una lacuna divenuta inaccettabile per la società, nel senso che pose rimedio all’assenza del diritto nei rapporti tra lo Stato e i suoi sudditi<sup>72</sup>.

### 7. Portata limitata delle leggi generali sul procedimento amministrativo

La conclusione appena raggiunta circa l’importanza dei principi generali del diritto amministrativo forgiati dai giudici e dagli studiosi va ora sottoposta a verifica dal punto di vista della tendenza che ha contrassegnato gli ultimi cento anni, ossia l’emanazione delle leggi generali sul procedimento amministrativo. Questa tendenza presenta interesse sotto più di un profilo: per le modalità con cui le leggi generali si sono diffuse; per la natura delle disposizioni ivi contenute; per le caratteristiche che le distinguono dai tradizionali codici.

Sotto il primo profilo, la ricerca comparata ha confermato quanto era stato colto dai pochi studiosi che hanno analizzato le leggi sul procedimento amministrativo negli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso, come Feliciano Benvenuti e Giorgio Pastori in Italia e Guy Isaac in Francia, cioè la loro diffusione iniziale in ambiti culturalmente omogenei<sup>73</sup>. Ne costituisce un’eloquente dimostrazione la legge austriaca sul procedimento amministrativo, l’*Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* emanata nel 1925. Quella legge tenne ampiamente conto della giurisprudenza elaborata dalla Corte amministrativa asburgica nel cinquantennio precedente, ma corrispose anche all’esigenza di semplificare l’azione amministrativa, nel quadro delle riforme richieste dai trattati di pace. Risentì dell’influenza della scuola di Vienna, segnatamente dell’idea che, al pari della giurisdizione, l’amministrazione – intesa obiettivamente, come funzione – dovesse avere una struttura procedimentale. Il risultato fu una cornice legislativa all’avanguardia. Per questa ragione, oltre che per la familiarità che i giudici e gli avvocati degli Stati nazionali sorti nel 1919 sulle ceneri del vecchio Impero asburgico, quando i governanti di quegli Stati legiferarono sul procedimento si attennero al modello austriaco: la Cecoslovacchia e la Polonia nel 1928 e la Jugoslavia nel 1930<sup>74</sup>. L’Ungheria fece altrettanto assai più tardi, nel 1956, dopo l’invasione sovietica. Un’altra area nella quale vi fu una diffusione di standard comuni, per l’adempimento delle funzioni amministrative, fu la Scandinavia. La Svezia e la Norvegia furono le prime ad adottare leggi generali sul procedimento amministrativo, seguite più tardi dalla Danimarca, dalla Finlandia e dall’Islanda<sup>75</sup>. La Germania, che era rimasta estranea alla diffusione del modello austriaco, conì la propria legge federale sul procedimento nel 1976 ed essa su riguardata da più parti come un nuovo modello da cui trarre ispirazione. Un caso a sé è la Spagna, dove una prima legge processuale adottata nel 1889 fu ampiamente rivista nel 1958, in pieno regime franchista. La nuova legge fu presa come modello da vari paesi dell’America Latina, nei decenni successivi sia per ragioni di omogeneità linguistica, sia perché conteneva soluzioni avanzate dal punto di vista dell’efficiente disbrigo dell’attività amministrativa. Dopo il 1990, numerosi altri paesi europei si sono dotati di leggi di questo tipo: tra di essi, l’Italia, l’Olanda e, nel 2015, anche la Francia.

<sup>71</sup> MERUSI 1993, 419.

<sup>72</sup> MAYER 1905 [1894], 65.

<sup>73</sup> PASTORI 1964; ISAAC 1968.

<sup>74</sup> DELLA CANANEA, FERRARI ZUMBINI, PFERSMANN 2023.

<sup>75</sup> Tra i pochi studi meno recenti, oltre a PASTORI 1964, si può ricordare WIENER 1975.

Da questi richiami essenziali possono trarsi due conclusioni. Innanzitutto, esse forniscono un'ulteriore riprova – se ve ne fosse bisogno – dell'importanza dei fenomeni di imitazione e interazione tra le varie culture giuridiche o – per usare il termine introdotto anni fa dal comparatista scozzese Alan Watson – dei trapianti giuridiche. Di conseguenza, queste vicende confutano il luogo comune secondo cui il diritto amministrativo, più di altri rami del diritto, è autoctono.

Non appena si considerano più da vicino le leggi generali sul procedimento amministrativo, ci si accorge della loro varietà. Tutte stabiliscono una serie di principi generali. Nel novero di tali principi, vi sono quelli di legalità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, giusto procedimento, trasparenza. Nella maggior parte dei casi, tali principi sono enunciati, non definiti, nel senso che il legislatore riconosce il rilievo giuridico e la natura generale del principio, senza precisarne i contenuti. Con la conseguenza che il principio assume i contorni che sono stati previamente elaborati dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica. È il caso, segnatamente, del principio di proporzionalità. Contrariamente all'opinione dominante, che lo considera un prodotto della giurisprudenza amministrativa (prussiana e poi) tedesca recepito in altre culture giuridiche attraverso l'intermediazione della Corte di giustizia, si può notare che l'idea di fondo, ossia la necessità che l'esercizio del potere amministrativo non sia sproporzionato, è un tratto comune a molte culture giuridiche nazionali, pur se la configurazione del principio in una serie di stadi distinti e collegati ha senz'altro il pregio di fornire ai giudici uno strumento flessibile e insieme sofisticato, ben più del principio di ragionevolezza. L'importanza dei principi generali è esaltata da disposizioni come quella stabilita dall'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Per un verso, essa fa riferimento a principi consolidati, come la legalità e la trasparenza e ai criteri di efficienza ed economicità che si traggono dal buon andamento della pubblica amministrazione. Per un altro verso, essa dispone un rinvio mobile ai “principi dell'ordinamento comunitario”, i quali assumono pertanto rilievo all'interno dell'ordinamento nazionale. In ciò, la norma sulla normazione introdotta nel 2005 nella legge sul procedimento amministrativo si differenzia rispetto all'articolo 12 delle disposizioni anteposte al Codice civile, in virtù della quale, una volta esperita l'analogia, «se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Dunque, mentre la disposizione del 1942 resta ancorata all'ordinamento statale, quella sul procedimento comporta l'apertura del diritto amministrativo nazionale verso quello dell'Unione europea, arricchendo notevolmente i principi che servono a rendere giustizia. Basti pensare alla proporzionalità e alla tutela del legittimo affidamento<sup>76</sup>.

Un'ulteriore notazione concerne l'ampiezza delle leggi sul procedimento. Alcune, soprattutto quelle emanate nei paesi che si sono affrancati dall'egemonia sovietica dopo il 1989 hanno una certa ampiezza, constando di duecento o trecento disposizioni, piuttosto dettagliate, ciò che rivela l'intento di imbrigliare l'azione amministrativa, per evitare arbitri. Tuttavia, in molti altri paesi, le leggi sul procedimento contengono soltanto principi e regole generali: per esempio, la legge italiana ha una quarantina di articoli e quella olandese ha una struttura comparabile, ma con disposizioni assai più brevi<sup>77</sup>. Dunque, malgrado l'indiscutibile importanza che va riconosciuta alle leggi generali sul procedimento, esse non stabiliscono una disciplina paragonabile a quella stabilita dai codici civili, per ampiezza e sistematicità. Ne risulta confermata l'alterità del diritto amministrativo.

## 8. Un “altro” diritto: i beni pubblici

L'esistenza di profonde diversità tra il diritto amministrativo e il diritto privato trova un'ulteriore conferma – se ve ne fosse bisogno – con riferimento a un ambito specifico, ma di indiscuti-

<sup>76</sup> Per ulteriori considerazioni, DELLA CANANEA 2017, 20 ss.

<sup>77</sup> Per un'analisi di alcune leggi europee sul procedimento, AUBY 2015.

bile importanza sul piano pratico e teorico: la proprietà, o meglio l'appropriazione dei beni. Può essere utile prendere le mosse dalla diffusa – ma discutibile – opinione secondo cui i pubblici poteri dispongono di veri e propri “privilegi”, nel senso che possono sottrarsi a determinati obblighi disposti per tutti gli altri soggetti. La confutazione di questa opinione, sul piano del diritto nazionale e su quello comparato, suggerisce una diversa ricostruzione, secondo cui lo statuto giuridico dell'amministrazione pubblica è contraddistinto da un diverso rapporto tra poteri e obblighi, in ragione della diversità della proprietà pubblica.

La tesi dell'esistenza d'una serie di privilegi, per lo Stato e gli altri pubblici poteri è stata sostenuta in diverse epoche, con varietà di argomenti e di toni. In una versione recente ed elegante, essa si fonda su una serie di rilievi concatenati tra loro. Il punto di partenza è insieme storico e comparato. Mentre la tradizione giuridica comune ai paesi di ceppo inglese è basata su principi e istituti comune ai pubblici poteri e ai soggetti privati, cioè agli individui e alle organizzazioni giuridiche da essi create, la tradizione francese è contraddistinta da una diversità di fondo rispetto al diritto privato, i cui «principali istituti vengono doppiati da altri istituti propri del diritto pubblico o contenenti norme derogatorie rispetto a quelli di diritto privato»<sup>78</sup>. Fatta questa premessa generale, l'attenzione si sposta sull'ordinamento italiano, che si reputa essere andato al di là del modello francese, per via delle scelte effettuate in sede legislativa, degli orientamenti della giurisprudenza e dell'apporto «importante della scienza giuridica»<sup>79</sup>. Questi fattori – questi formanti giuridici – hanno concorso nel delineare poteri derogatori dell'amministrazione pubblica, ossia l'imperatività (il potere di modificare unilateralmente le situazioni soggettive dei privati) e l'autotutela (espressione che designa il potere dell'amministrazione di eseguire unilateralmente le proprie decisioni). Questi poteri derogatori, esorbitanti, si riscontrano in rapporto alla proprietà pubblica. È ritenuto un privilegio, segnatamente, il potere dell'amministrazione di eseguire da sé le proprie decisioni, in sede di gestione dei beni pubblici<sup>80</sup>. Ed è un privilegio che ha fornito supporto all'erroneo convincimento che l'amministrazione sia collocata su una sorte di piedistallo rispetto agli altri operatori giuridici o – secondo l'ordine di idee elaborato nella fase meno recente della riflessione giuridica – disponga d'una supremazia speciale.

Lo studio comparato delle istituzioni giuridiche mette in discussione – però – l'assunto iniziale della tesi appena illustrata, cioè l'esistenza di un corpo di principi e regole comuni ai poteri pubblici e ai soggetti privati. La relativizza, quanto meno, dal momento che anche nei paesi di ceppo inglese vi è un nucleo di potestà derivanti dalla sovranità. Nel novero di quelle potestà vi è, innanzitutto, il *police power*, in cui sono inclusi la regolazione e il controllo dei beni e delle attività dei privati<sup>81</sup>. Vi sono, inoltre, le potestà che consentono ai pubblici poteri di acquisire all'*eminent domain* una varietà di (diritti riguardanti i) beni suscettibili di avere usi non solo economici. Da questo angolo visuale, assumono una precisa importanza ben due norme stabilite dal V emendamento della Costituzione degli USA: la *due process clause*, in base alla quale nessuno può essere privato della vita, della libertà o della proprietà senza un giusto processo, e l'*eminent domain clause*, in forza della quale la proprietà privata non può essere acquisita per uso pubblico senza un giusto indennizzo. La previsione di un obbligo costituzionale di compensare la perdita economica subita dal proprietario privato non deve far dimenticare che la Costituzione presuppone l'esistenza della potestà, limitandosi a regolarne le modalità di esercizio. Studi empirici dimostrano l'ampiezza con cui i poteri pubblici si sono avvalsi di questa potestà, acquisendo al patrimonio pubblico (nel senso

<sup>78</sup> CASSESE 1998, 45.

<sup>79</sup> CASSESE 1998, 46.

<sup>80</sup> CASSESE 1998, 47. Per un'analisi recente, NAPOLITANO 2018.

<sup>81</sup> Sulla distinzione tra poteri regolatori ed espropriazione, nel senso indicato nel testo, la Corte Suprema si è pronunciata più volte, segnatamente in *Agins v. City of Tiburon* (1980), ravvisando, per i primi, l'unico requisito di promuovere l'interesse pubblico. Per una rassegna di alcune pronunce successive, MICHELMAN 1988, 1600.

prima indicato) beni culturali e storici, rive di fiumi, infrastrutture per i trasporti<sup>82</sup>. Sovente, le norme statali riservano ai pubblici poteri la proprietà dell'acqua<sup>83</sup>. Ma a relativizzare la ricostruzione prima prospettata è, soprattutto, l'esistenza di un limite generale riguardante la proprietà pubblica, ossia l'incapacità dei diritti dominicali («*inability of a public owner to sell his share of public ownership*»), a meno che ricorrano certi presupposti e siano seguite determinate forme di azione<sup>84</sup>.

Precisati, così, i termini nei quali la questione si pone dal punto di vista della collaudata distinzione tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, esemplifichiamo con riferimento all'ordinamento italiano. La distinzione tra due regimi giuridici non è semplicemente acquisita nella riflessione giuridica, bensì corrisponde a una precisa scelta effettuata dalla Costituzione. La disposizione con cui si apre l'articolo 42 – «La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati» – impenna il regime giuridico su una divisione di fondo, in rapporto alla quale si misura non la legittimazione ad acquisire i diritti sui beni, cioè l'appartenenza, ma la natura dei poteri giuridici di cui i titolari dei diritti dominicali dispongono. Vi è una stretta correlazione tra questa norma e la disposizione del Codice civile, il primo comma dell'articolo 822, che segue quella che riserva al demanio statale una serie di beni (il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti, i fiumi, i torrenti, i laghi, le opere destinate alla difesa nazionale). Si tratta d'una disposizione complessa. Da un lato, essa ribadisce una norma risalente al periodo intermedio circa l'incapacità dei (diritti riguardanti i) beni che fanno parte del demanio pubblico. Oltre a essere incapaci, tali beni «non possono formare oggetto di diritti a favore dei terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano», donde i vincoli relativi ai provvedimenti amministrativi di concessione e di autorizzazione. Dall'altro lato, il Codice attribuisce alle autorità amministrative un obbligo e una facoltà. L'obbligo consiste nel tutelare i beni che fanno parte del demanio pubblico. A tal fine, esse hanno la facoltà «di procedere in via amministrativa», attraverso l'autotutela esecutiva, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso. La disamina delle disposizioni positive potrebbe agevolmente proseguire, con riferimento all'estensione ai beni provinciali e comunali del regime proprio dei beni demaniali (articolo 824) e ai diritti su beni altrui (articolo 825).

Ma ciò non aggiungerebbe molto rispetto al punto generale che s'intende evidenziare, ossia la diversità del regime giuridico della proprietà pubblica rispetto a quello della proprietà privata. Alcuni esempi valgono a chiarirlo. Coerentemente con una tradizione più che millenaria, l'articolo 832 del Codice civile riconosce al proprietario i diritti di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo. All'opposto, il titolare dei diritti dominicali sui beni appartenenti al demanio non può disporre, perché – come notato – quei diritti sono incapaci, fino all'eventuale sdemanializzazione (articolo 829). Non sono nemmeno suscettibili di usucapione, contrariamente a un'altra regola generale dell'ordinamento. Ma, a ben vedere, il titolare di quei diritti non può nemmeno goderne come ritiene preferibile. Si consideri, per esempio, una spiaggia, sulla quale né la comunità dell'ente territoriale proprietario (lo Stato o per sua delega un comune), né a maggior ragione l'organo dell'ente pubblico (per esempio, il consiglio comunale) può attribuire a se stesso un uso riservato del bene. Deve, infatti, imprimere al bene la destinazione che gli è propria e consentirne l'accesso a tutti<sup>85</sup>, salve le limitazioni derivanti dalle caratteristiche che lo denotano. Così, per esempio, è legittimo limitare l'accesso dei turisti a una vetta alpina, al fine di tutelare l'ambiente, oltre che per evitare un afflusso eccessivo, rischioso per le persone. A fronte di queste limitazioni riguardanti le facoltà di uso e di disposizione dei beni, vi sono le

<sup>82</sup> *The Police Power, Eminent Domain, and the Preservation of Historic Property*, in «Columbia Law Review», 63, 1963, 708 ss.

<sup>83</sup> TRELEASE 1957, 638.

<sup>84</sup> ALCHIAN 1965, 822, il quale sottolinea che questa è la più rilevante differenza rispetto alla proprietà privata, non l'unica.

<sup>85</sup> Sulla distinzione tra uso generale e riservato, Cass. Civ., sez. II, sentenza 1° luglio 2004, n. 12008.

forme specifiche di tutela. La disposizione del Codice che ribadisce l'esistenza della facoltà di "procedere in via amministrativa" assume, così, una precisa importanza. Non è, semplicemente, una deroga rispetto agli istituti generali, dei quali l'amministrazione pubblica può comunque servirsi. È un'ulteriore salvaguardia della destinazione dei beni demaniali all'uso da parte della generalità o ad altri usi comunque determinati dal pubblico potere, incompatibili con l'uso che i privati vogliono farne. È fuorviante, quindi, vedere in ciò un privilegio dell'amministrazione pubblica e, a maggior ragione, un residuo d'una disciplina che ne accentua la dimensione autoritaria. Si tratta, piuttosto, d'una tra le norme che contraddistinguono un diverso regime giuridico della proprietà, quella pubblica, al fine di salvaguardare l'interesse generale. Inoltre, l'ordinamento appresta apposite garanzie a tutela dei privati: così, per esempio, è invalido l'ordine di demolizione dal manufatto costruito *sine titulo* sul suolo pubblico, se non è preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento e soprattutto dalla diffida a demolire<sup>86</sup>.

Anche per i beni inclusi nel patrimonio, il Codice civile stabilisce che essi sono «soggetti alle regole particolari che li concernono» e «in ogni caso non possono essere sottratti alla loro destinazione» (articolo 828)<sup>87</sup>. L'importanza della destinazione è confermata dall'articolo 830, in rapporto ai beni degli enti non territoriali, cioè degli enti funzionali, "destinati a un pubblico servizio". Proprio la destinazione ai servizi rende ragione della diversità delle norme fondamentali riguardanti la gestione dei beni di questo tipo, rispetto ai beni appartenenti ai privati. Per questi ultimi, come notato, il proprietario ha il diritto di godere delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico (articolo 832), come il divieto di atti emulativi, così come le parti possono stipulare il contenuto del contratto entro i limiti sanciti dalla legge (articolo 1322, primo comma). La situazione in cui versano i privati, insomma, è l'autonomia, rispetto alla quale vi sono limiti esterni. Per gli enti pubblici, invece, vi sono sia vincoli interni correlati con le norme costituzionali sull'eguaglianza e sul buon andamento, ossia i principi di accessibilità ed efficienza, sia controlli, interni ed esterni, volti ad assicurare l'osservanza di quei vincoli. Così, per esempio, la Corte dei conti ha censurato la gestione delle entrate derivanti dai beni demaniali marittimi<sup>88</sup>.

## 9. Il diritto amministrativo del XXI secolo

Nel periodo più recente, il diritto amministrativo ha subito ulteriori, profondi mutamenti: nelle funzioni; nell'assetto organizzativo, per via dell'accentuato pluralismo derivante dall'istituzione di enti territoriali e funzionali; nei controlli, per la riduzione dell'area dei controlli preventivi di legittimità e l'incremento del contenzioso dinanzi ai giudici amministrativi e ordinari. Ma è soprattutto ai mutamenti riguardanti le funzioni amministrative che fa riferimento chi asserisce che da essi è derivata una complessiva mutazione di questo ramo del diritto, sotto un duplice profilo. Innanzitutto, mentre in passato si riteneva che l'amministrazione – in senso organizzativo e funzionale – avesse un'unità di fondo, nel periodo attuale si constata la coesistenza di attività assai differenziate (l'amministrare per provvedimenti, l'amministrare per servizi e la formazione di accordi con i privati), che sono «sottoposte a discipline molto differenziate»<sup>89</sup>. In secondo luogo, si afferma che

<sup>86</sup> TAR Lombardia, sez. II, sentenza 11 maggio 2020, n. 783. Non è, invece, richiesta una motivazione specifica per l'ordine di demolizione in caso di abusi: Cons. St., sez. VI, sentenza 26 giugno 2020, n. 4106.

<sup>87</sup> Significativa la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 agosto 2019, n. 5934 (*Comune di Lignano*), in cui viene ribadito l'orientamento che limita l'azione amministrativa ai beni demaniali, con esclusione di quelli inclusi nel patrimonio disponibile, in contrapposizione all'orientamento estensivo della Corte di Cassazione.

<sup>88</sup> Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, deliberazione 21 dicembre 2021, n. 20, consultabile sul sito della Corte: <https://www.corteconti.it/Download?id=66e13045-e3dc-4787-9bc3-a2f59e757143>.

<sup>89</sup> SORACE 2000, 27.

l'incremento delle funzioni di benessere e con esse dell'amministrare per servizi comporta il superamento della fase storica nella quale, per ragioni ideologiche, è stata enfatizzata la componente autoritativa dell'attività dei pubblici poteri e l'amministrazione è stata considerata come «oggetto di una disciplina peculiare, separata ed autonoma rispetto al diritto privato, coerentemente e completamente ordinata da principi nettamente diversi da quelli di quest'ultimo: il "diritto amministrativo"; venute meno quelle ragioni ideologiche, per contraddistinguere la nuova fase che si è aperta, è meglio fare riferimento al "diritto della pubblica amministrazione", cui si applica «semplicemente il diritto privato, a meno che non vi siano discipline legislative settoriali derogatorie»<sup>90</sup>.

Può essere di qualche utilità segnalare la diversità tra questa ricostruzione e la sistematizzazione del diritto amministrativo che si è affermata nella cultura giuridica francese. Nella Francia del secolo scorso, si confrontarono due principali filoni di teoria giuridica. Al centro del primo filone, elaborato da Maurice Hauriou, vi era la *puissance publique*, l'idea di autorità, considerata come inscindibilmente legata allo Stato e alla sua indiscussa sovranità e necessaria per assicurare la protezione degli interessi della collettività<sup>91</sup>. L'altro filone di teoria, il cui principale sostenitore fu Léon Duguit, moveva dalla convinzione che la sovranità ("un concetto metafisico") non fosse più al centro del diritto pubblico, perché ciò che contava di più era il dovere di organizzare i servizi pubblici e di assicurarne il funzionamento<sup>92</sup>, più precisamente "il servizio pubblico"<sup>93</sup>. Per usare l'espressione di Gaston Jèze, allievo e collega di Duguit, il servizio pubblico è «la pietra angolare del diritto amministrativo francese»<sup>94</sup>. Ma è sufficiente uno sguardo all'opera principale di Jèze, riguardante i principi generali del diritto amministrativo, per rendersi conto che questa concezione del servizio pubblico è inclusiva dell'amministrazione autoritativa<sup>95</sup>. Dunque, nella cultura giuridica francese l'aver messo in primo piano il servizio pubblico ha indotto una revisione di importanti categorie teoriche (come la sovranità), ma non l'abbandono del diritto amministrativo.

Anche tra gli studiosi che, con varietà di spunti, aderiscono alla teoria che enfatizza il servizio pubblico, non manca la consapevolezza che esso ha una dimensione autoritativa, da non sottovalutare. Tale dimensione si esplica in rapporto all'acquisizione degli indispensabili mezzi finanziari, non perché i diritti sociali costino più degli altri, ma perché renderli accessibili a una platea più ampia di beneficiari richiede un incremento della provvista finanziaria<sup>96</sup> e provvedervi mediante il prelievo comporta limitare le libertà individuali, distorcere le scelte imprenditoriali. Si esplica, inoltre, in rapporto alla determinazione dei servizi da offrire al pubblico, all'interno dei vari settori (si pensi alle scelte tragiche per l'accesso a determinate prestazioni ad alto costo)<sup>97</sup> e tra di essi.

Si potrebbe obiettare che, siccome ogni ordinamento giuridico ha una propria tradizione ed evoluzione, quanto appena osservato in rapporto al diritto amministrativo francese ha poco – o punto – rilievo per l'Italia. Tuttavia, questa obiezione non tiene conto di due importanti dati fattuali e normativi. Da un lato, i problemi che gli ordinamenti maturi affrontano sono in larga parte gli stessi, pur se le soluzioni possono differire in conseguenza della storia, dell'assetto istituzionale, delle preferenze politiche, della cultura giuridica. Dall'altro lato, anche le soluzioni escogitate per risolvere quei problemi tendono ad assumere tratti simili, soprattutto all'interno dell'integrazione più stretta che si è realizzata in Europa.

<sup>90</sup> SORACE 2000, 27.

<sup>91</sup> HAURIOU 1897, 1 ss. (per la distinzione degli "*actes de puissance publique*" dagli atti di gestione).

<sup>92</sup> DUGUIT 1913, XVIII.

<sup>93</sup> DUGUIT 1913, IX.

<sup>94</sup> JEZE 1925, XV.

<sup>95</sup> JEZE 1925, VII (per la contrapposizione tra il "*procédé du service public*" e quello di diritto privato).

<sup>96</sup> CORSO 1990, 341. Per la tesi che i diritti sociali siano "finanziariamente condizionati", MERUSI 1990.

<sup>97</sup> CALABRESI, BOBBITT 1978.

Considerando gli autonomi sviluppi dell'ordinamento italiano, non vi è dubbio che, con l'adozione della Costituzione, l'accento è stato fortemente posto sulla dimensione dei servizi: nell'assicurazione delle prestazioni sanitarie gratuite a quanti non possano permettersi di pagarne i costi (art. 32); nell'obbligo di istituire scuole di ogni ordine e grado (art. 33); nella tutela dell'occupazione e dei salari (art. 39). Tuttavia, sarebbe limitativo, fuorviante, trarne la conclusione che la componente autoritativa dell'azione dei pubblici poteri non sia presente nella Carta. Lo è, in realtà, in rapporto alle tradizionali potestà di polizia<sup>98</sup>, che danno luogo all'adozione di una serie di misure, come la detenzione, l'ispezione e la perquisizione (art. 13), gli accertamenti e i sequestri (art. 14), la limitazione della libertà e della segretezza della corrispondenza (art. 15) e della libertà di riunione (art. 17)<sup>99</sup>. Lo è, altresì, in rapporto alle attività economiche private, che possono essere assoggettate a programmi e controlli (art. 41), per la tutela di interessi tutelati con pari o maggiore intensità, come la sanità e l'ambiente (legge costituzionale n. 1 del 2022). Perfino nelle disposizioni comunemente riguardate dall'angolo visuale dei servizi pubblici la dimensione autoritativa non manca di manifestarsi: è il caso dei trattamenti sanitari obbligatori (art. 32), su cui si tornerà più avanti.

La lettura che abbiamo appena proposto, orientata alla compresenza della componente autoritativa e di quella che si realizza nell'erogazione dei servizi pubblici, trova conferma in due vicende che più di altre hanno segnato il primo ventennio del nuovo secolo: la gestione dell'immigrazione e la pandemia. Pochi anni dopo l'emanazione del testo unico sull'immigrazione (d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286), dopo un acceso dibattito politico, le sue linee di fondo sono state modificate dalla legge 30 luglio 2002, n. 189. Essa ha ridisegnato i diritti a ottenere prestazioni positive da parte dei pubblici poteri, come la protezione per i richiedenti asilo e i rifugiati, per la quale un ruolo importante spetta agli enti locali. Al tempo stesso, la nuova disciplina legislativa ha confermato e varie potestà di ordine, come l'espulsione immediata nei casi in cui il Ministro dell'interno o i prefetti lo reputino necessario e urgente<sup>100</sup>, e ne ha stabilite altre. Esse si esplicano nella sottoposizione degli stranieri a rilievi fotodattiloscopici e nell'imposizione della permanenza presso un apposito centro. In ragione della forte incidenza sulle situazioni giuridiche soggettive degli stranieri, i procedimenti amministrativi volti all'adozione di queste misure sono assistite da garanzie procedurali simili a quelle previste per le sequenze processuali che si svolgono dinanzi all'autorità giudiziaria, incluse l'audizione personale, l'assistenza linguistica e legale e la necessità di una congrua motivazione per i provvedimenti sfavorevoli<sup>101</sup>. Nell'insieme, come Guido Corso ha recentemente osservato, il «sistema di contrasto all'immigrazione irregolare» ha affiancato alle sanzioni penali «altri strumenti coercitivi di natura amministrativa»<sup>102</sup>.

Mentre la gestione dell'immigrazione riguarda gli stranieri, l'attività amministrativa relativa alla pandemia ha riguardato la società tutta. Essa si è esplicata nell'erogazione di servizi di assistenza a un'ampissima platea di pazienti, e con diversa intensità (dalla fornitura di dispositivi sanitari di base e farmaci a domicilio fino alla terapia intensiva); nella realizzazione di una campagna di vaccinazione che ha coinvolto cinquanta milioni di persone (l'84% della popolazione, secondo le stime governative); nell'erogazione di una messe di ausili finanziari a individui e gruppi sociali, costosissima per i bilanci, nella logica dello Stato provvidenza più che sociale. La gestione della pandemia ha richiesto, altresì, l'adozione di misure limitative dei diritti, su una scala senza precedenti. L'Italia è stato il primo Paese europeo a dichiarare lo Stato di emergenza

<sup>98</sup> Nella fase meno recente della riflessione giuridica, per una visione d'insieme, VIRGA 1954.

<sup>99</sup> Fondamentale, in tema, CORSO 1979. Per una rivisitazione recente, URSI 2022.

<sup>100</sup> Tar Lazio, sez. I ter, sentenza 14 gennaio 2009, n. 155 (legittimità del decreto di espulsione di uno straniero, a causa degli stretti legami con organizzazioni fiancheggiatrici dei terroristi; la sentenza non è stata appellata).

<sup>101</sup> Tar Lazio, sez. I ter, sentenza 10 dicembre 2004, n. 15336 (illegittimità della motivazione, oltre tutto in buona parte postuma, che non consente di comprendere i presupposti di fatto del provvedimento).

<sup>102</sup> CORSO 2022, 322-323.



ed ad adottare divieti generalizzati di utilizzare i trasporti aerei e in seguito divieti di circolazione *tout court* (*lockdown*). Sono stati imposti a tutti obblighi di attestazione delle ragioni che giustificano movimenti di persone. Oltre alla libertà di circolazione, sono state sottoposte a limitazioni la libertà di riunione e le libertà d'impresa, in quest'ultimo caso mediante ordini di chiusura di intere categorie di attività economiche ritenute non essenziali. Sono state previste e comminate sanzioni per l'inosservanza dei divieti stabiliti dapprima in via amministrativa e poi legittimati dalla legge. Sono stati imposti obblighi di vaccinazione a determinate categorie di dipendenti: gli appartenenti alle forze di polizia, i medici, gli infermieri.

Nella prima fase, i pubblici poteri hanno agito tempestivamente, ma non senza incertezze e contraddizioni<sup>103</sup>. Non è questa la sede per tentare un'analisi, sia pure a grandi linee, degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa. È sufficiente indicarne tre punti fermi. Il primo è la legittimità – secondo la Corte costituzionale – delle misure limitative stabilite per legge: ciò riguarda «non soltanto le misure di quarantena e le ulteriori restrizioni imposte alle attività quotidiane, in quanto potenzialmente fonti di diffusione del contagio, ma anche l'approccio terapeutico...; l'approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi»<sup>104</sup>. Il secondo punto fermo riguarda le modalità di esercizio delle potestà di ordine (con l'ovvio limite delle sanzioni penali). Nelle parole del giudice amministrativo, «la spendita di poteri amministrativi sull'accertamento circa la inosservanza dell'obbligo vaccinale radica la giurisdizione di questo giudice amministrativo perché espressione di esercizio di pubblico potere»<sup>105</sup>. Il terzo punto fermo concerne l'inidoneità delle misure di inibizione delle attività economiche a dar luogo a responsabilità (meno che mai di tipo contrattuale), perché espressione della «amplissima discrezionalità di cui gode il Governo nel perseguire gli obiettivi di politica sanitaria – data la straordinaria situazione pandemica»<sup>106</sup>.

Questi richiami essenziali alla gestione amministrativa della pandemia possono essere completati osservando che essa ha comportato imprevisti e significativi cambiamenti anche a livello europeo. Per un verso, l'amministrazione europea – soprattutto la Commissione – ha fornito sostegno finanziario alla ricerca medica ed è stata coinvolta in politiche centralizzate di acquisto di farmaci e vaccini, per tutti i cittadini dell'UE. Per un altro verso, l'ordine giuridico europeo non ha soltanto preso atto della necessità dei provvedimenti di ordine emanati dai poteri pubblici nazionali, ma ha anche previsto e regolato l'esercizio di poteri volti a limitare l'esportazione di vaccini. Ha stabilito, in particolare, un regime di autorizzazioni all'esportazione, lasciando la disciplina «delle modalità amministrative ... alla discrezione degli Stati membri»<sup>107</sup>. Nell'esercizio delle potestà regolate dall'UE, nel marzo 2021, il governo italiano ha deciso di sospendere l'esportazione di una partita di vaccini in Australia.

La descrizione appena svolta non rende completa giustizia a un insieme di misure volte a fronteggiare i due maggiori fenomeni – migrazioni e pandemia – che nel nostro tempo hanno coinvolto sia gli ordinamenti a fini generali a cui siamo più assuefatti, cioè gli Stati, sia l'UE. Molte di quelle misure sono legittime, finanche condivisibili; alcune sono opinabili, al limite di ciò che è accettabile in una democrazia liberale. Tutte hanno rilevanti ripercussioni per i conti pubblici, ma solo alcune si collocano nell'eterogenea categoria dell'amministrare per servizi (o tramite accordi), altre sono espressione di funzioni di ordine, contraddistinte da tratti peculiari per l'ampiezza e l'intensità delle limitazioni imposte all'esercizio dei diritti costituzionalmente

<sup>103</sup> Per una comparazione con i principali partner europei, DELLA CANANEA 2020, 2393.

<sup>104</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 2021, § 7. Si vedano, inoltre, le successive sentenze nn. 14 e 15 del 2023, sugli appartenenti alle professioni sanitarie.

<sup>105</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 4 febbraio 2022, n. 583.

<sup>106</sup> Tar Lazio, sez. I, sentenza 31 marzo 2022, n. 3713 (in materia di inibizione delle attività economiche delle sale scommesse e bingo).

<sup>107</sup> "Considerando" n. 8, anteposto al regolamento della Commissione 29 gennaio 2021, n. III.

garantiti (il *lockdown*). Il punto di fondo è nella compresenza dei due volti del pubblico potere, l'autorità e il benessere, i quali vanno considerati come due lati della stessa medaglia. Essi sono inscindibili. Come all'interno di discipline legislative volte a proteggere il diritto fondamentale alla salute si trovano norme impositive di obblighi vaccinali, cioè trattamenti imposti ai sensi dell'art. 32, così all'interno di provvedimenti limitativi delle libertà economiche vi sono misure sull'acquisto di dispositivi sanitari, il più delle volte con tratti derogatori rispetto alle ordinarie procedure per l'acquisto di beni e servizi.

#### 10. *Retrospettiva e prospettiva*

Lo studio delle vicende meno recenti fornisce un importante insegnamento. È attraverso il diritto amministrativo che si è colmata la lacuna che si era aperta nel corso dell'Ottocento, con l'avvento di un nuovo tipo di Stato. È sempre attraverso il diritto amministrativo che si cerca d'imporre al sistema economico di tipo capitalistico (la scelta dell'Italia e di altri partner europeo, dopo il 1945), per sua natura recalcitrante, vincoli positivi e negativi diretti a tutelare e promuovere gli interessi della società tutta. Nel periodo più recente, ha assunto crescente rilevanza – anche giuridica – delle attività che danno luogo all'erogazione di beni (come il denaro) e servizi. Non ha perso rilievo giuridico, però, l'attività autoritativa dei pubblici poteri. È, ancora una volta, attraverso il diritto amministrativo che si cerca di porre limiti ai movimenti migratori, di per sé difficilmente controllabili da un singolo Stato che rifugga dall'esercizio sproporzionato della forza, per individuare chi vanta diritti e per sanzionare chi sfrutta stati di bisogno. È un diritto distinto dal diritto privato, pur se ne condivide alcuni principi e valori. Lo è negli istituti giuridici riguardanti l'attività autoritativa, come l'obbligo generalizzato di motivare i provvedimenti, non solo quelli sfavorevoli, mentre i motivi delle contrattazioni assumono rilievo giuridico soltanto in alcuni casi; lo è in rapporto all'amministrare per servizi, che è giuridicamente rilevante nella sua interezza e sottoposto a obblighi di pubblicità nonché alla responsabilità erariale; lo è in rapporto all'attività contrattuale, assoggettata ai vincoli dell'evidenza pubblica, che non a caso in passato vari giuristi britannici criticavano per la loro rispondenza alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato comune alla tradizione giuridica dell'Europa continentale<sup>108</sup>. Occorre, quindi, conciliare l'attenzione per le differenze con una visione organica. Questa visione organica è essenziale, ai fini della comprensione del complesso rapporto tra tradizione e mutamento che connota il diritto amministrativo. È non meno essenziale per una politica del diritto realmente tesa a perfezionare gli strumenti e le tecniche di azione dei pubblici poteri, dopo decenni di colpevole disattenzione e di interventi di facciata.

<sup>108</sup> LOUGHLIN 1992, 169.

*Riferimenti bibliografici*

- ALCHIAN A.A. 1965. *Some Economics of Property Rights*, in «Il Politico», 30, 4, 1965, 816 ss.
- AUBY J.B. (ed.) 2015. *The Codification of Administrative Procedure*, Bruylant.
- BOBBIO N. 1966. *Principi generali di diritto*, in «Noviss. Dig. It.», XIII, 1966, 887 ss.
- CALABRESI G., BOBBITT P. 1978. *Tragic Choices*, W.W. Norton & Company (tr. it. *Scelte tragiche*, Giuffrè, 2006)
- DELLA CANANEA G. 2016. *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford University Press.
- DELLA CANANEA G. 2017. *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in SANDULLI M.A. (ed.), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 20 ss.
- DELLA CANANEA G. 2020. *Poteri pubblici ed emergenza sanitaria: i dislivelli di statalità*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 43, 2, 2020, 2393 ss.
- DELLA CANANEA G. 2023. *A Comparative Research on the Common Core of European Administrative Laws*, in «French Yearbook of Public Law», 1, 2023, 413 ss.
- DELLA CANANEA G., BUSSANI M. 2019. *The Common Core of European Administrative Laws: A Framework for Analysis*, in «Maastricht Journal of European and Comparative Law», 26, 2, 2019, 217 ss.
- DELLA CANANEA G., MANNONI S. (eds.) 2021. *Administrative Justice Fin de siècle. Early Judicial Standards of Administrative Conduct in Europe (1890-1910)*, Oxford University Press.
- DELLA CANANEA G., FERRARI ZUMBINI A., PFERSMANN O. (eds.) 2023. *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and Oblivion (1920-1970)*, Oxford University Press.
- CASSESE S. 1995. *Une des formes de l'Etat nouveau du monde. Reflexions sur le droit administratif français*, in «Act. jur. dr. adm.», 1995, 168 ss.
- CASSESE S. 1998. *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Donzelli.
- CORSO G. 1979. *L'ordine pubblico*, il Mulino.
- CORSO G. 1990. *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in «Sociologia del diritto», 1990, 109 ss.
- CORSO G. 2022. *Un "nemico" da combattere con misure amministrative?*, in «Persona e amministrazione», 11, 2, 2022, 321 ss.
- CRAIG P. 2016. *The Legitimacy of US Administrative Law and the Foundations of English Administrative Law: Setting the Historical Record Straight*, in «Oxford Legal Studies Research Paper», No. 44/2016.
- CRAIG P. 2017. *Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective*, in VOGENAUER S., WEATHERILL S. (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart, 145 ss.
- CRAIG P. 2022. *Natural Justice in UK Law: Continuity and Change from the 17<sup>th</sup> Century*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Giappichelli, 2022, 3 ss.
- DICEY A.V. 1961. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>th</sup> ed., MacMillan (ed. or. 1894).
- DUGUIT L. 1913. *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin.
- FERRARI ZUMBINI A. 2018. *La creazione giurisprudenziale tra fine Ottocento e primo Novecento dei principi del giusto procedimento nel diritto amministrativo austriaco*, in «Diritto Processuale Amministrativo», 3, 2018, 1029 ss.

- FIORAVANTI M. 2001. *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, Giuffrè, 405 ss.
- FORSTHOFF E. 1973. *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè (ed. or. *Rechtsstaat im Wandel*, Kohlhammer, 1964)
- FREUND E. 1894. *The Law of the Administration in America*, in «*Political Science Quarterly*», 9, 1894, 403 ss.
- GARCIA DE ENTERRIA E. 2009. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 3° ed., Editorial Civitas.
- GIANNINI M.S. 1963. *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in «*Rivista di diritto processuale*», 1963, 522 ss.
- GIANNINI M.S. 1988. *Diritto amministrativo*, 2° ed., Giuffrè.
- GNEIST R. 1871. *Communalverfassung Und Verwaltungsgerichte in England*, Springer.
- GNEIST R. 1896. *L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, UTET (ed. or. *Das Englische Verwaltungsrecht*, Springer, 1867).
- HARLOW C., RAWLINGS R. 2009. *Law and Administration*, 3° ed., Cambridge University Press.
- HAURIOU M. 1929. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Sirey.
- HAURIOU M. 1897. *Droit administratif*, in *Répertoire du droit administratif*, Dupont, 1 ss.
- ISAAC G. 1968. *La codification de la procédure administrative non contentieuse*, LGDJ.
- JEZE G. 1925. *Les principes généraux du droit administratif*, 3° ed., Marcel Giard.
- JENNINGS I. 1938. *Administrative Law and Administrative Jurisdiction*, in «*Journal of Comparative Legislation and International Law*», 20, 1938, 99 ss.
- KAUFMANN E. 2013 [1914]. *Amministrazione e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica (ed. or. *Verwaltung und Verwaltungsrecht*).
- KELLY J.M. 1996. *Storia del pensiero giuridico occidentale*, il Mulino (ed. or. *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford University Press, 1992).
- LAFERRIERE E. 1887-1888. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault.
- LEWIS N., HARDEN I. 1986. *The Noble Lie*, Hutchinson.
- LOUGHLIN M. 1992. *Public Law and Political Theory*, Clarendon.
- MARIQUE Y. 2021. *The Administration and the Judge: Pragmatism in the Belgian Case Law (1890-1910)*, in DELLA CANANEA G., MANNONI S. (eds.), *Administrative Justice Fin de siècle. Early Judicial Standards of Administrative Conduct in Europe (1890-1910)*, Oxford University Press, 73 ss.
- MASHAW J.L. 2010. *Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age*, in «*Yale Law Journal*», 119, 2010, 1362 ss.
- MASHAW J.L. 2012. *Creating the Administrative Constitution. The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, Yale University Press.
- MAYER O. 1905 [1894]. *Droit administratif allemand*, Giard et Brière.
- MAZZAMUTO M. 2008. *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale scientifica.
- MAZZAMUTO M. 2022. *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, in «*Diritto e questioni pubbliche*», XXII, 2, 2022, 167 ss.
- MCCORMICK C. 2021. *Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: The Status of Standards Between 1890 and 1910*, in DELLA CANANEA G., MANNONI S. (eds.), *Administrative*

- Justice Fin de siècle. Early Judicial Standards of Administrative Conduct in Europe (1890-1910)*, Oxford University Press, 49 ss.
- MERUSI F. 1990. *Servizi pubblici instabili*, il Mulino.
- MERUSI F. 1993. *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti della legalità sostanziale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 22, 1993, 413 ss.
- MICHELMAN F. 1988. *Takings, 1987*, in «Columbia Law Review», 88, 1988, 1600 ss.
- MONTESQUIEU C.L. 1978 [1748]. *De l'esprit des lois*, Flammarion.
- NAPOLITANO C. 2018. *L'autotutela amministrativa: nuovi paradigmi e modelli europei*, ESI.
- ORLANDO V.E. 1891. *Principii di diritto amministrativo*, Barbèra.
- ORLANDO V.E. 1894. *Principii di diritto costituzionale*, Barbèra.
- ORLANDO V.E. 1956 [1887]. *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, ora in *Diritto pubblico generale*, Giuffrè.
- ORSI BATTAGLINI A. 2005. *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè.
- PASTORI G. (ed.) 1964. *La procedura amministrativa*, Neri Pozza.
- ROMANO S. 1897. *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in ORLANDO V.E. (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, S.E.I.
- ROMANO S. 1948. *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè.
- ROMANO S. 1950. *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in ID., *Scritti minori*, Giuffrè, 425 ss.
- SANDEVOIR P. 1964. *Etudes sur le recours de pleine juridiction: l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, L.G.D.J.
- SANDULLI A., PASQUINI G. (eds.) 2001. *Le grandi decisioni del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè.
- SORACE D. 2000. *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino.
- DE TOCQUEVILLE A. 1866. *Rapport fait à l'Académie des sciences morales et politiques sur le livre de M. Macarel, intitulé Cours de droit administratif*, in *Œuvres complètes d'Alexis de Tocqueville. Etudes économiques, politiques et littéraires par Alexis de Tocqueville*, Lévy, 63 ss.
- DE TOCQUEVILLE A. 1967. *L'ancien régime et la Révolution*, Gallimard (ed. or. 1856).
- TRELEASE F.J. 1957. *Government Ownership and Trusteeship of Water*, in «California Law Review», 45, 1957, 638 ss.
- URSI R. 2022. *La sicurezza pubblica*, il Mulino.
- WEIDEMANN L. 2021. *Standards of judicial review of administrative action (1890-1910): the German Empire*, in DELLA CANANEA G., MANNONI S. (eds.), *Administrative Justice Fin de siècle. Early Judicial Standards of Administrative Conduct in Europe (1890-1910)*, Oxford University Press, 138 ss.
- WIENER C. 1975. *Vers une Codification de la procédure administrative. Etude de science administrative comparée*, PUF.
- VINOGRADOFF P. 1924. *Some Problems of Public Law* in «California Law Review», 12, 1924, 443 ss.
- VIRGA P. 1954. *La potestà di polizia*, Giuffrè.
- ZANOBINI G. 1958. *Corso di diritto amministrativo*, 8° ed., Giuffrè.

# El derecho administrativo como comity. Breve comentario al “perfetto sconosciuto” de Mazzamuto

Administrative Law as Comity.

A Brief Commentary on Mazzamuto’s “perfect stranger”

**JOSÉ JUAN MORESO**

Catedrático de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) – BIAP (Barcelona Institut of Analytic Philosophy).

E-mail: [josejuan.moreso@upf.edu](mailto:josejuan.moreso@upf.edu)

## ABSTRACT

Este texto es un comentario al sugerente ensayo del Prof. Mazzamuto dedicado al derecho administrativo. En él se subraya la función del derecho administrativo como un modo de implementar los principios constitucionales en un clima de respeto y cooperación entre las autoridades públicas (‘comity’). Se atiende con estas ideas a la extensión del derecho administrativo en dos esferas relativamente nuevas: las regulaciones de las agencias independientes y el derecho administrativo global. Al final se muestra la importancia del derecho administrativo para sujetar el poder que se expresa en algunos ámbitos más discrecionales, como los servicios de inteligencia o la lucha contra el terrorismo, lo que se denomina el *reino de las tinieblas*.

This text is a commentary on Prof. Mazzamuto’s thought-provoking essay on administrative law. It underlines the function of administrative law as a way of implementing constitutional principles in a climate of respect and cooperation between public authorities (‘comity’). It attends with these ideas to the extension of administrative law into two relatively new spheres: the regulations of independent agencies and global administrative law. In the end, the importance of administrative law in restraining the power that is expressed in some more discretionary spheres, such as the intelligence services or the fight against terrorism, what is called the kingdom of darkness, is shown.

## KEYWORDS

Marco Mazzamuto, comity, agencias independientes, derecho administrativo global, rule of law, reino de las tinieblas

Marco Mazzamuto, comity, independent agencies, global administrative law, rule of law, kingdom of darkness

# El derecho administrativo como comity. Breve comentario al “perfetto sconosciuto” de Mazzamuto

JOSÉ JOAN MORESO

1. Introducción – 2. Interludio español – 3. *The Global Administrative Space* – 4. *El reino de las tinieblas* – 5. *Para concluir: el derecho administrativo como comity*

*The law does not consist of particular cases  
but of general principles, which are illustrated  
and explained by these cases.*

Lord Mansfield, *R v Bembridge* (1783) 3 Doug 327, 332

## 1. Introducción

Mis colegas y amigos palermitanos me convocan a comentar un sugerente texto del profesor Mazzamuto, un destacado representante de la iuspublicística palermitana, a la que se debe, de la mano de los grandes nombres de Vittorio Emanuele Orlando y Santi Romano, el origen de la Escuela italiana de derecho público<sup>1</sup>. Lo que voy a decir aquí ha de leerse únicamente como un conjunto de reflexiones sugeridas por el texto de Mazzamuto, procedentes de un filósofo del derecho español, perteneciente a la tradición analítica. Tal vez a ello pueda añadir una especial fascinación por el derecho administrativo, en alguna situación contrafactual, debo reconocer que me he imaginado como profesor de derecho administrativo, tengo entre las lecturas que han dejado huella en mi trayectoria académica, las de las obras de Adolf Julius Merkl, que reputo una prístina expresión del ideal de la *rule of law*, del ideal de ser gobernados por leyes y no por seres humanos<sup>2</sup>.

MAZZAMUTO (2022, 174) expone lo que, tal vez, sea la idea principal de su contribución del siguiente modo:

«Potremmo dire, con una qualche semplificazione di sintesi, che il diritto amministrativo è più un diritto per principi, di elaborazione giurisprudenziale, che conforma l’ingombrante e scomposta presenza di norme scritte, mentre il diritto civile, pur non certo privo di principi, è più un diritto fondato sulle norme scritte e sulla loro interpretazione».

Insiste en que el derecho administrativo es un derecho *pretorio*. Y a esta idea, con la que estoy de acuerdo, se dedicarán mis comentarios. Con la convicción, por otro lado, de que los teóricos del

\* Este trabajo ha sido escrito bajo el auspicio de tres proyectos de investigación, concedidos respectivamente por la Agencia Española de Investigación PIF2020-115941GB-I00, por la Generalitat de Catalunya, 2021 SGR 00923 y por la AET (Agencia Estatal de Investigación) del Ministerio de Ciencia e Innovación en el Programa María de Maeztu de Unidades de Excelencia CEX2021-001169-M.

<sup>1</sup> No estoy en condiciones, obviamente, de pronunciarme sobre el origen liberal de dicha escuela y sus polémicas relaciones con el autoritarismo en la Italia de comienzos del *Novecento*. De ello se ha ocupado el autor en los lugares que nos indica en la nota 2 de su ensayo.

<sup>2</sup> Con esta clave, al menos, leí yo hace ya más de treinta años su MERKL (1927), en la traducción española de 1980, que era una edición mexicana de la versión española de 1935 – MERKL 1980 [1927]. Por otro lado, al ideal de la *rule of law* dedicó mi amigo Bruno Celano, al que tanto echamos en falta, buena parte de sus trabajos en la última década de su vida, ahora recopilados en CELANO 2022.

derecho hemos prestado una atención demasiado preponderante, tal vez excesiva, al razonamiento judicial, ignorando el hecho de que la relación que tenemos como ciudadanos con el derecho está permeada de nuestra relación con la administración. Pocas veces en nuestra vida nos hallamos involucrados en un proceso judicial; sin embargo, nuestra relación con las autoridades administrativas es casi cotidiano, nuestro modo de estar en el mundo es, por así decirlo, *weberiano*.

Atrapados en una tupida malla de disposiciones y actos administrativos, tal vez es más clara una de las funciones cruciales del derecho, la función de controlar al poder, de hacer que esta malla sea respetuosa con nuestros derechos básicos. Y esta es, creo, la razón última de ser del derecho administrativo.

Mazzamuto dice, con muy buenas razones, que el origen de esta concepción del derecho administrativo se halla en Francia. Sin embargo, creo que es una idea que se produce en todas las culturas jurídicas de la modernidad. Incluso en una cultura jurídica como la inglesa, de la que se ha dicho (LOUGHLIN 2003, 2) que «la historia británica moderna está basada en el rechazo de la idea del derecho público», es posible rastrear esta idea de sujetar al poder. Veámoslo con un ejemplo de un pronunciamiento de Lord Mansfield en 1774<sup>3</sup>, el mismo autor de las palabras que figuran como epígrafe de este comentario. En 1771, en la isla de Menorca, entonces una colonia del Imperio británico cedida por España en el Tratado de Utrecht de 1713, Mostyn, el gobernador de la isla, detuvo a un ciudadano menorquín, Fabrigas, por seis días en condiciones muy duras y lo deportó por doce meses a Cartagena de Indias, bajo el dominio de España en esos tiempos. Dado que ninguna demanda podía ser aceptada en la zona de Menorca en que fue detenido, sin el consentimiento del gobernador, Fabrigas presentó la demanda ante la *Court of Common Pleas* de Londres por secuestro y detención ilegal y consiguió una sentencia favorable del jurado que obligó a indemnizarle con 3.000 libras. Mostyn apeló arguyendo que el tribunal sólo tenía jurisdicción para conocer de casos entre ciudadanos residentes en Londres. No obstante, Lord Mansfield concluyó que Menorca era parte de Londres para los propósitos de la acción, exactamente en ‘St Mary Le Bow, in the Ward of Cheap’, y el *King’s Bench* confirmó la sentencia. Esta decisión suele ser aducida como un ejemplo extremo del uso de las ficciones en el derecho<sup>4</sup>, pero no es a ello a lo que quiero referirme aquí, sino al modo en el que Lord Mansfield replica a la pretensión del gobernador de que sus acciones no estaban sujetas a control jurisdiccional:

«It is contended that General Mostyn governs as all absolute Sovereigns do, and that *stet pro ratione voluntas* is the only rule of his conduct. From whom does the governor derive this despotism? Not from the King, for the King has no such power, and, therefore, cannot delegate it to another [...] But Governor Mostyn neither sat as a military or as civil Judge; he heard no accusation, he entered into no proof; he did not even see the prisoner; but in direct opposition to all laws, and in violation of the first principles of justice, followed no rule but his own arbitrary will, and went out of his way to persecute the innocent. If that be so, he is responsible for the injury he has done: and so was the opinion of the Court of C. B.».

Entonces, también en Gran Bretaña, después de la revolución gloriosa, las actuaciones arbitrarias del poder no son opacas al control. Este es, me parece, una de las más preciadas conquistas de la modernidad y el derecho público es, entonces, un modo de luchar contra las inmunidades del poder, un modo de poner coto a las arbitrariedades del poder.

<sup>3</sup> *Mostyn v. Fabrigas*, 1 Cowp. 161, 98 Eng. Rep 1021 (K. B. 1774) (Mansfield, L. J.).

<sup>4</sup> Vd., por ejemplo, SCHAUER 2015 y MORESO 2015. Tal vez decisiones como ésta arrancaran el contundente juicio al respecto del prefacio de la primera obra de Jeremy BENTHAM (1976): «But above all the pestilential breath of fiction poisons the sense of every instrument it comes near».



## 2. Interludio español

En mi país, las dificultades para alcanzar de manera estable un Estado democrático durante los siglos XIX y XX dificultó, en buena medida, la aparición de una Escuela sólida de derecho público. Este hecho hace más notable, si cabe, que en medio de la sórdida dictadura franquista, Eduardo García de Enterría, el jurista hispano más relevante de la segunda mitad del pasado siglo, escribiera un ensayo (GARCÍA DE ENTERRÍA 1962) verdaderamente seminal<sup>5</sup>, titulado precisamente *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*.

En dicho trabajo, García de Enterría emprende una operación de acoso y derribo contra los tres modos en los que se trataba de proteger la arbitrariedad en el ejercicio del poder. Se trata, respectivamente, de la doctrina de los actos discrecionales, de la doctrina de los actos políticos y la doctrina de la producción normativa de la administración, fundamentalmente los reglamentos.

Como él mismo nos dice (GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 166):

«La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo».

A la doctrina de los poderes discrecionales de la administración replica con tres poderosos argumentos: a) que no hay actos administrativos que no tengan una dimensión reglada y, con ella, es posible controlarlos mediante la doctrina de la desviación de poder, b) que la doctrina alemana de los *conceptos jurídicos indeterminados*, muestra que en la aplicación de dichos conceptos hay un espacio para el control objetivo y c) que los principios generales del derecho también son relevantes en la aplicación del derecho administrativo. Para decirlo brevemente, García de Enterría sostiene que poder discrecional es muy distinto de poder arbitrario<sup>6</sup>.

Respecto de los actos políticos su posición es más categórica si cabe. La Ley española, una ley para la administración de un sistema autoritario –no ha de olvidarse– establecía en su artículo 2.º, apartado b) una zona de inmunidad en las «cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar».

Actos que, según la exposición de motivos de la ley, son “esencialmente distintos” de los actos administrativos. Nuestro autor escribe (GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 182): «Estas afirmaciones tan categóricas, puestas al lado de sus consecuencias en la parte preceptiva de la Ley y en la jurisprudencia, no las comparte hoy, podemos decir, ningún otro sistema y quizá ningún jurista autorizado». Añade que dicha doctrina es un modo de tratar de mantener viva la periclitada *razón de Estado*, y se impone su desaparición (GARCÍA DE ENTERRÍA 1982, 190).

Respecto de los poderes normativos, es importante su defensa cerrada del control judicial de legalidad de la potestad reglamentaria. El autor sabía bien que la estructura jerárquica del sistema jurídico (una idea que Hans Kelsen recibió de A.J. Merkl precisamente) es, en definitiva, un modo de proteger las libertades de los ciudadanos.

<sup>5</sup> Como él mismo aclara al comienzo, se trata de la versión escrita de una conferencia pronunciada en la Universidad de Barcelona, dirigida a la promoción Manuel Ballbé de 1962. Manuel Ballbé había sido un administrativista de la misma orientación que el autor de la conferencia, muerto prematuramente, autor en buena parte de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.

<sup>6</sup> Hay en esta posición del autor un cierto aire *dworkiniano avant la lettre*, por ejemplo referido a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados (GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 172): «Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta». Una anticipación de la que, más tarde, el autor fue perfectamente consciente y se refirió al Dworkin de *The Model of Rules* (DWORKIN 1967), cuando en España casi nadie lo conocía (GARCÍA DE ENTERRÍA 1981).

Estas ideas tuvieron entre nosotros una gran fortuna y ello hizo más eficaz, desde el punto de vista jurídico, la transición de España hacia la democracia. La misma Constitución española de 1978 debe mucho a estas ideas.

Aunque, tal vez, un joven jurista europeo actual se sorprendería de la importancia que otorgo a este legado, porque lo considere parte de los *endoxa* de los juristas en la actualidad. No obstante, como trataré de mostrar en las siguientes secciones, habremos de recurrir a ellos de nuevo, me temo, para afrontar los desafíos que tenemos a la vista.

### 3. *The Global Administrative Space*

Desde que García de Enterría escribía estas maravillosas reflexiones han transcurrido sesenta años –toda mi vida me temo– y el panorama actual es algo distinto. Hay, al menos, dos cosas que han cambiado en el panorama de las actividades reguladas administrativamente: la aparición de agencias independientes del gobierno que disfrutan de amplios poderes normativos y reguladores y el hecho de la globalización, del mercado, del comercio, de las migraciones, del impacto climático, de los derechos.

En relación con las agencias, recientemente dos muy relevantes profesores de Harvard, Cass Sunstein y Adrian Vermeule (SUNSTEIN, VERMUELE 2021) acaban de publicar un libro tratando de afrontar este problema. Un libro, titulado *Law and Leviathan*, que de hecho afronta un problema que también plantea Mazzamuto:

«un'articolazione dei poteri pubblici che non si limiti alla triade montesquieuiana, ma che penetri all'interno di ciascun potere, per prevenire non solo un Leviatano *tout court*, ma anche un pur sempre temibile Leviatano aggettivato, cioè un Leviatano legislativo, giudiziario o esecutivo (si pensi al bicameralismo e soprattutto alla parcellizzazione del potere legislativo insita nel divieto di mandato imperativo; si pensi al carattere diffuso del potere giurisdizionale; si pensi infine al potere esecutivo e a quello amministrativo frammentati in una pluralità di competenze); e così via» (notas omitidas).

Me parece que tanto Mazzamuto como los profesores de Harvard consideran que, por una parte, las agencias no pueden quedar inmunes a los controles democráticos y que, por otra parte, deben contar con los instrumentos para llevar a cabo su cometido. Y aquí, de nuevo, habremos de acudir a los principios. En la última sección volveré a referirme a ello.

Esta situación no hace más que agravarse cuando nos situamos en el espacio global. En un artículo seminal al respecto, Kingsbury, Krisch, Stewart (KINGSBURY et al. 2005, 16) lo dicen de este modo tan convincente:

«Underlying the emergence of global administrative law is the vast increase in the reach and forms of transgovernmental regulation and administration designed to address the consequences of globalized interdependence in such fields as security, the conditions on development and financial assistance to developing countries, environmental protection, banking and financial regulation, law enforcement, telecommunications, trade in products and services, intellectual property, labor standards, and cross-border movements of populations, including refugees. Increasingly, these consequences cannot be addressed effectively by isolated national regulatory and administrative measures. As a result, various transnational systems of regulation or regulatory cooperation have been established through international treaties and more informal intergovernmental networks of cooperation, shifting many regulatory decisions from the national to the global level. Further, much of the detail and implementation of such regulation is determined by transnational administrative bodies –including international organizations and informal groups of officials– that perform administrative functions but are not directly subject to control by national governments or domestic legal systems or, in the case of

treaty-based regimes, the states party to the treaty. These regulatory decisions may be implemented directly against private parties by the global regime or, more commonly, through implementing measures at the national level. Also increasingly important are regulation by private international standard-setting bodies and by hybrid public-private organizations that may include, variously, representatives of businesses, NGOs, national governments, and intergovernmental organizations».

Como es obvio, desde que los autores publicaron el trabajo, la literatura no ha hecho más que crecer y ahora ya contamos con un campo académico conocido como *Global Administrative Law*, con libros y multitud de publicaciones, centros y proyectos de investigación y, también, materias que se enseñan en nuestras Facultades de Derecho.

La malla a la que me refería al principio se ha hecho más tupida y más compleja. Sin embargo, el problema es el mismo con el que se enfrentaba Lord Mansfield, ¿cómo evitamos que el poder se ejerza arbitrariamente?, ¿cómo luchamos contra las inmunidades de estos nuevos tipos de poderes?

Mucho ha de decirse al respecto, y mucho se dice y se dirá. Sin embargo, yo me conformaré –en la próxima sección– con referirme a algunos aspectos para los que, creo, nuestras respuestas son más urgentes.

#### 4. *El reino de las tinieblas*

La filosofía política contemporánea está más centrada en lo que John Rawls (RAWLS 199, 215 s.) denominó la *teoría ideal* que en resolver nuestros problemas en situaciones muy distantes del ideal. Valentini (2012) ha distinguido convenientemente tres sentidos de la distinción entre teoría ideal y teoría no-ideal: en el primero de ellos, la teoría ideal es aquella que presupone la estricta observancia de sus postulados (*strict compliance*), mientras la teoría no-ideal sólo presupone una observancia parcial. En el segundo sentido, teoría ideal es algo como una concepción *utópica*, mientras la teoría no-ideal es una concepción *realista*. En el tercero y último, la teoría ideal lo es de lo que podemos llamar el estado final, el punto de llegada y la teoría no-ideal es la concepción transicional. Sea como fuere, en los tres sentidos mientras la filosofía política tiene presente la teoría ideal, las prácticas políticas parecen abonadas a la teoría no-ideal.

Y ello es preocupante en algunos ámbitos: pensemos en las políticas de nuestros países europeos (de Italia y España) acerca de la inmigración o en la regulación, o ausencia de ella, de los servicios de inteligencia que han de velar por nuestra seguridad, frente a los posibles ataques del terrorismo por ejemplo. Parece que aquí pasamos de la teoría ideal, del *reino de los fines*, al *reino de las tinieblas*<sup>7</sup>.

Quiero advertir, como cautela, que no tengo una posición ingenua respecto a estas cuestiones. Comprendo que abrir nuestras fronteras sin límite alguno no es una posición plausible dado que, según creo, empeoraría la situación de casi todos y, también, considero justificada, con algunas matizaciones, la presencia de servicios de inteligencia que velen por nuestra seguridad. Sin embargo, ello no habría de comportar dejar inmunes las acciones arbitrarias del poder y, demasiado a menudo, es así.

Creo que los filósofos políticos y los teóricos del derecho público deberían atreverse a entrar, más a menudo, en el reino de las tinieblas. Tal vez, en algunas circunstancias sea preciso *ensuciarse las manos*, pero deberíamos saber con qué alcance y bajo qué controles. No hacerlo así

<sup>7</sup> Recordemos, para seguir en el *Leviatán*, que Hobbes tituló la cuarta parte de su libro (HOBBS 1651), *The Kingdom of Darkness*, precisamente (aunque dedicado fundamentalmente a la crítica de la influencia de la Iglesia y de las supersticiones religiosas).

es abdicar de nuestros ideales como juristas comprometidos con una imagen del derecho como sujeción del poder<sup>8</sup>.

##### 5. *Para concluir: el derecho administrativo como comity*

Parece, entonces, que enfrentamos algo como un dilema. Por un lado, impedir la actuación arbitraria de los poderes supone someterlos a un control férreo, un control que, al final, queda en manos de los jueces. Por otro lado, precisamos que los poderes, en sus funciones de procurar sentar las bases del respeto y la honra de nuestros derechos y proporcionarnos el acceso a un razonable bienestar, puedan llevarlas a cabo con una cierta autonomía.

Al fin y al cabo, el ideal de la democracia constitucional tiene tres vértices: el respeto y la honra de los derechos básicos de todos, el autogobierno democrático y la *rule of law*, la *primauté du droit*, como dicen con el francés del Québec<sup>9</sup>. Ahora bien, ¿qué lugar debe ocupar en este espacio el derecho administrativo? No tengo una respuesta articulada a esta pregunta, a la que contribuciones como las de Mazamutto nos ayudan a considerar más convenientemente. Sin embargo, lo diré del modo en el que comienza otro libro, este más reciente, de derecho administrativo con cuya lectura he recordado, y sentido nostalgia también, mis juveniles lecturas de Merkl. Me refiero al manual de Timothy Endicott, *Vinerian Professor of English Law* y buen amigo (ENDICOTT 2021, xv):

«Comity is the duty of one authority to respect and to support the proper function of other authorities. This book is mostly about comity among public authorities. I aim to explain how administrative law can enable them to work together to give effect to the constitutional principles that support responsible government».

<sup>8</sup> Pienso en enfoques como el ya antiguo de WILLIAMS 1978. Un panorama actual de la cuestión en COADY 2018.

<sup>9</sup> Desarrollo esta idea en MORESO 2021.

## Referencias bibliográficas

- BENTHAM J. 1776. *A Fragment on Government*. Disponible en: <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1776.pdf>.
- CELANO B. 2022. *El gobierno de las leyes: Ensayos sobre el Rule of Law*, Marcial Pons.
- COADY C.A.J. 2018. *The Problem of Dirty Hands*, en ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 Edition). Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/dirty-hands/>.
- DWORKIN R. 1967. *The Model of Rules*, en «University of Chicago Law Review», 33, 1967, 14 ss.
- ENDICOTT T. 2021. *Administrative Law*, 5. ed., Oxford University Press.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. 1962. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, en «Revista de administración pública», 38, 159 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. 1981. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas.
- HOBBS T. 1651. *Leviathan*. Disponible en: <https://www.gutenberg.org/files/3207/3207-h/3207-h.htm>.
- KINGSBURY B., KRISCH N., STWEART R.B. 2005. *The Emergence of Global Administrative Law*, en «Law & Contemporary Problems», 68 (3-4), 15 ss.
- LOUGHLIN M. 2003. *The Idea of Public Law*, Oxford University Press.
- MAZZAMUTO M. 2022. *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, en «Diritto & Questioni Pubbliche», XXII (2), 167 ss.
- MERKL A.J. 1980. *Teoría general del Derecho administrativo*, Editora Nacional (ed. or. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, Springer; primera edición en español, *Teoría general del derecho administrativo*, traducción de a cargo de E. Imaz y revisión a cargo de R. Fernández de Velasco y S. Royo, 1935, Editorial Revista de Derecho Privado).
- MORESO J.J. 2015. *Los límites de la tesis de la incorporación*, en «Doxa», 38, 265 ss.
- MORESO J.J. 2021. *Stato di diritto*, en CARUSO C., VALENTINI C. (eds), *Grammatica del costituzionalismo*, il Mulino, cap. IV.
- RAWLS J. 1999. *A Theory of Justice*, revised edition. Harvard University Press.
- SCHAUER F. 2015. *Legal Fictions Revisited*, en DEL MAR M. y TWINING W. (eds.), *Legal Fiction in Theory and Practice*, Springer, 113 ss.
- SUNSTEIN C., VERMEULE A. 2020. *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Harvard University Press.
- VALENTINI L. 2012. *Ideal vs. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map*, in «Philosophy Compass», 7/9, 2012, 654 ss.
- WILLIAMS B. 1978. *Politics and Moral Character*, en HAMPSHIRE S. (ed.), *Public and Private Morality*, Cambridge University Press, 55 ss.



# DISCUSSIONI / #2

*La prova ragionata* di Giovanni Tuzet

# Il giudizio probatorio come formazione complessa, disciplinata e probabilistica

Riflessioni a partire da Giovanni Tuzet, *La prova ragionata*

Evidentiary Judgement as a Complex, Disciplined and Probabilistic Production.  
Some Reflections Starting from Giovanni Tuzet, *La prova ragionata*

## GAETANO CARLIZZI

Giudice del Tribunale Militare di Napoli. Docente di Teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica e di Storia del pensiero giuridico moderno e contemporaneo nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

E-mail: [gaetanocarlizzi73@gmail.com](mailto:gaetanocarlizzi73@gmail.com)

### ABSTRACT

In questo articolo mi concentro sulle quattro tesi centrali dell'ultimo libro di Giovanni Tuzet, riassumibili nei termini seguenti: la prova giudiziaria forma oggetto sia di un'ostensione sia di un'inferenza; il giudizio probatorio è un macroragionamento originato da un'abduzione; l'inferenza alla migliore spiegazione possibile è il metodo preferibile della valutazione e della decisione probatoria; il ragionamento probatorio è tipicamente probabilistico. La mia opinione è che queste tesi, che mettono finalmente in piena luce aspetti della prova giudiziaria in genere trascurati o confusi, sono per molti versi condivisibili, ma anche meritevoli di discussione, specie con riguardo all'attività giudiziale. Così: accanto all'inferenza, più che l'ostensione delle parti, sembra occorrere la percezione e il ricordo del giudice; il giudizio probatorio di quest'ultimo, oltre a contenere una fase abduttiva in via soltanto eventuale, non si esaurisce in un'inferenza, ma ha anche una marcata impronta narratologica; lo schema dell'inferenza alla migliore spiegazione possibile non pare offrire al giudice direttive sufficientemente chiare per la valutazione e la decisione probatoria, a differenza del modello dell'induzione critica; il riconoscimento del carattere probabilistico del giudizio probatorio è un passo fondamentale, ma va completato con l'elaborazione di una metodologia adeguata.

In this paper I focus on the four main theses of Giovanni Tuzet's latest book, which can be summarized as follows: judicial evidence is the object of both an ostension and an inference; the evidentiary judgment is a macro-reasoning originating from an abduction; inference to the best explanation is the preferable method of evidentiary evaluation and decision; evidential reasoning is typically probabilistic. In my opinion these theses, which finally bring to light aspects of judicial evidence that are generally overlooked or confused, are in many ways acceptable, but also worthy of discussion, especially with regard to judicial activity. Thus: alongside the inference, rather than the ostension of the parties, the perception and memory of the judge seems to be needed; the evidentiary judgment of the latter, in addition to containing an abductive phase only if necessary, does not end in an inference, but also has a marked narratological imprint; the scheme of inference to the best explanation does not appear to offer the judge sufficiently clear directives for the evaluation and evidentiary decision, unlike the model of critical induction; the recognition of the probabilistic character of the evidentiary judgment is a fundamental step, but it must be completed through the development of an adequate methodology.

### KEYWORDS

giudizio probatorio, abduzione/deduzione/induzione, inferenza alla migliore spiegazione possibile, inferenza/narrazione, probabilità

evidentiary judgement, abduction/deduction/induction, inference to the best explanation, inference/narration, probability



# Il giudizio probatorio come formazione complessa, disciplinata e probabilistica

Riflessioni a partire da Giovanni Tuzet, *La prova ragionata*

GAETANO CARLIZZI

1. *Introduzione* – 2. *La prova giudiziaria come oggetto sia di un'ostensione sia di un'inferenza* – 3. *Il giudizio probatorio come macroragionamento originato da un'abduzione* – 4. *L'inferenza alla migliore spiegazione possibile come metodo della valutazione e della decisione probatoria* – 5. *Il giudizio probatorio come giudizio probabilistico.*

## 1. *Introduzione*

*La prova ragionata* (d'ora in poi: PR), l'ultimo libro di Giovanni Tuzet, da poco uscito per Giuffrè Francis Lefebvre, raccoglie dodici articoli che il filosofo del diritto ed epistemologo ferrarese ha pubblicato nel suo principale campo di ricerca, quello della prova giuridica<sup>1</sup>, tra il 2011 e il 2023.

La notazione cronologica non è accessoria, giacché consente di mettere in evidenza uno dei pregi di questo lavoro, tutt'altro che scontato: nonostante l'ampio arco temporale della sua gestazione, esso brilla non solo per chiarezza espositiva e acutezza analitica, ma anche per organicità discorsiva. In effetti, i suoi problemi e concetti salienti appaiono costantemente determinati in maniera uniforme, e comunque tale da prevenire le contraddizioni che spesso affliggono le sillogi di contributi diacronici.

La posizione fondamentale di Tuzet può essere riassunta come segue. Il giudizio probatorio<sup>2</sup> (o giudizio di fatto<sup>3</sup>), che nel processo mira soprattutto a stabilire se il fatto addotto dal suo promotore a sostegno delle proprie pretese di giustizia (cd. fatto principale) sia occorso, consiste in un ragionamento (di qui il titolo del volume) basato su dati ostensi al giudice e si caratterizza sotto un triplice profilo:

- è complesso, perché risulta dalla combinazione di inferenze eterogenee, alcune essenziali (abduzione, induzione, inferenza alla migliore spiegazione possibile), altre accidentali (deduzione), ma ciascuna contraddistinta da una propria funzione;
- è disciplinato in molteplici sensi: non solo da regole giuridiche (di ammissione, di assunzione, di valutazione e di decisione, queste ultime contenenti precisi standard probatori), ma anche da regole metodologiche, ulteriori rispetto alle prime, perché mai interamente codificabili, e che guidano il giudice nella fase finale di valutazione e di decisione;
- sfocia necessariamente in conclusioni di natura probabilistica, ossia della cui verità non possiamo mai essere certi in maniera assoluta.

Tra i tanti meriti del volume, spicca l'aver sistematizzato un complesso di temi che, nella teoria della prova giuridica, si trovano spesso trattati in modo incompleto e frammentario, quando non addirittura caotico. Ognuno di essi occupa un posto ben preciso, che gli consente di fare luce e di riceverne collegandosi a tutti gli altri, in una rete di relazioni agevolmente identificabile e percorribile.

In questa sede, senza alcuna pretesa di completezza o di profondità, intendo esaminare quelle

<sup>1</sup> V. anche il corso in materia TUZET 2022.

<sup>2</sup> In tema, v. POLI 2023, 35 ss.

<sup>3</sup> Sul punto, cfr. PASSANANTE 2020, 343 ss.

che considero le quattro tesi principali sostenute da Tuzet: la prova giudiziaria forma oggetto sia di un'ostensione sia di un'inferenza; il giudizio probatorio è un macroragionamento originato da un'abduzione; l'inferenza alla migliore spiegazione possibile è il metodo preferibile della valutazione e della decisione probatoria; il ragionamento probatorio è tipicamente probabilistico. A mio avviso, queste tesi sono per molti versi condivisibili, ma anche meritevoli di discussione, specie con riguardo all'attività del giudice. Correlativamente a esse, mi propongo dunque di argomentare che, nella prova giudiziaria: accanto all'inferenza, più che l'ostensione delle parti, sembra occorrere la percezione e il ricordo del giudice (§ 2); il giudizio probatorio di quest'ultimo, oltre a contenere una fase abduttiva in via soltanto eventuale, non si esaurisce in un'inferenza, ma ha anche una marcata impronta narratologica (§ 3); lo schema dell'inferenza alla migliore spiegazione possibile non pare offrire al giudice direttive sufficientemente chiare per la valutazione e la decisione probatoria, a differenza del modello dell'induzione critica (§ 4); il riconoscimento del carattere probabilistico del giudizio probatorio è un passo fondamentale, ma va completato con l'elaborazione di una metodologia adeguata (§ 5).

## 2. La prova giudiziaria come oggetto sia di un'ostensione sia di un'inferenza

La prima tesi è illustrata soprattutto nei capp. I-III, in cui emerge subito la matrice dell'intero volume: l'Autore intende trattare la prova giudiziaria in termini *filosofici*, ossia lumeggiarne gli aspetti ontologici e cognitivi (PR, 3), cosa essa è (una forma di conoscenza) e qual è la sua tipica modalità epistemica (ostensiva e inferenziale). In questo senso, una volta chiarito che il giudizio probatorio verte in particolare sulla proposizione affermatrice l'occorrenza del fatto principale<sup>4</sup>, esso presuppone, dapprima, che altri fatti siano presentati materialmente, ostensi al giudice (dichiarazione testimoniali, documenti, oggetti sequestrati ecc.), solo dopo e su questa base, che il giudice sviluppi una serie di ragionamenti intesi a stabilire se la suddetta proposizione abbia ricevuto sufficiente conferma.

La tesi è per molti versi condivisibile. Essa mira a evidenziare una peculiarità importante della prova giudiziaria: diversamente da altri soggetti (es.: matematico), il giudice non può limitarsi a lasciare che le parti gli presentino certe fonti di prova, dato che l'ostensione non lo condurrebbe oltre sé stessa, né può limitarsi a ragionare, dato che ha il compito di confrontarsi con tali fonti. D'altro canto, attenendomi al primo momento, giacché del secondo parlerò nel prossimo punto, non sono sicuro che la sua ricostruzione in termini ostensivi sia pienamente adeguata. La precisazione non costituisce una sottigliezza, perché Tuzet dedica all'ostensione un discorso assai raffinato (es.: chiarendo che può incarnarsi in gesti o parole, in particolare indicali come "egli", "qui", nonché dimostrativi come "questo", "quello": PR, 58 s.), ma che sembra non corrispondere perfettamente alla realtà giudiziaria.

Al riguardo occorre distinguere<sup>5</sup>: nella fase di *ammissione* della prove, a parte il fatto che le relative fonti sono identificate "per nome" (es.: il certificato rilasciato dal dott. Giovanni Verdi al pronto soccorso dell'ospedale "Cardarelli" in data 1/1/2023; il teste Mario Rossi), quel che più conta è che non vi è alcuna ostensione del relativo *contenuto* (cioè degli elementi da esse offerti), che solo rileva ai fini probatori; nella fase di *assunzione*, il contenuto delle fonti viene, sì, a galla, ma non sulla base di una vera e propria ostensione, bensì di una diretta interrogazione (es.: del teste), che peraltro può talora essere compiuta dal solo giudice (es.: se le parti non pongono domande al teste ammesso d'ufficio), o consultazione (es.: del documento, da parte del giudice che ne ha disposto l'acquisizione); nella fase di *discussione*, che è forse quella cui pensa principalmente Tuzet, le parti non si riferiscono a persone, documenti o cose materialmente presenti (dato

<sup>4</sup> Sul punto, cfr.: FERRUA 2017, 51; UBERTIS 2015, 55.

<sup>5</sup> Sulle principali fasi del subprocedimento probatorio, con riguardo al giudizio penale, cfr. TONINI, CONTI 2023, 264 ss.

che le prime hanno già deposto, i secondi sono dispersi nel fascicolo processuale, le terze conservate spesso in appositi uffici), bensì ai singoli contenuti ricavati (es.: dichiarazione testimoniale) o ricavabili (es.: frase riportata in un documento) da tali fonti, peraltro ricorrendo di regola, per ragioni più o meno strategiche, a una forma riassuntiva che li fa svanire nella loro identità originaria; nella fase di *decisione*, data l'assenza delle parti, il giudice recupera le informazioni utili ora con la memoria, ora con gli appunti che ha preso durante l'istruttoria, ora con i verbali di fonoregistrazione o stenotipici, ma in ogni caso senza alcun contributo ostensivo altrui. Insomma, è vero che le operazioni della prova giudiziaria non possono essere soltanto inferenziali, ma è pur vero che ciò che le completa sembra essere non tanto l'ostensione di parte, quanto la percezione o il ricordo del giudice, che peraltro ricadono su oggetti di volta in volta diversi, non tutti propriamente consistenti in elementi probatori (contenuti testimoniali o documentali, aspetti reali, affermazioni dei difensori, annotazioni proprie, trascrizioni di fonoregistrazioni ecc.).

### 3. Il giudizio probatorio come macroragionamento originato da un'abduzione

Questa è una delle tesi più interessanti del libro, perché offre finalmente al giurista una panoramica nitida delle componenti inferenziali del giudizio probatorio. Essa si dispiega nei primi quattro capitoli, dove peraltro alcuni termini-chiave (“deduzione” e “induzione”) assumono significati molteplici, sempre esplicitati, in modo da corrispondere alla varietà di accezioni in cui ricorrono nel lessico dei teorici. In estrema sintesi, secondo Tuzet, che anche qui si avvale dell'apparato categoriale di Charles S. Peirce, il giudizio probatorio non si struttura come un'inferenza unica, bensì come una serie di inferenze eterogenee, che si concatenano tra di loro e svolgono un ruolo ben preciso<sup>6</sup>. Ribadito che alcune di esse non possono mancare, mentre altre possono comparire occasionalmente, per stabilire se un'ipotesi fattuale, in particolare quella relativa al fatto principale, sia provata, occorre procedere come segue. Dapprima, bisogna formularla a partire dalle prove immediatamente disponibili e sulla base di criteri tratti dall'esperienza, poi, controllarla individuando le conseguenze che, sulla stessa base, dovrebbero presentarsi e riscontrando se esse si presentano o no. In breve, il ragionamento probatorio risale dalle prove all'ipotesi e discende da questa a ulteriori prove, assumendo una forma inferenziale diversa a seconda del momento considerato (gli esempi che seguono sono miei):

A) innanzitutto, quando va dalle prove immediatamente disponibili all'ipotesi, essa assume, di regola, la forma di un'*abduzione* ( $P \propto I; P$ ; probabilmente  $I -$  es.: se qualcuno fugge dal luogo del delitto, con una certa frequenza è il colpevole; l'imputato è fuggito dal luogo del delitto; probabilmente l'imputato è il colpevole), in via di eccezione<sup>7</sup>, la forma di una *deduzione per modus ponens* ( $P \rightarrow I; P; I -$  es.: tutte le volte che qualcuno è affetto da asbestosi, necessariamente è stato esposto all'asbesto; Tizio è affetto da asbestosi; Tizio è stato esposto all'asbesto);

B) in secondo luogo, le premesse maggiori delle inferenze abduttive e deduttive illustrate nei punti A) e C) sono in genere ricavate grazie a un'inferenza di un terzo tipo, che ha la forma di un'*induzione* (es.: Tizio è fuggito dopo aver ucciso Caio, Sempronio è fuggito dopo aver ucciso Mevio, Lucio è fuggito dopo aver scoperto per caso il cadavere di Muzio, ... , dunque, se qualcuno fugge dal luogo del delitto, con una certa frequenza è il colpevole; Tizio è risultato affetto da asbestosi dopo essere stato esposto all'asbesto, Caio è risultato affetto da asbestosi dopo essere stato esposto all'asbesto, ..., dunque tutte le volte che qualcuno risulta affetto da asbestosi, è stato esposto all'asbesto);

<sup>6</sup> Su questi “modelli di inferenza” (deduzione, induzione, abduzione), v. anche POLI 2022, 29 ss.

<sup>7</sup> Sull'eccezionalità di tali casi, cfr. anche TARUFFO 2020, 227.

C) infine, il controllo dell'ipotesi formulata in via abduttiva (quella formulata in via deduttiva ovviamente non ne ha bisogno) avviene attraverso un ragionamento che assume, di regola, la forma dell'*inferenza alla migliore spiegazione possibile* (non agevolmente schematizzabile, come vedremo nel § 4), oppure, in via di eccezione, quella di una *deduzione per modus ponens* basata su un bicondizionale ( $I \leftrightarrow P$ ;  $P$ ;  $I$  – es.: se e solo se l'acqua ha raggiunto i  $100^\circ$  C al livello del mare, bolle; l'acqua bolle; l'acqua ha raggiunto i  $100^\circ$  C al livello del mare) oppure *per modus tollens* ( $I \rightarrow P$ ; non- $P$ ; non- $I$  – si pensi alla prova d'alibi<sup>8</sup>, che peraltro, concepita in questi termini, si basa su un criterio probatorio costituito da una legge logica, se non ontologica, anziché empirico-induttiva: se qualcuno è il colpevole di un delitto, si è trovato nel contesto spazio-temporale della sua commissione; Tizio non si è trovato nel contesto spazio-temporale di commissione dell'omicidio di Caio; Tizio non è il colpevole dell'omicidio di Caio).

Prima di avanzare anche a questo proposito qualche osservazione, vorrei precisare quanto detto in precedenza circa la polisemia dei termini “deduzione” e “induzione”, la quale, se trascurata dal lettore, potrebbe indurlo all'erronea conclusione della presenza di un'incoerenza terminologica nel volume in esame. In sostanza, premesso che i termini “abduzione” e “inferenza alla migliore spiegazione possibile” sono usati in modo uniforme (e che qua e là fa capolino anche il riferimento alla possibilità di ricorrere a una quinta forma di inferenza, quella *analogica*: PR, 25, 53 nt. 15, 73<sup>9</sup>), sia “induzione” sia “deduzione” sono usati in modi alternativi ma non equivalenti.

Così, da un lato, “*induzione*” è usato: ora solo nel significato *principale* di inferenza che fornisce «generalizzazioni capaci di fungere da premesse maggiori di inferenze abduttive o deduttive» (PR, 25, nonché, analogamente, 51, 87); ora solo nel significato *secondario* di «process[o] di test e di conferma» (PR, 75, nonché, analogamente, 128); ora nell'uno e nell'altro senso (PR, 96, 106). Questa prima equivocità (dichiarata) si spiega tenendo conto che, mentre alcuni autori usano “induzione” per valorizzare la specifica funzione dell'inferenza generalizzante, dunque in senso stretto (corrispondente al suddetto significato principale), altri autori usano tale termine per ricomprendere genericamente tutte le inferenze prive di forza deduttiva, dunque in senso lato (corrispondente al suddetto significato secondario).

Dall'altro lato, sempre nel testo in esame, “*deduzione*” è usato: ora nel senso *principale generico* di inferenza «la [cui] conclusione segue in modo *necessario*» (PR, 86, nonché, analogamente, 128), con le *sottostanti specificazioni euristico-positiva* di «spiegazione [per *modus ponens*] degli elementi di partenza» (PR, 53), *critico-negativa* di «falsificazione [per] *modus tollens*» (PR, 53, 88), *critico-positiva* di inferenza che «da un'ipotesi [...] trae una conseguenza che se confermata sarebbe determinante» (PR, 89 e nt. 25); ora nel senso *secondario* di inferenza che trae «determinate conseguenze facendo previsioni su ulteriori fatti che, se riscontrati, confermerebbero l'ipotesi» (PR, 25, nonché, analogamente, 73, 75). Questa seconda equivocità (anch'essa dichiarata, ma più difficile da gestire) richiede una spiegazione maggiormente complessa. Occorre cioè tener presente, per un verso, che alcuni autori usano “deduzione” per valorizzare la specifica forza dell'inferenza a conclusione necessariamente vera se basata su premesse vere, dunque in senso stretto (corrispondente al suddetto significato principale generico), mentre altri autori usano lo stesso termine nel senso della previsione del metodo ipotetico-deduttivo-sperimentale tipico delle scienze “forti” (corrispondente al suddetto significato secondario e non adeguato all'ambito della prova giudiziaria, dato che le previsioni che si fanno in quest'ultimo non sono paragonabili a quelle della fisica, della chimica ecc.). Per altro verso, occorre tener presente che la deduzione come inferenza a conclusione necessariamente vera nel senso chiarito può essere usata in vari modi (*ponens* e *tollens*) e per vari fini (euristico, cioè per la scoperta di ipotesi a partire da certe

<sup>8</sup> Sul punto, v. TONINI, CONTI 2023, 260 s.

<sup>9</sup> Al tema il nostro Autore ha dedicato anche uno studio monografico: TUZET 2020.

prove, e critico, cioè per il controllo di tali ipotesi sulla base di prove ulteriori), suscettibili entro certi limiti di combinarsi tra di loro.

Svolti questi necessari chiarimenti concettuali, posso finalmente formulare alcune osservazioni, di nuovo modellate sulla mia personale esperienza processuale (penale e tributaria). La prima riguarda l'assunto secondo cui il descritto macroragionamento corrisponde effettivamente alle dinamiche della prova giudiziaria. Al riguardo occorre distinguere a seconda che quest'ultima sia intesa come *impresa collettiva* delle parti del processo oppure come impresa individuale del giudice. Nella prima prospettiva, che Tuzet mostra di voler seguire quando afferma che «autori come Twining hanno rivendicato il cosiddetto *total process model* per rendere conto del ragionamento probatorio nella sua complessità e mostrare le ristrettezze di un approccio che guardi solo al processo in senso stretto o addirittura alla sola motivazione redatta *ex post*» (PR, 90), egli ha certamente ragione. La prova, infatti, costituisce il risultato di una serie eterogenea di operazioni, alcune delle quali soltanto vengono compiute dal giudice. Così, ad esempio, nel processo penale, il controllo dell'ipotesi accusatoria, che il giudice deve compiere nel dibattimento, costituisce solo il momento culminante di un percorso che muove dall'abduzione della stessa ipotesi ad opera del pubblico ministero all'inizio delle indagini. D'altro canto, nella prospettiva del *singolo giudice* che vuole comprendere e svolgere ordinatamente la propria attività probatoria, il modello appena delineato rischia di essere una guida infedele. Esso, infatti, trascura che il punto di partenza di tale attività è costituito piuttosto da una o più ipotesi già formulate dalle parti, che il giudice deve soprattutto vagliare, rilevando se e quale di esse costituisca una spiegazione delle prove emerse rispettosa dello standard probatorio di turno. Ed è vero che il giudice può allora formulare una terza ipotesi sulla base di alcune di queste prove, controllarne la conformità al suddetto standard e, in caso positivo, recepirlo nella decisione finale; ma è pur vero che ciò costituisce uno sviluppo non solo puramente eventuale, ma soprattutto estraneo ad alcuni tipi di processo (in particolare, a quelli rigidamente basati sul principio dispositivo<sup>10</sup>).

Più sostanziale è un secondo rilievo critico che lo stimolante discorso del nostro Autore spinge a formulare. In breve: configurare la prova giudiziaria come un mero macroragionamento ne offre, a mio modesto avviso, un'immagine corretta ma incompleta. Il punto è che la prova giudiziaria non è solo *inferenza*, ma parimenti *narrazione*: essa non si esaurisce in una catena di ragionamenti, ma plasma quest'ultima nella fucina di un racconto che consente anche di selezionare i materiali che la costituiscono. Devo ammettere che per lungo tempo anch'io mi sono concentrato sui soli profili inferenziali della prova giudiziaria, salvo convincermi poi che sia le parti, sia il giudice, quando argomentano le proprie conclusioni probatorie, ricorrono, sì, a discorsi più o meno rigorosamente modellati sugli schemi dell'abduzione, della deduzione e/o dell'inferenza alla migliore spiegazione possibile (*rectius*: dell'induzione critica o eliminativa: cfr. § 4), ma sempre cementando tutti questi frammenti in un racconto complessivamente sensato, che finisce per assorbire la loro impronta inferenziale. È proprio perciò che, in un recente saggio sulla motivazione rafforzata nel processo penale, dopo aver evidenziato la necessità di elaborare un modello integrato di valutazione probatoria, narratologico-inferenziale<sup>11</sup>, per entrambe le operazioni fondamentali in cui quest'ultima si articola, la valutazione di attendibilità e la valutazione di persuasività, ho cercato di abbozzare tale modello col corredo di alcuni casi esemplificativi. Così, quanto alla valutazione di *persuasività*<sup>12</sup>,

<sup>10</sup> In tema, cfr. PATTI 2021, 54 ss.

<sup>11</sup> La valorizzazione delle componenti narratologiche della prova giudiziaria è una novità degli ultimi decenni. In Italia, cfr. TARUFFO 2009, 32 ss. Per una panoramica dei relativi temi, cfr. la collettanea HELMICH PEDERSEN *et al.* 2021.

<sup>12</sup> CARLIZZI 2022, 59 s.

«i criteri probatori e relative applicazioni dell'inferenza valutativa funzionano solo se risultano congruenti con una storia, che rappresenta una delle tante versioni di ciò che l'imputato potrebbe aver fatto. [...] Poniamo che Tizio sia imputato di omicidio per aver ucciso Caio e che a suo carico siano emersi con certezza, tra gli altri, i seguenti elementi: ingresso nell'abitazione di Caio a un'ora compatibile con quella della sua uccisione, presenza delle impronte digitali dell'uno sul corpo dell'altro e rapido allontanamento di Tizio dall'abitazione della vittima. Il giudice di primo grado potrebbe accogliere l'ipotesi difensiva e assolvere l'imputato applicando ai suddetti elementi la massima di esperienza secondo cui chi si spaventa per la scoperta casuale di un cadavere probabilmente fuggirà a gambe levate, ossia interpretandoli nella prospettiva di una narrazione sensata di cui essi rappresentano i momenti principali (prologo, svolgimento ed epilogo)».

D'altro canto, il modello narratologico-inferenziale può guidare anche la valutazione di *attendibilità*, che precede quella di persuasività, in quanto permette di selezionare le sole informazioni che secondo il giudice meritano di essere prese per vere<sup>13</sup>:

«un efficace esempio in tal senso è offerto dall'eccellente sentenza S.U. Dine [30 marzo 2022, n. 11586]. L'imputato era stato assolto in primo grado dall'accusa di omicidio, in quanto il giudice aveva ritenuto non credibili le dichiarazioni di una correa, valorizzando il presunto interesse di quest'ultima ad allontanare da sé e a far ricadere sullo stesso imputato la responsabilità del crimine. La Corte di assise di appello, dopo aver acquisito i verbali degli interrogatori resi dalla correa, nel frattempo deceduta, aveva ribaltato l'assoluzione [...]. In sostanza, per il giudice di seconde cure, solo inizialmente la correa non si era assunta la piena corresponsabilità del fatto, per soddisfare la richiesta di un altro dei partecipanti di occuparsi dei suoi figli, mentre in seguito aveva reso dichiarazioni che non solo confermarono il coinvolgimento suo e di tutti nella preparazione e nell'esecuzione dell'omicidio, ma soprattutto rivelavano particolari fino allora taciuti dagli altri (acquisto di manette per immobilizzare la vittima, uso delle stesse nell'appartamento in cui era stata torturata e uccisa, trasporto e occultamento del suo cadavere in una cava), che non avrebbe avuto senso comunicare se davvero avesse avuto intenzione di disculparsi e calunniare l'imputato. [In sostanza], il giudice di seconde cure ha svolto una critica interna della motivazione di primo grado, mostrando che la storia della calunnia autoassolutoria perpetrata dalla correa non quadrava con la reale evoluzione del suo comportamento, così finendo per risultare priva di plausibilità, insieme alla motivazione di primo grado che l'aveva accolta».

Ciò chiarito, è pur vero che, se si va oltre l'apparenza ingenerata dall'insistenza sulla dimensione inferenziale, il discorso di Tuzet risulta in armonia con approcci misti come quello narratologico-inferenziale. Al riguardo, segnalo solo due conferme. La prima è costituita dal caso al quale egli ricorre nel cap. III per esemplificare il proprio modello di macroragionamento probatorio, che trascorre, come detto, dalle prove all'ipotesi e dall'ipotesi alle prove. Si tratta, non accidentalmente, del caso inventato da Edgar A. Poe nel racconto *Gli omicidi della Rue Morgue*, un caso già strutturato dunque come una narrazione, che offre una pista ben precisa per selezionare e organizzare le inferenze necessarie a scoprire il vero colpevole del misfatto presentato al lettore (PR, 82-86). La seconda conferma della disponibilità di Tuzet a incorporare elementi narratologici nella propria concezione della prova giudiziaria risiede nella equidistanza che egli assume nel bel capitolo sulle metafore probatorie (cap. XI) rispetto ai due canoni emersi al riguardo nella cultura nordamericana. Mi riferisco, da un lato, al canone *atomistico*, secondo cui «ogni elemento di prova deve essere considerato di per sé, determinando quale sia il suo valore probatorio e quale sia il contributo da esso portato all'apprezzamento complessivo delle prove»; dall'altro, al canone *olistico*, secondo cui «ogni elemento di prova deve essere considerato congiuntamente

<sup>13</sup> CARLIZZI 2022, 61 s.

agli altri elementi, determinando una valutazione complessiva sui fatti da provare» (PR, 309)<sup>14</sup>. Sebbene il filosofo del diritto ferrarese non si esprima esattamente in questi termini, il suo discorso depone per l'idea, da un lato, che i due canoni corrispondano (o siano almeno analoghi) al modello inferenziale (incentrato sull'applicazione di criteri di matrice induttiva a ciascuna delle prove emerse) e, rispettivamente, al modello narratologico (incentrato sul riscontro nel complesso delle prove emerse di una congruenza di matrice stereotipica); dall'altro, che gli stessi canoni non siano incompatibili, bensì possano essere efficacemente combinati l'uno con l'altro.

#### 4. *L'inferenza alla migliore spiegazione possibile come metodo della valutazione e della decisione probatoria*

La questione che Tuzet si pone a questo livello è riassumibile così: posto che ciascun ordinamento prevede una molteplicità di gradi minimi di conferma da raggiungere per ritenere provata un'ipotesi fattuale (standard probatori), ciascuno valevole solo in certi tipi di processo, il metodo per stabilire quale grado consentono di raggiungere le prove raccolte (metodo di valutazione), dunque se esso corrisponda allo standard previsto (metodo di decisione), è uniforme oppure varia a seconda di questo standard?

La risposta, costruita soprattutto nei capitoli III, IX-XI, è intermedia: il metodo preferibile per la valutazione e la decisione probatoria è l'*inferenza alla migliore spiegazione possibile*<sup>15</sup> (d'ora in poi: IMSP), mentre ciò che cambia di volta in volta, grazie al fatto che la variabile costituita dall'aggettivo "migliore" si riempie di contenuti diversi a seconda dello standard probatorio di turno<sup>16</sup>, è il rigore dei riscontri richiesti nel compimento della suddetta inferenza.

La posizione del nostro Autore, ricostruita a grandi linee, è ancora una volta istruttiva per la sua chiarezza, nonché preziosa per la rete di collegamenti concettuali che consente di tracciare. Vorrei ora soffermarmi su alcuni suoi aspetti problematici. Il principale, a mio avviso, risiede nel fatto che il modello dell'IMSP non è dotato di sufficiente capacità direttiva. Più precisamente, se esso costituisce il cuore della valutazione e della decisione probatoria del giudice, è necessario che questi sia provvisto di istruzioni sufficientemente elastiche ma anche precise per svolgere il proprio compito. Ed è proprio qui che emerge il segnalato limite, peraltro ridimensionato dall'arricchimento nel corso del tempo della posizione del filosofo del diritto ferrarese, soprattutto grazie all'approfondimento del concetto di "probabilità" (cfr. § 5). In effetti, i quattro capitoli in esame traggono origine da saggi pubblicati in anni risalenti (tra il 2011 e il 2014) e offrono pertanto un'immagine non ancora del tutto raffinata dell'IMSP<sup>17</sup>. Così, nel cap. III, essa viene definita come segue (PR, 99):

«un processo inferenziale complesso che consiste nello scegliere, fra le varie ipotesi in competizione, quella che rende conto dei fatti noti nel modo *migliore*; un'ipotesi può essere tale in quanto è la più plausibile fra quelle in lizza, o la più semplice, o quella dotata di maggiore potere esplicativo o che copre un più ampio raggio di fenomeni. I criteri utilizzati possono variare a seconda del contesto; quello che non varia è che un'ipotesi non è mai valutata di per sé ma in riferimento a quelle con cui compete».

<sup>14</sup> In Italia, tra i primi ad approfondire l'alternativa suddetta, TARUFFO 1992, 281 ss.

<sup>15</sup> Al riguardo, v. anche TARUFFO 2020, 376 ss.

<sup>16</sup> Sul problema degli standard probatori, cfr. FERRER BELTRÁN 2021.

<sup>17</sup> Tale giudizio è estensibile alle formulazioni di non pochi dei filosofi che si sono occupati dell'IMSP, a cominciare dal classico HARMAN 1965; in termini più articolati, LIPTON 2004.

Con la consueta lucidità, dei segnalati limiti si rende conto lo stesso Tuzet, là dove, nel medesimo cap. III, afferma che il modello dell'IMSP, per essere pienamente proficuo, dovrebbe fare tre cose che non ha ancora fatto (PR, 102): «i) determinare il valore probatorio degli elementi a supporto delle ipotesi; ii) determinare i criteri con cui scegliere l'ipotesi migliore; iii) rendere conto del rapporto fra ipotesi migliore e standard probatorio». Sennonché, modelli per la valutazione e la decisione probatoria dotati di una maggiore capacità direttiva dell'IMSP sembrano già disponibili. Tra questi, particolarmente utile per il giudice mi pare essere quello dell'*induzione (lato sensu) critica*, nelle varie configurazioni e denominazioni che ha assunto in letteratura (si parla anche, tra l'altro, di "induzione eliminativa"<sup>18</sup>: PR, 133 s.). La relativa idea di fondo è semplice e mette a profitto anche considerazioni come quelle svolte in generale da Tuzet a proposito dell'inferenza probatoria quale macroragionamento<sup>19</sup>. Ogniqualvolta accadono fatti di un certo tipo, sulla base della ontologia, della logica oppure dell'esperienza (comune o scientifica) ci si attende che si presentino o non, necessariamente o probabilmente, fatti di un altro tipo, siano essi antecedenti (dichiarazioni anteriori a un'azione, moventi ricostruibili alla luce di essi e di altri elementi ecc.) o susseguenti (residui organici, impronte digitali, registrazioni su supporti di vario genere, osservazioni sensoriali di terzi ecc.), a meno che non si diano spiegazioni sensate del contrario. Questa ragionevole aspettativa giustifica il ricorso ai fatti del secondo e del terzo tipo, denominabili "*elementi di credito*" e, rispettivamente, "*elementi di discredito*", nonché alle spiegazioni sensate del loro contrario, denominabili "*quadrature*", per il controllo delle ipotesi relative all'occorrenza dei fatti del primo tipo, cioè dei fatti da provare.

Tale ricorso può avvenire allo stesso modo in tutti i tipi di processo, sicché la metodologia della *valutazione probatoria* è uniforme per ogni giudice. Quest'ultimo, infatti, è chiamato ad accertare, sia per il fatto da provare addotto dal promotore del processo, sia per il fatto contrario eventualmente addotto dalla controparte (o, se consentito, ipotizzabile dal giudice): se e quanti elementi di credito si sono presentati; se e quanti elementi di discredito sono mancati; se e quante quadrature si sono date per l'assenza di elementi di credito e/o per la presenza di elementi di discredito.

Prima di cercare di rendere più concreto questo complesso discorso mediante un caso esemplificativo, evidenzio che è soprattutto al presente livello che si coglie l'utilità di un approccio integrato alla valutazione probatoria, cioè *narratologico-inferenziale*. Infatti, posto che gli elementi di credito, gli elementi di discredito e le relative quadrature sono per ogni ipotesi numerosissimi, il giudice non dovrà tentare l'impresa impossibile di ottenerne un censimento e un riscontro completo, bensì dovrà operare una selezione. In altre parole, secondo il modello in esame, ogni ipotesi fattuale funge da cornice del proprio controllo, nel senso che gli elementi di credito, gli elementi di discredito e le relative quadrature da cercare devono essere non solo collegati a tale ipotesi attraverso un criterio probatorio (legge ontologica, logica o scientifica<sup>20</sup> oppure massima di esperienza<sup>21</sup>), ma anche congruenti con la specifica formulazione di quest'ultima.

A questo punto, è possibile mostrare attraverso un esempio l'ordine che il modello dell'*induzione critica* è in grado di imprimere alla valutazione probatoria del giudice. Prendiamo il caso che Tizio, imputato di omicidio, sia accusato di essere andato a casa di Caio, marito della propria amante Mevia, e di averlo ucciso con trenta colpi di pugnale intervallati da alcune colluttazioni, per poter realizzare il progetto, che coltivava da tempo, di sposare la donna (I'). Poniamo altresì che il difensore di Tizio ipotizzi invece che questi sia andato a casa di Caio per chiedergli pacificamente di lasciare Mevia, lo abbia trovato riverso sul pavimento, insanguinato e in fin di vita, abbia cercato inutilmente di tamponare le ferite e, non riuscendovi, sia scappato per chia-

<sup>18</sup> Per tale concetto, sulla scia di J.S. Mill, cfr. COHEN 1998, 36 ss.

<sup>19</sup> Il modello che segue è stato sviluppato in CARLIZZI 2018, 88 ss., e poi precisato in CARLIZZI 2021, 139 ss., soprattutto mediante l'introduzione del concetto di "quadratura".

<sup>20</sup> Sulle leggi scientifiche come criteri probatori, cfr., volendo, CARLIZZI 2019, 36 ss.

<sup>21</sup> Sui problemi derivanti dall'uso delle massime di esperienza a fini probatori, cfr. TARUFFO 2020, 247 ss.



mare i soccorsi ( $I^2$ ). Assumiamo, infine, che il giudice, terminata l'assunzione delle prove, non formuli una terza ipotesi. Ebbene, per superare il suddetto contrasto, il giudice deve assolvere quattro compiti per ciascuna delle due ipotesi.

Rispetto a  $I^1$ , deve accertare:

A) se e quanti dei seguenti *elementi di credito* siano presenti: segni di colluttazione sul corpo di Tizio e Caio; impronte digitali di Tizio sul pugnale usato per uccidere Caio; aggancio da parte del cellulare di Tizio della cella più vicina all'abitazione di Caio; percezione da parte dei vicini di Caio di urla o segnali simili; ripresa di Tizio nelle immagini dell'impianto di videosorveglianza condominiale di Caio; allontanamento precipitoso di Tizio dall'edificio; tracce di sangue di Caio su indumenti trovati in possesso di Tizio.

B) se e quante delle seguenti *quadrature* si diano simmetricamente per l'eventuale assenza dei suddetti elementi di credito: Tizio è stato indagato a distanza di qualche settimana; Tizio indossava dei guanti al momento del fatto; il cellulare di Tizio era spento o in uso a un familiare; i vicini di Caio erano partiti; la zona videosorvegliata aveva diversi punti ciechi; quasi tutti i condomini erano assenti e l'edificio si trovava in luogo isolato; tra l'omicidio di Caio e la perquisizione dei luoghi frequentati da Tizio è trascorsa, come detto, qualche settimana.

C) se e quanti dei seguenti *elementi di discredito* siano assenti: Tizio aveva manifestato a Mevia l'intenzione di troncare la loro relazione; Tizio aveva il terrore del sangue; Tizio era di corporatura esile, mentre Caio un energumeno.

D) se e quante delle seguenti *quadrature* si diano simmetricamente per la eventuale presenza dei suddetti elementi di discredito: Tizio in passato aveva già manifestato l'intenzione di lasciare Caia, ma poi era sempre tornato sui suoi passi, perché ne era soggiogato; Tizio aveva assunto una massiccia dose di cocaina un'ora prima del fatto; le colluttazioni di Caio col proprio assassino si sono svolte quando il primo, a causa delle coltellate subite, era ormai allo stremo delle forze.

D'altro canto, rispetto a  $I^2$ , il giudice ha quattro compiti del tipo di quelli appena illustrati, ossia accertare:

A) se e quanti dei seguenti *elementi di credito* siano presenti: Tizio aveva fissato un appuntamento con Caio; i vicini di Caio, all'ora del fatto, lo hanno sentito urlare il nome di una persona diversa da Tizio; sul corpo di Caio ci sono i segni dei tentativi di Tizio di tamponarne le ferite; Tizio ha fermato la prima persona che ha incontrato e le ha chiesto di telefonare a un ospedale per far inviare un'autoambulanza.

B) se e quante delle seguenti *quadrature* si diano simmetricamente per l'eventuale assenza dei suddetti elementi di credito: Tizio e Caio si conoscevano ed erano soliti scambiarsi visite senza preavviso; i vicini di Caio erano partiti per un viaggio; Tizio non era capace di tamponare le ferite sul corpo di Caio e si è limitato a scuoterlo; Tizio, poco dopo essersi allontanato con la propria auto, ha fatto un incidente.

C) se e quanti dei seguenti *elementi di discredito* siano assenti: Tizio e Caio non si conoscevano di persona; Tizio è andato a casa di Caio armato; a casa di Caio c'era un telefono fisso e Tizio aveva con sé un cellulare; quando Tizio si è allontanato, Caio era già morto.

D) se e quante delle seguenti *quadrature* si diano simmetricamente per la eventuale presenza dei suddetti elementi di discredito: Mevia aveva detto a Caio che Tizio era un suo amico; Tizio si era armato a scopo puramente difensivo, temendo di essere sopraffatto dal più corpulento Caio; in casa di Caio il telefono fisso era fuori uso e il cellulare di Tizio non aveva campo; quando Tizio si è allontanato, che Caio fosse già morto, non era immediatamente percepibile, dato che era appena spirato.

In questa sede non posso commentare i suddetti elementi, di credito e di discredito, e le relative quadrature, anche perché confido nella sagacia del lettore. Piuttosto, mi interessa mettere in evidenza due cose. Innanzitutto, come volevasi dimostrare, tutti questi dati non sono stati selezionati e organizzati semplicemente perché connessi alla specifica ipotesi da provare da un certo criterio probatorio, ma anche e soprattutto per la loro congruenza con tale ipotesi<sup>22</sup>. In secondo luogo, una volta compresa la logica interna del modello di valutazione proposto (che è poi la logica che i giudici e gli appassionati di *crime story* seguono da sempre, spesso senza esserne pienamente consapevoli), la sua applicazione non presenta difficoltà speciali, se non nella immaginazione e classificazione dei copiosi fatti rilevanti come elementi di credito, di discredito e quadrature dell'una o dell'altra ipotesi. Anzi, a ben vedere, nella sua schematicità, tale modello sembra suscettibile di funzionare anche in ambiente informatico e di assicurare una valutazione probatoria di tipo baconiano, dunque più intellegibile per il giurista e l'uomo comune, senza per questo rinunciare del tutto al rigore che caratterizza le valutazioni di stampo bayesiano e, più in generale, pascaliano (su questa alternativa, v. ancora § 5).

D'altro canto, se, come detto poco sopra, la metodologia della valutazione probatoria è essenzialmente la stessa in ogni tipo di processo, ciò che invece varia da processo a processo è la metodologia della *decisione* probatoria<sup>23</sup>. Una cosa sembra certa: dato lo stretto nesso esistente tra le due attività, il modello seguito per la seconda deve essere coordinato con quello seguito per la prima. Anche tale esigenza può esprimersi in termini generali, dicendo che mentre il modello di valutazione indica al giudice cosa deve *cercare*, il metodo di decisione gli indica cosa deve *trovare*. Con riguardo all'induzione critica, ciò significa che mentre il metodo di valutazione chiede al giudice, come detto, di accertare se e quanti elementi di credito, di discredito e relative quadrature sono presenti o assenti per le ipotesi fattuali in competizione, il metodo di decisione stabilisce quali e quanti di tali dati devono ricorrere e/o possono mancare affinché il giudice possa ritenere provata l'una o l'altra ipotesi. La genericità di quest'ultima formula si spiega col fatto che il metodo di decisione non solo deve essere in armonia con quello di valutazione, ma risente anche dello standard probatorio vigente nel processo di turno (sui principali standard probatori, cfr. PR, 226-242). In questo senso, è chiaro che in un processo, come quello penale, dove vige lo standard più rigoroso della "prova oltre ogni ragionevole dubbio"<sup>24</sup> (d'ora in poi: *PORD*), la generica pretesa suddetta che il metodo di decisione sempre avanza, indicando quali e quanti elementi di credito, di discredito e relative quadrature devono ricorrere e/o possono mancare per poter ritenere provata l'ipotesi accusatoria, si riempie di contenuti ben diversi da quelli vevoli nel processo civile, amministrativo o tributario, dove di regola vige invece lo standard meno esigente dell'ipotesi "più probabile che non"<sup>25</sup>.

In questa sede non posso raffrontare e approfondire i metodi di decisione corrispondenti a questi due standard (e agli altri intermedi concepibili o vigenti in altri ordinamenti, come quello operante per alcune controversie civili nel sistema giudiziario americano, lo standard della "prova chiara e convincente", sul quale v. PR, 228 s.), sicché mi limiterò a svolgere qualche considerazione in relazione al solo *standard PORD*. A mio avviso, la pretesa di "certezza ottimale" avanzata dal principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio<sup>26</sup>, di cui tale standard è espressione, è presa sul serio se si ritiene che l'ipotesi accusatoria sia sufficientemente provata solo nel concorso di due condizioni. Così, da un lato, con riguardo alla stessa ipotesi accusatoria, occorre non solo che sia emersa la parte maggiore e narratologicamente più significativa dei suoi elementi di credito e/o siano state trovate quadrature per gli elementi assenti, ma anche che non sia emersa

<sup>22</sup> Sull'uso di tale concetto in ambito probatorio, cfr. TARUFFO 1992, 293 ss.

<sup>23</sup> Sugli specifici problemi della decisione, cfr. TARUFFO 2020, 357 ss.

<sup>24</sup> Sul punto, sia consentito nuovamente il rinvio a CARLIZZI 2018, 49 ss.

<sup>25</sup> Su questo standard, cfr. POLI 2022, 42 ss.

<sup>26</sup> CARLIZZI 2018, 88 ss.

la parte maggiore e narratologicamente più significativa dei suoi elementi di discredito e/o siano state trovate quadrature per gli elementi presenti; dall'altro lato, con riguardo alla ipotesi difensiva, occorre non solo che i suoi elementi di credito narratologicamente più significativi non siano emersi (le quadrature di tali assenze contribuiscono invece solo ad accreditare l'ipotesi difensiva per l'assoluzione "piena" prevista dall'art. 530, comma 1 c.p.p.), ma anche, qualora tali elementi di credito si siano invece presentati, che sia nondimeno emersa la parte maggiore e narratologicamente più significativa degli elementi di discredito della stessa ipotesi difensiva e che per essi non siano state trovate quadrature.

Mi rendo perfettamente conto che questa formula *decisoria* è ben più difficile da gestire dello schema proposto per la *valutazione* probatoria. Ciò non solo perché ampia, densa e intricata, ma soprattutto perché contiene un concetto vago come quello di "elementi narratologicamente più significativi". Tuttavia, allo stato, mi pare che non ci siano molte formule discorsive prive di questi difetti e che quella in esame abbia almeno il pregio di ammonire il giudice sui rigorosi riscontri che è tenuto a trovare prima di pronunciare una sentenza di condanna.

## 5. Il giudizio probatorio come giudizio probabilistico

Le parti dello stimolante volume in commento dedicate al carattere probabilistico del giudizio probatorio, ossia il cap. IV, sulla prova per presunzioni, il cap. VII, sulle prove esperte, e, soprattutto, il cap. VIII, intitolato *Prova e probabilità*, sono tra le più interessanti, anche perché, come anticipato nel § 4, raffinano e perfezionano il discorso metodologico del nostro Autore sulla valutazione e sulla decisione probatoria. Non a caso, esse corrispondono a saggi pubblicati negli anni più recenti, tra il 2021 e il 2022, dunque riflettono le sue idee più meditate e mature.

Così, iniziando dal cap. IV, la ragione per la quale la prova per presunzioni<sup>27</sup> è intimamente connessa al carattere probabilistico del giudizio probatorio è subito esposta da Tuzet. Preliminarmente egli chiarisce che per "presunzione" (figura privatistica affine a quella penalistica dell'indizio)<sup>28</sup> il codice civile, nonché la dottrina e la giurisprudenza intendono di volta in volta l'una o l'altra di quattro cose diverse: un intero ragionamento, la sua conclusione (art. 2727 c.c.: «conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato»), la sua premessa minore (proposizione relativa al fatto secondario, nell'art. 2729 c.c.: «[il giudice] non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti») o la sua premessa maggiore (regola-ponte o criterio probatorio).

Ciò posto, Tuzet evidenzia che la *conclusione* del ragionamento presuntivo di regola ha carattere probabilistico, in quanto il *criterio* probatorio di cui questo si avvale stabilisce una connessione non universale tra un fatto secondario e il fatto da provare (quando si va dalle prove all'ipotesi: FS → FP) oppure tra questo e quello (quando si va dall'ipotesi alle prove: FP → FS). È proprio per la tendenziale non conclusione delle presunzioni che il codice civile, questa volta considerandole come contenuto della *premissa minore* del ragionamento probatorio, esige che esse siano «gravi, precise e concordanti» (art. 2729 cit.)<sup>29</sup>. Qui emerge un problema di grande interesse, tipico degli ordinamenti, come il nostro, che fissano tale triplice requisito non solo per le presunzioni privatistiche, ma anche per i loro cugini penalistici, ossia gli indizi (cfr. art. 192, comma 2 c.p.p.)<sup>30</sup>. Come si spiega questa equiparazione di disciplina, se gli standard probatori vevoli nel processo civile e nel processo penale sono diversi (cfr. § 4)? La risposta di Tuzet è che «deve trattarsi di *diversa* gravità, precisione e concordanza. Una gravità, per dire, che non si concreti nel

<sup>27</sup> In tema, cfr. altresì: PATTI 2021, 764 ss.; POLI 2022, 26 ss.; TARUFFO 2020, 227 ss.

<sup>28</sup> Su questa figura, cfr. UBERTIS 2022, 156 ss.

<sup>29</sup> Sul punto, cfr. TONINI, CONTI 2023, 259 s.

<sup>30</sup> Al riguardo, cfr. UBERTIS 2015, 103 ss.

superamento di una soglia probabilistica prossima a 1, ma nel superamento dello 0,5 o di altra soglia inferiore a quella penale» (PR, 125).

La risposta è convincente e può essere formulata anche da un altro punto di vista, ossia dicendo che i concetti di «gravità, precisione e concordanza» sono concetti *quali-quantitativi* e *vaghi* (come “calvo”, “slanciato”, “tozzo”), ossia indicanti una qualità graduabile richiesta in una misura minima non predeterminabile con esattezza, anche perché mutevole in base al contesto. Più precisamente, nei vari tipi di processo (civile, penale, amministrativo e tributario), le qualità corrispondenti ai tre suddetti requisiti devono emergere in misura più o meno intensa, a seconda della maggiore o minore severità dello standard probatorio di volta in volta vigente. Semplificando, una volta attribuito a «gravi, precisi e concordanti» un certo significato, nel processo penale le qualità così determinate dovranno presentarsi nella misura massima concepibile, mentre nel processo civile in una misura rispettosa dello standard “più probabile che non”. Ma se è così, se cioè tutto il discorso sfocia nello standard probatorio di turno, forse è giunto il momento di lasciare che questo ingombrante trittico venga assorbito dal modello di valutazione e di decisione probatoria che si ritenga più adeguato al suddetto standard. In altre parole, una volta messo a punto per tali operazioni uno schema raffinato e modulabile per ciascuno degli standard probatori vigenti (cfr. § 4), continuare a interrogarsi altresì sui concetti di «gravità, precisione e concordanza» sembra essere superfluo (come dimostra la sporadicità con cui la giurisprudenza di merito fa i conti con essi), se non addirittura fuorviante.

All’inizio del presente paragrafo si è detto che la natura probabilistica del *giudizio* probatorio dipende dal tenore probabilistico del *criterio* (regola-ponte) di cui esso si avvale (es.: se qualcuno fugge dal luogo del delitto, con una certa frequenza – non sempre – è il colpevole). La principale questione che si pone al riguardo, affrontata da Tuzet ancora nel cap. IV, concerne il rapporto tra le due forme di probabilità così correlate, quella relativa al giudizio e quella relativa al criterio che consente di trarlo<sup>31</sup>. Nella letteratura di teoria della prova, essa è stata impostata in due diverse prospettive. Da un lato, in una prospettiva *epistemologica*, dove si rileva che, mentre la probabilità espressa dal criterio probatorio ha carattere *statistico*, consistendo nella frequenza relativa con cui fatti di un certo tipo (es.: fuga dal luogo di un omicidio) discendono da fatti di un altro tipo (es.: uccisione commessa dal fuggiasco), la probabilità espressa dal giudizio tratto grazie a tale criterio ha invece carattere *logico*, consistendo nel sostegno che questo è in grado di fornire alla conferma di quello<sup>32</sup>. Dall’altro lato, in una prospettiva *metodologica*, dove, mentre i fautori dell’approccio *pascaliano* (e, più in generale, matematico) ritengono che la probabilità statistica e quella logica siano parimenti quantificabili e che la prima condizioni la seconda, i fautori dell’approccio *baconiano* ritengono, all’opposto, che la probabilità logica, a differenza di quella statistica, non sia quantificabile, bensì debba essere determinata in termini discorsivi (“poco probabile”, “molto probabile”, “quasi certo” ecc.), attraverso un procedimento di selezione basato sull’esperienza (l’“induzione eliminativa” evocata nel § 4 e analoga all’induzione critica ivi illustrata)<sup>33</sup>.

Ciò posto, anche qui si impongono alcune osservazioni. Innanzitutto, a ben vedere, le due prospettive dicotomiche appena tratteggiate non sono contrapposte, bensì complementari: nella prima emerge che la probabilità statistica e quella logica sono di natura diversa, mentre nella seconda risulta che possono considerarsi subordinate l’una all’altra (approccio pascaliano) oppure relativamente autonome l’una dall’altra (approccio baconiano). In secondo luogo, questo complesso di nozioni è stato recepito in una maniera solo in apparenza ibrida dalla celeberrima sentenza Franzese, pronunciata dalle Sezioni Unite penali nel 2002. In effetti, è vero che,

<sup>31</sup> Sulle varie forme di probabilità nella prova giudiziaria, cfr. POLI 2022, 34 ss.; TARUFFO 2020, 273 ss.; UBERTIS 2015, 8 ss.

<sup>32</sup> La distinzione risale a CARNAP 1969, 612 ss., ed è stata ripresa da HEMPEL 1986, 78 ss.

<sup>33</sup> La contrapposizione tra un approccio pascaliano e un approccio baconiano al tema della probabilità è stata tracciata da COHEN 1998, 5 ss. Tra i primi a recepirla in Italia, TARUFFO 1992, 199 ss.

nell'affrontare il problema della prova del nesso causale tra la condotta ascritta all'imputato (specie omissiva) e l'evento, le Sezioni Unite hanno chiesto a tal fine sia la disponibilità di un criterio probatorio almeno probabilistico, espressivo della causalità cd. generale (legge scientifica, massima di esperienza, rilevazione epidemiologica), sia l'esclusione di tipo baconiano di spiegazioni causali alternative, espressiva della cd. causalità individuale. Ma è pur vero che, ammettendo che col suddetto criterio probatorio possano farsi valere anche frequenze medio-basse di successione, le Sezioni Unite hanno mirato a relativizzare l'influsso della probabilità statistica su quella logica (paradigmatico nella letteratura penalistica è l'atroce caso della suora bosniaca che scoprì di essere affetta dall'HIV dopo essere stata violentata da un soldato serbo: dato che il suo carnefice era affetto dall'HIV e che ella aveva vissuto ritirata prima del contagio, la violenza fu considerata causa di quest'ultimo, nonostante il fatto che la probabilità statistica di contrarre l'HIV con un singolo rapporto sessuale fosse inferiore all'1%). In terzo luogo e soprattutto, condivido senz'altro la convinzione di Tuzet secondo cui, sul terreno della probabilità (PR, 132): «il problema per noi principale [...] è quello di tradurre un apparato formale come quello di Carnap in una serie di indicazioni operative per decisori non solo umani ma anche non particolarmente avvezzi a questioni logico-matematiche». Tuttavia, ritengo pure che i criteri di selezione proposti nel capitolo in esame (cioè la pretesa che l'ipotesi da provare sia coerente internamente, coerente con la conoscenza di sfondo, dotata di supporto empirico e dotata di successo predittivo: PR, 134-136) continuino a scontare la vaghezza di quelli formulati nei capitoli dedicati all'IMSP (cfr. § 4), e pertanto non offrano ancora una guida sicura per la valutazione e la decisione probatoria del giudice.

Come anticipato, il problema della probabilità viene ripreso nel cap. VII, dedicato alle *prove esperte*, e approfondito nel cap. VIII, intitolato *Prova e probabilità*. Concentrandoci su quest'ultimo, esso offre una panoramica delle principali concezioni della probabilità non solo molto chiara, ma anche assai utile, dato che esse formano ormai una selva nella quale è difficile orientarsi. In questo senso, il nostro Autore ricorre alla *summa divisio* tra *oggettivismo*, nelle sue varianti *classica* (rapporto casi favorevoli/casi possibili), *frequentista* (frequenze relative misurate statisticamente) e *logicista* (rapporto logico sulla base dell'evidenza empirica disponibile), e *soggettivismo*, di cui pure si conoscono diverse versioni, in particolare quella *radicale* che concepisce la probabilità come grado di credenza in una proposizione, e quella *moderata* che la intende come mera credibilità.

Fatte queste precisazioni, Tuzet individua con lucidità i principali limiti delle suddette concezioni. Così, le concezioni *soggettiviste* condividono il limite di non essere in grado di fornire ciò che è fondamentale in ambito giuridico, ossia una giustificazione delle assegnazioni di probabilità (PR, 222). Nell'ambito delle concezioni *oggettiviste*, prescindendo dalla rudimentale variante *classica*, adatta soprattutto a contesti con casi equiprobabili come quelli delle scommesse (PR, 220), le restanti varianti sono parimenti insoddisfacenti. Da un lato, quella *frequentista* sconta il limite di non poter determinare da sola la classe di riferimento rilevante (es.: per stabilire la probabilità che un fumatore contragga il cancro ai polmoni bisogna far riferimento all'intera classe dei fumatori oppure alla sola sottoclasse dei fumatori con le sue stesse caratteristiche fisiche? Ancora, seguendo la seconda soluzione, quali caratteristiche bisognerà considerare significative per la statistica in esame?) (PR, 224). Dall'altro lato, per quanto la concezione *logicista*, specie nella sua configurazione baconiana, appaia più adatta alle esigenze del processo, anch'essa sconta un limite, la dipendenza dall'ampia discrezionalità del giudice (esplicitamente in questo senso: PR, 144).

È perciò che il nostro Autore ritiene opportuno esplorare i nuovi territori della teoria della prova giudiziaria, in particolare la concezione "*plausibilista*" di Ron J. Allen e Michael S. Pardo, che egli caratterizza nei termini seguenti (PR, 243):

«le ipotesi sono valutate lungo una scala ordinale di plausibilità – non lungo una scala di probabilità cardinali – e tali valutazioni, inevitabilmente contestuali, si avvalgono di criteri come la coerenza, la

compatibilità con la conoscenza di sfondo, la completezza del quadro probatorio, l'attendibilità dei processi cognitivi rilevanti».

Ora, nel suo sforzo di fare a meno del problematico concetto di "probabilità", il plausibilismo costituisce senz'altro una novità teorica interessante. Tuttavia, ancora una volta, ho l'impressione che i criteri proposti al riguardo non siano in grado di risolvere il problema a mio avviso più spinoso della nostra materia, un problema sviscerato col contributo decisivo degli studi di Tuzet: in che modo il giudice deve apprezzare le prove e stabilire se esse confermino a sufficienza una delle ipotesi in giudizio?

*Riferimenti bibliografici*

- CARLIZZI G. 2018. *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bonomo.
- CARLIZZI G. 2019. *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- CARLIZZI G. 2021. *Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penale*, in LUPÀRIA DONATI L. (ed.), *L'errore giudiziario*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- CARLIZZI G. 2022. *L'obbligo di motivazione rafforzata nel processo penale. Un contributo teorico-generale*, in «Sistema penale», 11, 2022, 39 ss.
- CARNAP R. 1969. *Le interpretazioni statistica e logico-induttiva della probabilità*, in PASQUINELLI A. (ed.), *Il Neoempirismo*, Utet (ed. or. *Statistical and Inductive Probability*, 1955, s.e.).
- COHEN L.J. 1998. *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Giuffrè (trad. it. di P. Garbolino; ed. or. *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford University Press, 1989).
- FERRER BELTRÁN J. 2021. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons.
- FERRUA P. 2017. *La prova nel dibattimento penale, Volume I, Struttura e procedimento*, Giappichelli.
- HARMAN G. 1965. *The Inference to the Best Explanation*, in «Philosophical Review», 74, 1965, 88 ss.
- HELMICH PEDERSEN F., INGEBRIGSTEN E., GEPHART W. (eds.) 2021. *Narratives in the Criminal Process*, Vittorio Klostermann.
- HEMPEL C.G. 1986. *Aspetti della spiegazione scientifica*, Il Saggiatore (trad. it. di A. Gargani; ed. or. *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*, The Free Press, 1965).
- LIPTON P. 2004. *Inference to the Best Explanation*, Routledge.
- PASSANANTE L., 2020. *Giudizio di fatto e Cassazione sostitutiva*, in AA.VV., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti. Atti del XXXII Convegno nazionale. Messina, 27-28 settembre 2019*, Bononia University Press, 343 ss.
- PATTI S. 2021. *Le prove*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- POLI R. 2022. *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, in PATTI S., POLI R. (eds.), *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Giappichelli, 3 ss.
- POLI R. 2023. *La valutazione delle prove e il suo controllo in Cassazione*, in «Jus Civile», 1, 2023, 34 ss.
- TARUFFO M. 1992. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè.
- TARUFFO M. 2009. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza.
- TARUFFO M. 2020. *Verso la decisione giusta*, Giappichelli.
- TONINI P., CONTI C. 2023. *Manuale di procedura penale*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- TUZET G. 2020. *Analogia e ragionamento giuridico*, Carocci.
- TUZET G. 2022. *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli.
- UBERTIS G. 2015. *Profili di epistemologia giudiziaria*, Giuffrè.
- UBERTIS G. 2022. *Il ragionamento indiziario nel processo penale*, in PATTI S., POLI R. (eds.), *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Giappichelli, 156 ss.

# Ostensione, inferenza, probabilità

## Una risposta a Gaetano Carlizzi

Ostension, Inference, and Probability. A Response to Gaetano Carlizzi

**GIOVANNI TUZET**

Professore ordinario di filosofia del diritto, Università “Luigi Bocconi” di Milano.

E-mail: [giovanni.tuzet@unibocconi.it](mailto:giovanni.tuzet@unibocconi.it)

### ABSTRACT

Il testo risponde a un intervento di Gaetano Carlizzi in merito al mio libro “La prova ragionata” (2023). Quattro tesi centrali del libro sono distinte, assieme ai rispettivi rilievi critici di Carlizzi, che riguardano: 1) il ruolo dell’ostensione probatoria, 2) il ruolo dell’abduzione nel ragionamento probatorio, 3) l’utilità dello schema dell’inferenza alla migliore spiegazione, 4) il carattere probabilistico del giudizio probatorio. Sui primi due punti sostengo che non c’è una significativa divergenza fra le idee di Carlizzi e le mie; sugli altri due, invece, affermo che c’è una divergenza a cui cerco di rispondere sostenendo che – su 3) – il modello dell’induzione critica proposto da Carlizzi non mi sembra avere vantaggi rispetto allo schema dell’inferenza alla migliore spiegazione, e che – su 4) – l’appello di Carlizzi a una metodologia adeguata mi sembra motivato dal desiderio di “chiudere” una questione che rimane inevitabilmente aperta.

The text responds to a paper by Gaetano Carlizzi regarding my book “La prova ragionata” (2023). Four central theses of the book are distinguished, together with the critical remarks that Carlizzi develops in those respects, namely on: 1) the role of probatory ostensions, 2) the role of abduction in evidential reasoning, 3) the utility of the scheme of inference to the best explanation, 4) the probabilistic character of evidential judgments. On the first two points I maintain that there is no significant divergence between Carlizzi’s ideas and mine. On the other two, instead, I claim there is a divergence I try to respond to by maintaining that – on 3) – the model of critical induction proposed by Carlizzi does not seem to have advantages compared to the scheme of inference to the best explanation, and that – on 4) – Carlizzi’s appeal for an adequate methodology seems to be motivated by the desire to “close” a question that remains inevitably open.

### KEYWORDS

inferenza, ostensione, probabilità, prova

inference, ostension, probability, evidence



# Ostensione, inferenza, probabilità

## Una risposta a Gaetano Carlizzi

GIOVANNI TUZET

Gaetano Carlizzi, con il suo raro acume, il suo tipico ordine espositivo e la sua consueta gentilezza, mi onora di un intervento critico sul mio recente libro “La prova ragionata”<sup>1</sup>. I temi e i profili sono quelli del ragionamento probatorio, con una speciale attenzione alla prova penale.

Un’amicizia di ormai lunga data – ma non lunghissima! siamo ancora relativamente giovani – mi lega a Gaetano; per cui rispondere alle sue osservazioni non è solo un dovere intellettuale ma anche un’occasione di rinnovato incontro e fraterno scambio.

Dato che Carlizzi offre una ricostruzione molto buona del libro e delle sue tesi centrali, non spenderò diverse parole per ulteriori sintesi. Mi limito a segnalare i punti che Carlizzi considera: 1) il ruolo dell’ostensione probatoria, 2) il ruolo dell’abduzione nel ragionamento probatorio, 3) l’utilità dello schema dell’inferenza alla migliore spiegazione, 4) il carattere probabilistico del giudizio probatorio.

Sul primo punto, il libro sostiene che un aspetto essenziale e tipico del ragionamento probatorio in sede giuridica è l’attività ostensiva con cui vengono mostrati elementi di prova ai giudicanti. Sul secondo punto, sostengo che l’inferenza abduttiva svolge un ruolo cruciale nel ragionamento probatorio. Sul terzo, sostengo che nel suo complesso il ragionamento probatorio può essere utilmente inteso come un’inferenza alla migliore spiegazione. Sul quarto e ultimo punto, il libro sostiene che il giudizio probatorio, al termine dell’attività ostensiva e inferenziale, ha tipicamente un carattere probabilistico che va connesso agli opportuni esiti decisionali in base a oneri e standard di prova.

Sui quattro punti così distinti Carlizzi sviluppa alcuni rilievi critici che muovono da una riflessione sul *giudizio* probatorio e che si possono così sintetizzare: 1) più che l’ostensione probatoria, contano la percezione e il ricordo del giudice; 2) il giudizio probatorio non si esaurisce in un’inferenza, giacché si caratterizza anche per una marcata impronta narratologica; 3) lo schema dell’inferenza alla migliore spiegazione non offre al giudice direttive sufficientemente chiare per la valutazione e la decisione probatoria, a differenza del modello dell’induzione critica; 4) il riconoscimento del carattere probabilistico del giudizio probatorio va integrato con l’elaborazione di un’adeguata metodologia.

Ora, sui primi due punti sostengo nel prosieguo che non v’è una significativa divergenza fra le idee di Carlizzi e le mie. Affermo invece, sugli altri due, che c’è una divergenza a cui cerco pertanto di replicare. Sul terzo punto dirò che il modello dell’induzione critica proposto da Carlizzi non mi pare avere vantaggi significativi rispetto allo schema dell’inferenza alla migliore spiegazione. Sul quarto punto dirò che l’appello di Carlizzi a un’adeguata metodologia mi sembra motivato dal desiderio di “chiudere” una questione che rimane, ahinoi, inevitabilmente aperta.

Spenderò nell’ordine meno spazio sui primi due punti, data quella che mi sembra essere una sostanziale convergenza fra le nostre idee. Mi intratterrò maggiormente sui punti restanti.

Sull’*ostensione* probatoria, ossia il punto 1), credo che non vi sia significativa divergenza fra le idee in gioco poiché la percezione e il ricordo del giudice sono una parte della relazione cognitiva su cui intendevo porre l’attenzione. Quando una parte processuale procede all’ostensione di un elemento

<sup>1</sup> Cfr. CARLIZZI 2023 e TUZET 2023. In tema mi permetto di rimandare anche a TUZET 2022; si vedano inoltre CARLIZZI 2018 e CARLIZZI 2022.

o di una fonte di prova lo fa appunto perché il giudicante possa percepire quanto viene mostrato, per poterne poi sviluppare delle inferenze probatorie, nell'auspicio che il giudicante abbia un ricordo corretto di quanto percepito e che le conclusioni inferenziali così tratte siano giustificate.

Come scrivevo<sup>2</sup>, credo che questa sia la struttura logica di tale relazione cognitiva: *A* mostra *B* a *C* nel contesto *D* per compiere l'inferenza *E*. *A* è la parte che mostra un elemento o fonte di prova; *B* è l'elemento o fonte di prova; *C* è il giudicante al quale si mostra l'elemento o fonte di prova; *D* sono le coordinate spaziotemporali, definite dal diritto, in cui ha luogo l'ostensione; *E* è l'inferenza che ci si aspetta che il giudicante compia in base a quanto presentatogli. Tale struttura implica, naturalmente, che *C* percepisca adeguatamente quanto gli viene mostrato e che ne abbia un ricordo corretto nel momento in cui ne trae delle inferenze. Ciò non mette al riparo da errori. Anzi, in altra parte del libro (a proposito della prova dichiarativa) ho sottolineato come i giudicanti possano errare nell'intendere e ricordare quello che i testimoni riferiscono loro; questi possibili errori si sommano a quelli in cui possono incorrere i testimoni stessi<sup>3</sup>.

Carlizzi ricorda opportunamente le diverse fasi dell'attività probatoria (ammissione, assunzione, discussione, decisione) e osserva che, se l'ostensione ha un ruolo interessante, ciò non riguarda in egual modo tutte le fasi così distinte<sup>4</sup>. In linea di principio non sono in disaccordo con questo e direi che l'ostensione gioca il proprio ruolo nelle fasi dell'assunzione (quando vengono mostrate le prove) e della discussione (quando se ne dibatte ponendo l'attenzione su qualche loro aspetto). L'altra cosa che direi – e che Carlizzi non sottolinea nel proprio intervento – è che l'ostensione stringe una speciale alleanza con il processo (a) improntato all'oralità e (b) sostenuto da un principio di immediatezza secondo cui è essenziale che i giudicanti abbiano una diretta relazione cognitiva con gli elementi e le fonti di prova<sup>5</sup>. Questo non per dire che l'immediatezza mette al riparo da ogni possibile errore o pregiudizio cognitivo, né per dire che essa risparmia ai giudicanti la fatica e la responsabilità del ragionare sulle prove e i fatti in esame; intendo dire che il vecchio processo cartolare e il nuovo processo informatizzato vanno di pari passo a una riduzione dell'attività ostensiva e al preoccupante ampliarsi della distanza cognitiva fra prove e giudizio (se potrà ancora chiamarsi così un esito processuale guidato o determinato da sistemi di intelligenza artificiale)<sup>6</sup>.

Sull'*abduzione*, ossia il punto 2), Carlizzi mi riconosce il merito di averne rilevato il ruolo cruciale nel ragionamento probatorio – pur se non è l'unica inferenza in esso impiegata<sup>7</sup> – ma sostiene anche che il giudizio in base a prove non si esaurisce in un'inferenza, caratterizzandosi pure per una marcata impronta narratologica. Anche con questo non sono in disaccordo; anzi, altrove ho

<sup>2</sup> TUZET 2023, 63-65.

<sup>3</sup> TUZET 2023, 165 ss. Un luogo ormai classico per un'analisi siffatta è FRANK 1949, 14 ss.

<sup>4</sup> Un'imprecisione che correggerei è che, per inferire il fatto principale, «altri fatti siano presentati materialmente, ostensi al giudice» (CARLIZZI 2023, 178). In realtà, oggetto dell'ostensione sono elementi o fonti di prova, non fatti. I fatti, piuttosto, compaiono come contenuto delle premesse e delle conclusioni probatorie, sviluppate tramite risorse concettuali e proposizionali a seguito dell'input cognitivo dell'ostensione.

<sup>5</sup> Da ultimo cfr. AIUTI 2023.

<sup>6</sup> Mi sia consentito anche un rimando a TUZET 2020b.

<sup>7</sup> Per la precisione, sugli aspetti inferenziali potrei puntualizzare che le inferenze in gioco non sono in senso stretto cinque (CARLIZZI 2023, 180), dato che l'analogia può essere ricostruita come una combinazione di inferenze diverse (TUZET 2020a, 17 ss.) e l'inferenza alla migliore spiegazione è piuttosto un complesso di attività inferenziali e valutative (CANALE et al. 2021, 191 ss.); le inferenze di base sono deduzione, induzione e abduzione. Poi, l'inferenza che da una frequenza relativa e da un fatto in essa sussumibile come antecedente trae una corrispondente probabilità non è un'abduzione (come asserisce CARLIZZI 2023, 179) bensì, formalmente, una deduzione (si badi: la deduzione di una probabilità): se 6 volte su 10 chi fugge dal luogo del delitto (*p*) è il colpevole (*q*) e l'imputato è fuggito dal luogo del delitto (*p*), ne segue che, a parità di altre condizioni, c'è una probabilità del 60% che egli sia il colpevole (*q*). Diverso è dire che se qualcuno è il colpevole (*p*) allora fugge (*q*) 6 volte su 10 e che, essendo l'imputato fuggito (*q*), c'è tale probabilità di colpevolezza (*p*); questa è formalmente un'abduzione. Si noti infine che parlare di «forza» deduttiva (CARLIZZI 2023, 180) è del tutto plausibile ma non in linea con la distinzione fra *validità logica* come proprietà delle inferenze deduttive e *forza* come proprietà delle inferenze non deduttive (cfr. CANALE et al. 2021, 35 ss.).

trattato il tema delle “narrazioni processuali” e ho sostenuto, peraltro, che queste sono narrazioni *sui generis* in quanto non possono essere ridotte né alle narrazioni di tipo letterario né a quelle storiche né ad altro tipo<sup>8</sup>.

Carlizzi osserva giustamente che si possono adottare approcci misti come quello narratologico-inferenziale. Dal canto proprio, l'accento sulla dimensione inferenziale risponde a un interesse per le dinamiche dell'argomentazione giuridica e all'idea che questa è giustificata nella misura in cui è giustificata la sua struttura inferenziale. Il che non toglie che si possa guardare all'attività probatoria con le lenti della narratologia piuttosto che della logica. In fondo, degli stessi oggetti o fenomeni possiamo dare diverse rappresentazioni vere, a seconda del vocabolario scelto e degli aspetti considerati. Una pluralità di rappresentazioni vere non implica che qualsiasi rappresentazione sia vera: posso rappresentare un immobile riportandone gli estremi catastali, o raccontando chi lo ha costruito e come, o descrivendone le decorazioni; ma se di un immobile recentemente costruito affermo il carattere storico ne offro una rappresentazione falsa<sup>9</sup>.

Per altro verso è corretto dire, come fa Carlizzi, che il singolo giudice si trova abitualmente a valutare ipotesi già formulate dalle parti e che in questo senso l'abduzione si colloca nella ricostruzione fattuale come impresa collettiva di chi partecipa al procedimento (il «macroragionamento» di cui parla Carlizzi) piuttosto che nella sfera giudiziale in senso stretto.

Sull'*inferenza alla migliore spiegazione*, ossia il punto 3), Carlizzi manifesta invece un certo scetticismo, argomentando che tale schema non offre al giudice direttive sufficientemente chiare per la valutazione e la decisione probatoria. Lo fa meglio, a suo avviso, il modello dell'induzione critica. Devo replicare che sono scettico a mia volta, in quanto non vedo i vantaggi offerti da questo modello. Ma iniziamo dall'*inferenza alla migliore spiegazione*: nella letteratura a riguardo, alcuni autori notano che questo è il processo con cui, ordinariamente, rendiamo conto dei fenomeni che ci pongono un problema esplicativo: quando un fenomeno non è immediatamente spiegabile – e ci pone dunque un problema siffatto – solitamente ne immaginiamo alcune possibili spiegazioni e procediamo quindi alla loro valutazione comparativa, per selezionarne infine la migliore sulla base delle prove disponibili e dei criteri adottati<sup>10</sup>. Quindi si tratta in primo luogo di un modo in cui ragioniamo. Può essere configurato anche come un metodo da seguire? Possiamo, in altri termini, conferirvi valore direttivo? Può il giudice avvalersi di esso?

La risposta a tali domande deve essere più prudente. Innanzitutto, notiamo che la dinamica dell'*inferenza alla migliore spiegazione* ha una particolare dimensione dialettica quando, come accade frequentemente nel processo, da più parti sono avanzate ipotesi esplicative diverse. Dove consentito, anche il giudice può formulare una propria ipotesi sui fatti, divergendo almeno parzialmente da quanto le parti prospettano. Dopodiché, per selezionare la migliore ipotesi in gioco occorrono metodi di analisi e criteri di valutazione, che è difficile definire in generale in quanto tali metodi e criteri sono almeno in parte dipendenti dal contesto. Per esempio, la generalità di una spiegazione è un criterio apprezzato in ambito scientifico nella misura in cui lo sforzo epistemico è volto a produrre teorie unificanti o leggi scientifiche vevoli per una pluralità di fenomeni; se invece lo scopo è quello di spiegare in dettaglio quanto accaduto in un caso specifico, la generalità dell'ipotesi esplicativa è molto meno importante. Si possono indicare al decisore criteri come la compatibilità con la conoscenza di sfondo, la plausibilità rispetto alle generalizzazioni di cui disponiamo, la coerenza interna e con i dati probatori, il successo predittivo rispetto a ulteriori elementi; ma è vero che tali indicazioni non equivalgono a istruzioni dettagliate a beneficio del giudice.

<sup>8</sup> Cfr. TUZET 2022, 27 ss., 42-43. Sono stato debitore di molti spunti che si trovano in TARUFFO 2009, 32 ss.

<sup>9</sup> Più ampiamente tratto questo tema in TUZET 2020c. Come approccio alla prova che ne integra gli aspetti argomentativi, narrativi e probabilistici si può vedere VERHEIJ et al. 2016.

<sup>10</sup> Cfr. PARDO, ALLEN 2008, nonché, per la difesa di un modello induttivo, FERRER 2007.

Carlizzi cerca di delineare un modello che dia indicazioni più analitiche. Lo chiama «modello dell'induzione critica»<sup>11</sup>. Egli prospetta in questo senso, rispetto a ciascuna ipotesi, la distinzione fra «elementi di credito», «elementi di discredito» e rispettive «quadrature», dove queste ultime spiegano, a beneficio dell'ipotesi, perché non si diano certi elementi di credito e perché si diano certi elementi di discredito. Rimando al testo di Carlizzi per un'utile esemplificazione dell'idea. Ai fini di una decisione andrà poi considerato, alla luce dello standard probatorio applicabile, quanti e quali elementi si diano dei due tipi, rispetto a ciascuna ipotesi in gioco, così come quante e quali quadrature spieghino l'assenza di elementi di credito o la presenza di elementi di discredito.

Il modello di Carlizzi ha notevoli ambizioni analitiche, ma non mi pare di facile applicazione, per almeno tre motivi. In primo luogo, mi suona artificiosa e inutilmente complessa l'idea che – come Carlizzi sembra suggerire – una parte non solo debba produrre gli elementi che accreditano la propria ipotesi ma anche notare l'assenza di elementi di discredito. Per esempio, deve il pubblico ministero non solo provare che l'imputato brandiva il «sanguinoso acciaio»<sup>12</sup> con cui la vittima è stata uccisa ma anche provare che non lo impugnava accidentalmente dopo che un terzo aveva compiuto l'atto criminoso? Mi sembra più semplice e consequenziale dire che, se la difesa prospetta questo scenario e lo supporta con alcuni elementi di credito, l'accusa dovrà eventualmente spiegare a beneficio della propria ipotesi perché si diano tali elementi (di credito per l'ipotesi difensiva e discredito per quella dell'accusa). In secondo luogo, trovo altrettanto artificioso dire che il giudice debba *per ciascuna ipotesi* considerare gli elementi di credito presenti, quelli di discredito assenti e le eventuali quadrature rispetto agli elementi di credito assenti e quelli di discredito presenti. Non è più semplice dire che, una volta definito e valutato il quadro probatorio, al giudice spetta stabilire se *l'ipotesi della parte gravata dall'onere della prova* soddisfi lo standard probatorio applicabile? In terzo luogo, c'è un problema di vaghezza di cui Carlizzi è ben consapevole e che affetta tanto il modello dell'induzione critica quanto il modello dell'inferenza alla migliore spiegazione: a fini decisori, quanti elementi devono essere presenti o assenti a seconda dei casi, e di che qualità? In riferimento alla decisione penale Carlizzi ricorre a formule come «la parte maggiore e narratologicamente più significativa»<sup>13</sup> degli elementi di un tipo o dell'altro, mentre il sostenitore del modello rivale può riferirsi alla quantità e qualità degli elementi di cui rende conto la migliore spiegazione. Ma oltre alla vaghezza insita in tali formule rimangono controverse le situazioni in cui, poniamo, un'ipotesi spiega meno elementi di un'altra ma pare spiegare aspetti più significativi della vicenda. Conta allora la qualità più della quantità? E come si definisce tale qualità o maggiore significatività? Peraltro, non può l'idea della significatività narratologica ricondursi a criteri come la compatibilità con la conoscenza di sfondo, la plausibilità rispetto alle generalizzazioni (o massime d'esperienza) e la coerenza con i dati probatori disponibili?

In sintesi, trovo più semplice dire che nel processo di inferenza alla migliore spiegazione si formulano ipotesi a partire dagli elementi iniziali (dalle prove alle ipotesi), si cercano poi ulteriori elementi in grado di rafforzare o indebolire le ipotesi formulate (dalle ipotesi alle prove) e infine, con un metaforico “bilancio”, si seleziona la migliore ipotesi esplicativa in base al quadro probatorio emerso e ai criteri valutativi adottabili nel contesto<sup>14</sup>. Ciò riguarda, a rigore, la fase *valutativa* che Carlizzi ben distingue dalla fase *decisoria*. Nella fase valutativa, direi, si stabilisce quale sia la migliore ipotesi fra quelle in lizza; dopodiché, giuridicamente, va considerato se ciò

<sup>11</sup> CARLIZZI 2023, 184. Cfr. CARLIZZI 2018, 90-91.

<sup>12</sup> PAGANO 1828, 71. Si noti che la proposta di Carlizzi sfugge a tale problema se viene intesa come relativa non a un onere di parte ma a un obbligo di valutazione giudiziale.

<sup>13</sup> CARLIZZI 2023, 186-187.

<sup>14</sup> Sotto il profilo inferenziale ciò significa, tendenzialmente: abduire ipotesi esplicative, dedurne le conseguenze, operare un “bilancio” induttivo degli elementi che confermano o meno tali ipotesi (v. anche TUZET 2006, 59 ss., 115 ss.). In questo senso non nego che qualcosa come l'«induzione critica» operi nel corso del ragionamento probatorio; cerco tuttavia di vederne l'articolazione con altri segmenti logici dell'inferenza alla migliore spiegazione.

soddisfi lo standard di prova applicabile<sup>15</sup>. La decisione deve avvenire alla luce dello standard di prova. Così può accadere, in sede penale, che l'ipotesi dell'accusa sia epistemicamente migliore dell'ipotesi della difesa ma non sia sufficientemente supportata dagli elementi emersi; ossia, che non soddisfi l'esigente standard della prova al di là di ogni ragionevole dubbio.

Infine sul *carattere probabilistico* del giudizio probatorio, ossia il punto 4) discusso da Carlizzi, ci sono aspetti su cui le nostre idee convergono, credo, così come aspetti su cui divergono. Innanzitutto, mi sembra che il carattere probabilistico del ragionamento e del giudizio probatorio siano assunti ormai condivisi, non solo fra Carlizzi e me. Si usa ancora, nel nostro lessico giuridico-processuale, la formula secondo cui vi sarebbe o dovrebbe essere un «accertamento» dei fatti, quando in realtà sappiamo bene che i fatti processualmente rilevanti non sono quasi mai ricostruiti con certezza, essendo piuttosto l'oggetto di ipotesi (ossia di abduzioni) e di giudizi probabilistici. Quanto detto sopra a proposito del ragionamento probatorio può essere riformulato in termini di inferenze dalle conclusioni solamente probabili, con gradi di probabilità diversi a seconda dei dati disponibili e del relativo sfondo di credenze e conoscenze.

Molta della letteratura a riguardo si è impegnata in una discussione della nota triade indiziaria – costituita a norma di codice da gravità, precisione e concordanza – cercando di tradurre probabilisticamente tale triade di requisiti e magari confrontandoli con i requisiti – nominalmente eguali, a norma di codice – previsti per le presunzioni in ambito civile<sup>16</sup>. Un suggerimento interessante di Carlizzi è che, una volta espressamente introdotto nel nostro sistema lo standard probatorio del ragionevole dubbio, la triade indiziaria e le relative considerazioni probabilistiche possano essere assorbite in ciò che è richiesto dallo standard; e che discorso analogo possa farsi per la triade civilistica delle presunzioni, con il risultato che questa triade richiederebbe una prova meno esigente qualora si assumesse che in ambito civile lo standard probatorio è quello del “più probabile che non”. Nell'insieme, «se cioè tutto il discorso sfocia nello standard probatorio di turno, forse è giunto il momento di lasciare che questo ingombrante trittico venga assorbito dal modello di valutazione e di decisione probatoria che si ritenga più adeguato al suddetto standard»<sup>17</sup>.

A tal punto si apre lo spinoso discorso dei tipi di probabilità utilizzabili in ambito processuale e della quantificazione e giustificazione dei giudizi probabilistici. Che concezione della probabilità impiegare nel processo? La probabilità classica modellata sui giochi d'azzardo? Quella oggettiva determinata in base a campioni statistici e frequenze relative? O quella soggettiva consistente in gradi di credenza determinati dall'informazione disponibile e con questa giustificabili? O piuttosto una combinazione di idee come nel programma di partire dalla probabilità statistica per muovere a quella logica? Nel libro ho discusso alcuni meriti e limiti di tali opzioni<sup>18</sup>, assieme a note pronunce giudiziali (come la nostra *Franzese*) che cercano di mettere ordine in tale dibattito; non vi torno in questa sede. Noto solamente che, come ben dice Carlizzi, ammettendo che «possano farsi valere anche frequenze medio-basse di successione [fra eventi], le Sezioni Unite [in *Franzese*] hanno mirato a relativizzare l'influsso della probabilità statistica su quella logica»<sup>19</sup>.

A ciò, riformulando un'esigenza già espressa, Carlizzi aggiunge che il giudizio probabilistico deve contare su una «guida sicura» offerta da un'adeguata metodologia. Egli reitera la critica di vaghezza mossa a criteri come la coerenza interna o la compatibilità con la conoscenza di sfon-

<sup>15</sup> Così ho cercato di argomentare anche in TUZET 2023, 102-103. Più analiticamente, il decisore deve considerare: (i) se il fatto sui cui verte la migliore spiegazione sia quello su cui verte l'onere probatorio (il *factum probandum*), dato che la migliore spiegazione dei fatti noti potrebbe essere, poniamo, quella dell'estraneità dell'imputato ai fatti contestati; (ii) se, qualora la condizione (i) sia soddisfatta, la migliore spiegazione sia tale da soddisfare lo *standard* probatorio (la “soglia” epistemica a cui deve essere supportato il *factum probandum*). Cfr. anche DEI VECCHI 2020, 184 ss.

<sup>16</sup> Vedi fra gli altri TARUFFO 1992, 158 ss.

<sup>17</sup> CARLIZZI 2023, 188.

<sup>18</sup> TUZET 2023, 217 ss.

<sup>19</sup> CARLIZZI 2023, 189.

do, e sembra suggerire che la metodologia dell'induzione critica sia preferibile anche in relazione agli aspetti probabilistici del ragionamento e del giudizio probatorio. Però, se è vero quanto ho detto sopra, non vedo in cosa consistano i vantaggi di questa metodologia, specialmente se dal discorso sugli elementi di credito, discredito e quadrature ci si aspetta un aiuto per la determinazione e la giustificazione dei giudizi di probabilità.

Una mossa che tenta il giurista è quella di asserire che in ambito processuale non conta la probabilità matematica o quantitativa, bensì quella qualitativa (o quella «logica» di cui parla *Franzese*). Il che non suona male ma non si sa bene cosa voglia dire. O meglio, dell'incertezza nella ricostruzione fattuale e degli standard probatori si può rendere conto in due modi fondamentali: o in modo *quantitativo*, ricorrendo a probabilità in qualche modo quantificate (e stabilendo per es. che il ragionevole dubbio è superato quando la probabilità della colpevolezza è superiore a una determinata soglia numerica), o in modo *qualitativo*, ricorrendo a giudizi di plausibilità (o a forme di probabilità «logica» distinta da quella con numeri cardinali). La prima opzione è quella che seguono, nel dibattito contemporaneo, i sostenitori del probabilismo, mentre la seconda è adottata dai sostenitori del plausibilismo<sup>20</sup>. Ora, mi sembra che le inclinazioni di Carlizzi lo conducano piuttosto lungo la seconda via, ma al tempo stesso egli ne lamenta l'imprecisione, la vaghezza e l'insufficienza metodologica. Ma se questi aspetti sono ragioni per evitare la Cariddi del plausibilismo, la Scilla del probabilismo è ancor peggio per chi paventa la riduzione del ragionamento e del giudizio probatorio a questioni numeriche.

In conclusione, mi pare che le riserve di Carlizzi nei confronti dell'inferenza alla migliore spiegazione e del plausibilismo siano motivate dal desiderio di "chiudere" in punto di metodo una questione che, ahinoi, rimane inevitabilmente aperta. Le modalità con cui apprezzare le prove e determinare se esse confermino a sufficienza una data ipotesi sono varie e a mio giudizio irriducibili a un pugno di istruzioni per il decisore. Se sono disponibili dati statistico-quantitativi, ben vengano; se sono formulabili valutazioni qualitative in termini di plausibilità, ben vengano anch'esse. So che questo suona come una forma di eclettismo, però mi sembra un'opzione preferibile alla secca quantificazione indotta da strumenti di intelligenza artificiale da un lato e all'idiosincratico appello alle proprie intuizioni o valutazioni personali dall'altro.

<sup>20</sup> Vedi, specialmente, AITKEN, TARONI, BOZZA 2022 nonché ALLEN, PARDO 2019.

*Riferimenti bibliografici*

- AITKEN C., TARONI F., BOZZA S. 2022. *Evidence, Probability and Relative Plausibility*, in «International Journal of Evidence and Proof», 26, 2022, 309 ss.
- AIUTI V. 2023. *Contributo allo studio dell'appello penale. Tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, Giappichelli.
- ALLEN R.J., PARDO M.S. 2019. *Relative Plausibility and Its Critics*, in «The International Journal of Evidence and Proof», 23, 2019, 5 ss.
- CANALE D. et al. 2021. *Critical Thinking. Un'introduzione*, Egea.
- CARLIZZI G. 2018. *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bonomo.
- CARLIZZI G. 2022. *L'obbligo di motivazione rafforzata nel processo penale. Un contributo teorico-generale*, in «Sistema penale», 11, 2022, 39 ss.
- CARLIZZI G. 2023. *Il giudizio probatorio come formazione complessa, disciplinata e probabilistica*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 23/2, 2023, 177 ss.
- DEI VECCHI D. 2020. *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Zela.
- FERRER J. 2007. *La valutazione razionale della prova*, Giuffrè, 2012 (ed. or. *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons; trad. it. G.B. Ratti).
- FRANK J. 1949. *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press.
- PAGANO F.M. 1828, *Principj del Codice penale e Logica de' probabili*, Da' Torchi di Raffaello di Napoli.
- PARDO M.S., ALLEN R.J. 2008. *Juridical Proof and the Best Explanation*, in «Law and Philosophy», 27, 2008, 223 ss.
- TARUFFO M. 1992. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè.
- TARUFFO M. 2009. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza.
- TUZET G. 2006. *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Giappichelli.
- TUZET G. 2020a. *Analoga e ragionamento giuridico*, Carocci.
- TUZET G. 2020b. *L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica*, in «MediaLaws. Rivista di Diritto dei Media», 1/2020, 45 ss.
- TUZET G. 2020c. *Il pluralismo delle verità secondo Papini*, in RONI R., ZARLENGA A. (eds.), *Il pragmatismo italiano e il suo tempo*, ETS, 2020, 121 ss.
- TUZET G. 2022. *Filosofia della prova giuridica*, 3<sup>a</sup> ed., Giappichelli.
- TUZET G. 2023. *La prova ragionata*, Giuffrè Francis Lefebvre.
- VERHEIJ B. et al. 2016. *Arguments, Scenarios and Probabilities: Connections Between Three Normative Frameworks for Evidential Reasoning*, in «Law, Probability and Risk», 15, 2016, 35 ss.





# RECENSIONI

# Teoria, storia e prassi del pluralismo costituzionale

(a proposito di Orlando Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*)

Theory, History and Practice of Constitutional Pluralism

**LEONARDO RAVAIOLI**

Dottorando di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre.

E-mail: [leonardo.ravaioli@uniroma3.it](mailto:leonardo.ravaioli@uniroma3.it)

## ABSTRACT

Il pluralismo costituzionale, sia esso inteso come modello normativo o descrittivo, continua a interrogare teorici e pratici del diritto europeo. Il libro di Orlando Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*, è uno studio originale tanto sotto il profilo metodologico, quanto per la scelta di sostenere una variante “radicale” di pluralismo costituzionale. Due elementi di discussione vengono sottolineati: l'estensione della categoria di pluralismo costituzionale de-storicizzandola, il ricorso a un lessico normativo per qualificare i conflitti costituzionali.

Constitutional pluralism, whether understood as a normative or descriptive model, continues to interrogate theorists and practitioners of European law. Orlando Scarcello's book, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*, is an original study as much from a methodological point of view as for the choice to advocate a “radical” variant of constitutional pluralism. Two elements are emphasised: the extension of the category of constitutional pluralism by de-historicising it, and the use of a normative lexicon to qualify constitutional conflicts.

## KEYWORDS

pluralismo costituzionale, costituzione europea, Neil MacCormick, filosofia del diritto

constitutional pluralism, european constitution, Neil MacCormick, philosophy of law

# Teoria, storia e prassi del pluralismo costituzionale

(a proposito di Orlando Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*)

LEONARDO RAVAIOLI

Nel 2012 sulla rivista *Social & Legal Studies* viene pubblicata una lunga recensione dal titolo, piuttosto azzeccato, *Legal Pluralism: The Many Books on Europe's Many Constitutions*<sup>1</sup>. Il contributo, scritto dal sociologo delle costituzioni Chris Thornhill, registra come il pluralismo costituzionale (le “molte costituzioni”) si sia affermato ormai come il canone disciplinare (i “molti libri”) tra gli studi impegnati a misurarsi con la complessa sistemazione costituzionale europea. Pur nel “pluralismo dei pluralismi”, questo nuovo movimento (che coinvolge giuristi dogmatici, teorici del diritto, ma anche sociologi e politologi) per Thornhill mostra, tra le altre cose, un’inclinazione verso un metodo analitico-sociologico, piuttosto che normativo, interessato a cogliere le dinamiche nella distribuzione delle competenze e dei poteri tra organi pubblici e ordinamenti giuridici potenzialmente e di fatto in contrasto tra loro a partire dal carattere costituzionale, ormai ampiamente accettato, del diritto comunitario quale ordinamento giuridico sovranazionale “*sui generis*”.

Il libro di Orlando Scarcello, *Radical Constitutional Pluralism in Europe*<sup>2</sup>, pubblicato per Routledge a fine 2022, mostra non solo che a distanza di dieci anni il dibattito sul pluralismo costituzionale è tutt’altro che concluso, ma anche che è possibile fornire prospettive originali sul tema approcciando i suoi più intricati problemi teorici e filosofici seguendo strade diverse. In questo caso, l’analisi concettuale viene integrata con la ricerca storica e comparativa, seguendo proprio quell’indirizzo metodologico segnalato da Thornhill, orientato verso un’analisi dei fenomeni giuridici attenta ai rapporti sociali e politici oltre che normativi. A partire dal titolo del libro, Scarcello prende una posizione netta all’interno di quel dibattito, puntualmente ricostruito, che attraversa il pluralismo costituzionale fin dalle sue prime formulazioni e che vede contrapporsi due “varianti” di pluralismo: da una parte un pluralismo costituzionale “normativo” (*normative constitutional pluralism*), dall’altra parte un pluralismo costituzionale “radicale” (*radical constitutional pluralism*).

Nella variante “normativa” il pluralismo costituzionale viene proposto come sistemazione desiderabile in cui la natura costituzionale dell’UE deve essere riconosciuta dagli interpreti del diritto, impegnando così la scienza giuridica nella ricerca dei metodi interpretativi più adatti ad armonizzare i rapporti tra l’ordinamento europeo e gli Stati membri. Nella variante “radicale”, invece, il pluralismo costituzionale viene assunto come un dato di fatto, cioè come la concreta condizione per cui due o più ordinamenti costituzionali tra loro indipendenti coesistono sullo stesso territorio, non già in virtù di standard normativi che dobbiamo più o meno riconoscere e accettare, bensì perché non è possibile rintracciare, nella prassi giuridica, argomenti che riconducano ad un’unica norma fondamentale la validità dei diversi sistemi giuridici, i cui rapporti sono lasciati alla negoziazione e ai conflitti tra le istituzioni. La teoria del pluralismo radicale difesa dall’autore si presenta insomma come una teoria dello scenario europeo (ma come vedremo, non solo) «descrittiva anziché normativa, realista piuttosto che idealista, politica invece che giuridica» (p. 12).

La difesa di una teoria radicale del pluralismo costituzionale che Scarcello porta avanti mira quindi a spostare un dibattito dalla ricerca di standard normativi con cui valutare l’accettabilità dei disaccordi tra organi costituzionali all’indagine descrittiva dei rapporti costituzionali.

<sup>1</sup> THORNHILL 2012.

<sup>2</sup> SCARCELLO 2022. Le pagine indicate tra parentesi nel testo fanno riferimento all’opera recensita, mentre la traduzione dalla lingua originale è mia.

L'analisi procede a partire da due assunti, uno di natura gius-filosofica e uno, potremmo dire in parte conseguente al primo, di carattere metodologico. Il primo assunto consiste nell'adesione a un positivismo vicino al realismo giuridico: nella misura in cui il diritto deve essere inteso come un fenomeno sociale – quale prodotto dell'attività umana (la “tesi delle fonti sociali”) e in quanto distinguibile da giudizi morali (la “tesi della separabilità”) – questo va studiato empiricamente a partire dall'osservazione dei comportamenti effettivamente tenuti dalle istituzioni sociali (in primo luogo le corti). Il secondo assunto riguarda invece la scelta di procedere attraverso l'analisi comparativa del diritto costituzionale come metodo con cui indagare le caratteristiche delle costituzioni statali, ovvero i criteri con cui esse vengono interpretate, modificate e contestate dai principali attori istituzionali, mostrando affinità, talvolta inaspettate, tra sistemi politici e giuridici tra loro distanti nello spazio e nel tempo, oltre che nella forma. È la combinazione di questi due assunti, filosofico e metodologico, a conferire originalità a una ricerca che, coerentemente con il posizionamento teorico annunciato, si muove su un piano teorico-descrittivo, radicato nell'evidenza empirica.

In primo luogo, Scarcello riprende e difende l'argomento principale del pluralismo giuridico europeo. A partire da tre casi costituzionali, affrontati negli ultimi trent'anni dalla Corte di giustizia europea, dal Tribunale costituzionale federale tedesco e dalla Corte costituzionale italiana, l'autore mostra come l'idea per cui l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti degli Stati membri siano da considerarsi autonomi e indipendenti, per quanto sovrapposti e interagenti, sia stata presa come criterio interpretativo con cui le corti supreme, nazionali e comunitarie, hanno inteso i reciproci rapporti costituzionali. Il punto che la teoria del pluralismo costituzionale vuole sottolineare, infatti, è il riconoscimento da parte dei giudici nazionali e comunitari del carattere autonomo e indipendente di ordinamenti la cui validità non è derivata ma originaria, in virtù della qualità auto-referenziale del diritto, cioè di quell'operazione di auto-validazione con cui è il diritto stesso, come sotto-sistema sociale autonomo, a regolare le procedure di produzione di diritto valido<sup>3</sup>.

Com'è noto, il primo studioso ad utilizzare sistematicamente la categoria di pluralismo costituzionale per indagare i rapporti tra UE e Stati membri è stato il filosofo del diritto scozzese Neil MacCormick, comunemente considerato il capostipite di un movimento nato tra il dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Edimburgo e l'Istituto Universitario Europeo di Fiesole. La ricostruzione della teoria del pluralismo costituzionale nel pensiero di questo autore occupa il centro del terzo capitolo del libro di Scarcello, il quale mette a fuoco una divisione piuttosto netta sul tema tra gli scritti del filosofo di Glasgow. Abbiamo infatti un “primo” MacCormick, fautore di un pluralismo costituzionale radicale, i cui scritti spaziano dal 1993 al 1997, e un “secondo” MacCormick, più vicino ad un pluralismo normativo, i cui scritti sono successivi al 1998. È lo stesso MacCormick, in effetti, a riconoscere uno scarto nella sua teoria del pluralismo costituzionale da una variante radicale a una che chiama di “pluralismo sotto il diritto internazionale”, secondo la quale gli ordinamenti nazionali e comunitario troverebbero una possibilità di risoluzione delle controversie in virtù della validazione di tali ordinamenti da parte del sistema del diritto internazionale, quale ordinamento superiore e non derivato<sup>4</sup>.

Su questo passaggio di MacCormick da un pluralismo radicale a uno “sotto il diritto internazionale” (o “normativo” nella definizione precedentemente riportata) insiste la critica di Scarcello. Lo scivolamento verso un pluralismo normativo, che ipotizza e ricerca una soluzione delle controversie tra ordinamenti nel diritto internazionale, si concretizza nel tentativo non riuscito di riconciliare la prospettiva sociologica-realistica hartiana, basata sul concetto di regola di riconoscimento e sulla distinzione tra punto di vista interno ed esterno, con la prospettiva kelseniana di unità del diritto interno e internazionale, legata invece al postulato epistemologico di unità

<sup>3</sup> LUHMANN 2012.

<sup>4</sup> MACCORMICK 2003.

della scienza giuridica. Ripercorrendo le obiezioni mosse da Hart a Kelsen circa lo statuto normativo del diritto internazionale, e partendo dall'evidenza empirica per cui risulta difficile riscontrare da parte degli operatori del diritto l'idea di un rapporto di validazione tra diritto internazionale e nazionale, Scarcello rifiuta il pluralismo sotto il diritto internazionale del secondo MacCormick, recuperando invece tre intuizioni presenti nella fase radicale (e hartiana) dell'autore scozzese: una metodologia improntata al "realismo sociologico", uno scetticismo verso la nozione di sovranità e l'idea per cui «la norma fondamentale - costituzione può essere complessa e conflittuale» (p. 76).

L'articolazione di quest'ultima tesi sulla norma fondamentale come "complessa e conflittuale" è, a parere di chi scrive, la parte più forte e ambiziosa del libro, per le conseguenze che essa ha sul concetto stesso di costituzione. A partire dall'analisi di una serie di casi di studio e dalla letteratura più recente sul federalismo, Scarcello propone una riformulazione del concetto di costituzione che ne accentua il carattere strutturalmente plurale. Le costituzioni moderne, quali norme fondamentali dotate di un particolare carico simbolico e di una funzione legittimante verso il sistema politico, non devono essere intese come i monolitici "vertici" dell'ordinamento giuridico, secondo l'immagine classica della piramide kelseniana. Piuttosto, la norma fondamentale di ogni ordinamento «è più ragionevole pensarla come una serie complessa di norme, una sorta di 'grammatica' della legalità, che può variare considerevolmente» (p. 16). Con "grammatica della legalità" Scarcello intende dire che la norma fondamentale è il risultato di criteri socialmente stabiliti circa cosa conta come "norma giuridica", quindi come "norma valida", ma tali criteri non sono esattamente riconosciuti allo stesso modo da tutti i partecipanti alla prassi del diritto di un certo ordinamento. Questa "grammatica" del concetto di legalità (di legalità costituzionale si intende) può dunque essere plurivalente e contestata da diversi punti di vista (pur sempre "interni" al medesimo ordinamento) e può quindi dare origine a diversi modi di intendere la regola di riconoscimento e la costituzione stessa. «La grammatica di concetti come "legalità", e questo è un punto cruciale, è in parte motivo di accordo e in parte di disaccordo, è complessa e a volte conflittuale, non è un algoritmo» (p. 108). Il pluralismo costituzionale, la possibilità di avere differenti costituzioni sovrapposte e potenzialmente confliggenti, non sarebbe più la condizione specifica in cui si trova l'UE, ma descriverebbe allora la condizione "normale" di tutti i sistemi politici costituzionali, variando semmai di grado, a seconda del maggiore o minore accordo tra gli operatori di un dato ordinamento circa l'interpretazione corretta della costituzione e dunque delle procedure di produzione, modifica e applicazione delle norme. La categoria di pluralismo costituzionale finisce così per essere estesa fino a far ricomprendere l'intera esperienza degli Stati contemporanei, e non più solo le "unioni di Stati" sopranazionali o le federazioni di Stati, sebbene essa si applichi con una magnitudine diversa a seconda del grado di maggiore o minore integrazione del sistema giuridico-politico. Ogni qualvolta vi sia un contrasto o un disaccordo su dove risieda l'autorità costituzionale ultima, anche nel caso in cui sia riconosciuto pacificamente quale sia l'organo incaricato di stabilire il diritto costituzionalmente valido (una corte costituzionale), ci ritroveremo allora in una condizione di pluralismo costituzionale, con tante costituzioni (intese evidentemente non nel senso di documenti solenni) quante diverse interpretazioni avremo di esse.

La tesi per cui per uno stesso ordinamento può essere dotato di plurime costituzioni, dal momento che non è possibile stabilire dei criteri interpretativi oggettivamente validi, risulta coerente con le premesse gius-realiste e con lo scetticismo interpretativo sottoscritto dall'autore. Per questa ragione, allora, i conflitti interpretativi sulle norme fondamentali che hanno luogo in condizioni storiche e geografiche anche molto diverse tra loro, come l'UE dopo Maastricht, gli Stati Uniti della prima metà dell'Ottocento, o il Sud Africa dopo l'indipendenza, possono tutti essere inquadrati attraverso la categoria del pluralismo costituzionale.

Questa estensione del campo denotativo della categoria di pluralismo costituzionale, come abbiamo detto, risulta coerente con le premesse filosofiche e metodologiche, eppure corre il ri-

schio di far perdere qualche elemento del concetto che pure sembra importante. Come nota proprio Scarcello, il pluralismo normativo di MacCormick «ha avuto una funzione storica cruciale che deve essere riconosciuta» (p. 48), e cioè quella, per la prima volta, di «elaborare dei principi giuridici per controllare il pluralismo giuridico» (p. 48). La recente letteratura sul pluralismo costituzionale ha in effetti evidenziato la necessità di storicizzarne la sua emersione ed affermazione, legata, non a caso, proprio ad una crisi dei rapporti tra organi comunitari e Stati membri, emblematizzata dalla sentenza *Maastricht* del *Bundesverfassungsgericht* del 1993. Il pluralismo nasce come teoria descrittiva e come dottrina normativa in un preciso momento storico, ma ciò è stato possibile anche grazie ad una preliminare ridefinizione di concetti politici come democrazia e sovranità popolare<sup>5</sup>, oltre che quello di costituzione, e persino una concezione differente del potere<sup>6</sup>. Certamente una teoria radicale del pluralismo costituzionale come quella di Scarcello ha l'indubbio merito di sottolineare la centralità della politica nella risoluzione dei conflitti di competenza senza dover necessariamente ricorrere a un piano normativo, richiamando inoltre l'attenzione sull'importanza del ruolo di attori istituzionali, diversi dalle corti supreme, nel dar forma alla norma fondamentale. Tuttavia, utilizzare la categoria di pluralismo costituzionale per indagare sistemi politici diversi, come Stati unitari e unioni sovranazionali “*sui generis*”, o contesti storici diversi, gli Stati Uniti di Lincoln e l'UE dopo il Trattato di Lisbona, rischia di trascurare il motivo per cui è stata coniata, e cioè dare una spiegazione del funzionamento, ma anche della legittimità, di quella specifica entità nata per garantire le libertà economiche e l'integrazione del mercato comune, che MacCormick ha chiamato il “*Commonwealth europeo*”<sup>7</sup>.

L'ultima parte dell'analisi di Scarcello si concentra proprio su una serie di importanti casi di conflitti di competenze che si sono dati dentro l'UE e che hanno visto la loro risoluzione per mezzo di un accordo politico, talvolta tra corti di giustizia (come nel caso della Corte costituzionale italiana *Taricco*), talvolta attraverso l'intervento anche di governi e parlamenti. È in particolare sul giudizio di *ultra vires* che l'autore porta l'attenzione, sostenendo che tali eventualità «non sono bizzarre eccezioni giuridiche, da non ripetersi mai più, ma una manifestazione strutturale del pluralismo costituzionale» (p. 132). Si tratta infatti di un elemento fisiologico del pluralismo costituzionale che una corte nazionale stabilisca che una norma comunitaria va oltre i poteri e le competenze legittimamente attribuiti all'ordinamento comunitario. Più in generale, si tratta in effetti di una conseguenza «del carattere essenzialmente conflittuale del diritto» (p. 141). Come scritto nelle conclusioni del libro, il «rischio di conflitto è strutturale nel diritto e non comporta necessariamente il collasso del sistema giuridico» (p. 138), ma ciò è vero solo fintantoché tali conflitti «non riguardano i reali valori fondamentali che tengono insieme una comunità politica e fintantoché questi non diventano duraturi e strutturali» (p. 138). Nel pluralismo radicale di Scarcello il conflitto sui valori fondamentali diviene il discrimine tra ciò che egli definisce come una condizione di pluralismo costituzionale “fisiologica” e una “patologica”. È patologico, per l'autore, quanto avvenuto ad esempio nel caso portato avanti dalla Corte suprema polacca (il caso *K-3/21*) dove, a seguito anche di importanti ingerenze del primo ministro polacco sull'operato della corte, si è arrivati ad una pronuncia di incompatibilità tra alcuni articoli del TUE e la costituzione polacca, mettendo in questione i principi di supremazia e diretta applicabilità del diritto comunitario<sup>8</sup>. Valori fondamentali come il *rule of law*, la separazione dei

<sup>5</sup> WILKINSON 2019.

<sup>6</sup> DEL MAR 2014.

<sup>7</sup> Oltre a MACCORMICK 2003, si veda anche CANIHAC 2021.

<sup>8</sup> L'episodio avviene dopo una lunga storia di tentativi di minare l'indipendenza della magistratura da parte del partito politico di maggioranza e di conflitti tra istituzioni europee e nazionali. In particolare, la sentenza in questione non si è pronunciata su un caso particolare, ma ha espresso un giudizio di costituzionalità sulle norme contenute nei Trattati europei “astrattamente”, senza per altro cercare di risolvere il conflitto sulle competenze. È quantomeno interessante, ad ogni modo, che la Corte costituzionale polacca abbia usato proprio argomentazioni basate sulla teoria del pluralismo costituzionale per difendere la propria decisione, cfr. KELEMEN, PECH 2019.

poteri, il rispetto dei diritti umani, o la leale collaborazione internazionale, sarebbero insomma messi a repentaglio da comportamenti come quelli delle istituzioni polacche, facendo scivolare il pluralismo costituzionale verso una situazione potenzialmente esplosiva.

Il punto meriterebbe una discussione più ampia e indubbiamente lo scontro tra istituzioni europee e polacche (tutt'altro che concluso) presenta un carattere per certi versi anomalo rispetto ai conflitti costituzionali del passato, non ultimo per il particolare clima politico che attraversa l'Europa. Restando su un piano più teorico, ciò su cui si vuol porre l'attenzione in chiusura di questo breve intervento è la domanda, lasciata aperta da Scarcello, sull'identificazione e lo statuto di quegli standard che segnano il discrimine tra un conflitto fisiologico e uno patologico, che egli chiama valori fondamentali (*basic values*). L'autore sembra infatti voler dire che esistono delle norme (se riteniamo che i valori hanno pur sempre un carattere prescrittivo) con cui stabilire i comportamenti accettabili o meno all'interno di una situazione di pluralismo costituzionale. Questo però vorrebbe dire sottoscrivere in fondo una forma di monismo, o di pluralismo sotto il diritto internazionale, per cui le controversie tra ordinamenti possono trovare sempre una soluzione normativa ricorrendo a principi ultimi, consuetudini internazionali o, appunto, valori fondamentali, grazie ai quali stabilire i confini del conflitto e dell'arbitrio. Forse, invece, una teoria radicale del pluralismo costituzionale descrittiva, realista e politica può fare a meno di una distinzione tra conflitti "fisiologici" e "patologici" e del carico normativo che tali termini portano con sé.

*Riferimenti bibliografici*

- CANIHAC H. 2021. *Law and virtue in a post-sovereign “Commonwealth:” Neil MacCormick and the political theory of constitutional pluralism*, in «Journal of International Political Theory», 17, 3, 531 ss.
- DEL MAR M. 2014. *Legality as Relative Institutionalism: MacCormick Diffusionism and Transnational Legal Theory*, in «Transnational Legal Theory», 5, 2, 2014, 177 ss.
- KELEMEN R. D., PECH L. 2019. *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*, in «Cambridge Yearbook of European Legal Studies», 21, 2019, 59 ss.
- LUHMANN N. 2012. *Il diritto della società*, Giappichelli.
- MACCORMICK N. 2003. *La sovranità in discussione: diritto, stato e nazione nel “commonwealth” europeo*, il Mulino.
- SCARCELLO O. 2022. *Radical Constitutional Pluralism in Europe*, Routledge.
- THORNHILL C. 2012. *Legal Pluralism: The Many Books on Europe’s Many Constitutions*, in «Social & Legal Studies», 21, 3, 2012, 413 ss.
- WILKINSON M. 2019. *Beyond the Post-Sovereign State? : The Past, Present, and Future of Constitutional Pluralism*, in «Cambridge Yearbook of European Legal Studies», 21, 2019, 6 ss.



# INTERVENTI

# Europa, diritti, democrazia in tempi difficili

Europe, Rights, Democracy in Difficult Times

**ALDO SCHIAVELLO**

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo.

E-mail: [aldo.schiavello@unipa.it](mailto:aldo.schiavello@unipa.it)

# Europa, diritti, democrazia in tempi difficili

ALDO SCHIAVELLO

1. *L'Europa come progetto costituzionale* – 2. *Ripensare i diritti umani* – 3. *La democrazia in costruzione.*

*Dans les perspectives terrifiantes qui s'ouvrent à l'humanité,  
nous apercevons encore mieux que  
la paix est le seul combat qui mérite d'être mené.  
Ce n'est plus une prière, mais un ordre  
qui doit monter des peuples vers les gouvernements,  
l'ordre de choisir définitivement entre l'enfer et la raison.*

[Albert Camus, "Combat", 8 août 1945]

## 1. *L'Europa come progetto costituzionale*

Per noi che siamo stati studenti universitari a cavallo tra gli anni '80 e gli anni '90 del secolo scorso la domanda "Che cos'è l'Europa?" non ha nulla di astratto né di filosofico. L'Europa è – meglio: era allora – la nostra casa, la nostra identità, la nostra patria. Molti di noi si sentivano europei e non solo italiani, francesi o tedeschi.

L'Europa, per me, è il progetto Erasmus, alla cui prima edizione ho partecipato trascorrendo ad Aberdeen, in Scozia, uno dei periodi più felici dell'intera vita. Mi sentivo all'estero ma, al tempo stesso, a casa, insieme a coetanei provenienti da ogni parte dell'Europa. L'identità europea e quella italiana si mescolavano senza che l'una annullasse l'altra.

Oggi il progetto Erasmus esiste ancora – anzi, è stato ampliato in modo considerevole – ma l'Europa è in crisi. A torto o a ragione – più spesso a torto che a ragione – l'Europa è considerata la causa di molti dei nostri mali. Nel cuore di sempre più europei, le piccole patrie hanno scalzato la grande patria europea.

La domanda "Che cos'è l'Europa?" torna ad acquisire una sua pregnanza, come tutte le domande che non ammettono una risposta univoca, semplice o scontata. In un libro di quasi quindici anni fa, Jürgen Habermas fa questa considerazione che mantiene intatta la sua attualità:

«Quel che oggi mi suscita preoccupazione più di ogni altra cosa, il futuro dell'Europa, altri lo trovano astratto e noioso. [...] Se per amore di una pace infingarda scansiamo questo tema scabroso e continuiamo a cavarcela alla meno peggio per il sentiero dei compromessi abituali, lasciamo libero corso alla dinamica sfrenata dei mercati e rimaniamo a guardare come persino l'attuale potere di regolamentazione politica dell'Unione Europea venga distorto a favore di una sempre più estesa zona di libero mercato europea»<sup>1</sup>.

Nei tempi bui, può essere utile tornare alle origini, andare alla ricerca delle ragioni per considerare l'Europa non soltanto un luogo fisico ma anche, e soprattutto, un ideale.

Al progetto di una Europa unita si è cominciato a pensare in modo concreto durante la Seconda guerra mondiale, quasi come una condizione necessaria per gettare le fondamenta di un convincente "Plus jamais ça!" rispetto alle atrocità che hanno funestato la prima parte del secolo breve.

Eugenio Colorni, filosofo di fede socialista, condannato al confino a Ventotene insieme ad Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, considera l'Europa un argine alla volontà di potenza degli stati. Questa la sua sintesi nella *Prefazione al Manifesto di Ventotene*:

\* Prolusione scritta in occasione dell'inaugurazione dell'.a.a. 2023-2024 dell'Università di Palermo.

<sup>1</sup> HABERMAS 2018, 18-19.

«[...] si fece strada, nella mente di alcuni, l'idea centrale che la contraddizione essenziale, responsabile della crisi, delle guerre, delle miserie e degli sfruttamenti che travagliano la nostra società, è l'esistenza di stati sovrani, geograficamente, economicamente militarmente individuati, consideranti gli altri stati come concorrenti e potenziali nemici, viventi gli uni rispetto agli altri in una situazione di perpetuo *bellum omnium contra omnes*»<sup>2</sup>.

Spinelli e Rossi esprimono la medesima preoccupazione in termini, se possibile, più espliciti:

«La nazione non è ora più considerata come lo storico prodotto della convivenza di uomini che [...] trovano nel loro stato la forma più efficace per organizzare la vita collettiva entro il quadro di tutta la società umana, è invece divenuta un'entità divina, un organismo che deve pensare solo alla propria esistenza ed al proprio sviluppo, senza in alcun modo curarsi del danno che gli altri possano risentirne. La sovranità assoluta degli stati nazionali ha portato alla volontà di dominio di ciascuno di essi, poiché ciascuno si sente minacciato dalla potenza degli altri e considera suo "spazio vitale" territori sempre più vasti, che gli permettano di muoversi liberamente e di assicurarsi i mezzi di esistenza senza dipendere da alcuno. Questa volontà di dominio non potrebbe acquetarsi che nella egemonia dello stato più forte su tutti gli altri asserviti»<sup>3</sup>.

Queste idee non nascono dal nulla né all'improvviso. Già dopo la Grande guerra si è andata diffondendo la convinzione che la sovranità statale è la nemica principale della pace. Nel 1931 il Comitato permanente delle lettere e delle arti della Società delle nazioni invitò l'Istituto internazionale per la cooperazione internazionale a promuovere un dibattito epistolare su temi di interesse generale tra i principali intellettuali dell'epoca. Albert Einstein fu uno dei primi a essere coinvolto, e propose come tema la domanda *Warum Krieg?* (Perché la guerra?) e come suo interlocutore Sigmund Freud. Il carteggio mantiene intatta la sua attualità e merita di essere letto e riletto per intero. Qui mi limito a evidenziare un passaggio della lettera che Einstein invia a Freud: «gli Stati creino un'autorità legislativa e giudiziaria col mandato di comporre tutti i conflitti che sorgano tra loro. Ogni Stato si assuma l'obbligo di rispettare i decreti di questa autorità, di invocarne la decisione in ogni disputa, di accettarne senza riserve il giudizio e di attuare tutti i provvedimenti che essa ritenesse necessari per far applicare le proprie ingiunzioni»<sup>4</sup>.

La consapevolezza che la sovranità statale debba trovare dei limiti è, in generale, uno dei tratti salienti del costituzionalismo contemporaneo.

Dopo la Seconda guerra mondiale la sovranità statale viene duplicemente limitata.

All'interno, la *potestas legibus soluta e superiore non recognoscens* degli stati è negata mediante

«...l'invenzione [...] della rigidità delle costituzioni quali norme superiori alle leggi ordinarie e [la] conseguente penetrazione nel diritto positivo, in aggiunta all'originaria razionalità puramente formale e procedurale, di una razionalità assiologica o sostanziale»<sup>5</sup>.

All'esterno – vale a dire, nei confronti degli altri stati – la fine della sovranità «è sanzionata [...] dalla Carta dell'Onu varata a San Francisco il 26 giugno 1945 e poi dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite»<sup>6</sup>. Il progetto federalista europeo rientra a pieno titolo tra i vincoli esterni alla sovranità statale.

Il fatto che ogni stato fosse titolare, prima del 1945, di una sovranità assoluta, implicava che

<sup>2</sup> COLORNI 2006, 4.

<sup>3</sup> SPINELLI, ROSSI 2006, 12.

<sup>4</sup> EINSTEIN, FREUD 1979, 290.

<sup>5</sup> FERRAJOLI 1997, 33.

<sup>6</sup> FERRAJOLI 1997, 39.

l'ordine giuridico mondiale si presentasse come uno stato di natura hobbesiano i cui soggetti, anziché gli individui, erano gli stati; l'attributo principale della sovranità esterna degli Stati era infatti lo *ius ad bellum*.

Un obiettivo centrale del progetto europeo è dunque quello di bandire la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie tra gli stati europei. Anche in questo caso, le parole di Spinelli sono profetiche e, purtroppo, attuali: «Quale sia il male profondo che mina la società europea è evidentissimo ormai per tutti: è la guerra totale moderna, preparata e condotta mediante l'impiego di tutte le energie sociali esistenti nei singoli paesi»<sup>7</sup>.

Affermare che il progetto europeo sia un'argine contro la guerra non può tuttavia essere considerata una risposta esaustiva alla domanda “che cos'è l'Europa?”.

Non è questa la sede per ripercorrere, anche sommariamente, le varie tappe dell'integrazione europea.

Quello che mi preme, in questa occasione, è andare al fondo filosofico della questione. Da questo punto di vista, bisogna riconoscere che le risposte possibili sono molteplici. Esse vanno da quelle “minimaliste”, che lasciano il proscenio ai singoli stati, a quelle “massimaliste”, che considerano la federazione europea come una tappa intermedia di una società mondiale, improntata all'idea kantiana di un diritto cosmopolitico.

A prescindere che si propenda per il minimalismo o, al contrario, per il massimalismo, quello che è importante, secondo me, è considerare l'Europa un “progetto costituzionale”<sup>8</sup>, vale a dire, innanzitutto, un progetto politico condiviso che ruota intorno ai valori e ai principi espressi dai documenti comunitari e dalle costituzioni nazionali degli stati europei promulgate dopo la fine della Seconda guerra mondiale.

Se si assume che l'Europa sia un progetto costituzionale, il discorso, per molti versi appassionante, sulla esistenza o meno di un *demos* europeo, perde di centralità. Un progetto costituzionale è «quasi alla lettera, un progetto organico di fondazione di un ordine sociale»<sup>9</sup>. Un progetto costituzionale guarda al futuro e non al passato, mira a costruire una comunità sempre più coesa nel rispetto del pluralismo ed è capace di gestire e di accomodare in modo pacifico divergenze anche profonde relative all'interpretazione dei valori comuni. Questa è l'essenza del patriottismo costituzionale di cui parla, tra gli altri, Habermas.

L'Europa unita è dunque un'istanza del progetto politico del costituzionalismo contemporaneo. Che si tratti di un progetto politico di ampio respiro è ad esempio testimoniato dal fatto che Spinelli considera il progetto federalista un nuovo pensiero politico e un nuovo movimento politico che gli impone di abiurare all'ideologia comunista che aveva abbracciato in gioventù:

«[...] nessuna formazione politica mi attendeva, né si preparava a farmi festa, ad accogliermi nelle sue file. Sarei stato io a suscitare dal nulla un movimento nuovo e diverso per una battaglia nuova e diversa [...] una battaglia che io, ma probabilmente per ora solo io, avevo deciso di considerare, benché ancora inesistente, più importante di quelle in corso in cui andavano ad impegnarsi tutti gli altri»<sup>10</sup>.

Non è un caso che un edificio dell'*Espace Léopold*, sede del Parlamento europeo a Bruxelles, sia dedicato ad Altiero Spinelli.

Ed è anche significativo, a sostegno dell'idea che l'Europa sia, soprattutto, un progetto costituzionale, che nel sito ufficiale del Parlamento europeo si affermi: «Il Parlamento europeo si è conquistato la fama di difensore impegnato dei diritti fondamentali delle persone e della democrazia. All'interno dell'unica istituzione dell'UE direttamente eletta, le deputate e i deputati al Parlamento

<sup>7</sup> SPINELLI 2006, 39.

<sup>8</sup> Cfr. HABERMAS 2012.

<sup>9</sup> PINO 2008, 396.

<sup>10</sup> SPINELLI 1999, 343.

europeo si battono contro vecchi e nuovi attacchi alle libertà fondamentali»<sup>11</sup>. Ancora, a cavallo tra gli anni '50 e i primissimi anni '70 del secolo scorso, la Corte di giustizia dell'Unione europea (nel silenzio dei trattati istitutivi circa la tutela dei diritti fondamentali che potessero essere violati a ragione dell'applicazione dell'allora diritto comunitario) ha dapprima negato la propria competenza ad applicare i principi fondamentali degli stati membri; ha poi cominciato a sostenere di poterli applicare "indirettamente"; ha infine affermato in modo perentorio che «la tutela dei diritti fondamentali costituisce [...] parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità»<sup>12</sup>.

Come osserva Norberto Bobbio – che non a caso ha coniato la suggestiva espressione "età dei diritti in relazione al costituzionalismo contemporaneo – c'è un nesso stringente tra pace, democrazia e diritti. «[S]enza diritti dell'uomo riconosciuti ed effettivamente protetti», scrive Bobbio, «non c'è democrazia; senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti che sorgono tra individui, tra gruppi e tra quelle grandi collettività tradizionalmente indocili e tendenzialmente autocratiche che sono gli Stati, anche se sono democratiche coi propri cittadini»<sup>13</sup>.

Non è dunque possibile, oggi, affrontare la questione dell'Europa senza dire qualcosa sui diritti umani e la democrazia.

## 2. Ripensare i diritti umani

Un aspetto cruciale della cultura dei diritti è la fiducia nel fatto che i diritti umani rappresentino una tappa importante del progresso morale dell'umanità. Questa fiducia non è ingenua né inerte; si fonda sulla convinzione che il riconoscimento dei diritti umani rappresenti uno spartiacque nella storia dell'umanità tra un "prima", caratterizzato da conflitti, atrocità e sopraffazione e un "dopo", in cui vige la pace e l'armonia tra gli esseri umani.

Un aspetto della fiducia che caratterizza l'età dei diritti è l'idea che una volta che i diritti umani sono stati riconosciuti, il più fosse stato fatto. La questione più difficile da risolvere era trovare un accordo universale su quali diritti dovessero essere riconosciuti. Una volta trovato l'accordo, rimane soltanto il problema, pratico, di proteggerli.

Jacques Maritain, nell'introduzione a un volume sui diritti umani patrocinato dall'Unesco in occasione dell'adozione della Dichiarazione universale e pubblicata originariamente nel 1949, nota con ottimismo come esponenti di ideologie radicalmente contrapposte siano d'accordo sui diritti umani, ma solo a condizione di non domandarsi il perché. In altri termini, essi sono espressione di una convergenza pratica delle più diverse ideologie e delle più svariate tradizioni spirituali. Ma non è possibile, e neppure opportuno, sperare in qualcosa di più di questa convergenza pratica<sup>14</sup>.

Il medesimo ottimismo lo ritroviamo, una quindicina di anni dopo, in Bobbio, secondo cui «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quelli di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico ma politico»<sup>15</sup>.

A trent'anni di distanza dalla riflessione di Bobbio, Richard Rorty ripercorre lo stesso sentie-

<sup>11</sup> Al seguente link: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/it/democracy-and-human-rights>.

<sup>12</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 4 febbraio 1959, *Stork & Cie. / Alta Autorità*, causa 1-58, ECLI:EU:C:1959:4; conclusioni dell'avvocato generale Lagrange del 24 maggio 1960, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e a. / Alta Autorità*, Cause riunite 36, 37, 38-59 e 40-59, ECLI:EU:C:1960:27; sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1960, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e a. / Alta Autorità*, Cause riunite 36, 37, 38-59 e 40-59, ECLI:EU:C:1960:36; sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Causa 11-70, ECLI:EU:C:1970:114. La citazione nel testo è tratta da quest'ultima sentenza.

<sup>13</sup> BOBBIO 1992, 258-259.

<sup>14</sup> Cfr. MARITAIN 1973, 9-17.

<sup>15</sup> BOBBIO 1992, 16 (corsivi dell'autore).

ro. Egli afferma che i diritti umani sono «un evento nuovo e positivo del mondo del dopoloocausto». Nel medesimo saggio, egli osserva che «il mondo è cambiato, e che il fenomeno dei diritti umani rende superata e irrilevante la ricerca del loro fondamento filosofico»<sup>16</sup>.

Il desiderio di mettere tra parentesi il problema del fondamento filosofico dei diritti è comprensibile; soddisfare questo desiderio, tuttavia, è illusorio.

Innanzitutto, il linguaggio dei diritti è indeterminato; di conseguenza, l'attività interpretativa volta a individuare il significato o il contenuto dei diritti è caratterizzata da una discrezionalità molto ampia.

In secondo luogo, i diritti sono molti e, nel corso degli anni, con il proliferare delle dichiarazioni dei diritti, sono divenuti sempre di più. Ciò implica la possibilità di antinomie tra i diritti rivendicati da individui diversi. La molteplicità dei diritti produce dei problemi: quale diritto deve prevalere?

In terzo luogo, tutelare i diritti – tutti i diritti, sia quelli di libertà sia quelli sociali – costa. Per usare le parole di un fortunato libro dal significativo titolo *Il costo dei diritti*:

«I diritti [...] non sono un regalo del cielo, né un frutto della natura; non si impongono da sé e non si possono garantire in modo affidabile se lo stato è senza soldi o troppo debole; non necessariamente producono egoismo e irresponsabilità; non implicano affatto che ciascuno possa tutelare la propria libertà senza la collaborazione altrui, e non danno luogo a pretese irrefutabili»<sup>17</sup>.

Il fatto che i diritti costino impone di compiere delle scelte e queste ultime richiedono di essere giustificate.

Infine, una sfida particolarmente impegnativa all'idea rassicurante che esista un consenso universale sui diritti umani è quella che proviene dal pluralismo dei valori, che è un tratto distintivo del mondo contemporaneo. Il pluralismo evoca l'idea di incommensurabilità. Prendere il pluralismo sul serio impone talvolta di accontentarsi di un accomodamento tollerabile, di un mero *modus vivendi*, che è qualcosa di molto diverso dalla concordanza universale su alcuni valori fondamentali promessa dalla cultura dei diritti dei tempi d'oro. Massimo Luciani scrive giustamente che: «occorre rifuggire [...] i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere»<sup>18</sup>.

Se le cose stanno così, allora i diritti umani vanno considerati come un “linguaggio comune”, una sorta di “traduttore” degli argomenti e delle ragioni che vengono presentati nel dibattito pubblico. Essi richiedono che la discussione pubblica venga condotta entro i limiti di quello che, in precedenza, ho chiamato “progetto costituzionale”; l'esistenza di un “progetto costituzionale condiviso” non implica che esista un'unica concezione politica della giustizia condivisa da tutti.

L'idea liberale classica è che i diritti umani rappresentino un limite, uno sbarramento, a ciò che può essere deciso democraticamente. La realtà è che i diritti umani possono fiorire solo a condizione che esistano luoghi democratici di discussione.

E veniamo dunque alla democrazia.

### 3. La democrazia in costruzione

Il tema della democrazia è tra i più intrattabili. Il termine ‘democrazia’, innanzitutto, denota tante cose diverse: c'è la democrazia degli antichi e quella dei moderni; la democrazia procedurale

<sup>16</sup> RORTY 1994, 128-151 (la citazione è a p. 132).

<sup>17</sup> HOLMES, SUNSTEIN 2000, 231.

<sup>18</sup> LUCIANI 2006, 1668.

le e la democrazia deliberativa, la democrazia diretta e la democrazia rappresentativa, e si potrebbe continuare.

Un po' come nel caso dell'Europa, poi, i discorsi sulla democrazia si sono ridotti a discorsi sulla crisi della democrazia.

Per alcuni secoli – diciamo dal XVIII sino almeno agli anni '70 del secolo scorso – la democrazia ha goduto di ottima stampa. Chi non ha citato almeno una volta nella vita l'osservazione di Winston Churchill che la democrazia è il peggiore dei governi possibili se si escludono tutti gli altri? Le ragioni del generale apprezzamento per la democrazia sono molteplici e così note da poter essere date per scontate. A un certo punto, tuttavia, si è cominciato a guardare alla democrazia con diffidenza e, pur senza sfidare apertamente l'affermazione di Churchill, si è cominciato a evidenziare limiti e difetti di questa forma di governo. Un testo cruciale rispetto a questo cambio di prospettiva è *La Crisi della democrazia*, di Crozier, Huntington e Watanuki<sup>19</sup>; la tesi è che la democrazia, con i suoi tempi lunghi e le sue procedure, è un ostacolo alla governabilità in un mondo globale e interconnesso che ha bisogno di decisioni rapide e dinamiche. Di fatto, negli ultimi decenni si è assistito a uno svuotamento della democrazia e alla sua trasformazione in una sorta di simulacro.

La nostra disaffezione rispetto ai riti della democrazia è dunque comprensibile. Ciascuno di noi è perfettamente consapevole dello scarso peso se non addirittura dell'irrelevanza del proprio voto e, piuttosto che recarsi alle urne, preferisce andare al mare o allo stadio a tifare per la propria squadra del cuore.

In *Contro la democrazia*, saggio molto discusso, e dal titolo sintomatico, di Jason Brennan<sup>20</sup>, filosofo politico della Georgetown University, viene proposta una tipologia degli elettori in base alla quale questi ultimi si suddividerebbero in tre categorie: hobbit, hooligans e vulcaniani. I primi sono elettori disinteressati e tendenzialmente ignoranti rispetto alle questioni politiche; essi votano, quando votano, per ragioni estrinseche (la simpatia di un candidato rispetto a un altro, la conoscenza personale e così via). Gli hooligans sono i tifosi di una determinata fazione politica; sono tendenzialmente più informati sulle questioni politiche rispetto agli hobbit ma si comportano da tifosi. Gli hooligans tendono a sopravvalutare gli argomenti avanzati dal proprio partito e a sottostimare quelli degli avversari. Sono poco o per nulla disposti a cambiare idea, così come un tifoso dell'Inter non passerà mai al Milan. Infine, i vulcaniani sono persone razionali, molto istruite, che capiscono le questioni e la posta in gioco e decidono, di volta in volta, con la testa e non con la pancia.

La crisi della democrazia tiene lontani dalle urne hobbit e vulcaniani – questi ultimi, peraltro, di per sé già molto rari – e non scoraggia invece gli hooligans che si recano a votare come andrebbero a tifare la loro squadra del cuore.

Un discorso a parte va fatto in relazione all'Europa. È quasi un tic associare all'Unione europea l'espressione "deficit democratico". Se la crisi della democrazia, in generale, è qualcosa di cui si è cominciato a parlare una quarantina di anni fa, il "deficit democratico" dell'Unione europea è considerato un fenomeno strutturale. È vero: il Parlamento europeo stenta a farsi spazio tra il Consiglio europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione. Tuttavia, come si è detto anche a proposito dei diritti umani, la democrazia non è qualcosa che c'è o non c'è, ma è un processo faticoso e non lineare. Peraltro, a partire dall'Atto unico europeo del 1986 e sino al Trattato di Lisbona del 2009 le prerogative del Parlamento sono state costantemente state ampliate. Oggi, la procedura legislativa ordinaria prevede la codecisione tra Consiglio dell'Unione e Parlamento. Dal Trattato di Maastricht è stato anche concesso al Parlamento un limitato potere di iniziativa legislativa, del quale sarebbe auspicabile un ampliamento. Di contro, non si può

<sup>19</sup> CROZIER, HUNTINGTON, WATANUKI 1977.

<sup>20</sup> BRENNAN 2018.



non rilevare che da quasi vent'anni questo processo di progressiva espansione dei poteri del Parlamento si è arrestato; anche in questo caso sarebbe auspicabile una sua ripresa che, però, non si intravede all'orizzonte.

Le crisi, di varia natura, che hanno funestato gli ultimi anni, non favoriscono il processo di democratizzazione. Tuttavia, limitarsi a ribadire che in Europa c'è un deficit democratico rischia di trasformarsi in una profezia che si auto-avvera. Credo dunque che ciascuno debba fare quanto è in suo potere affinché l'Europa diventi sempre più democratica.

Mi piace ricordare in questa occasione David Sassoli, il predecessore dell'Onorevole Metsola alla Presidenza del Parlamento europeo. Egli aveva particolarmente a cuore il tema della democrazia europea e lo declinava insieme al tema della solidarietà. I tempi bui si superano insieme e non combattendo gli uni contro gli altri. Questa la lezione di Spinelli e degli altri Padri fondatori.

Alla Conferenza sul futuro dell'Europa del 10 marzo 2021, il Presidente Sassoli ha indicato la direzione da seguire:

«i nostri sistemi democratici devono costantemente adattarsi alle situazioni, al contesto in cui noi viviamo, perché la democrazia si costruisce ogni giorno, perché sappiamo anche che la democrazia è un sistema fragile. [...] La nostra istituzione gode di una legittimazione democratica diretta con i suoi 705 deputati che rappresentano il pluralismo che esiste nelle nostre democrazie, nella nostra vita democratica europea. Credo quindi che dovremo riflettere su come rafforzare la capacità, la centralità del Parlamento, in particolare per quanto riguarda il suo potere di iniziativa. Come ogni parlamento nazionale, il diritto di iniziativa dovrebbe essere effettivamente conferito al Parlamento Europeo affinché la nostra istituzione possa fare proposte alla Commissione, al Consiglio, e non solo essere i destinatari delle proposte. Questo contribuirebbe a dare maggiore capacità alla nostra democrazia»<sup>21</sup>.

La legittimazione democratica del Parlamento europeo dipende anche da tutti noi.

Affinché quest'ultima osservazione non suoni come vuota retorica, concludo con un esempio.

Il 13 luglio 2023, il Parlamento europeo ha approvato una Risoluzione sulla necessità dell'intervento dell'UE nelle operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo. In questa Risoluzione che meriterebbe di essere letta da tutti anche a mero titolo informativo, viene avanzata una serie di proposte al fine di tutelare efficacemente i diritti delle persone migranti. Le Risoluzioni del Parlamento non sono vincolanti ma ciò non le rende irrilevanti.

Tra le altre cose, in questa Risoluzione si “ribadisce che la creazione di percorsi sicuri e legali è il modo migliore per evitare la perdita di vite umane”. Ora, questa sollecitazione è rivolta non solo alla Commissione o agli stati membri ma a ciascuno di noi e sta a noi contribuire a darle la forza che merita. Alcune Università e, tra queste, anche la nostra, ha aderito al progetto “Corridoi universitari”, ideato dall'UNHCR e al quale partecipano anche la Caritas diocesana, il Centro Diaconale La Noce e il Centro Astalli. L'idea è quella di consentire ogni anno a studenti rifugiati in campi profughi africani di conseguire una laurea specialistica in Italia. È una goccia nell'oceano. Vero. Tuttavia, da quando il progetto è iniziato, ormai quattro anni fa, le Università che hanno aderito sono diventate trentotto e i giovani rifugiati che hanno avuto l'opportunità di studiare in Italia sono, ad oggi, centoquarantadue, provenienti da Etiopia, Niger, Nigeria, Malawi, Mozambico, Sud Africa, Zambia e Zimbabwe. Tale progetto esprime un modo virtuoso di gestire il fenomeno migratorio contemporaneo che, sia detto per inciso, per noi rappresenta – se ben governato – un'enorme opportunità e non certo una emergenza o, ancora peggio, una catastrofe. E il Progetto dei Corridoi universitari può anche essere considerato un piccolo contributo al rafforzamento del Parlamento europeo e del processo di democratizzazione dell'Europa.

<sup>21</sup> SASSOLI 2023, 24.

C'è un detto siciliano che ho sempre detestato: “se vuoi stare bene, lamentati”. Contro coloro che passano la vita a descrivere lo sfacelo del mondo contemporaneo e a rimarcare le manchevolezze degli altri sono state pronunciate parole definitive da J.F. Kennedy nel suo discorso di insediamento come Presidente degli Stati Uniti il 20 Gennaio 1961: “Il successo o l'insuccesso definitivo del nostro progetto starà più nelle vostre mani che nelle mie, cari concittadini”.

L'Europa, i diritti e la democrazia sono tre cose importanti che sta a tutti noi difendere.

Il romanzo *L'amore fatale*, di Ian McEwan, si apre con la scena di una mongolfiera con un bambino a bordo e un uomo che tenta disperatamente di trattenere il pallone aerostatico che si era disancorato da terra. Alcune persone che assistono alla scena si accorgono del pericolo imminente e si precipitano ad aiutare l'uomo in difficoltà. Giunte sul luogo dell'azione afferrano, ciascuna da un lato, il pallone e cominciano a discutere sul modo migliore di trarre il bambino in salvo. Il tempo passa, la stanchezza aumenta, il vento è forte, e il pallone si eleva sempre più da terra. A un certo punto, uno dei soccorritori cede, dando il via alla tragedia. Ecco come il protagonista del romanzo commenta l'accaduto:

«Non seppi allora, né ebbi modo di appurare, chi fosse stato il primo a mollare. [...] Di certo va detto che se non avessimo rotto le file, il nostro peso congiunto avrebbe portato a terra il pallone a un quarto di strada lungo la discesa, quando la raffica di vento si placò pochi secondi più tardi. [...] Non eravamo una squadra, non c'era un progetto e neppure un accordo da infrangere. Nessun fallimento. Dunque, possiamo accettare che fosse la cosa giusta, ciascuno per sé? [...] No, quel conforto non ci toccò, perché c'era un patto ben più profondo, istintivo e ancestrale, scritto dentro la nostra natura. La cooperazione, la base del successo di primordiali imprese di caccia, la forza che sottende la nostra capacità di linguaggio, il collante della nostra coesione sociale. [...] Eppure anche lasciare andare la fune era nella nostra natura. Anche l'egoismo ce lo portiamo scritto nel cuore. È questo il conflitto di noi mammiferi: quanto dare agli altri, e quanto tenere per noi. [...] Qualcuno optò per il sé, e a quel punto non ci fu più nulla da guadagnare scegliendo il noi».

Di fronte alle difficoltà, siamo portati a dividerci e a scontrarci ma la scelta più giusta e anche la più utile dal punto di vista dell'interesse personale di ciascuno sarebbe quella di collaborare.

*Riferimenti bibliografici*

- BOBBIO N. 1992. *I diritti dell'uomo, oggi* (1991), in ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, 258 ss.
- BRENNAN J. 2018. *Contro la democrazia*, Luiss University Press.
- COLORNI E. 2006. *Prefazione*, in SPINELLI A., ROSSI E., *Il Manifesto di Ventotene* (1943), Mondadori, 3 ss.
- CROZIER M., HUNTINGTON S.P., WATANUKI J. 1977. *La crisi della democrazia. Rapporto alla Commissione trilaterale* (1973), Franco Angeli.
- EINSTEIN A., FREUD S. 1979. *Perché la guerra?* (1932), in FREUD S., *Opere*, vol. II, Boringhieri, 287 ss.
- FERRAJOLI L. 1997. *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*, Laterza.
- HABERMAS J. 2012. *Questa Europa è in crisi*, Laterza.
- HABERMAS J. 2018. *Il ruolo dell'intellettuale e la causa dell'Europa*, Laterza.
- HOLMES S., SUNSTEIN C.R. 2000. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, il Mulino.
- LUCIANI M. 2006. *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in «Giurisprudenza costituzionale», IV, 2006, 1643 ss.
- MARITAIN J. 1973. *Introduction*, in *Human Rights. Comments and Interpretations* (1949), Greenwood Press, 9 ss.
- PINO G. 2008. *Il linguaggio dei diritti*, «Ragion Pratica», 31, 2008, 393 ss.
- RORTY R. 1994. *Diritti umani, razionalità e sentimento* (1993), in SHUTE S., HURLEY S. (eds.), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures*, Garzanti, 128 ss.
- SASSOLI D. 2023. *Conferenza sul futuro dell'Europa*, in GRAZIANI M., MILANI A. (eds.), *Europa: un progetto in costruzione. Omaggio a David Sassoli*, Firenze University Press, 23 ss.
- SPINELLI A. 1999. *Come ho tentato di diventare saggio*, il Mulino.
- SPINELLI A. 2006. *Gli Stati Uniti d'Europa e le varie tendenze politiche*, Mondadori.



# RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

# Ragionamento giuridico, centralità dei diritti fondamentali e cultura della giustificazione:

l'esame della vicenda *Giuliano Germano c. Italia* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo

Legal reasoning, the Centrality of Fundamental Rights and the Culture of Justification: An Examination of the case *Giuliano Germano v. Italy* Before the European Court of Human Rights

**ROBERTO CHENAL**

Giurista presso la Corte europea dei diritti dell'uomo.

E-mail: [roberto.chenal@echr.coe.int](mailto:roberto.chenal@echr.coe.int)

## ABSTRACT

L'articolo intende comparare, attraverso l'esame della vicenda Giuliano Germano da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e del Consiglio di Stato, due modelli di ragionamento giuridico fondati, l'uno, sui principi (e sui diritti fondamentali) e, l'altro, sulle regole. Il confronto è condotto mettendo in luce gli elementi caratterizzanti i due modelli: da una parte, centralità dei diritti, costituenti il fondamento dell'esercizio del potere da parte dell'autorità e "cultura della giustificazione"; dall'altro, diritti fondamentali assenti nella fisiologia dell'interpretazione giuridica, intesi come mero limite esterno all'esercizio del potere, e "cultura dell'autorità").

The article aims to compare, through the analysis of the case *Giuliano Germano*, examined by the European Court of Human Rights and the Italian Supreme Administrative Court (*Consiglio di Stato*), two models of legal reasoning based, the first, on principles (and fundamental rights) and, the second, on rules. The comparison is conducted by highlighting the elements characterizing the two models: on the one hand, the centrality of rights, constituting the foundation of the exercise of power by public authorities, and the "culture of justification"; on the other hand, fundamental rights which, being absent from the physiology of legal interpretation, are understood as a mere external limitation to the exercise of power, and the "culture of authority").

## KEYWORDS

diritto alla giustificazione, proporzionalità, Corte europea dei diritti dell'uomo, diritti fondamentali, principi

right to justification, proportionality, European Court of Human Rights, human rights, principles

## ALLEGATI

— Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 22 giugno 2023 (ricorso n. 10794/12), *Giuliano Germano c. Italia*

— Cons. Stato, sent. 4365/2011

# Ragionamento giuridico, centralità dei diritti fondamentali e cultura della giustificazione:

l'esame della vicenda *Giuliano Germano c. Italia* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo

ROBERTO CHENAL

1. *Inquadramento* – 2. *La vicenda* – 3. *Analisi del provvedimento del Questore e la sentenza del Consiglio di Stato* – 4. *Il ragionamento giuridico della Corte EDU ed esame della sentenza Giuliano Germano* – 5. *Conclusioni*.

## ALLEGATI

- Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 22 giugno 2023 (ricorso n. 10794/12), *Giuliano Germano c. Italia*
- Cons. Stato, sent. 4365/2011

### 1. *Inquadramento*

Oggetto della presente nota è l'analisi della sentenza *Giuliano Germano c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo ("Corte EDU")<sup>1</sup>. L'esame di questo caso recentemente divenuto definitivo<sup>2</sup> fornisce lo spunto per comparare i ragionamenti giuridici espressi da una parte nella sentenza del Consiglio di Stato<sup>3</sup> da cui ha tratto origine la presente vicenda, dall'altro nella sentenza della Corte EDU. Si tratta di ragionamenti giuridici rappresentativi di due diversi approcci giuridico-culturali. Occorre tuttavia chiarire fin dall'inizio che i due metodi che si andranno a comparare non caratterizzano, di per sé, due sistemi giurisdizionali o due corti supreme, ma sono approcci culturali e ragionamenti giuridici che sono presenti trasversalmente nei diversi ordinamenti. In effetti, la stessa analisi poteva essere svolta comparando il ragionamento di diverse sentenze del Consiglio di Stato, posto che nelle decisioni adottate all'interno della stessa giurisdizione amministrativa sono riconoscibili, almeno indirettamente, le due impostazioni<sup>4</sup>.

Il primo approccio si basa su un ragionamento per principi<sup>5</sup> che conferisce centralità ai diritti, i quali costituiscono il fondamento e non soltanto un limite all'esercizio del potere da parte dell'autorità; più in generale, si tratta di un'impostazione fondata sulla c.d. "cultura della giustificazione"<sup>6</sup>. Nel secondo approccio si può riconoscere un ragionamento fondato sulle regole, più formalistico, nel quale i diritti fondamentali, assenti nella fisiologia dell'interpretazione giuridica, costituiscono unicamente un limite esterno all'esercizio del potere, e nel quale prevale come

\* Le opinioni espresse nel presente articolo sono esclusivamente riconducibili alla responsabilità dell'autore e non riflettono necessariamente la posizione dell'istituzione di appartenenza.

<sup>1</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 2023 (ricorso n. 10794/12), *Giuliano Germano c. Italia* (in seguito citata come «Giuliano Germano»).

<sup>2</sup> La sentenza è diventata definitiva, ai sensi dell'art. 44 § 2 CEDU, il 6 novembre 2023.

<sup>3</sup> Cons. Stato, 4365/2011.

<sup>4</sup> La stessa Corte EDU ha ritenuto che l'approccio della maggioranza della giurisprudenza del Consiglio di Stato sia in linea con la Convenzione EDU e con la sua giurisprudenza. Si veda la ricostruzione della giurisprudenza nazionale operata nei paragrafi 27-41 e le considerazioni della Corte relative al rispetto della base legale ai paragrafi 99-121.

<sup>5</sup> Sulla distinzione tra regole e principi: ALEXY 2002, 44 ss.; DWORKIN 1977; PINO 2010, 52.

<sup>6</sup> Sulla cultura della giustificazione e sul diritto alla giustificazione, v., tra gli altri: COHEN-ELIYA, PORAT 2013; FORST 2011; KUMM 2010.

*Leitmotiv* la deferenza da parte dei tribunali nei confronti della discrezionalità dell'autorità pubblica; in sostanza, un modello che si può ricondurre a quella che è stata chiamata da parte della dottrina "cultura dell'autorità"<sup>7</sup>. Da una parte si rinviene dunque un approccio culturale fondato sui diritti, dall'altra uno fondato sull'esercizio del potere.

Senza entrare nel merito dei due modelli, è doveroso precisare che essi non sono reciprocamente escludenti: non si vuole né sostenere che nel modello fondato sulla giustificazione non giochi un ruolo importante anche un discorso fondato sui rapporti tra poteri e sugli interessi (primo fra tutti quello democratico) che sono volti a garantire un certo margine di discrezionalità in capo alle autorità formalmente legittimate ad esercitare tali poteri; né, allo stesso modo, si vuole sostenere che un modello che conferisce priorità alla discrezionalità dell'esercizio del potere da parte delle autorità pubbliche, non preveda uno spazio, benché più ridotto, all'obbligo di giustificazione rispetto al bilanciamento degli interessi in gioco e alla limitazione degli stessi. Allo stesso modo, distinguere il ragionamento fondato sui principi rispetto a quello fondato sulle regole significa ricorrere a due modelli idealtipici, mentre nella pratica delle corti nazionali e internazionali il ragionamento si fonda spesso su un intreccio di norme-principio e norme-regole. Tuttavia, si ritiene, come si cercherà di dimostrare più avanti, che ci sia una differenza strutturale tra i due modelli e che la pratica giuridica tenda a ispirarsi, in maniera alternativa, a uno o all'altro modello<sup>8</sup>. Infine, poiché la distinzione tra regole e principi è controversa in dottrina<sup>9</sup> e sebbene non sia possibile entrare nel merito del dibattito, si ritiene necessario precisare, al fine di una più chiara esposizione, che l'analisi che segue accoglie la distinzione "forte" tra regole e principi.

## 2. La vicenda

La vicenda oggetto della sentenza trae origine da un provvedimento di ammonimento orale previsto dall'art. 8 del decreto legge 11/2009, successivamente convertito nella legge 38/2009, adottato dal Questore su richiesta della moglie del ricorrente, la quale lo aveva denunciato per «atti persecutori». I fatti si sono svolti nell'ambito del procedimento di separazione giudiziale della coppia e dell'affidamento della loro figlia. Il provvedimento del Questore era stato adottato *inaudita altera parte*.

La struttura della motivazione del provvedimento del Questore, riprodotto integralmente nel testo della sentenza della Corte EDU, si compone principalmente di tre parti.

Nella prima parte il Questore individua le condotte attribuite al marito, riassumendole per come esposte dalla richiedente:

«TENUTO CONTO che, secondo quanto evidenziato nella stessa richiesta, Giuliano Germano, marito della richiedente con la quale, peraltro, è attualmente in fase di separazione, nel corso degli ultimi tre anni, ma con episodi in particolare divenuti più frequenti a far data dal maggio del corrente anno, caratterizzati da reiterate condotte esplicitatesi in ingiurie proferite anche in presenza di altre persone, telefonate perpetrate in ambito privato e sul posto di lavoro dirette sia all'esponente che a persone gravitanti nell'ambiente dei due ex coniugi, invio di messaggi SMS, insistenti e reiterate richieste, effettuate anche con atteggiamenti di potenziale prevaricazione fisica, volti comunque a controllare con

<sup>7</sup> Si deve precisare che per cultura dell'autorità non si intende "cultura dell'autoritarismo". Su questa distinzione, v. COHEN-ELIYA, PORAT 2013, III ss.

<sup>8</sup> V. anche le precisazioni espresse nella nota 15.

<sup>9</sup> Sia qui sufficiente richiamare le tre differenti tesi sul rapporto tra principi e regole così come ricostruite da ALEXY 2002, 47: a) la tesi secondo la quale non sussiste una differenza strutturale tra principi e regole, b) la tesi della distinzione forte, ossia una distinzione di natura qualitativa, c) la tesi della distinzione debole, ossia di grado. V. anche PINO 2010, 52.



toni insistenti, ossessivi ed intimidatori gli spostamenti della donna e, più in generale, le sue abitudini di vita quotidiana, ha cagionato nei confronti dell'interessata un perdurante grave stato di ansia e paura nonché timore per l'incolumità personale».

La seconda parte è relativa alle prove delle condotte sopra esposte<sup>10</sup>.

Infine, la terza parte riguarda l'esame dell'urgenza dell'adozione della misura:

«RILEVATA la necessità ed urgenza di dover prevenire il compimento di ulteriori atti persecutori».

Il provvedimento impone all'ammonito di tenere una condotta conforme alla legge e lo avvisa che, qualora continui a mantenere comportamenti analoghi a quelli che hanno determinato l'adozione dello stesso, sarebbe stato deferito alla competente Autorità Giudiziaria ai sensi dell'art. 612-bis c.p., indipendentemente da un eventuale atto di querela, attesa la procedibilità d'ufficio del medesimo delitto nei confronti di soggetto ammonito. Inoltre, in caso di condanna è prevista l'applicazione dell'aggravante.

Il TAR Liguria ha accolto il ricorso del marito, ritenendo che il provvedimento fosse stato emesso in violazione dell'art. 7 della legge 241/1990, ossia senza aver instaurato un contraddittorio con la parte interessata e ciò senza aver esplicitato le ragioni di urgenza che potevano giustificare tale scelta. Il Ministero degli Interni ha interposto appello.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'impugnazione proposta dal Ministero. La motivazione della decisione si struttura su due punti principali: la presunta violazione dell'art. 7 della legge 241/1990 sul diritto alla partecipazione al procedimento amministrativo dell'interessato; il difetto di motivazione del provvedimento di ammonimento.

Per quanto riguarda il primo aspetto, poste le funzioni tipicamente cautelare e preventiva del provvedimento questorile, secondo il Consiglio di Stato:

«è del tutto palese l'esigenza che la sua adozione avvenga in tempi rapidi, in ragione della necessità di interrompere con immediatezza l'azione persecutoria. E del resto è lo stesso legislatore a configurare l'"ammonimento" come provvedimento caratterizzato da "esigenze di celerità", laddove ne ha previsto la esternazione in forma orale (art. 8, 2° comma), ed ha stabilito che la richiesta della sua emissione sia trasmessa al Questore "senza ritardo" (art. 8, 1° comma)».

Il Consiglio di Stato mette inoltre in evidenza come sia sempre possibile esprimere le proprie ragioni successivamente all'adozione del provvedimento, attraverso il ricorso gerarchico e quello giurisdizionale. Ha poi aggiunto che nel caso concreto «deve ritenersi che nella fattispecie in esame ricorrano esattamente quelle "particolari esigenze di celerità del procedimento" che, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 7, 1° comma, legge n° 241 del 1990 esonerano l'Amministrazione dal dare la comunicazione dell'avvio del procedimento al soggetto destinato a subirne gli effetti».

Questo approccio è stato poi ribadito da una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale «alla luce della peculiare funzione del decreto di ammonimento, ben si comprende l'urgenza *in re ipsa* che caratterizza i procedimenti finalizzati all'adozione della misura in

<sup>10</sup> «CONSIDERATO che gli accertamenti esperiti dalla dipendente Squadra Mobile e l'ulteriore documentazione acquisita, tutti certificati in atti al di là del contesto in cui i comportamenti del Germano risultano maturati, non ultimo quello della separazione giudiziale della coppia e le connesse vicende inerenti all'affidamento della figlia di entrambi di 7 anni sebbene, per alcuni episodi non figurino dirimenti, fanno emergere per altri, con relative conferme ritenute di per sé sufficienti ed obiettive, una situazione di peculiare gravità, cui fanno da sfondo, fatti, richiamati nella succitata istanza, sfociati anche in aggressioni fisiche ad opera del predetto, le stesse oggetto, peraltro, di procedimento penale e come tali non richiamabili in questa sede, ma non sottovalutabili ai fini della ponderazione complessiva delle circostanze e dei fatti lamentati dalla richiedente, obiettivamente idonei a causare uno stato dir poco di disagio psicologico dell'interessata e, quindi, a far ritenere fondata la richiesta da costei avanzata».

questione. L'esigenza d'interrompere immediatamente l'azione persecutoria, per la costante giurisprudenza, determina, dunque, la non necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della legge n° 241 del 1990 e, tantomeno, della previa audizione dell'autore dei comportamenti che giustificano l'adozione del provvedimento di ammonimento»<sup>11</sup>. La norma di cui all'art. 8, decreto legge 11/2009 «non impone l'obbligo per l'autorità amministrativa di procedere a siffatto incumbente, lasciando di contro ampia discrezionalità sulla necessità di coinvolgere il destinatario del provvedimento restrittivo nel corso dell'indagine»<sup>12</sup>.

Infine, per quanto riguarda il controllo sul merito della decisione del Questore di ammonire il marito, il Consiglio di Stato si limita a precisare che:

«Non sussiste invero né il dedotto difetto di motivazione, né la carenza dei presupposti dell'«ammonimento»»,

in quanto il provvedimento del Questore dà puntualmente conto degli accertamenti effettuati dalla Squadra Mobile, dai quali emerge la condotta ingiuriosa e intimidatoria tenuta dall'odierno appellato nei confronti della moglie, tale da suggerire

«la necessità e l'urgenza di dover prevenire il compimento di ulteriori atti persecutori».

Questo approccio sembra, di fatto, ricondursi nel quadro di quella parte di giurisprudenza nazionale secondo la quale «essendo il potere valutativo del Questore ampiamente discrezionale, il sindacato del giudice amministrativo non può che essere limitato ai casi di insussistenza manifesta dei presupposti di fatto, di manifesta irragionevolezza e sproporzione, senza che sia possibile una sostituzione del giudice all'Autorità amministrativa nella valutazione di merito di fatti e circostanze»<sup>13</sup>.

### 3. *Analisi del provvedimento del Questore e la sentenza del Consiglio di Stato*

Si può ora passare all'esame delle decisioni in oggetto, prendendo in considerazione, tra gli altri, gli elementi seguenti: la struttura del ragionamento giuridico (per regole o per principi), il ruolo giocato dai diritti fondamentali in relazione all'esercizio del potere; il grado di centralità della discrezionalità dell'autorità pubblica e dell'obbligo di giustificare le proprie scelte.

Si analizzeranno, nell'ordine, la questione della partecipazione al procedimento dell'interessato e quella del sindacato giurisdizionale sul merito del provvedimento adottato dal Questore.

Quanto al primo aspetto, si può notare che la struttura del ragionamento caratterizzante il provvedimento del Questore e la specifica sentenza del Consiglio di Stato in esame, oltre che il filone giurisprudenziale in cui quest'ultima si colloca, si fonda su un ragionamento per «regole»: a) individuazione della fattispecie concreta; b) individuazione della fattispecie astratta-regola e sua interpretazione che prescinde da un ragionamento fondato sui principi; c) sussunzione; d) applicazione nel caso concreto delle conseguenze dettate dalla regola così come interpretata<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Cons. Stato, 2419/2016, 10211/2022, 7486/2023, 3420/2023, 2494/2023, 2394/2023.

<sup>12</sup> Da ultimo, Cons. Stato, 748/2023. V. anche Cons. Stato, 2419/2016 e 4241/2016.

<sup>13</sup> Cons. Stato, 7486/2023, 3420/2023, 2496/2023, 2394/2023, 10211/2022, 6958/2021.

<sup>14</sup> Quando si parla di ragionamento per regole, non si intende sostenere che il ragionamento prenda in considerazione unicamente le regole ma che: a) l'utilizzo dei principi sia solo eventuale e, b) essi giochino un ruolo diverso nella struttura del ragionamento rispetto a quello fondato sui principi. In altre parole, per riprendere la sequenza illustrata nel testo, i principi che riconoscono i diritti fondamentali interverrebbero unicamente come ipotetico elemento e), ossia come valutazione, in ultima istanza, della compatibilità con i diritti fondamentali della conclu-

Infatti, il Consiglio di Stato ha fondato la possibile rilevanza giuridica del “fatto” di non essere stato sentito dal Questore prima dell’emanazione del provvedimento sul mero presupposto che la regola generale propria del diritto amministrativo, richiamata nel già menzionato art. 7 della legge 241/1990, che prevede la comunicazione dell’avvio del procedimento amministrativo all’interessato, può essere derogata. A questo proposito, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la disposizione, e in particolare l’inciso «ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento», sia da leggere alla luce della lettera del già menzionato art. 8 e dell’intenzione del legislatore. In sostanza le «esigenze di celerità» nel caso dell’ammonimento risiedono nella necessità di interrompere con immediatezza l’azione persecutoria, con conseguente ammissibile deroga, per questo tipo di materia, alla regola generale che prevede la comunicazione dell’avvio del procedimento. Si noti che, nel caso di specie, la conclusione a cui è giunto il Consiglio di Stato in relazione all’assenza dell’obbligo di sentire previamente l’interessato si fonda su un provvedimento, quello del Questore, che sul punto si è limitato a stabilire che si «rileva la necessità ed urgenza di dover prevenire il compimento di ulteriori atti persecutori». Su questa stessa linea interpretativa, una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha ritenuto, in maniera ancora più netta, che per questo tipo di provvedimenti l’urgenza è presente *in re ipsa*.

Come si può notare, l’argomentazione relativa all’interpretazione della disposizione prescinde da qualunque valutazione in termini di principi e ancor meno di diritti fondamentali. L’interesse limitato dal provvedimento o non è menzionato (v. provvedimento del Questore) o è citato in modo del tutto secondario<sup>15</sup>. Esso non è un elemento preso in considerazione al fine di risolvere la controversia giuridica ed è totalmente assente la questione della eventuale incidenza della misura su un diritto fondamentale. L’interpretazione delle regole nazionali si fonda dunque unicamente sulla lettera della legge e sulle finalità del legislatore<sup>16</sup>.

La questione interpretativa è inoltre posta in termini dicotomici: o sussiste, a certe condizioni, l’obbligo, proprio dei procedimenti amministrativi, di sentire l’interessato oppure l’autorità amministrativa gode di una totale discrezionalità, negando a monte l’esistenza o la rilevanza di un diritto *prima facie* al contraddittorio. Se si volesse rileggere questa soluzione interpretativa in termini di ragionamento per principi, si potrebbe sostenere che il giudice ha interpretato la disposizione in modo da ritenere che il legislatore volesse conferire una assoluta prevalenza all’interesse perseguito (la tutela delle potenziali vittime) rispetto ad altri eventuali interessi o diritti in gioco. Questo “bilanciamento” sarebbe effettuato una volta per tutte in astratto, in assenza di un esame delle circostanze del caso concreto. Questa soluzione, tuttavia, impedisce alla radice un ragionamento del giudice fondato sui principi.

La norma, così come costruita, prevede una totale discrezionalità del Questore in merito alla possibilità di garantire un contraddittorio preventivo. La sua scelta a questo proposito non è di

sione a cui si è giunti sulla base di un ragionamento per regole. Come si vedrà in seguito, un ragionamento fondato sui principi, invece, pone questi ultimi come strutturale elemento di partenza del ragionamento giuridico.

<sup>15</sup> Lo stesso Consiglio di Stato ha affermato che «Non possono disconoscersi gli effetti particolarmente lesivi, dal momento che esso comporta non solo la procedibilità d’ufficio, ma anche l’aumento di pena, per il delitto previsto dall’art. 612-bis c.p.».

<sup>16</sup> Si noti che il Consiglio di Stato esamina una questione di legittimità costituzionale posta sotto il profilo del rispetto del principio di imparzialità di cui all’art. 97 Cost. (ove interpretato in modo da escludere la necessità della comunicazione dell’avvio del procedimento) ma la rigetta limitandosi a ritenere che «il principio di imparzialità cui deve conformarsi l’azione amministrativa a norma dell’art. 97 Cost. non esclude che in presenza di situazioni che reclamano un intervento immediato possa procedersi senza la “partecipazione” del soggetto destinatario dell’atto, il quale ha comunque la possibilità di tutelare la propria sfera giuridica eventualmente lesa dal provvedimento sia in via amministrativa che in via giurisdizionale». In altre parole, l’incidenza sul diritto fondamentale della negazione di essere sentito nella fase precedente all’emissione del provvedimento è irrilevante, anche qualora sia nel caso concreto ingiustificata, in quanto si ritiene che sia comunque globalmente tutelata dalla possibilità di partecipare alla fase procedimentale e giudiziaria successiva.

fatto (caso in esame) o di diritto (principio espresso dalla giurisprudenza che considera l'urgenza *in re ipsa*) sottoposta a un controllo giurisdizionale e a un controllo del rispetto dei diritti in relazione alle specificità del caso concreto.

In contrasto rispetto a un ragionamento fondato sui diritti, tale approccio comporta una assoluta centralità della scelta discrezionale dell'autorità di esercitare il proprio potere, formalmente legittimo, nonostante la misura abbia, per stessa ammissione del Consiglio di Stato, «effetti particolarmente lesivi». Allo stesso tempo, sulla base di questo approccio interpretativo, non sussiste un obbligo di giustificazione in capo all'autorità. Da un punto di vista sostanziale, la scelta dell'autorità si presume sempre e in ogni caso legittima. In questa fase procedimentale, l'interesse del soggetto colpito dalla misura è privo di qualunque rilevanza giuridica.

A conclusioni molto simili si giunge anche se si esamina quanto affermato da una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato in relazione al controllo sul merito delle scelte del Questore di adottare o meno il provvedimento alla luce delle circostanze del caso concreto. Ritenere che il sindacato del giudice amministrativo sia «limitato ai casi di insussistenza manifesta dei presupposti di fatto, di manifesta irragionevolezza e sproporzione, senza che sia possibile una sostituzione del giudice all'Autorità amministrativa nella valutazione di merito di fatti e circostanze» significa conferire una piena discrezionalità all'autorità amministrativa. Emerge qui, in modo ancora più evidente, l'assenza di un vero e proprio obbligo di giustificazione nei confronti del soggetto che subisce gli effetti della misura. La pressoché totale discrezionalità dell'autorità pubblica farebbe salva qualunque sua scelta ad eccezione di quelle che si potrebbero qualificare, in questa ottica, come “patologiche”. In sostanza, non sussisterebbe un generale obbligo di giustificare ciascuna la scelta in termini di diritti fondamentali, ma semplicemente di imporre un limite esterno all'esercizio del potere nel solo caso di abuso di tale potere. Ancora una volta, i diritti non svolgono un ruolo di fondamento sostanziale dell'esercizio del potere, ma solo di limite allo stesso. All'interno di un certo margine, l'esercizio del potere dell'autorità è quindi insindacabile. Secondo questa linea giurisprudenziale – che, lo si ricorda, la Corte EDU ha ritenuto non essere maggioritaria a livello interno sulla base delle informazioni a sua disposizione – il Questore non ha il dovere di giustificare la misura in termini di bilanciamento tra gli interessi in gioco, né, a fortiori, il giudice è competente a verificare, salvo i casi “patologici”, la proporzionalità della misura adottata nel caso concreto.

#### 4. Il ragionamento giuridico della Corte EDU ed esame della sentenza Giuliano Germano

Il ragionamento giuridico della Corte EDU si fonda, al contrario, su un ragionamento per principi e, più in particolare, di principi che tutelano i diritti fondamentali. L'esame del rispetto dei diritti fondamentali operato dalla Corte EDU ha una struttura bifasica: i) esame dell'ingerenza nel godimento del diritto fondamentale (inteso come diritto *prima facie*); ii) esame del carattere giustificato dell'ingerenza. Questa seconda fase, chiamata appunto della giustificazione, si fonda su un triplice esame: quello della base legale su cui si fonda la misura, quello dello scopo legittimo della stessa e quello della sua proporzionalità<sup>17</sup>. In altre parole, nella prospettiva della Corte EDU, ogni ingerenza per essere legittima deve essere giustificata.

È necessario ricordare che quello brevemente richiamato non costituisce l'unico modello argomentativo fondato sui diritti fondamentali. Sebbene quello accolto dalla Corte EDU sia probabilmente quello più diffuso tra i Paesi occidentali<sup>18</sup>, non mancano modelli di ragionamento per

<sup>17</sup> Sulla struttura dei diritti e in particolare sul principio di proporzionalità, v.: ALEXY 2002; BARAK 2012; KUMM 2007; MOLLER 2012; PINO 2010.

<sup>18</sup> Il sistema convenzionale è stato profondamente influenzato da quello costituzionale tedesco. Tra gli altri sistemi giuridici non europei si possono menzionare, tra i più celebri, quello canadese, sudafricano e israeliano.

diritti fondamentali che variano a seconda della cultura giuridica accolta (in particolare quella fondata sull'autorità o quella fondata sulla giustificazione)<sup>19</sup>.

Se si prova a scomporre la sequenza argomentativa fondata sui diritti così come interpretati dalla Corte EDU, si potrebbero costruire gli scenari seguenti:

- a) ragionamento del giudice interno: fatto (ingerenza nel diritto fondamentale) → individuazione dei principi (diritti fondamentali in gioco e altri interessi concorrenti) → esame della giustificazione → interpretazione conforme del diritto interno e in particolare della regola da applicare<sup>20</sup> → conseguenze derivanti dall'applicazione della regola;
- b) ragionamento della Corte EDU in assenza di una valutazione fondata sui diritti da parte del giudice interno: fatto (ingerenza)<sup>21</sup> → individuazione diritti fondamentali e interessi in gioco → esame della giustificazione → conclusioni sulla violazione;
- c) ragionamento della Corte EDU in presenza di una valutazione fondata sui diritti da parte del giudice interno: fatto (ingerenza) → individuazione dei diritti fondamentali e degli interessi in gioco → esame sostanziale delle ragioni fornite dalle autorità interne e in particolare dai giudici nazionali a fondamento della giustificazione → esame della violazione.

A questa ricostruzione, che concerne l'esame delle ingerenze nei diritti fondamentali da un punto di vista sostanziale, la Corte EDU ne affianca sempre più spesso una seconda, di natura procedurale. In questa ultima prospettiva, la Corte EDU procede all'esame seguente:

fatto (ingerenza) → individuazione dei diritti fondamentali e degli interessi in gioco → verifica dell'assenza di un esame da parte delle autorità delle ragioni a fondamento dell'ingerenza<sup>22</sup> e, in caso negativo, → constatazione della violazione.

In altre parole, in quest'ultimo caso, a fronte di allegazioni *prima facie* non manifestamente infondate, la Corte EDU si limita a verificare se le autorità interne hanno adottato un ragionamento fondato sui principi convenzionali. In caso di risposta negativa, sempre più spesso, anche in ossequio al principio di sussidiarietà, la Corte EDU decide di non entrare nel merito dell'esame della proporzionalità dell'ingerenza ma si limita a constatare una c.d. "violazione procedurale" del diritto in gioco.

Nel caso *Giuliano Germano*, il controllo della Corte EDU verte principalmente sulle questioni seguenti:

- 1) se il diritto interno preveda, nel conferire il potere di ammonire, che la legittimità dell'esercizio di tale potere sia condizionata all'onere di giustificazione fondato sui diritti e se preveda l'obbligo dei tribunali di riesaminare la giustificazione dell'esercizio del potere nel caso concreto (questione legata alla base legale e alle garanzie contro l'arbitrio);

<sup>19</sup> Si pensi al c.d. eccezionalismo americano, ma anche lo stesso modello costituzionale italiano, sebbene stia gradualmente accogliendo la concezione bifasica e fondata sulla giustificazione dei diritti fondamentali, è ancora principalmente ancorata a "test" diversi da quelli europei (ad esempio, scarso riconoscimento della prevedibilità in concreto, test di ragionevolezza al posto della proporzionalità, deferenza nei confronti del legislatore rispetto al carattere proporzionato di un'ingerenza).

<sup>20</sup> Nel caso in cui la lettera della legge non permetta una interpretazione conforme a Convenzione, a seconda dei sistemi giuridici, si può avere disapplicazione delle disposizioni contrarie alla CEDU (si veda il modello di controllo di convenzionalità francese), o incostituzionalità delle stesse (come nell'ordinamento italiano ex art. 117 Cost.).

<sup>21</sup> Si noti che il "fatto", dal punto di vista del controllo da parte della Corte EDU, non è inteso unicamente nella sua materialità, ma come fatto materiale (azione od omissione dell'autorità pubblica) frutto di esercizio di un potere accordato e fondato a sua volta su norme. Il fatto può produrre conseguenze giuridiche solo in quanto le norme riconoscono portata giuridicamente rilevante a certe atti.

<sup>22</sup> In altre parole, assenza di una valutazione da parte dei giudici nazionali della giustificazione dell'ingerenza, intesa come base legale – scopo legittimo – proporzionalità.

- 2) se il Questore, nell'applicare la misura dell'ammonimento, abbia svolto una valutazione di proporzionalità nel caso concreto sia in relazione al diritto procedurale a essere ascoltato nella fase procedimentale precedente l'emissione del provvedimento sia in relazione alle ragioni sostanziali che hanno condotto alla sua emissione;
- 3) se il giudice abbia operato, applicando il ragionamento giuridico fondato sui principi-diritti, un sufficiente sindacato sulle scelte dell'autorità amministrativa.

Ci si concentrerà principalmente sui due ultimi aspetti, mentre in relazioni al primo saranno svolte alcune considerazioni nella parte conclusiva.

Il punto di partenza del ragionamento giuridico della Corte EDU è costituito dall'esame dell'ingerenza in un diritto *prima facie* riconosciuto dalla CEDU. Più in particolare, la Corte EDU ha esaminato se l'ammonimento ha costituito un'ingerenza nei confronti del ricorrente e se tale ingerenza ha inciso su un interesse rilevante ai sensi della CEDU. L'individuazione di quale diritto è in gioco e l'esame della gravità dell'ingerenza sono due passaggi importanti in vista dell'analisi dell'ulteriore valutazione, vale a dire quella della giustificazione dell'ingerenza: infatti, più l'interesse in gioco costituisce un aspetto essenziale del diritto fondamentale e più la sua limitazione è importante, maggiore è l'onere delle autorità di giustificare l'ingerenza.

Nel caso concreto, la Corte EDU ha ritenuto che l'ammonimento abbia, da una parte, inciso sulla vita familiare del ricorrente, limitando la possibilità di contatto con la figlia<sup>23</sup> e, dall'altra, sulla sua vita privata, avendo un effetto stigmatizzante tale da compromettere la sua reputazione.

Conclusa la fase dell'applicabilità della Convenzione, la Corte EDU si è concentrata su quello che è il cuore del suo esame, la fase della giustificazione dell'ingerenza nel godimento del diritto.

Dopo aver ritenuto che la misura adottata si fondava su una base legale prevedibile e che offriva garanzie sufficienti contro l'arbitrio, ha esaminato lo scopo legittimo della misura, ovvero la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute e la protezione dei diritti e delle libertà altrui e, più in particolare, la prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

La Corte EDU è passata quindi all'analisi del carattere proporzionato della misura.

L'esame dell'ingerenza e dello scopo legittimo permettono alla Corte EDU di identificare tutti gli interessi in gioco che rilevano nel caso concreto. Emerge qui un punto metodologicamente importante: l'identificazione degli interessi in gioco, e in particolare dello scopo legittimo, non sono di per sé sufficienti per giustificare la misura. L'autorità non può limitarsi a enunciare lo scopo perseguito per poi godere di una discrezionalità pressoché assoluta nel modo di regolare i diversi interessi in gioco. Non è sufficiente avere delle generiche ragioni per tutelare un determinato interesse (nel caso di specie, la protezione contro atti di stalking) ma è necessario avere delle ragioni "qualificate", sufficienti e pertinenti, per giustificare, alla luce delle circostanze del caso concreto, la compressione del diritto fondamentale (alla vita familiare e alla reputazione) e quindi per dimostrare il carattere proporzionato della misura (l'ammonimento).

Non effettuare un controllo sul carattere proporzionato della misura significa poter ammettere l'eventuale scelta dell'autorità di massimizzare la tutela di un interesse a scapito della tutela di un diritto. I diversi principi in gioco (interessi o diritti) per loro natura entrano in conflitto e per questo le autorità hanno la responsabilità di trovare un punto di equilibrio. In particolare, l'obbligo positivo di tutela di un diritto non può mai considerarsi come un obbligo di risultato. A questo proposito, la Corte EDU ha sottolineato che, a fronte dell'obbligo positivo ai sensi degli articoli 2, 3 e 8 della Convenzione di adottare misure operative preventive per tutelare le vittime

<sup>23</sup> In particolare, la Corte EDU ha sottolineato che l'ammonimento ha inciso sulla «possibilità di organizzare incontri con la figlia e trascorrere del tempo con lei e quindi di esercitare la sua potestà genitoriale come era nell'interesse superiore della minore e necessario per garantire il suo diritto alla bigenitorialità».

o le potenziali vittime da reali e immediati rischi per la vita e da violazioni della propria integrità fisica e psicologica, le autorità,

«nel decidere quali misure operative adottare, devono inevitabilmente bilanciare con attenzione, sia a livello generale che individuale, i diritti concorrenti in gioco e gli altri limiti pertinenti. La Corte nei casi di violenza domestica ha sottolineato l'assoluta necessità di tutelare il diritto umano alla vita e all'integrità fisica e psicologica delle vittime. Al contempo, sussiste la necessità di assicurare che la polizia eserciti i suoi poteri di controllo e prevenzione dei reati con modalità che rispettino pienamente la procedura prevista e le altre garanzie che limitano legittimamente le sue possibilità d'azione, comprese le garanzie contenute, per quanto pertinente ai fini della presente causa, nell'articolo 8 della Convenzione»<sup>24</sup>.

Interessante poi è notare che la Corte EDU ha preliminarmente chiarito il grado di controllo che avrebbe esercitato sul modo in cui il Questore e i tribunali interni hanno bilanciato i diversi interessi in gioco. La Corte ha specificato che, nonostante le autorità godano di un certo margine di apprezzamento, nel caso concreto, l'importanza degli aspetti della vita privata e familiare che entravano in gioco e la gravità dell'ingerenza deponevano a favore di un esame rigoroso.

Al fine di esaminare il carattere giustificato dell'ammonimento nel caso concreto, la Corte EDU ha adottato la sopramenzionata prospettiva procedurale, concentrando il controllo sulla qualità delle ragioni poste dalle autorità interne. La Corte EDU ha esaminato separatamente la questione del diritto ad essere ascoltato e quella delle ragioni sostanziali che hanno giustificato l'ammonimento.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte EDU ha preso atto del fatto che il processo verbale dell'ammonimento emesso dal Questore non indicava le «pressanti ragioni» che asseritamente imponevano una misura urgente e quindi la compressione del diritto ad essere ascoltato. La Corte EDU ha notato poi che il Consiglio di Stato, dal canto suo, ha ritenuto che, viste le finalità dell'ammonimento, la misura fosse di per sé caratterizzata dalla necessità di intervenire con urgenza per prevenire conseguenze gravi e irreparabili per la vittima di atti persecutori e che quindi il Questore non era tenuto ad addurre motivi. Per la Corte EDU, il tribunale interno non ha «svolto un esame indipendente dell'eventuale rischio imminente per l'incolumità della moglie del ricorrente o degli altri motivi che giustificavano il mancato ascolto del ricorrente» e «né il Questore né i tribunali amministrativi hanno fornito una giustificazione della deroga al diritto del ricorrente di essere ascoltato nel procedimento amministrativo [...]»<sup>25</sup>.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, la Corte EDU ha reputato che il processo verbale dell'ammonimento emesso dal Questore fosse carente di motivazione, in quanto si limitava ad affermare che, alla luce delle indagini svolte dalla polizia, gli episodi riferiti dalla moglie del ricorrente risultavano dimostrati. La Corte «non può fare a meno di notare che i fatti pertinenti, oltre a essere citati “come indicati dalla persona che ha richiesto l'ammonimento”, erano stati descritti in termini estremamente generici e vaghi. Il ragionamento, come si può desumere dal processo verbale dell'ammonimento, prende l'avvio dai fatti come ipotizzati dalla moglie del ricorrente, e li ritiene dimostrati senza indicare le indagini svolte e senza esaminare in che modo il loro esito confermi l'ipotesi originale»<sup>26</sup>.

L'approccio procedurale della Corte EDU è evidenziato nell'affermazione secondo la quale «un simile ragionamento, pertanto, non consente alla Corte di esaminare in che modo l'autorità amministrativa abbia valutato le prove raccolte con le indagini»<sup>27</sup>, senza addentrarsi in un esame sostanziale del carattere proporzionato della decisione nel caso concreto.

<sup>24</sup> *Giuliano Germano*, cit., § 126.

<sup>25</sup> *Giuliano Germano*, cit., § 129.

<sup>26</sup> *Giuliano Germano*, cit., § 136.

<sup>27</sup> *Giuliano Germano*, cit., § 136.

Inoltre, sempre in un'ottica procedurale, la Corte EDU verifica se i tribunali interni e in particolare il Consiglio di Stato hanno effettuato un sindacato di piena giurisdizione sul carattere proporzionato e giustificato della misura. A questo proposito la Corte EDU afferma che nel caso di specie, il Consiglio di Stato non ha svolto un controllo indipendente dell'eventuale esistenza di una ragionevole base di fatto per la misura ma «si è limitato a un esame puramente formale della decisione di infliggere l'ammonimento»<sup>28</sup>, ritenendolo legittimo alla luce dei motivi addotti dal Questore senza procedere alla valutazione delle prove disponibili.

Di conseguenza, non essendo possibile determinare, leggendo la motivazione della sentenza, quali fossero le circostanze di fatto e di diritto che giustificavano la misura, «le autorità giudiziarie non hanno esercitato un adeguato controllo giurisdizionale del fondamento fattuale nonché della legittimità, necessità e proporzionalità della misura»<sup>29</sup>.

## 5. Conclusioni

Dall'esame del ragionamento giuridico della Corte EDU emerge, rispetto alla sentenza del Consiglio di Stato, un quadro ribaltato dei rapporti tra regole e principi, tra potere e diritti, discrezionalità dell'autorità e cultura della giustificazione.

Se la giurisprudenza interna esaminata risolve la controversia ponendo al centro del suo ragionamento l'interpretazione e applicazione delle regole attraverso l'analisi della lettera della legge e della finalità impressa ad essa dal legislatore, la sentenza della Corte EDU fonda il suo esame sulla domanda di giustizia relativa al se fosse giustificato limitare i diritti fondamentali in gioco. Il diritto è qui inteso come una pratica argomentativa volta a saggiare le ragioni di una scelta che incide sui diritti. La ricerca della volontà del legislatore e delle sue finalità rappresentano solo uno degli elementi della decisione, ma non la determinano. I diritti fondamentali costituiscono così il parametro di valutazione delle ragioni poste dal legislatore. In ogni caso, anche a voler ritenere la finalità di una disposizione legittima in astratto, per la Corte EDU è sempre necessario effettuare un bilanciamento alla luce delle circostanze del caso concreto, e questo non può che essere un compito affidato alle autorità pubbliche e in particolare ai tribunali. Sebbene i provvedimenti delle autorità interne abbiano necessariamente un impatto sui diversi interessi in gioco determinando implicitamente quale debba prevalere, la giurisprudenza esaminata estromette le ragioni sostanziali-valoriali dal perimetro dell'argomentazione giuridica: in parte presumendo che il legislatore abbia già svolto una scelta in astratto (ragioni di urgenza rispetto al diritto ad essere ascoltato) e in parte lasciando all'autorità amministrativa un margine di discrezionalità pressoché totale. I diritti fondamentali così come interpretati dalla Corte, invece, non permettono, al di là del margine di apprezzamento, delle zone franche. Lunghi dal costituire un mero limite all'esercizio del potere, i diritti fondamentali costituiscono il fondamento del fisiologico esercizio del potere. Ogni atto compiuto dalle autorità che incide sui diritti fondamentali per essere legittimo deve essere giustificato.

Infine, alcune considerazioni sull'esame delle garanzie contro l'arbitrio che discendono dal rispetto della base legale. A questo proposito la Corte EDU esamina se il diritto interno disciplina l'esercizio del potere da parte dell'autorità in modo tale da obbligare quest'ultima a giustificare le scelte che limitano i diritti fondamentali. La Corte EDU non si limita quindi, sotto il profilo procedurale del controllo di proporzionalità, a esaminare se le autorità interne hanno adottato nel caso concreto il ragionamento giuridico proprio della Corte EDU stessa, ma anche, sotto il profilo della base legale, a controllare che l'ordinamento interno abbia integrato tale obbligo nel-

<sup>28</sup> *Giuliano Germano*, cit., § 141.

<sup>29</sup> *Giuliano Germano*, cit., § 143.



le norme che disciplinano l'esercizio del potere. In altre parole, la struttura del ragionamento fondata sui diritti CEDU non costituisce unicamente uno strumento della Corte EDU per verificare sul piano internazionale se, nell'ambito della propria discrezionalità, le autorità interne hanno rispettato la CEDU; non si tratta solo di un ragionamento che le corti interne devono adottare al fine di valutare la compatibilità delle ingerenze pubbliche nell'esercizio dei diritti; ma deve essere intesa come un vincolo preesistente all'esercizio del potere da parte dell'autorità. Quest'ultima sarà quindi tenuta dal diritto interno stesso a compiere le proprie scelte plasmando il proprio procedimento sul ragionamento fondato sui diritti e dovrà esplicitare, se del caso nel proprio provvedimento, le ragioni che le hanno determinate.

*Riferimenti bibliografici*

ALEXY R. 2002. *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press.

BARAK A. 2012. *Proportionality*, Cambridge University Press.

COHEN-ELIYA M., PORAT I. 2013. *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge University Press.

DWORKIN R. 1977. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.

FORST R. 2011. *The Right to Justification*, Columbia University Press.

KUMM M. 2007. *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of The Proportionality Requirement*, in PAVLAKOS G. (ed.), *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Hart Publishing, 131 ss.

KUMM M. 2010. *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in «Law & Ethics of Human Rights», 2010, 140 ss.

MOLLER K. 2012. *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press.

PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.

Realizzato da rospeinfrantumi  
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)  
nel dicembre 2023