Analisi e diritto
1/2021

riviste.edizioniets.com/aed

Direzione esecutiva
Paolo Comanducci
Riccardo Guastini

Redazione
Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)
Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rábanos,
Natalia Scavuzzo, Adriano Zambon.

Comitato scientifico
Claudio Agüero, Sebastián Agüero, Robert Alexy, Federico Arena,
María Beatriz Arriagada, Manuel Atienza, Humberto Ávila, Mauro Barberis,
Juan Carlos Bayón, Hernán Bouvier, Michelangelo Bovero, Pierre Brunet,
Eugenio Bulygin, Luka Burazin, Alejandro Calzetta, Damiano Canale,
Ricardo Caracciolo, Flavia Carbonell, Bruno Celano, Jorge Cerdio,
Véronique Champeil-Desplats, Rodrigo Coloma, Giovanni Damele,
David Duarte, Pierluigi Chiassoni, Enrico Diciotti, Andrea Dolcetti,
Timothy Endicott, Rafael Escudero, Luigi Ferrajoli, Jordi Ferrer, Paula Gaido,
Marina Gascón, Gianmarco Gometz, Daniel González Lagier, Andrea Greppi,
Giulio ltzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,
Tecla Mazzarese, Daniel Mendonca, Eric Millard, Diego Moreno,
José Juan Moreso, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Álvaro Núñez,
Claudina Orunesu, Diego Papayannis, Stanley Paulson, Valentina Pazé,
Giorgio Pino, Anna Pintore, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo, Luis Prieto,
Alberto Puppo, M. Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Jorge Rodríguez,
Michel Rosenfeld, Corrado Roversi, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel,
Alessio Sardo, José María Sauca, Frederick Schauer, Aldo Schiavello,
Adrian Sgarbi, Germán Sucar, Michel Troper, Giovanni Tuzet,
Rodolfo Vázquez, Vito Velluzzi, José María Vilajosana, Vittorio Villa.

Contatti
analisiediritto@istitutotarello.org

Realizzazione editoriale
Edizioni ETS - Pisa
www.edizioniets.com

Analisi e diritto

1/2021

Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 5/2019

Direttore responsabile
Riccardo Guastini

Periodico semestrale. I contributi pubblicati sono sottoposti, in forma anonima, alla revisione di almeno due lettori anonimi.
Six-monthly journal. Published articles undergo double-blind peer-review.

Analisi e diritto è pubblicata con il contributo dei fondi per la ricerca delle seguenti istituzioni:
Università degli Studi di Genova
Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona
Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano
Centre de Théorie et Analyse du Droit
(UMR 7074, Université Paris Nanterre, École Normale Supérieure, CNRS)

Abbonamenti, comprese spese di spedizione / *Subscription (incl. shipping charges)*

print, individual:	Italy € 60,00 / Abroad € 70,00
print, institutional:	Italy € 80,00 / Abroad € 90,00
*PDF**:	individual € 50,00 / institutional € 60,00

* Sconti / *Discounts*: Latin America -35%; Africa -50%.

© Copyright 2021
Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

Distribuzione
Messaggerie Libri SPA
Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione
PDE PROMOZIONE SRL
via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884676188-0
ISSN 1126-5779

Indice

Eugenio Bulygin. In memoriam

E. Garzón Valdés
Appunti sul carattere e la personalità di Eugenio Bulygin
(Notes on the Character and Personality of Eugenio Bulygin) 11

M.C. Redondo
Recuerdo de Eugenio
(Memories of Eugenio) 19

P. Comanducci
Trent'anni dopo
(Thirty Years Later) 23

R. Guastini
Eugenio maestro di giuspositivismo (e di molte altre cose)
(Eugenio Master of Legal Positivism, and Many Other Things) 29

G.B. Ratti
Quel che ho appreso da Eugenio Bulygin
(What I Learnt from Eugenio Bulygin) 33

P. Chiassoni
Eugenio Bulygin: il lato oscuro
(Eugenio Bulygin: the Dark Side) 39

Allgemeine Theorie der Normen 1979-2019

a cura di Luca Malagoli

L. Malagoli
Introduzione
(Foreword) 49

Á. Ródenas
El concepto de derecho subjetivo. Las diversas caras de un concepto poliédrico
(The Concept of Subjective Right. The Various Faces of a Polyhedral Concept) 51

G. Tusseau
Hans Kelsen's Allgemeine Theorie der Normen *and Power-Conferring Norms: Adolf J. Merkl's Final Victory* 63

L. Burazin
Efficacy as a Condition of Validity in Kelsen's General Theory of Norms 85

R. Guastini
A Path that Forks. Legal Science between Is and Ought 107

Saggi (Essays)

P. Caballero Elbersci
The Explanatory Problem of Law's Normativity: A Proposal Based on Practical Attitudes and Normative Statuses 117

M.Q. Silvi
Pragmatica dell'accusa e analitica del processo. Primi elementi
(Pragmatics of Accusation and the Concept of Trial. A Preliminary Analysis) 147

Eugenio Bulygin. In memoriam

Eugenio Bulygin. In Memoriam

Contributi in ricordo di Eugenio Bulygin a opera di
*Ernesto Garzón Valdés, María Cristina Redondo, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Giovanni Battista Ratti e Pierluigi Chiassoni**

Sommario

La presente sezione monografica contiene sei scritti in memoria di Eugenio Bulygin. Il primo contributo, a opera di Ernesto Garzón Valdés, apparso originariamente nel 1998 e qui ripubblicato, è dedicato ad alcuni tratti della personalità di Eugenio Bulygin. Gli altri contributi affrontano diversi aspetti del suo lascito scientifico e umano, e spaziano dal ricordo di alcuni aneddoti e profili del carattere di Eugenio all'identificazione delle sue principali tesi in campo teorico-giuridico, metaetico e logico-deontico.

Parole chiave: Eugenio Bulygin, positivismo giuridico, non-cognitivismo etico, logica deontica.

Asbtract

This monographic section contains six writings in memory of Eugenio Bulygin. The first contribution, by Ernesto Garzón Valdés, originally published in 1998 and reprinted on this occasion, is dedicated to some features of the personality of Eugenio Bulygin. The other contributions deal with different aspects of his scientific and human legacy and range from the memory of some anecdotes and profiles of Eugenio's character to the identification of his main theses in the fields of legal theory, metaethics and deontic logic.

Keywords: Eugenio Bulygin, Legal Positivism, Ethical Non-Cognitivism, Deontic Logic.

* La presente sezione è composta da contributi su invito, come tali non soggetti a revisione fra pari.

Nota biografica

Eugenio Bulygin è nato a Charkiv (in russo Charkov, in castigliano Jarkov) – allora Unione Sovietica, oggi Ucraina – il 25 luglio del 1931. La sua vita adulta – per sua stessa ammissione – comincia a dieci anni, il 22 giugno 1941, con l'invasione tedesca della Russia. Deportato nel 1943 in Germania e successivamente in Austria, emigra nel 1949 in Argentina, dove si stabilisce definitivamente. Nel 1953 si iscrive alla facoltà di diritto dell'Università di Buenos Aires (UBA), dove ha l'opportunità di incontrare alcune delle personalità che influenzeranno la sua formazione: Ambrosio Gioja, Genaro Carrió e, soprattutto, Carlos Alchourrón, col quale Bulygin elaborerà molte delle sue opere più importanti. Nel 1958 Bulygin ottiene la laurea in diritto e nel 1960 è nominato assistente alla cattedra di Gioja. Nel 1963 ottiene il titolo di dottore di ricerca in diritto e scienze sociali con una tesi intitolata "Validez y eficacia en el derecho". Nel biennio 1963-64 è in Germania, borsista della Fondazione von Humboldt, dove studia sotto la direzione di Ulrich Klug (a Colonia) e Hans Welzel (a Bonn). Nell'anno accademico 1968/69 è a Oxford, dove studia con Herbert Hart grazie a una borsa del British Council. In questo periodo, incontra e frequenta anche John Mackie, Arthur Prior, Peter Strawson, e Georg Henrik von Wright, col quale stringerà una salda e duratura amicizia. Nel 1971 diventa professore associato presso la facoltà di diritto della UBA, dove ottiene la cattedra di Filosofia del diritto nel 1983. Negli stessi anni, che coincidono con il ritorno dell'Argentina alla democrazia, sotto la presidenza del radicale Raúl Alfonsín, Bulygin è Preside normalizzatore della Facoltà di diritto della UBA. Dal 1986 al 2001 ricopre altresì la carica di giudice federale. Nel 1997 diviene professore emerito della UBA e, dal 1999 al 2003, è Presidente dell'Associazione Internazionale di Filosofia giuridica e sociale (IVR). Viene insignito del dottorato honoris causa in diritto da sei università, tra cui Alicante (2008) e Pompeu Fabra di Barcellona (2011). Eugenio Bulygin è mancato lo scorso 11 maggio, a Buenos Aires[1].

Le sue opere più rilevanti sono le seguenti: *Normative Systems* (Alchourrón, Bulygin 1971, 2012), *Sobre la existencia de las normas jurídicas* (Alchourrón, Bulygin 1979), *Análisis lógico y derecho* (Alchourrón, Bulygin 1991), *Norme, validità, sistemi normativi* (Bulygin 1995a), *El positivismo jurídico* (Bulygin 2006), *Il positivismo giuridico* (Bulygin 2007), *Essays in Legal Philosophy* (Bulygin 2015), *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas* (Bulygin 2018).

[1] Altre informazioni biografiche su Eugenio Bulygin sono desumibili dalle seguenti opere: Alonso 2021; Atienza 1984, 1999; Bulygin, Litschewski Paulson 2015; Bulygin 2018; Caracciolo 1993; Ferraioli Karamanian, Monti, Rábanos 2014; Fiss 1995; Rábanos, Calzetta 2021. Cfr. altresì Ratti 2007 e ivi ulteriore bibliografia.

Appunti sul carattere e la personalità di Eugenio Bulygin*

*Ernesto Garzón Valdés***

Dubito che siano molti coloro che conoscono così da vicino Bulygin come lo conosco io. Mi hanno unito a lui legami di parentela, che continuo a mantenere anche al di là di quanto prevede la legge, ma soprattutto esiste tra di noi un'amicizia che soltanto può essere definita come fraterna. Mi sono sentito perciò autorizzato a buttar giù alcuni appunti sulla sua personalità che credo potrebbero risultare utili agli storici del pensiero giuridico universale del ventesimo secolo.

Dividerò il mio discorso in tre parti. La prima farà riferimento ad aspetti che potrebbero essere considerati "deficitari" da un osservatore imparziale (§ 1); la seconda agli aspetti encomiabili di Eugenio (§ 2). Un'analisi obiettiva dei due tipi di caratteristiche ci consentirà di formulare una breve "coda" a mo' di bilancio finale (§ 3).

1. I demeriti di Bulygin

Per quanto riguarda gli aspetti deficitari, è opportuno indicare con precisione alcune attività nelle quali Eugenio non ha dato prova né di abilità né di maestria, anche se è solito pensare il contrario.

1.1. *Bulygin diplomatico*

Per svariati decenni sono stato testimone dell'incapacità di Eugenio a elaborare un discorso appropriato a delicate circostanze sociali, o a formulare proposte che consentano di uscire da una situazione difficile. A Firenze, con imprudente veemenza, spinse Carlos Alchourrón, durante una cena, la notte prima della conferenza d'apertura che von Wright avrebbe dovuto pronunciare, a presentargli tutti i dubbi che gli provocava il suo testo. E così fece Carlos, munito di un lapis e di un tova-

* *Algunos apuntes sobre el carácter y la personalidad de Eugenio Bulygin*. Traduzione di Paolo Comanducci. Il contributo è stato originariamente pubblicato in Comanducci, Guastini (eds.) 1998.

** Emerito della Università di Magonza (Germania), Rolandstrasse 56, 53179, Bonn, Deutschland, *egvegv@t-online.de*.

gliolo di carta, e von Wright passò la notte insonne, sulla soglia dell'infarto. Solo il suo vigore fisico, acquisito in anni di sauna e di pratica del nuoto nel mar Baltico, salvarono la comunità filosofica da una perdita irreparabile.

Questo esempio può bastare come conferma empirica della tesi ora sostenuta. L'esposizione di altri casi potrebbe trarre con sé il pericolo di incorrere nello stesso tipo di mancanza qui segnalata.

1.2. *Bulygin alla guida*

Chi abbia avuto l'esperienza di viaggiare in un'auto guidata da Bulygin sa che non esagero quando affermo che è del tutto privo di qualunque nozione della distanza che corre tra la macchina e gli oggetti circostanti, siano essi altri veicoli, paracarri o cartelli stradali.

In Italia, specificamente in Calabria, c'è tuttora una causa pendente contro Bulygin a causa della distruzione quasi totale dei *guardrails* nelle curve provocata da Bulygin nell'anno 1975 mentre guidava un'automobile a noleggio. Il fascicolo processuale recita: Provincia di Reggio Calabria contro Bulygin, Eugenio. Oggetto: distruzione di beni pubblici stradali.

L'esperienza più recente, per parte mia, risale al 1994 quando commisi l'imprudenza di viaggiare nella sua auto da Buenos Aires a Córdoba, un giorno che pioveva a rovesci. L'ingresso nella città di Córdoba avvenne attraverso il centro del viale in cui si immette la statale n° 9. La parola "centro" deve essere intesa alla lettera: dato che l'acqua copriva la strada da un lato all'altro, Bulygin decise di guidare esattamente nel centro della strada, vale a dire sul marciapiede spartitraffico che divide le due carreggiate del viale. Ad ogni incrocio scendevamo dal marciapiede per tornare a salirvi subito dopo. In quell'occasione non si verificò nessun danno pubblico, ma certo ne risentirono i nervi dei passeggeri dell'auto.

1.3. *Bulygin nelle discussioni*

Nessuno può porre in dubbio la coerenza dei ragionamenti di Bulygin. Una vita dedicata alle inferenze logiche entro tutti i sistemi normativi possibili gli ha assicurato una forma di ragionamento chiara, il cui filo conduttore può essere seguito da chiunque, anche dal più sprovveduto interlocutore. La critica svolta in questo paragrafo si riferisce, perciò, non alla coerenza del suo pensiero bensì ai decibel con cui viene espresso. Esperti di storia medievale russa mi hanno suggerito che il tono elevato dei cosiddetti "enunciati Bulygin" sia dovuto forse a consuetudini di vocalizzazione profondamente radicate nelle città settentrionali dell'Impero zarista, dove le elezioni del borgomastro si svolgevano così: vincevano gli elettori che con maggiore intensità vocale pronunciavano il nome del rispettivo candidato. Anche in questo caso si mescolavano due caratteristiche, positiva l'una,

negativa l'altra. Da un lato, le elezioni costituivano una manifestazione di nascente democrazia locale; dall'altro, il criterio di selezione del vincitore soffriva di gravi difetti. Come nel caso degli enunciati Bulygin, il lato negativo non stava tanto nel metodo quanto nella forma in cui si realizzavano i risultati. Va peraltro notato che, nel caso di Bulygin, il livello acustico delle espressioni abitualmente accompagnato anche da una sonora risata, che facilita l'ubicazione topografica di Bulygin persino a distanze ragguardevoli. Alcuni osservatori sostengono essere questo l'unico vantaggio della sua risata, dato che non è facile, di solito, scoprirne la motivazione. In anni ormai lontani, abbiamo provato, con Carlos Nino, María Eugenia Urquijo e Norberto Spolansky, nei nostri lavori sull'azione umana, a trovare una spiegazione razionale per questa esibizione di ilarità viscerale. Devo purtroppo ammettere il nostro fallimento. Neppure la lettura di opere fondamentali più recenti, come il libro di Juan Carlos Bayón, mi ha consentito di scoprire la causa di tale fenomeno acustico.

1.4. *Bulygin* il gaucho

Non c'è alcun dubbio che Bulygin nutra un grande affetto per i cavalli; ed è anche assai noto che è un fantino instancabile, capace di percorrere in lungo e in largo, per giorni interi durante l'estate, la *sierra* di Córdoba, dove è sita la sua casa di campagna. Vi sono invece opinioni contrastanti rispetto al suo stile di cavallerizzo. Secondo alcuni si tratterebbe di una versione attualizzata di un modo di cavalcare proprio di regioni remote; secondo altri saremmo qui di fronte ad uno stile eclettico, che cercherebbe di amalgamare usanze della steppa con quelle della pampa. Però, in ambedue i casi, il suo stile non suscita entusiasmo o ammirazione, ma piuttosto sorpresa. Ciò suole provocare commenti aspri o ironici da parte dei testimoni delle sue acrobazie, che Bulygin attribuisce alla cultura parrocchiale degli spettatori. In ogni modo, c'è un punto su cui concordano tutti gli osservatori: la sua maniera di cavalcare è molto diversa dal cosiddetto stile gauchesco.

1.5. *Bulygin raccoglitore di funghi*

Anche se Bulygin è un buon giardiniere, come dirò nel § 2.5., le sue conoscenze botaniche, e soprattutto quelle micologiche, sono completamente deficitarie.

In uno dei suoi frequenti soggiorni nell'isola dei von Wright, volendo generosamente offrire un contributo gastronomico alla mensa comune, Eugenio partì una mattina a raccogliere funghi. Di ritorno a casa col suo bottino, il buon senso e le conoscenze micologiche di Elisabeth von Wright impedirono l'avvelenamento del logico finlandese, della sua famiglia e dello stesso Eugenio.

2. I meriti di Bulygin

Passiamo ora agli aspetti encomiabili. Per ragioni di equità o di simmetria (che secondo Leibniz erano termini equivalenti) dovrò limitare la mia esposizione, anche in questo caso, a cinque punti. Che sono i seguenti.

2.1. *Bulygin bevitore*

La capacità di ingerire alcol di Bulygin può, senza esagerazione, essere qualificata eccezionale, e pericolosa per chi beve con lui. Ecco due aneddoti che confermano questa affermazione.

Nel 1993, dopo aver scoperto con Werner Krawietz l'origine slava del cognome del direttore di "Rechtstheorie", lo incitò a celebrare con ininterrotte libagioni di "vodka-Bulygin" la constatazione di questo fatto banale. Alle quattro del mattino Krawietz, accompagnato da sua moglie Katrin, venne depositato in hotel, completamente privo di sensi. Chi conosca la mole fisica di Krawietz e la sua capacità di ingurgitare alimenti e bevande alcoliche dovrà ammettere che la resistenza di Eugenio è qualcosa degno di ammirazione e rispetto.

Pochi mesi più tardi, la vittima del fervore alcolico di Bulygin fu l'allora ministro spagnolo Virgilio Zapatero. Anche questa volta con dei pretesti banali, Bulygin sottopose Virgilio ad un trattamento di vodka che gli produsse un'indisposizione tanto grande che dovette intervenire l'ambasciata di Spagna a Buenos Aires per richiedere un intervento medico. L'allora capo del governo, Felipe González, si interessò della salute del suo collaboratore, chiamando Eugenio alle 5 della mattina. Con grande fermezza Bulygin reagì degnamente, attribuendo l'incidente a due tazze di caffelatte bevute da Zapatero la notte prima.

È proprio una fortuna che le diversità culturali ed il trascorrere del tempo modifichino le regole di comportamento (Bulygin sarebbe capace di inferire, erroneamente, da questo fatto il relativismo morale). Dalle parti del Río de la Plata non vigono disposizioni come quelle imposte nel 1571 a Novgorod (questa città è una fonte di dolcezze russe) da Ivan il Terribile: ogni persona che veniva trovata per strada con una bottiglia di alcol, più o meno potabile, era gettata nel fiume, dall'alto del Gran Ponte, dai fedeli *opritschniki*, gli sgherri dell'energico zar.

Sia come sia, penso che la resistenza alcolica di Bulygin possa essere considerata come un dato positivo della sua personalità.

2.2. *Bulygin e il romanico*

La conoscenza dell'arte romanica colloca Bulygin in prima fila tra gli esperti di questo stile architettonico e di scultura. Probabilmente non c'è alcuna cappella romanica che non sia stata visitata da Bulygin nei suoi peripli europei. È vero che

questo slancio per il romanico gli crea di solito qualche problema di itinerario con gli occasionali compagni di viaggio, indifferenti di fronte a tali manifestazioni artistiche, ma siccome condivido le inclinazioni di Eugenio in questo campo, non ho dubbi nell'annoverare questo interesse tra le note degne di encomio.

2.3. Bulygin giardiniere

Un abile maneggio della pala ed un eccellente criterio di selezione di piante da fiore e alberi da frutta hanno fatto di Bulygin uno dei maggiori esperti di giardinaggio della sua zona. Ma la sua attività non si è limitata all'ambito locale, e si è estesa anche alla Renania, nella Westfalia del nord, in Germania. Recentemente, a Bonn, ha fatto mostra della sua maestria piantando rododendri nel mio giardino in compagnia di von Wright. E conservo prove fotografiche di tutto ciò, ostensibili a chi lo richieda.

2.4. Bulygin cuoco

Chi ha provato il *borschtsch* di Bulygin converrà con me nell'affermare che si tratta di un manicaretto squisito, nella cui preparazione Bulygin investe quasi altrettanta meticolosa attenzione quanta ne investe nell'elaborare i suoi migliori *papers*. È impossibile trovare in qualunque ristorante russo, da San Pietroburgo fino a Parigi, passando per Helsinki, un *borschtsch* che lontanamente raggiunga la qualità del *borschtsch* di Bulygin.

Ma questa specialità è ben nota. Ciò che forse non lo è tanto (e che per gli argentini possiede un valore "terragno" del tutto unico) sono le sue patate alla cenere. Una padronanza eccellente della potenzialità calorica della brace ed un'esatta misura dello spessore della cappa di cenere permettono a Bulygin di cucinare le migliori patate che ho provato in vita mia. In quest'arte culinaria nient'affatto facile egli manifesta una pazienza poco frequente ed una fine sensibilità per determinare fino a che punto resista la buccia del tubero all'impatto del calore e quale sia il grado di cottura esatto che converte questo modesto alimento ancestrale delle Americhe in un delicato contorno di una buona tavola.

So bene che frivoli sibariti cercheranno di sminuire questo merito. Ma non accetto l'obiezione: soltanto un facile snobismo può negare il valore di questo dono, messo alla prova, nel corso degli anni, in indimenticabili *asados* campestri o nelle veglie invernali a Santa Catalina.

2.5. Bulygin distillatore

Nel § 2.1. ho menzionato la vodka-Bulygin. Questa espressione deve essere presa in senso stretto. Vodka-Bulygin non è semplicemente la bevanda che, tra le altre,

Eugenio offre ai suoi ospiti, bensì un beveraggio che lui stesso produce e che designa come vodka. È inutile cercare qualcosa di simile nei duty-free degli aeroporti internazionali o nei negozi specializzati d'Europa o d'America. Esistono opinioni contraddittorie rispetto al fatto che la denominazione generica di vodka si attagli o no a questo tipo di prodotto alcolico. Eugenio direbbe (forse in questo caso a ragione) che non vale la pena impegolarsi in discussioni verbali e che l'unica cosa rilevante è il sapore e gli effetti di questa bevanda. A questi ultimi ho già fatto cenno e non devo ritornare su questo punto.

Mi interessa solo sottolineare in questo paragrafo il complicato meccanismo utilizzato da Bulygin per ottenere il suo prodotto. Abituato alle restrizioni dell'esilio, ma con inalterabile fedeltà alle tradizioni del suo paese di origine, Eugenio è stato capace di produrre vodka anche nelle condizioni più precarie. Ora, nella sua residenza di via Arroyo, dispone di installazioni ed apparati adeguati a soddisfare il piacere dei suoi ospiti.

3. Un bilancio

Se si soppesano le note deficitarie e quelle positive esposte nei § § 1 e 2 di questo lavoro, penso sia facile inferire, in conclusione, che la bilancia si inclina verso quelle positive.

Ma siccome possono sempre esserci degli scettici, credo sia opportuno aggiungere altri dati addizionali. Che sono almeno i seguenti.

3.1. *L'ottimismo di Bulygin*

Non ho mai incontrato nessuno che infonda nei suoi interlocutori un ottimismo maggiore di quello che infonde Eugenio. È l'unica persona intelligente che conosco che è (o mostra di essere) sempre felice. Vista da questa prospettiva, la sua risata franca e sonora, che era stata inserita tra i suoi demeriti, acquisisce un valore positivo. Gli permette infatti di inserire una nota di affabile cordialità che serve a nascondere le sue proprie preoccupazioni e a stimolare nell'ascoltatore un atteggiamento che tende a superare amarezze e dispiaceri.

3.2. *L'ospitalità di Bulygin*

È vero che l'abilità automobilistica di Bulygin difficilmente raggiunge la soglia di una minima accettabilità, ma qualunque viaggiatore sa che sempre Eugenio lo starà aspettando in aeroporto, qualunque sia l'ora del suo arrivo, e che lo porterà alla sua macchina (ovviamente parcheggiata in divieto di sosta), impadronendosi delle sue valigie e chiacchierando amabilmente per alleviarlo dalla fatica del viaggio. E lo

inviterà a casa sua, talvolta per mangiare un buon *borschtsch*, ma sempre per bere qualche bicchiere di buon vino e di vodka. (Su quest'ultimo punto, è opportuno non dimenticare i casi Krawietz e Zapatero, menzionati nel § 1.2.).

3.3. *Bulygin come marito, padre e nonno*

Nel suo libro *Relation of Three Embassies*, l'Earl of Carlisle afferma che i moscoviti si sposavano con una frusta invece che con un anello. Hume fa riferimento a questa consuetudine nel saggio *Of the rise and progress of the arts and sciences*[1]. Non so se le descrizioni dell'Earl of Carlisle siano vere: quello che invece so è che se avesse conosciuto Bulygin avrebbe dovuto rivedere il suo giudizio.

Ci sono poche persone più leali e più rette di Eugenio in ambito familiare. Un ambito in cui ha saputo includere anche i miei figli, che provano per lui un invidiabile affetto.

3.4. *Bulygin come amico*

L'insieme di questa qualità ha procurato ad Eugenio amici sotto ogni latitudine, dalla lontana Tampere fino a Valparaiso. La semplice menzione del suo nome provoca sempre reazioni di simpatia ed ammirazione. Georg Henrik von Wright lo ha qualificato, insieme a Carlos Alchourrón, come "amico e compagno di un'avventura intellettuale". E Ronald Dworkin, a Madrid, parlando con me, si riferì ad Eugenio come "the wonderful Russian". La frase va bene; però, come molte delle considerazioni di Dworkin, dovrebbe essere leggermente corretta, perché guadagni in precisione. Fedele alla mia posizione cosmopolita e al mio rifiuto delle identità comunitarie incommensurabili alla Joseph Raz, propongo di riformulare la frase dworkiniana dicendo: "Eugenio is a wonderful man!" E dato che questo è un giudizio di valore oggettivo (al pari di tutti quelli che sono solito formulare) propongo un brindisi ideale a Eugenio Bulygin, l'amico.

[1] Cfr. Hume 1994: 74.

Recuerdo de Eugenio

*M. Cristina Redondo**

Dicen que al representarnos algo que tememos solemos sufrir más que cuando el hecho eventualmente se presenta. Si es así, la muerte de alguien a quien queremos nos expulsa de lo ordinario también en esto. Cuando sucede, aunque mil veces mentada, es siempre inesperada. Eugenio hablaba frecuentemente de la cercanía de la muerte y nos obligaba a imaginarla. Pero llegó y, aquí estamos, con la tristeza y el desconcierto que, como en todos los lutos verdaderos, nos acompañarán por largo tiempo.

Una parte de mi relación con Eugenio continuará seguramente inalterada. Sin ir más lejos, la noticia de su fallecimiento me sorprendió rescribiendo una nota a pie de página en un artículo dedicado él. Pero, aun cuando el tema de discusión no fuese explícitamente su propuesta teórica, de un modo u otro, en mi investigación todos los caminos conducen a sus textos y enseñanzas. Enseñanzas a las que llegué de la mano de Ricardo Caracciolo a mediados de los años 80, apenas finalizada mi carrera universitaria en la ciudad de Córdoba, y que –hoy puedo ver claramente– han moldeado fuertemente mi forma de entender los problemas filosóficos y el método con el cual afrontarlos. La ausencia de Eugenio no cambiará este hecho. Con mucho orgullo, pertenezco a un grupo de ex jóvenes al que, tiempo atrás, algunos solían llamar –no se sabe si con mucho aprecio– los *Bulygin's boys (and girls)*.

Los recuerdos de Eugenio me llevan a un sinnúmero de escenarios. Allá por el año '91, me trasladé a vivir en Buenos Aires prácticamente para estudiar con él. Es un periodo que evoco con especial alegría. Los martes, los seminarios en el Gioja (ese año leímos *Beginning Logic*, de E.J. Lemmon), las reuniones en SADAF, alguna clase en su curso de la UBA, todo esto salpicado de charlas, cenas, invitaciones a su casa; siempre bajo su ala protectora y estimulante.

Por iniciativa suya, ese año llegué a trabajar en su Juzgado y, después de exactamente un mes, también por su propia recomendación dejé el puesto y acepté una beca para hacer un doctorado itinerante en España. Con su usual buen humor e ironía, solía comentar que fue una suerte que surgiera esa oportunidad, ya que fui

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

una de sus peores secretarias. Yo le preparaba con orden todos los antecedentes del caso a resolver en el expediente, pero nunca osé sugerir –y menos aún redactar– una sentencia. Cosa que, supe después, era exactamente lo que se esperaba de mí.

Por donde quiera que mire el recorrido de mis estudios, Eugenio ha estado presente. Tengo vívidamente en mente aquel enero de 1992 cuando, con inmensa emoción, comencé las clases de doctorado en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Eugenio fue mi primer profesor; y fue también él quien, al finalizar, en 1995, me apoyó enormemente para publicar mi tesis. En suma, puedo dar fe de que, en mi caso, se atuvo coherentemente al principio que solía citar con mucha seriedad: "Nunca nadie me podrá acusar de haber sido imparcial".

Mi relación con Eugenio siempre tuvo un doble carácter. Fue de un extraordinario respeto intelectual y de un no menos intenso afecto personal. Creo que esto también caracterizó su vínculo con muchas otras personas y explica por qué seremos tantos los que lo extrañaremos en modo especial. En esa sucesión de años compartidos en los que gozamos de su buena amistad y exquisita inteligencia, algunos de los momentos más entrañables están ligados a las sierras de Córdoba. Un hito fundamental es sin duda el Seminario Anual de Vaquerías, donde por muchos años su presencia –interrumpida solo durante las infaltables siestas–, fue esencial, y benefició a todos los que por allí pasaron. Una vez, en ese contexto, un sagaz comentario de Eugenio sobre una ponencia que yo acababa de presentar provocó la enfurecida reacción de mi hijo, Gabo (en ese momento muy pequeño), que desde el fondo de la sala protestó "¿Por qué Bulygin critica tanto a la mamá?". Traigo a colación esta inocente anécdota por varias razones. Entre ellas, porque ciertamente no fue la única vez que Eugenio me criticara. En general, estaba en profundo desacuerdo con varias ideas a las que yo he prestado mucha atención, como, por ejemplo, el problema de la normatividad del derecho o el estudio de las normas desde la perspectiva de las razones para la acción. Sus críticas han sido siempre aleccionadoras. Sin cancelar el desacuerdo, en toda ocasión me han recordado la necesaria profundidad con la que se ha de pensar cada problema para merecer el privilegio de medirse con personas del talento de Eugenio. Pero, a la vez, rememoro esta anécdota porque el hecho de que mi hijo se enojara con Eugenio supone varias cosas. Gabriele se animaba a increparlo porque le era cercano, parte de los cariños que lo circundaban; y así como en ese momento quiso regañarle por las críticas que me dirigía, en otros, imitaba su sonora carcajada, su inconfundible acento, sus frases célebres. Dicho sea de paso, de hecho, Eugenio ha sido una fuente riquísima de sentencias proverbiales, que a veces no se pueden citar ante académicos muy formales, no porque no sean adecuadas, sino porque suelen ser, además de descarnadamente verdaderas, precisamente 'antiacadémicas'.

Las sierras de Córdoba están ligadas a otro recuerdo que merece una mención aparte: la travesía a Santa Catalina, que por varios años fue casi una tradición invernal. Siempre guiada por Pablo Navarro, se iniciaba atravesando un camino de tierra

sumamente dificultoso, cuyo mal estado Eugenio defendía con vigor por su eficacia para desalentar turistas efímeros, y a pesar de que él mismo estaba constreñido a recorrerlo con su auto, al menos desde el aeropuerto. No era muy sensible a las incomodidades o peligros provocados por la conducción. Y, ciertamente, doy fe de que no era sensible a los que provocaba a sus acompañantes cuando, por ejemplo, a velocidad sorprendente atravesaba de una vez todos los carriles de avenida Libertador, una de las arterias más transitadas de Buenos Aires, para girar a su conveniencia.

En Santa Catalina, Eugenio y Elvira, su mujer, nos recibieron siempre con gran amabilidad y él mostraba sus virtudes de cocinero. Memorables son su cerdo al horno de barro, o el Gulasch. Platos que requerían un esfuerzo madrugador considerable y el trabajo de muchas horas. Debo decir que el resultado era fantástico. Sin desmerecer, por supuesto, su vodka, que se debía beber de un solo trago. En este caso, nunca revelaba la receta, pero, ante la pregunta insistente sobre a base de qué lo preparaba, subrayaba con énfasis: "En estado de necesidad, un ruso puede destilarse a sí mismo".

En ese ambiente distendido se percibía con nitidez su capacidad de disfrutar de la naturaleza, los animales que lo rodeaban, las largas horas de lectura. Los encuentros en su casa transcurrían entre caminatas (con la siempre presente Monkey), recomendaciones de libros (más de literatura que de filosofía), programas para actividades futuras y anécdotas de todo tipo. Recuerdo su gran diversión al contarnos cómo, una noche, había pasado largo rato intercambiando aullidos (sí, ¡aullidos!) en la convicción de que el interlocutor era un lobo que, increíblemente, reaccionaba a sus llamados. Por supuesto, la magia del evento se desvaneció de inmediato cuando, al día siguiente, el vecino le contó entusiasmado que en las cercanías había un lobo que le respondía cuando él lo imitaba. Por descontado, Eugenio no intentó sacar a su vecino del engaño, lo cual habría requerido confesar que era él el lobo con el que había entrado en comunicación. Así como en esta circunstancia, siempre, Eugenio transmitía su buen humor, la forma franca y sin reveses con que miraba y evaluaba las cosas. Dialogando con él, cualquier problema comenzaba a lucir más simple y liviano de cuanto pareciese al inicio.

Podría hablar horas sobre Eugenio. Mis recuerdos son muchos y de distinto tipo, pero siempre afectuosos, intelectualmente inspiradores, distendidos, o inclusive jocosos. Me hace particular ilusión evocar unas jornadas académicas que se desarrollaron en la primavera europea de 2013, en un lugar de valor excepcional para él: San Petersburgo. El encuentro era dedicado a celebrar la traducción de *Normative Systems* al ruso, y las reuniones de cada día estaban pensadas para permitir paseos turísticos por la tarde. Me alegra sobremanera haber tenido esta oportunidad, en la que pasé varios días en su compañía. Se notaba la mezcla de nostalgia y satisfacción que sentía estando allí. Usar su lengua materna y, con orgullo, comprobar que le permitía comunicarse sin dificultad. "Suena solo un poco anticuado", le comentó

un vendedor con el que intentaba entablar un diálogo… Comer platos típicos que disfrutaba golosamente (¡Los blinis con huevos de salmón!). Pasear a lo largo del Neva y detenerse para recitar a Pushkin; siempre sin pompa, y con la invariable espontaneidad que le permitía con igual elegancia declamar los versos de un poeta ruso o manifestar su peculiar –y poco políticamente correcto– 'feminismo' ante las hermosas mujeres del lugar.

Esos días en San Petersburgo fueron para mí un lujo. Sobre todo, escuchar sus propios recuerdos que brotaban numerosos, como pocas veces antes, bajo el estímulo de esta bellísima ciudad. Allí me refirió que estaba intentando escribir una autobiografía. No tengo noticias sobre si, y cuánto, habrá logrado avanzar en ese proyecto. Sería muy valioso contar, al menos, con un inicio del relato de la increíble historia personal e intelectual de Eugenio, escrito de su propia mano. Historia compleja, que tal vez explica al hombre sabio que de ella resultó. Como a esta altura ha de ser claro, no he tratado de iluminar esa historia. No sé si podría colaborar con datos y fechas. He preferido compartir algunos recuerdos personales, en el intento de retenerlo un momento más, para agradecerle su inmensa generosidad y expresarle mi cariño y admiración incondicionales.

Trent'anni dopo

*Paolo Comanducci**

Nella gran tristezza seguita alla notizia della morte di Eugenio, ho intrapreso l'esercizio della memoria, rito laico per attenuare il dolore e dare continuità ideale alla presenza di chi fisicamente non c'è più. E mi sono domandato: quando l'ho conosciuto come persona e non solo sulle pagine a stampa? Probabilmente avrò incrociato Eugenio in qualche congresso internazionale alla fine degli anni Ottanta, ma non sono riuscito a ricostruire esattamente dove e quando. Il primo ricordo certo è di averlo incontrato esattamente trent'anni fa alla Certosa di Pontignano, in quel di Siena, durante la Terza giornata kelseniana organizzata il 4 maggio 1991 da Letizia Gianformaggio con l'ausilio e l'incoraggiamento di Stanley Paulson. Relatore principale, appunto, Eugenio Bulygin, con un paper su *Cognition and Interpretation of Law*[1]. A partire da quel momento è iniziato il nostro rapporto intellettuale, che si è intensificato rapidamente negli anni successivi. Ma per me quell'incontro ha costituito anche il primo passo di un percorso che mi avrebbe cambiato profondamente la vita, sia sul piano personale che su quello professionale.

Fu proprio Eugenio infatti che mi invitò, insieme ad altri tre filosofi analitici del diritto italiani[2], al congresso internazionale in onore di Ernesto Garzón Valdés, tenutosi a Córdoba e Vaquerías, in Argentina, dal 1° al 5 ottobre del 1992[3]. Fu un evento accademico fondazionale: perché da lì presero avvio i seminari di Vaquerías, coordinati da Ricardo Caracciolo, che per un quarto di secolo sono stati il forum di discussione più importante per schiere di filosofi del diritto latino-americani e non solo; e soprattutto perché da lì è iniziata la formazione di una fitta rete di collaborazioni scientifiche, che si è andata progressivamente ampliando nei decenni successivi,

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

1 Bulygin 1995b.

2 Letizia Gianformaggio, Tecla Mazzarese ed Enrico Diciotti.

3 Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Graduados, "Simposio internacional sobre derecho, moral y lógica (en homenaje al Dr. Ernesto Garzón Valdés)". Nel comitato organizzatore dell'evento figuravano Ernesto Abril, Eugenio Bulygin e Jorge Malem. In quella occasione la Facultad de Derecho attribuì a Garzón la laurea *honoris causa* in giurisprudenza: non solo per i suoi indubbi meriti scientifici, ma anche quale ideale riparazione per l'espulsione da lui subita nel 1976, insieme a tutti i suoi assistenti, dalla cattedra nell'Università di Córdoba, ad opera della giunta militare golpista.

generando seminari periodici, volumi collettanei, riviste, master, dottorati[4]. Una rete che annovera Bulygin tra i principali punti di riferimento culturali.

A Córdoba feci la conoscenza di Ernesto Garzón Valdés, un altro maestro ed amico verso il quale ho contratto un enorme debito di riconoscenza, sul piano umano e su quello accademico. Lì mi incontrai per la prima volta, oltre che con i padroni di casa[5], con l'intera "scuola" di Buenos Aires[6], con qualche esponente della nuova filosofia del diritto spagnola[7], e con colleghi provenienti dal Messico[8] e da altre parti d'Europa[9]. Per me fu la prima di una lunga e ininterrotta serie di visite in America Latina, e a Eugenio, che ne ha propiziato l'avvio, resterò sempre grato, e solo mi pento di non averglielo mai esplicitamente rivelato. Al congresso di Vaquerías ricordo di aver dato attivamente la caccia ad alcuni dei partecipanti per ottenere la loro collaborazione alle due riviste che hanno visto la luce in quegli anni: «Analisi e diritto», assieme a Riccardo Guastini, e «Ragion pratica», in cui sono stati coinvolti fin dall'inizio anche Letizia Gianformaggio e Franco Viola. La caccia diede i suoi frutti, e basta sfogliare i primi numeri di quelle riviste per incontrare contributi di Bulygin (già nel 1992 su «Analisi e diritto»), Alchourrón, Garzón Valdés, Nino, Guibourg, Vernengo, Navarro. Tutti tradotti in italiano. E credo che queste traduzioni dei lavori di Bulygin e degli altri, come tutte quelle successive a cui hanno contribuito fortemente anche Pierluigi Chiassoni e Giovanni Battista Ratti, siano state decisive per la penetrazione della tradizione analitica latino-americana all'interno della filosofia del diritto italiana.

Da quel fatidico 1992 la cooperazione accademica e il contatto personale con Eugenio non sono mai cessati e si sono vieppiù intensificati in seminari e congressi di qua e di là dell'Atlantico. Sul piano accademico mi piace rammentare la comune esperienza all'interno della IVR (*Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*), di cui Eugenio è stato presidente dal 1999 al 2003. Devo a lui la designazione nell'Executive Committee nel quale abbiamo fatto fronte comune per affermare il peso e il ruolo della filosofia del diritto "latina" nei confronti delle pretese egemoniche di quella anglo-americana. Sul piano personale, ricordo la sua visita assieme a Ernesto Garzón Valdés a Sansepolcro, luogo delle mie radici, pro-

[4] Cfr. Comanducci 1997a; Comanducci 2004: 17-20.

[5] Del gruppo di Córdoba ricordo, tra gli altri, Ricardo Caracciolo, Horacio Faas, Ernesto y Celia Abril, Andrés Rossetti, Carlos Ernst, Silvina Ramírez, Patricia Coppola, Sergio Raponi, Julio Guerrero.

[6] Oltre a Bulygin, erano presenti, tra gli altri, Carlos Alchourrón, Carlos Nino, Roberto Vernengo, Martín Farrell, Ricardo Guibourg, Daniel Mendonca (dal Paraguay), Martín Böhmer, Germán Sucar.

[7] Erano presenti Albert Calsamiglia, Josep Aguiló, Jorge Malem e Antonio Pérez Luño. Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero e Javier de Lucas, pure previsti nel programma, non poterono partecipare, ma i loro papers vennero letti e discussi egualmente.

[8] Ricordo in particolare Luis Villoro, León Olivé e Fernando Salmerón.

[9] Oltre ovviamente a Garzón, ormai radicato in Germania, e a Stanley Paulson, sempre in viaggio tra Stati Uniti ed Europa, parteciparono tra gli altri Ota Weinberger, Hartmut Kliemt e Werner Krawietz.

venendo da un congresso senese, nel 1995, quando fraternizzò con la mia famiglia e godemmo di abbondanti libagioni in un vecchio casolare riattato a ristorante nella campagna verso Arezzo. E ricordo le varie visite a Santa Catalina, con Pablo Navarro, nelle quali Eugenio mi ha regalato la grata impressione di essere entrato nella cerchia più ristretta delle sue amicizie.

Negli ultimi anni, anche prima della pandemia, si sono diradate le occasioni di incontro, perché Eugenio ha limitato molto la sua partecipazione ai seminari. Lo si notava purtroppo sempre più lento, nei movimenti fisici e nei guizzi mentali: capita a tutti, ma in lui, sempre così fulmineo, nella battuta, nell'inferenza, anche nei gesti della vita quotidiana, faceva più impressione. Come si direbbe da noi in Toscana, «'un c'è nulla di bono in diventa' vecchi», un pensiero che Eugenio certamente condivideva.

Molti sono gli aspetti della sua personalità che mi hanno colpito ma ne vorrei ricordare almeno alcuni, incominciando con quell'atteggiamento generoso, benevolo e un po' burbero insieme, che mostrava verso gli amici, specie se più giovani. Ecco la mia testimonianza diretta, una tra le tante. In un congresso in Finlandia, molti anni fa, alla fine della mia relazione Eugenio si produsse in un lunghissimo intervento, facendomi una serie di domande innocue ed esaurendo da solo il tempo dedicato alla discussione: mi salvò così, del tutto intenzionalmente, dalle domande altrui che gli avevo detto di temere per via del mio inglese zoppicante!

Un altro aspetto del suo carattere, che Eugenio ha condiviso con Ernesto Garzón, è il cosmopolitismo, un atteggiamento mentale e una pratica esistenziale di cui mi hanno in parte contagiato, anche se ho continuato a invidiare la disinvoltura di entrambi nel passare da un idioma all'altro. Il cosmopolitismo, come Garzón ha anche teorizzato, è una miscela di liberalismo politico individualista – che confina, senza disprezzarle affatto, le diversità culturali all'interno delle preferenze secondarie – e di abitudini di vita che portano a godere di quanto di meglio possa offrire la grande varietà dei contesti sociali e nazionali. Un cosmopolitismo, quello di Eugenio e Ernesto, temperato dall'avere entrambi vissuto sulla propria pelle la sensazione del "desarraigo", e compatibile quindi con la nostalgia delle origini, territoriali e culturali, di ciascuno. Non credo che avrebbero sottoscritto l'idea che "Wherever I lay my hat, that's my home", ma, per ragioni filosofiche ed esperienze vissute, credo che si siano profondamente sentiti cittadini del mondo.

Eugenio amava l'arte, specie la grande letteratura russa e le chiese romaniche, e sapeva trasmettere agli altri il proprio entusiasmo e stupirli con le proprie conoscenze. Si era instaurato un gioco fra noi: gli segnalavo pievi sperdute in cui mi ero imbattuto qua e là per l'Italia, con l'intenzione di suscitare la sua curiosità e magari un po' di invidia, ma quasi sempre mi rispondeva di averle già visitate. Era ostentatamente orgoglioso, lui ateo, di essere comproprietario di una chiesa, a Santa Catalina, di un asciutto barocco coloniale, e la mostrava con piacere ai suoi ospiti. Non oso immaginare quanto sarebbe stato felice se si fosse trattato di una chiesa romanica!

Bulygin aveva col tempo creato un proprio personaggio, la cui caratterizzazione si è avvalsa anche della ripetizione di formule ormai divenute celebri tra amici e colleghi. Mi limito a citarne e commentarne due: «Está muy bien, pero completamente equivocado», proferita di solito come commento a una relazione appena ascoltata, e «Nunca nadie me podrá acusar de haber sido imparcial», accompagnata talvolta da un ghigno sornione.

La prima formula proporrei di interpretarla come espressione di uno stile accademico che i filosofi analitici del diritto italiani e spagnoli hanno appreso proprio da Bulygin e in generale dai seminari in Argentina: massimo accanimento, con punte di sadismo, nei confronti delle idee espresse nei paper, ma "cariño" verso le persone. Dopo essersi insultati intellettualmente nel seminario, si va a bere e magari a cantare assieme, senza rancore. Sarà il carattere latino, sarà l'assenza di un feroce sistema concorsuale che mette gli uni contro gli altri, ma il risultato è comunque certo, e ha formato uno stile analitico in cui la discussione è sempre necessaria ed è la parte più rilevante di un seminario. Una apprezzabile differenza dai paludati congressi a cui eravamo abituati, in cui nessuno dibatteva, ognuno era chiuso nel suo orticello e vi coltivava prodotti che non interessavano a nessun altro. L'aver visto in azione, in quel primo Vaquerías, Bulygin e Alchourrón, Nino e Vernengo, Farrell e Guibourg, mi ha vaccinato per sempre dai congressi-tipo dei filosofi del diritto italiani, ai quali in effetti ho smesso quasi di partecipare.

Quanto alla seconda formula, un suo *type* iconico, rammento un *token* che mi ha coinvolto di persona. Lui presidente, sedevo in una commissione di concorso a cattedra nella Universidad de Buenos Aires, qualche anno fa. Condusse i lavori come un "cacique" e non accettò discussioni su quello che per lui era l'ordine di merito dei candidati. Di fronte alle mie timide rimostranze sulla partigianeria di certi suoi giudizi, mi ricordò appunto, serafico, che «Nessuno mai potrà accusarmi di essere stato imparziale». E mi immagino, pur senza avere prove al riguardo, che anche come giudice agisse allo stesso modo: prima si decide, poi semmai si trovano gli argomenti a sostegno.

In chiusura, due parole sui rapporti che ho avuto con la teoria del diritto di Bulygin. Devo confessare un mio atteggiamento bivalente al riguardo: da un lato, piena sintonia su alcuni temi, rispetto ai quali il magistero di Bulygin ha rivestito per me un'importanza basilare; dall'altro, divergenze abbastanza profonde e discussioni accanite. Ma le critiche che gli ho rivolto nel tempo sono solo prova del fatto che ho sempre preso sul serio le sue idee, e menzionarle qui è anch'esso un modo di onorarlo.

La maggiore consonanza si è verificata senza dubbio nella difesa della metaetica non-cognitivista e del positivismo giuridico metodologico contro i nuovi giusnaturalisti, specie sul tema della separazione tra diritto e morale, posizioni a favore delle quali Bulygin ha scritto pagine esemplari per chiarezza e persuasività argomentativa[10].

[10] Cfr. soprattutto Alexy, Bulygin 2001; Bulygin 2006.

Ricordo inoltre come avemmo modo di confrontare le rispettive posizioni nei riguardi del positivismo ideologico in un congresso in suo onore a Buenos Aires[11]. Entrambi eravamo contrari a ogni tipo di variante del positivismo ideologico, anche se dissentivo dal suo considerare totalmente privo di senso il problema della normatività del diritto. Ma forse adesso gli avrei dato ragione.

Le divergenze sono state, fin dall'inizio, più numerose delle convergenze, e in gran parte si spiegano con il diverso approccio metodologico, normativista il suo, realista il mio. Abbiamo discusso tanto in congressi e seminari, sui temi della razionalità delle decisioni giudiziali, della teoria dell'interpretazione, della applicabilità delle norme[12]. Mi diceva ogni tanto, quando ci capitava di incontrarci, «devo risponderti per iscritto», ma poi non ha avuto tempo o voglia per farlo. Me ne resta un malinconico rimpianto.

[11] "40 años de *Sistemas normativos*. Jornadas en homenaje al Dr. Eugenio Bulygin", 25-26 agosto 2011, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

[12] Traccia di quelle discussioni possono leggersi in Comanducci 1997b; Comanducci 1998: 69-80, 132-37; Comanducci 2006.

Eugenio maestro di giuspositivismo (e di molte altre cose)

*Riccardo Guastini**

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

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

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

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

Ma, oltre a questo, Eugenio ha in parte *formato*, in parte *confermato*, il mio atteggiamento su alcuni problemi metodologici cruciali. Provo a darne conto sulla falsariga di un suo breve scritto[3], in cui Eugenio espone e difende la sua filosofia del diritto, che in gran parte è anche la mia.

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

1 Bulygin 2015.

2 Alchourrón, Bulygin 1991.

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

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

(i) *Filosofia analitica (del diritto)*. La filosofia – ammesso che questo sostantivo abbia senso se non accompagnato da un complemento di specificazione, o almeno da un aggettivo (ciò che io non credo) – non è una scienza. Men che mai una sorta di super-scienza capace di penetrare l'essenza ultima del mondo. Con un gioco di parole ispirato da un famoso libro di Sartre[4], direi così: quelle insulse chiacchiere sull'"essere" (e dintorni), care al nazista Heidegger ed ai suoi non-nazisti epigoni, sono discorsi sul "nulla", puro vaniloquio. Lo aveva ben visto Carnap in un suo scritto magistrale contro la metafisica[5].

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

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

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

[4] Sartre 1943.
[5] Carnap 1932.

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

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

Quanto alle lacune, non credo, a differenza di Eugenio, che la dottrina svolga un lavoro nomo-poietico solo in presenza di lacune normative – nel senso tecnico stipulato da Carlos ed Eugenio in *Normative Systems* (omessa disciplina di una combinazione di fattispecie singolarmente disciplinate) – e di lacune assiologiche. Direi piuttosto che la dottrina elabora, "costruisce", norme nuove in presenza di "lacune" in quel senso comune e pre-teorico di questa parola, per cui vi è lacuna ogniqualvolta una qualsivoglia fattispecie, ancorché "irrilevante" (nel senso di *Normative Systems*), sia priva di disciplina: lo "spazio vuoto di diritto", diciamo. Concetto, questo, che in una occasione, dialogando con me, Eugenio dichiarò di condividere[6].

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

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

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

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

derivabili dalla conoscenza. "Norma vera" è una contraddizione in termini.

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

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

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

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

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

Quel che ho appreso da Eugenio Bulygin

*Giovanni Battista Ratti**

La mia frequentazione dell'opera di Eugenio Bulygin ebbe inizio una ventina d'anni fa, quando dedicai un capitolo della mia tesi di laurea alla filosofia del linguaggio normativo da lui elaborata insieme a Carlos Alchourrón in innumerevoli opere. Durante gli anni del mio dottorato, ebbi l'onore di partecipare alla traduzione italiana della loro opera principale: *Normative Systems*[1]. Qualche anno più tardi, insieme a Pierluigi Chiassoni e Riccardo Guastini, tradussi una raccolta di saggi di Eugenio dedicata al positivismo giuridico[2]. La mia prima monografia esamina (e, in alcuni suoi sviluppi, presuppone) la teoria dei sistemi normativi di Alchourrón e Bulygin[3]. Negli anni successivi alla sua pubblicazione, ho dedicato molti saggi all'opera dei due teorici argentini e recentemente ho avuto il privilegio di curare, insieme a Pablo Navarro e Jorge Rodríguez, una raccolta degli studi più recenti di Eugenio[4]. Tutto questo per dire che la mia carriera di filosofo del diritto sarebbe difficilmente concepibile senza l'influenza del suo magistero.

I miei incontri con Eugenio iniziarono invece nel 2006, a Barcellona, al congresso organizzato dalla Universitat Pompeu Fabra per celebrare i suoi 75 anni[5], in occasione del quale feci la mia prima apparizione in qualità di relatore a un congresso internazionale. Ci incontrammo casualmente in Passeig de Gracia e, dopo che ci ebbero presentati, Eugenio disse, con il suo inconfondibile accento russo e nel suo tono scanzonato, mettendomi subito a mio agio: «¡Por fin te conozco!», come se ad attendere quell'incontro fosse stato lui – il grande logico e teorico del diritto che si era formato con Gioja, Carrió, Hart e Prior, e aveva dibattuto con Kelsen e Ross – e non io – il fresco dottore di ricerca trentunenne che si era fatto le

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

1 Alchourrón, Bulygin 1971; la versione in castigliano, non identica, è Alchourrón, Bulygin 1975. La traduzione italiana, curata da Pierluigi Chiassoni e dal sottoscritto, è basata su entrambe le versioni: cfr. Alchourrón, Bulygin 2005. La seconda, definitiva, edizione del libro in castigliano – Alchourrón, Bulygin 2012 – si ispira alla traduzione italiana, come afferma lo stesso Bulygin nella "nota aclaratoria" che precede il volume.

2 Bulygin 2007.

3 Ratti 2008.

4 Bulygin 2018.

5 Gli atti sono stati raccolti in Moreso, Redondo (eds.) 2007.

ossa leggendo i suoi saggi. Da allora ci siamo incontrati diverse volte, in Europa e nelle Americhe. Ricordo con particolare piacere una visita di Eugenio a Genova nel 2010, nella quale avemmo l'occasione di parlare approfonditamente di vari problemi di logica deontica, un bellissimo congresso a Bahía Blanca (Argentina) nel 2011, coronato da un memorabile "asado de clausura", in occasione del quale parlammo soprattutto dell'Argentina e delle sue bellezze naturalistiche (era la mia prima visita in loco), nonché lo Special Workshop, dedicato a Eugenio, dell'IVR di Washington nel 2015, in cui discutemmo in modo particolare della logica delle norme nella prospettiva della concezione espressiva. Ebbi l'onore di essere invitato anche ai dottorati honoris causa conferiti a Eugenio, rispettivamente, nel 2008 dall'Università di Alicante e nel 2011 dall'Università Pompeu Fabra di Barcellona. L'ultimo incontro tra noi è avvenuto a Lisbona, nel 2016, al Seminario internazionale di teoria analitica del diritto, in cui Eugenio coordinò una tavola rotonda su von Wright cui partecipai come relatore[6].

Tra le sue innumerevoli qualità, Eugenio riusciva a combinare una raffinatissima intelligenza con un acuto senso dell'umorismo. Giusto per raccontare uno dei tanti aneddoti sorti dalle nostre conversazioni (spesso condite da impliciti riferimenti all'armamentario concettuale di *Normative Systems*), ricordo che, in occasione di un pranzo insieme a Eugenio e Andrea Dolcetti in un ristorante di Quarto dei Mille, nel 2010, mi affrettai ad avvertire Eugenio che si trovava dinanzi a un rappresentante, per così dire, "enologicamente poco avvertito" della scuola genovese. Le mie conoscenze nel campo dei vini – a differenza di quelle dei miei maestri genovesi – sono infatti molto approssimative, per cui dissi a Eugenio, in tono scherzoso e facendo allusione alla nozione di proprietà rilevante: «Eugenio, perdona, pero mis conocimientos de vinos son muy escasos. Distingo a duras penas entre vino en botella y vino en cartón». E lui, prontissimo, mi rispose: «También la distinción entre blanco y tinto puede ayudar». Alla fine, chiedemmo lumi al cameriere, che ci servì un ottimo Pigato di Albenga, di cui Eugenio fu molto contento. Durante il pranzo, Andrea e io ascoltavamo rapiti Eugenio, mentre spaziava dal resoconto dei suoi incontri con Quine (alla cui velocità di ragionamento logico – disse Eugenio – «solo era comparable la rapidez de Carlos [Alchourrón], que era un verdadero genio») alla redazione di *Normative Systems*. A tal proposito, osservai che spesso, traducendolo, mi ero chiesto chi dei due avesse scritto che cosa, al che Eugenio rispose sornione: «muy fácil determinarlo; lo escribí todo yo, aunque las ideas mejores eran todas de Carlos. En realidad, hasta que se inventaron las computadoras, Carlos era casi ágrafo, tanto que en un cierto periodo tuve que escribir hasta sus cartas personales. Luego, con la llegada de la informática a finales de ochenta, se puso a escribir mucho más».

In occasione di quel pranzo, peraltro, ero andato a prendere Eugenio in aero-

[6] Gli atti si possono leggere in «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», 57/2.

porto per portarlo da principio in albergo e poi al ristorante. Era la prima volta che potevo parlare con lui con una certa rilassatezza, avendo un po' di tempo a disposizione. In auto, ero talmente preso dalla conversazione che sbagliai per due volte strada e invece di fermarmi a Quarto continuai sino a Nervi! Quando dissi a Eugenio che in quello stesso ristorante, qualche giorno dopo, avrei festeggiato il mio anniversario di matrimonio, mi disse con una risata: «¡Procura no equivocarte de camino en esa ocasión!».

Gli insegnamenti che ho tratto da Eugenio – sia dalla sua opera teorica sia dalla sua dimensione umana – sono troppo numerosi per poter essere riassunti in queste poche righe. Mi limiterò a tratteggiarne solo quattro, due di natura "tecnica", e due di portata, per così dire, più "ampia", se non addirittura universale.

a) *Il metodo logicista*

Da Eugenio, ho appreso in primo luogo un metodo che possiamo definire, in senso lato, "logicista", che consiste nello scomporre ogni enunciato teorico nelle sue componenti logiche di base, ricostruirne la struttura profonda, e determinarne le conseguenze deduttive. Questa tecnica ha risultati demistificatori incalcolabili e permette di cogliere in fallo qualsiasi pensatore apparentemente profondo, ma in realtà oscuro e poco accurato nel formulare le proprie tesi. Nei saggi di Eugenio, gli esempi sono legione e le "vittime" altrettante. Si tratta chiaramente di un metodo sviluppato ispirandosi ad autori come Russell, Carnap o Quine – un metodo affinato e usato da Eugenio in campo teorico-giuridico in modo magistrale, con mirabili effetti chiarificatori. In particolare, vorrei qui ricordare una distinzione senza la quale nessuno studio teorico serio dei sistemi normativi può essere effettuato: la distinzione tra norme e proposizioni normative (e le rispettive logiche che ne discendono), che permette di confutare intere teorie del diritto che tale distinzione ignorano; prima fra le quali la concezione – assai influente negli ultimi decenni – di Ronald Dworkin.

b) *L'importanza della teoria degli insiemi per lo studio teorico-giuridico*

Un secondo insegnamento "tecnico" di capitale importanza è costituito dall'uso delle nozioni centrali della teoria degli insiemi per lo studio teorico del diritto. L'uso di tali nozioni ha ricadute enormi sulla chiarificazione dei concetti centrali per la filosofia giuridica: ricadute che non sono state ancora compiutamente esplorate né apprezzate come si dovrebbe. Oltre a consentire una chiara distinzione tra diversi sistemi di norme a seconda della proprietà che contraddistingue i loro membri (validità, vigenza, applicabilità, appartenenza, ecc.), queste nozioni consentono altresì di sciogliere alcuni falsi dilemmi relativi alle "norme ultime o supreme" degli ordinamenti giuridici, chiarendo in particolare come diversi autori (primi fra tutti Kelsen e Hart) abbiano confuso indebitamente problemi di indole teorica diversa, attribuendo rispettivamente alla norma fondamentale e alla regola di riconoscimento

proprietà insiemistiche tra loro in tensione, o addirittura incompatibili. La teoria degli insiemi – come mostrano gli studi di Bulygin in tema di ordinamento giuridico e abrogazione – è fondamentale anche per dipanare le confuse e talora contraddittorie intuizioni dei giuristi in tema di modificazione del diritto e di vigenza delle norme giuridiche nel tempo. Ulteriori applicazioni della teoria degli insiemi in campo giuridico – non ancora del tutto esplorate, ma già presenti *in nuce* in *Normative Systems* – potrebbero rivelarsi assai utili per risolvere (o dissolvere, a seconda dei casi) alcuni dei dilemmi e dei paradossi che circondano da decenni la ricostruzione razionale delle norme condizionali.

c) *L'impegno del non-cognitivista etico*

Da Eugenio ho pure imparato, con paradosso solo apparente, che è più consequenziale essere impegnato in ambito civile non credendo nell'oggettività dei valori etici, piuttosto che farlo sostenendone l'oggettività. Eugenio era un convinto assertore del non-cognitivismo etico, affermava cioè che i giudizi morali sono privi di valori di verità. L'analisi logica dei giudizi di valore – propiziata, tra l'altro, dalla c.d. "concezione espressiva delle norme" ideata proprio da Bulygin (insieme ad Alchourrón) – non pare lasciare spazio a dubbi. E tuttavia è noto che il non-cognitivismo in etica è oggidì una posizione minoritaria, costretta a rintuzzare i continui attacchi – a dire il vero un po' scomposti e poco convincenti – che giungono dal campo oggettivista. La critica principale che viene mossa ai difensori del non-cognitivismo è di non avere i mezzi per distinguere tra bene e male, e quindi di essere disposti o costretti ad accettare le più bieche nequizie morali. Vi sono molti modi di rispondere, in sede teorica, a queste accuse del tutto infondate (alcuni di essi sono compiutamente articolati da Eugenio in alcuni saggi), ma credo che la risposta più netta si situi a livello "pratico" e sia costituita dall'impegno attivo nel miglioramento della società, un impegno esemplificato dalla vita di Eugenio in diversi ambiti. V'è anzi una certa consequenzialità "pratica" tra il considerare che i giudizi morali siano frutto di preferenze personali che vertono sull'organizzazione di una comunità sociale e l'attivarsi per rendere effettive tali preferenze. Ed è ciò che Eugenio ha fatto, sin dagli anni bui della dittatura militare in Argentina, impegnandosi per la restaurazione della democrazia. A ben vedere, è proprio la presa d'atto che non esistono verità assolute in morale (come in nessun altro campo, del resto) a richiedere di proteggere il sistema democratico da coloro i quali, ritenendo di avere la verità in tasca, ne propongono – più o meno surrettiziamente – la limitazione o addirittura l'abolizione.

d) *L'ottimismo della volontà e della ragione*

Un ulteriore insegnamento di Eugenio – forse il principale – è stato quello di praticare l'ottimismo come essenziale forma di vita, anche di fronte a condizioni sfavorevoli o decisamente avverse. Non si tratta di un ottimismo ingenuo, irriflesso;

costituisce anzi il frutto di un equilibrio umano forgiato attraverso mille peripezie personali e traversie storiche, dal superamento delle quali Eugenio aveva tratto una sorta di inesauribile linfa vitale, che tuttavia non lo rendeva meno sensibile alle continue insidie del presente. Ricordo ancora quando, nel 2016, a Lisbona, mi parlò delle sue preoccupazioni nel vedere gran parte dell'Europa ritornare a idee nazionalistiche e totalitaristiche che in molti avevamo considerato (illudendoci) totalmente superate dalla storia – idee la cui brutale ottusità Eugenio aveva subito in diverse parti della sua vita. Ma aggiunse altresì che l'atteggiamento non solo più volitivo, ma anche più *razionale*, consisteva non già nell'abbattersi e cedere fiaccamente a tali rigurgiti, ma nell'affrontare la realtà e difendere con vigore, impegno e intelligenza le fragili conquiste ottenute nel campo della democrazia e dei diritti umani. Volendo parafrasare un celebre motto di Bertrand Russell, potremmo dire che Eugenio ci ha insegnato a considerare che una vita degna di essere vissuta è, al contempo, ispirata dalla volontà e guidata dalla ragione.

Eugenio Bulygin: il lato oscuro

*Pierluigi Chiassoni**

Dios mueve al jugador, y éste, la pieza.
¿Qué dios detrás de Dios la trama empieza
de polvo y tiempo y sueño y agonías?
J.L. Borges

1. Una presenza luminosa

Eugenio Bulygin è stato una presenza luminosa per generazioni di filosofi del diritto e di giuristi.

Per questa ragione la sua scomparsa ha aperto un vuoto che non è retorico definire incolmabile. Nell'universale Repubblica delle lettere di cui siamo (o ci riteniamo) cittadini, Eugenio ha goduto dello statuto speciale del Sovrano elettivo, a vita, e sulla base di una tacita presunzione assoluta (non artificiosa, ma fondata sull'esperienza) di un indefettibile e perpetuo *Upright and Reasonable Behaviour*.

Le sue virtù – metodologiche, teoriche, civili e umane – sono state mirabilmente evocate da Giovanni Battista Ratti. Giovanni Battista ha ripercorso i quattro principali insegnamenti che ha tratto dalla frequentazione delle opere e della persona di Eugenio. Tra questi, anch'io ho sempre trovato esemplare la combinazione di non-cognitivismo metaetico e impegno civile che Eugenio ha praticato nel corso della sua lunga vita di accademico (sulle orme, è bene non dimenticarlo, dei suoi maestri Kelsen, Ross, Hart e Carrió). L'esempio vale più di mille (altri) argomenti. E al suo confronto la tesi dell'incoerenza pratica (Come può, chi non creda nell'oggettività dei valori etici, impegnarsi a favore di alcuni di essi senza contraddirsi?) –una tesi che è indice di (una persistente e perniciosa) pre-modernità filosofica e scientifica– si sgretola come le mura di Gerico. L'episodio, nella vita di Eugenio, che considero rappresentare l'aspetto più visibile, e noto, del suo impegno civile coincide con la sua nomina a "Preside normalizzatore" ("Decano normalizador") della Facoltà di Giurisprudenza dell'Universidad de Buenos Aires, con l'incarico ("i pieni poteri") di restaurare la prestigiosa sede, a noi tutti cara, scancellando le infamie della feroce dittatura militare. La sua opera non ha prodotto soltanto il fiero ritratto fotografico che campeggia nella Sala dei professori, ma una riforma attenta

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, *pierluigi.chiassoni@unige.it*.

all'innovazione degli studi giuridici, e ispirata al principio "Insegnare agli studenti a pensare", la quale, come riferiscono Alejandro Calzetta e Julieta Rábanos nel loro toccante *recuerdo*, riscuote ancora oggi, dopo trentacinque anni, l'ammirazione dei Colleghi e l'approvazione della *Bonaerensis iuventus cupida legum*.

Vi è tuttavia un ulteriore insegnamento di Eugenio, oltre a quelli evocati da Giovanni Battista, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini e Cristina Redondo, sul quale desidero richiamare l'attenzione. Come dobbiamo porci di fronte alle opere dei nostri Maestri? Qual è l'atteggiamento *deontologicamente* corretto che una filosofa o un filosofo del diritto dovrebbe assumere in relazione al pensiero di coloro che hanno avuto un ruolo primario nella sua formazione, vuoi attraverso il magistero verbale, vuoi, come sovente accade, attraverso gli scritti?

La Dottrina Bulygin si può riassumere in un aulico principio che Eugenio era solito ripetere in occasione di ogni convegno o seminario: "*Amicus Plato, sed magis amica Veritas*". Di esso Eugenio offriva subito dopo una formulazione in volgare, anch'essa ben nota a chi abbia avuto occasione di incontrarlo. Con licenza di traduttore, mi pare che quella formulazione suonasse più o meno così: "Il modo migliore di onorare un filosofo consiste non già nel tesserne le lodi, bensì nel sottoporre le sue tesi (se ve ne sono) a un esame logico-linguistico implacabile, ma stilisticamente ispirato a continenza ("*suave*"), mettendo in luce oscurità, aporie e contraddizioni". Il modo migliore per un filosofo di rendere omaggio a un altro filosofo deve consistere, insomma, nel sottoporne il pensiero a una critica razionale, impietosa nella sostanza ma vellutata nella forma.

2. Il lato oscuro

Sono sempre stato un seguace ortodosso della Dottrina Bulygin. E ciò ancora prima di acquisire la consapevolezza della sua esistenza, avendola vista praticare dai miei maestri genovesi (a onor del vero, non sempre con la debita soavità di forma) sul "vile corpo" delle relazioni di (mal)capitati ospiti delle iniziative seminariali dell'Istituto Tarello (che a quei tempi ancora si chiamava "Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto").

La Dottrina Bulygin è esigente. Richiede un'applicazione costante e universale. Nessuno scritto, nessuna *ponencia*, quale che sia l'autorevolezza del suo autore (e in realtà, in maniera proporzionale a tale autorevolezza), può sottrarsi al suo esercizio.

La forza della Dottrina è tale, che non posso ritenermi sciolto dal suo vincolo nemmeno nel breve spazio di queste poche pagine.

Non posso dunque tacere che vi è un punto, nella filosofia del diritto positivo di Eugenio, che ho sempre considerato un "lato oscuro": una parte non congrua rispetto alla spregiudicatezza (uso il termine senza la minima intenzione denigratoria) teorica che ha costituito una delle sue molte cifre.

Il lato oscuro attiene alla sua teoria dell'interpretazione giuridica. Non è questo il luogo per rimettere in scena una disputa, tra me ed Eugenio, che ebbe inizio trent'anni fa, nel 1991, e che poi si trascinò nei tre lustri successivi, cristallizzata nei suoi termini iniziali, senza che Eugenio recedesse di un millimetro dalle sue posizioni originarie[1]. Qui, mi limiterò soltanto a riportarne alla luce un frammento.

Nel maggio del 1991, Letizia Gianformaggio e Stanley Paulson invitarono Eugenio a partecipare al "Third Siena Kelsen Symposium" (presso la Certosa di Pontignano) in veste di relatore principale[2]. Il Simposio era dedicato alla teoria kelseniana dell'interpretazione giuridica. Eugenio presentò una relazione dal titolo "Cognition and Interpretation of Law" nella quale offriva un compendio delle sue idee, non soltanto in tema d'interpretazione e kelsenologiche ma altresì di teoria generale delle norme, su norme e logica, e sulla giustificazione delle decisioni giudiziali.

Dopo aver sostenuto: (a) che la giustificazione delle decisioni giudiziali può essere ricostruita come un ragionamento deduttivo; (b) che le premesse dei ragionamenti giudiziali sono di tre tipi: normative, fattuali e analitiche; (c) che le premesse normative sono norme giuridiche universali ("I contratti che limitano la libertà di coscienza devono essere dichiarati invalidi"); (d) che le premesse fattuali sono enunciati descrittivi relativi ai fatti rilevanti della causa ("Tommaso ha promesso a Giovanni che non sposerà Susanna"); (e) che le premesse analitiche sono enunciati interpretativi ("Le promesse di non sposare qualcuno sono contratti che limitano la libertà di coscienza"), i quali, essendo analitici, sono «veri ma vacui», non dicendo «nulla circa il mondo», Eugenio concludeva così:

> The justification of a judicial decision involves not only cognition of norms and facts, but primarily cognition of the language in which legal norms are formulated. In "soft" cases the solution is univocally determined, for the semantic rules of the language determine which norm is expressed by a given norm formulation. In "hard" cases there are several possible solutions, according to the different interpretations of the relevant terms occurring in the norm formulation. In such cases it is the judge who must make the decision about the meaning of the linguistic expressions and so, determine which norm is expressed by them[3].

---

[1] Cfr. Bulygin 1995b: 11-35; Bulygin 1995c: 305-307; Chiassoni 1995: 39-50; Bulygin 2006: 123-146, 147-163; Chiassoni 2007: xlviii-lxxi.

[2] Gianformaggio, Paulson 1995: 7-8. Al Simposio parteciparono, nel ruolo di commentatori della relazione di Bulygin, oltre agli organizzatori e al sottoscritto, Bruno Celano, Enrico Diciotti, Ernesto Garzón Valdés, Tomasz Gizbert-Studnicki, Riccardo Guastini, Claudio Luzzati, Tecla Mazzarese, Sandro Nannini, Carlos Santiago Nino, Felix E. Oppenheim, Juan Ruiz Manero, Lucia Triolo, Francesco Viola, e Inès Weyland.

[3] Bulygin 1995b: 35.

Nel mio commento ("Varieties of Judges-Interpreters"), sostenevo che la teoria dell'interpretazione giudiziale difesa da Eugenio, e riassunta nel brano sopra riportato:

(a) raffigurava il giudice-interprete come un qualunque parlante di una lingua naturale, attento esclusivamente al significato linguistico convenzionale dei termini descrittivi contenuti nelle formulazioni normative, e impegnato in una relazione conversazionale di cooperazione con le autorità normative[4];
(b) offriva, di conseguenza, una descrizione non veritiera dell'attività interpretativa giudiziale in generale, caratterizzata invece dalla scelta del metodo interpretativo e da un atteggiamento non necessariamente cooperativo nei confronti delle autorità normative[5];
(c) poteva però essere recuperata, *malgré* Bulygin, intendendola vuoi come esempio di teoria (generale) *normativa* dell'interpretazione giudiziale, incentrata sulla priorità assiologica del criterio d'interpretazione letterale o linguistica, vuoi come esempio di teoria *descrittiva* (particolare) dell'interpretazione giudiziale, relativa a esperienze giuridiche di fatto informate a una teoria normativa letteralistica[6].

Nella sua replica, Eugenio ribadì punto per punto la sua posizione, esprimendo al contempo la sua costernazione nel vedersi attribuire la concezione del giudice-interprete che gli attribuivo («The implicit conception ascribed to me is, to say the least, astonishing»[7]).

La differenza tra la teoria ("mista" o "ecclettica") di Eugenio e quella ("realistica") da me sostenuta non è una questione di parole, di stile filosofico o di preferenze individuali; non appartiene alla sfera del "linguisticamente tollerabile", essendo piuttosto «una questione di verità»[8].

Chi è dunque nel vero? Quale, delle due teorie, offre una ricostruzione veritiera dell'interpretazione giudiziale? Nel dibattito attuale la questione permane aperta. Resta però una certezza. Eugenio avrebbe commentato questo mio "ritorno di critica" in un modo a lui consueto: "Tutto ciò può (forse) essere molto bello, ma è totalmente erroneo".

---

4 Chiassoni 1995: 49: «a normal speaker of a given natural language, engaged in a conversational, cooperative relationship with the legislator».
5 Chiassoni 1995: 49.
6 Chiassoni 1995: 49-50.
7 Bulygin 1995c: 305.
8 Alchourrón, Bulygin 1981: 100.

Riferimenti bibliografici

Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, Wien, Springer.

Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.

Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo.

Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1981). *The Expressive Conception of Norms*, in R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, Dordrecht, Reidel, 95-124.

Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales.

Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (2005). *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, a cura di P. Chiassoni e G.B. Ratti, Torino, Giappichelli.

Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, Astrea, II ed.

Alexy, R., Bulygin, E. (2001). *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Alonso, J.P. (2021). *Eugenio Bulygin (1931-2021)*, «Noticias de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho», 11/5/2021.

Atienza, M. (1984). *La filosofía del derecho argentina actual*, Buenos Aires, De Palma.

Atienza M. (1999). *El caso Pinochet es un paso a la jurisdicción internacional*, «Información», 31/10/1999.

Bulygin, E. (1995a). *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli.

Bulygin, E. (1995b). *Cognition and Interpretation of Law*, in Gianformaggio, Paulson (eds.) 1995, 11-35.

Bulygin, E. (1995c). *Some Replies to Critics*, in Gianformaggio, Paulson (eds.) 1995, 306-313.

Bulygin, E. (2006). *El positivismo jurídico*, México, Fontamara.

Bulygin, E. (2007). *Il positivismo giuridico*, a cura di P. Chiassoni, R. Guastini e G.B. Ratti, Milano, Giuffrè.

Bulygin, E. (2009a). *La mia filosofia del diritto*, «Ragion pratica», 32, 273-276.

Bulygin, E. (2009b). *Mi visión de la filosofía del Derecho*, «Doxa», 32, 85-90.

Bulygin, E. (2015). *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.

Bulygin, E. (2018). *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*, a cura di P.E. Navarro, J.L. Rodríguez e G.B. Ratti, Madrid, Marcial Pons.

Bulygin, E., Litschewski Paulson, B. (2015). *An (Auto)biographical Sketch*, in Bulygin 2015.

Caracciolo, R. (1993). *Entrevista a Eugenio Bulygin*, «Doxa», 14, 499-513.

Carnap, R. (1932). *Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache*, «Erkenntnis», 2, 219–241.

Chiassoni, P. (1995). *Varieties of Judges-Interpreters*, in Gianformaggio, Paulson (eds.) 1995, 39-50.

Chiassoni, P. (2007). *Presentazione: § 3. Le disavventure dell'interpretazione*, in Bulygin 2007, xlviii-lxxi.

Comanducci, P. (1997a). *Alchourrón, Bulygin and Italian Legal Theory*, «Rechtstheorie», 28, 3, 263-268.

Comanducci, P. (1997b). *Taking Kelsen Seriously*, in E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G.H. von Wright, R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Duncker & Humblot, 165-182.

Comanducci, P. (1998). *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli.

Comanducci, P. (2004). *Introducción*, in Id. (comp.), *Análisis y derecho*, México, Fontamara, 7-21.

Comanducci, P. (2006). *Quelques problèmes conceptuels concernant l'application du droit*, in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, études coordonnées par D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, É. Millard, Paris, Economica, 315-327.

Comanducci, P. (2021). *Trent'anni dopo*, in questo volume.

Comanducci, P., Guastini, R. (eds.) 1998. *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli.

Ferraioli Karamanian, G.M., Monti, E.H., Rábanos, J. (2014). *Una universidad para la democracia: entrevista a Eugenio Bulygin*, «Revista Digital Carrera y Formación Docente», UBA, III/4, 7-31.

Fiss, O. (1995). *The Death of a Public Intellectual*, «Yale Law Journal», 104, 1187-1200.

Gianformaggio, L., Paulson, S.L. (1995). *Preface*, in Id. (eds.) 1995, 7-8.

Gianformaggio, L., Paulson, S.L. (eds.) (1995). *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli.

Guastini, R. (2021). *Eugenio maestro di giuspositivismo (e di molte altre cose)*, in questo volume.

Hume, D. (1994). *Political Essays*, Cambridge, Cambridge University Press.

Moreso, J.J., Redondo, M.C. (eds.) (2007). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons.

Rábanos, J., Calzetta, A. (2021). *Eugenio Bulygin, decano de la democracia*, «La Nación», 14/5/2021.

Ratti, G.B. (2007). *Analisi logica e teoria del diritto*, in Bulygin 2007, vii-xxxvii.

Ratti, G.B. (2008). *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli.

Ratti, G.B. (2021). *Quel che ho appreso da Eugenio Bulygin*, in questo volume.

Redondo, M.C. (2021). *Recuerdo de Eugenio*, in questo volume.

Sartre, J.-P. (1943). *L'*être *et le néant: Essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard.

Allgemeine Theorie der Normen 1979-2019

a cura di Luca Malagoli

Introduzione

*Luca Malagoli**

Gli articoli raccolti nella sezione qui presentata completano la pubblicazione degli atti del XXV Seminario italo-franco-luso-spagnolo di Teoria del diritto (Università degli Studi di Genova, 8-9 novembre 2019), iniziata nel precedente numero di *Analisi e diritto*. Se i contributi lì riuniti avevano carattere miscellaneo e affrontavano un ampio ventaglio di temi del dibattito contemporaneo in teoria del diritto, quelli raccolti nelle pagine che seguono si collocano invece interamente nel segno di Kelsen. La sezione conclusiva della raccolta degli atti è infatti dedicata alla kelseniana *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), in occasione del quarantesimo anniversario della sua (postuma) pubblicazione. Non si tratta, del resto, di una mera occasione celebrativa. Cospicua per la vastità e la varietà dei temi affrontati[1], l'opera postuma di Hans Kelsen costituisce infatti la silloge della complessa e controversa stagione conclusiva del suo pensiero, quella cioè successiva al 1960[2]. Animata da un perpetuo moto interno e contraddistinta da una costante e vitale trasformazione[3], la riflessione giusfilosofica kelseniana giunge, in quest'estrema fase del suo sviluppo, ad esiti tanto significativi quanto ricchi di estese e ramificate ricadute sul complesso dell'opera del giurista praghese, ricadute ancora non completamente indagate ed esaustivamente valutate[4].

Precisamente in tale direzione si muovono i contributi raccolti nella sezione, accomunati, pur nella diversità di temi ad approcci, dall'approfondimento critico di taluni elementi centrali dell'*opus postumum* kelseniano, in connessione con i più recenti sviluppi della letteratura giusteorica. In *El concepto de derecho subjectivo: las diversas caras de un concepto poliédrico*, Ángeles Ródenas (Universidad de Alicante) procede ad istituire un confronto fra la concezione di diritto soggettivo avanzata da

* Cátedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona, Carrer Universitat de Girona, 12, 2, 17003, Girona (Spagna), *lcmalagoli@gmail.com*.

1 Vastità e varietà opportunamente rilevate da Hartney 1991: xi-xiv.

2 Paulson 2017: 860. Per un'approfondita discussione della periodizzazione del pensiero di Kelsen, si rimanda a Gianformaggio 1990.

3 Come ha efficacemente sottolineato Losano 1985: XVII.

4 Sul punto, si veda Losano 1985: XIX. Peraltro, nell'esaminare la portata della trasformazione che caratterizza l'ultima fase del pensiero kelseniano, anche Paulson ritiene che essa possa senz'altro intendersi come una vera e propria «metamorfosi» (Paulson 2017: 861).

Kelsen nella *Allgemeine Theorie Der Normen* e le prospettive al riguardo adottate da altri autori influenti autori quali Hohfeld, Hart e Dworkin, allo scopo di porre in evidenza la specificità della concezione kelseniana, discutendone, al tempo stesso, taluni aspetti problematici.

Nel suo articolo, *Hans Kelsen's Allgemeine Theorie der Normen and power-conferring norms: Adolf J. Merkl's final victory*, Guillaume Tusseau (SciencesPo) analizza invece la teoria delle norme di competenza sviluppata nella *Allgemeine Theorie Der Normen,* ravvisando in essa il riemergere, giunta a piena e pienamente consapevole maturazione, della (decisiva, anche se a lungo carsica) influenza di Adolf Julius Merkl sulla struttura e le tesi centrali della proposta teorica di Kelsen.

Dal canto suo, in *Efficacy as a Condition of Validity in Kelsen's General Theory of Norms*, Luka Burazin (University of Zagreb) affronta l'ultima opera kelseniana ricostruendone criticamente la nozione di efficacia, di cui indaga, in tutta la sua complessa articolazione, la relazione con la validità.

Infine, Riccardo Guastini (Università degli Studi di Genova), in *A Path that Forks: Legal Science Between Is and Ought*, si concentra sulla distinzione, cruciale per la teoria pura del diritto, fra diritto e scienza giuridica, mostrando come, in particolare nella *Allgemeine Theorie der Normen*, Kelsen tradisca, in varie occasioni, una significativa difficoltà a fornire una trattazione soddisfacente e priva di ambiguità degli enunciati della scienza giuridica.

Bibliografia

Gianformaggio, L. (ed.) (1990). *Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino, Giappichelli.

Hartney, M. (1991). *Introduction: The Final Form of the Pure Theory of Law*, in H. Kelsen, *Allgemeine Theorie Der Normen*, trad. ingl., *General Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, ix-liii.

Losano, M. (1985). *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, in H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, trad.it., *Teoria Generale delle Norme*, Torino, Giulio Einaudi Editore, XVII-LXI.

Paulson, S.L. (2017). *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, «The Modern Law Review», 80/5, 860-894.

El concepto de derecho subjetivo. Las diversas caras de un concepto poliédrico

*Ángeles Ródenas**

Resumen

El propósito de este trabajo es confrontar la concepción de los derechos subjetivos sostenida por Kelsen en su *Teoría general de las normas* con los enfoques defendidos por Hohfeld, Hart, y Dworkin. En mi opinión, el contraste entre la concepción de los derechos de Kelsen y las propuestas de estos otros tres autores puede ayudarnos a comprender mejor por qué la asunción de ciertos presupuestos teóricos relativos a la naturaleza del Derecho (objetivo) lleva a Kelsen a la adopción de una determinada estrategia al clarificar el concepto de derecho subjetivo. Además, este contraste entre concepciones de los derechos subjetivos me ayudará a defender la tesis de que *derecho subjetivo* es un concepto *poliédrico*, así como a aventurar una propuesta relativa a las caras principales que debe integrar su análisis.

Palabras clave: Derecho subjetivo. Concepto poliédrico. Hans Kelsen. Wesley Newcomb Hohfeld. HLA Hart. Ronald Dworkin.

Abstract

The purpose of this paper is to confront the conception of rights defended by Kelsen in his *General Theory of Norms* with the approaches defended by Hohfeld, Hart, and Dworkin. In my opinion, the contrast between Kelsen's conception about rights and the proposals of these other three authors can help us to better understand why the assumption of certain theoretical presumptions regarding the nature of law commits Kelsen to the adoption of a certain strategy on clarifying the concept of rights. Also, this contrast between conceptions of rights will allow me to defend the idea that a *right* is a *polyhedral* concept, as well as to put forward a proposal on the main planes that should integrate its analysis.

Keywords: Right. Polyhedral Concept. Hans Kelsen. Wesley Newcomb Hohfeld. HLA Hart. Ronald Dworkin.

* Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, ap. de correos, 03080, Alicante (España), *angeles.rodenas@ua.es*, ORCID 13122803.

1. La estrategia devaluadora de Kelsen

Para empezar, me referiré brevemente al concepto de derecho subjetivo de Kelsen. Como es sabido, Kelsen distingue en su *Teoría general de las normas*[1] tres acepciones principales del término *derecho subjetivo*[2].

(1) En primer lugar, que alguien tenga un derecho a comportarse de cierta manera puede significar que su conducta es libre, es decir, que no es ni prohibida ni obligatoria, de manera que está *permitida en sentido negativo*.
(2) En segundo lugar, que alguien tenga un derecho puede también significar que algo está *permitido en sentido positivo*. Si alguien tiene el derecho de que otra persona se comporte de cierta forma, decimos que aquella persona tiene el derecho subjetivo a esa conducta. El derecho a cierta conducta de otra persona es el reflejo del deber de esa otra persona[3].
(3) Finalmente, la expresión *derecho subjetivo* puede tener también un *significado técnico específico* dentro del orden jurídico: tener un poder específico conferido por el Derecho. Una persona tiene un derecho en este sentido solo si la sanción que debe ordenar el órgano de aplicación del Derecho (jueces, tribunales, etc.) en el caso de que no se cumpla el deber solo puede tener lugar a solicitud del sujeto cuyo interés se dañó por el incumplimiento del deber (o a solicitud de su representante), por lo que el dictado de la norma individual ordenando la sanción (sentencia) está condicionado a una acción – una demanda, un recurso – por parte de la persona frente a la cual se tiene el deber incumplido.

Pero acto seguido, Kelsen nos advierte de que

[1] Si bien las sucesivas versiones de la teoría pura del derecho – lo que Mario Losano ha calificado como un *opus perpetuum* que se extiende a lo largo de más de sesenta años [Cfr. Losano 1985: 55-85] – contienen numerosos desarrollos, integraciones y rectificaciones de una a otra, respecto de los conceptos de deber jurídico y de derecho subjetivo, todas estas versiones coinciden sustancialmente en dos puntos capitales: la prioridad y el carácter necesario del concepto de deber jurídico respecto del de derecho subjetivo y el carácter contingente de este último: un orden jurídico puede, pero no es necesario que lo haga, contener formulaciones de derecho subjetivo mientras que no hay orden jurídico sin deberes jurídicos. La tipología de los derechos subjetivos aparece, como se ve más adelante en el texto, simplificada en la *Teoría general de las normas* respecto de la que encontramos en la segunda edición (de 1960) de la *Teoría pura del Derecho*.

[2] Kelsen 1991: 136-137.

[3] Vale la pena señalar que Kelsen asimila indiferenciadamente dos nociones que la actual teoría del derecho tiende a distinguir: (1) la de *permiso fuerte*, que se concibe como un permiso derivado de la presencia de norma permisiva (a diferencia del permiso débil, que se entiende como la simple ausencia de norma) y (2) la de *permiso protegido,* que se entiende como un permiso acompañado de una prohibición de interferencia o una obligación de facilitación hacia el titular del permiso por parte de sujetos distintos de éste. Todos los permisos protegidos son permisos fuertes, pero no todos los permisos fuertes se encuentran necesariamente protegidos (cfr. Bayón 2019: 27-74, Ruiz Manero 2019a: 49-59 y 2019b: 139-152 y en general las contribuciones recogidas en el volumen editado por E. Bulygin: *El libro de los permisos*).

> Este derecho subjetivo no es otro que el Derecho objetivo o la norma jurídica. Es la norma, el Derecho, lo que hace que el dictado de la norma individual ordenando una sanción en un caso concreto dependa de una acción a tal efecto por parte de un sujeto dado; es el Derecho el que confiere poder al sujeto para iniciar esta acción[4].

Reforzando esta idea, Kelsen sostiene que,

> conferir un poder llamado "derecho" en este sentido técnico no es una función necesaria del sistema jurídico. Puesto que los tres tipos de derechos no son posibles sin que otras personas tengan deberes (mientas que los deberes son perfectamente posibles sin derechos en sentido técnico), se sigue que es incorrecto que la jurisprudencia tradicional (probablemente bajo el influjo del Iusnaturalismo) confiera un lugar privilegiado al concepto de derecho subjetivo, hable de derecho y deber (en lugar de deber y derecho) o considere que los deberes son meramente la protección y garantía de los derechos subjetivos[5].

Reparemos en que lo que lleva a Kelsen a defender la prioridad del poder normativo especial derivado de una regla que confiere un poder procesal no es accidental: Kelsen está comprometido con un concepto de Derecho (objetivo) que condiciona su aproximación al concepto de derecho subjetivo. La teoría pura del Derecho de Kelsen marca distancia con el Derecho Natural, dándole prioridad a la noción de Derecho objetivo sobre la de derecho subjetivo y destacando la naturaleza coercitiva del Derecho[6].

Consistentemente con este compromiso con el concepto de Derecho (objetivo), al abordar las tres modalidades de derecho subjetivo, Kelsen prioriza aquella noción de la que depende la implementación del aparato coactivo del Estado: un *poder específico conferido por el Derecho*. Si la coacción es lo que distingue el Derecho de otras técnicas para guiar la conducta, la modalidad primaria de derecho subjetivo no puede ser otra sino aquella que activa los mecanismos que inician el uso institucionalizado de la fuerza.

Concluiré mi exposición de la concepción de los derechos defendida por Kelsen en la *Teoría general de las normas* destacando tres aspectos que me parecen relevantes para su análisis ulterior:

(1) En primer lugar, esta aproximación al concepto de derecho subjetivo aparece mucho más simplificada que la que Kelsen había defendido en la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*[7]. Ahora Kelsen hace desaparecer tres ca-

---

4 Kelsen 1991: 136.

5 Kelsen 1991: 137.

6 Es sabido que Kelsen caracteriza el Derecho como una la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseable mediante la amenaza de una medida coactiva que debe ser aplicada en el caso de la conducta opuesta, Kelsen 1981: 46-57.

7 Kelsen 1986.

tegorías de derechos subjetivos que contemplaba en la Teoría pura: derechos políticos, derechos fundamentales y permisos positivos administrativos[8].

(2) Además – y en esto Kelsen no se separa de lo que sostiene en la versión clásica de la teoría, esto es, en la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*– el autor prioriza la categoría de poder normativo, derivado de una regla que confiere poder, sobre las otras dos modalidades de derecho; esto es, permitido en sentido negativo y permitido en sentido positivo. Recordemos que, de acuerdo con Kelsen, solo tenemos un derecho subjetivo si el Derecho (objetivo) nos confiere una acción procesal, de manera que las otras categorías de derechos están subordinadas a la de poder específico conferido por el derecho.

(3) Finalmente, Kelsen continúa manteniendo –en línea con lo que ya sostenía en la *Teoría pura del Derecho*– que *derecho subjetivo* es una categoría derivada de la de deber y que es esta última categoría y no la primera la que constituye un concepto necesariamente presente en la descripción de cualquier orden jurídico.

En suma, en su aproximación al concepto de derecho subjetivo en la *Teoría General de las normas*, Kelsen acentúa aún más si cabe la *estrategia devaluadora* del concepto que ya estaba presente a lo largo de toda su obra. Esta estrategia devaluadora es la resultante de la asunción por parte del autor de tres presupuestos. En primer lugar, Kelsen deja fuera de su análisis una categoría de derecho subjetivo que es parte de la extensión usual del concepto: los derechos y garantías constitucionales. En segundo lugar, el autor reconduce las restantes categorías de derecho subjetivo a un poder específico conferido por el Derecho. Y, finalmente, Kelsen considera que la noción jurídica necesaria y primaria es la de deber y no la de derecho subjetivo, que sería contingente y derivada.

En las siguientes páginas voy a explorar las aproximaciones de Hohfeld, Hart y Dworkin al concepto de derecho subjetivo. Me propongo mostrar cómo el contraste entre la concepción de Kelsen de los derechos subjetivos y las propuestas defendidas por Hohfeld, Hart y Dworkin nos ayudará a comprender mejor las razones de esta estrategia devaluadora kelseniana.

2. La estrategia expansiva de Hohfeld

Empezaré confrontando la concepción kelseniana de los derechos subjetivos con la de Hohfeld. Mientras que, como veremos en breve, la aproximación hartiana y la dworkiniana desembocan en propuestas alejadas del modelo kelseniano, la aproximación hohfeldiana parece estar, al menos en principio, mucho más próxima a la de Kelsen.

Hohfeld parte de la idea de que no hay un único sentido del término *derecho*

[8] Kelsen 1986: 138-157.

subjetivo y de que en ocasiones los juristas usan de manera imprecisa el término, desconociendo que tiene varios significados[9]. Como es sabido, Hohfeld intenta eliminar la ambigüedad del término derecho subjetivo distinguiendo cuatro tipos principales de derechos: pretensión o derecho en sentido estricto (*claim*), privilegio o libertad (*privilege*), poder (*power*) e inmunidad (*immunity*). Cada uno de estos tipos de derechos es concebido como una modalidad jurídica activa que, a su vez, se corresponde con una modalidad pasiva correlativa y una modalidad pasiva opuesta. La modalidad pasiva correlativa indica la posición en la que se encuentra el otro sujeto de la relación jurídica y la modalidad pasiva opuesta constituye la negación de cada una de las modalidades activas. Así, la pretensión o derecho subjetivo en sentido estricto tiene como modalidad pasiva correlativa el deber y como modalidad pasiva opuesta el no-derecho; el privilegio o libertad tiene como modalidad pasiva correlativa el no-derecho y como modalidad pasiva opuesta el deber; el poder o potestad tiene como modalidad pasiva correlativa la sujeción y como modalidad pasiva opuesta la incompetencia y, finalmente, la inmunidad tiene como modalidad pasiva correlativa la incompetencia y como modalidad pasiva opuesta la sujeción[10].

Hohfeld advierte que el uso extenso e indiscriminado del término "derecho subjetivo" en el discurso jurídico ordinario comprende indistintamente el derecho en sentido estricto, la libertad, el poder y la inmunidad[11]. Aunque Hohfeld califica como "desafortunado" el uso amplio que se hace del término derecho subjetivo, ya que conduce a la "confusión de pensamiento"[12], insinúa que podría encontrarse una característica común del género: la de hallarse en una suerte de posición jurídica "ventajosa" en el seno de una relación jurídica[13]. No obstante, Hohfeld no llega a desarrollar esta idea con posterioridad y más bien sugiere que el significado correcto del término derecho subjetivo sería el que designa a la pretensión o derecho subjetivo en sentido estricto (*claim-right*)[14].

Si sometemos a un análisis comparativo la concepción de los derechos subjetivos de Kelsen y la de Hohfeld, podemos observar tres diferencias significativas entre ambas aproximaciones:

(1) En primer lugar, como acabamos de ver, Kelsen entiende que el derecho subjetivo deriva del deber y que es este último concepto –el deber– y no el primero el que constituye un concepto necesario en cualquier sistema jurídico. Por el contrario, de acuerdo con Hohfeld, el deber no tiene ningún tipo de prioridad sobre el derecho subjetivo. Además de negar que el deber tenga algún tipo de

[9] Hohfeld 1913: 45.
[10] Hohfeld 1913: 30.
[11] Hohfeld 1913: 31.
[12] Hohfeld 1913: 45.
[13] Hohfeld 1913: 38.
[14] Hohfeld 1913: 32.

prioridad ontológica sobre el derecho subjetivo, los deberes son, para Hohfeld, los correlatos de un solo tipo de derechos: la pretensión o el derecho subjetivo en sentido estricto (*claim-right*).

(2) En segundo lugar, los tres tipos principales de derechos distinguidos por Kelsen –permitido en sentido positivo, permitido en sentido negativo y poder normativo específico– se corresponden aproximadamente con el derecho subjetivo en sentido estricto (*claim-right*), la *libertad* y el poder, pero Kelsen, al no hacer mención en su análisis de la *Teoría general de las normas* a las nociones de derechos políticos y garantías fundamentales –de las que sí se ocupaba en la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*– no contempla ahora un concepto que equivalga a la acepción hohfeldiana de la *inmunidad*.

(3) Finalmente, Kelsen prioriza la noción de poder o acción procesal sobre las otras dos modalidades de derechos. Reparemos en que, de acuerdo con Kelsen, que tengamos un derecho subjetivo significa que tenemos un *poder específico* para dirigirnos a los tribunales; así las otras dos categorías de derechos están subordinadas a la de poder específico conferido por el Derecho. En cambio, Hohfeld entiende que es un error considerar que una de estas categorías tiene algún tipo de primacía en relación a las demás, en el sentido de que las demás puedan ser redirigidas a la noción primaria.

La suma de los tres aspectos que diferencian la concepción de Kelsen de los derechos de la de Hohfeld –la subordinación del *derecho subjetivo* al *deber*, la exclusión de la *inmunidad* y la prioridad de la categoría de *poder específico*– muestran que la cercanía entre ambos enfoques es solo aparente. Si la aproximación de Kelsen al concepto de derecho subjetivo era claramente una estrategia devaluadora, la aproximación de Hohfeld es justamente la opuesta. Como se recordará, lo que llevaba a Kelsen a devaluar el concepto de derecho subjetivo no era accidental: Kelsen estaba comprometido con un concepto de Derecho (objetivo) que condicionaba su aproximación al concepto de derecho subjetivo. Pero nada de esto sucede con Hohfeld. Este último no ha contraído deudas teóricas como resultado de su adhesión a un determinado concepto de Derecho (objetivo), lo que le permite afrontar el concepto de derecho subjetivo desde una perspectiva menos restrictiva: en primer lugar, Hohfeld expande la tipología de derechos subjetivos, introduciendo la categoría de inmunidad; en segundo lugar, Hohfeld nos advierte que no pasemos por alto que hay varios significados del término *derecho subjetivo*, y nos indica que ignorarlos causa una concomitante imprecisión de pensamiento y, finalmente, Hohfeld no considera que la noción de derecho subjetivo esté subordinada a la de deber. Por esta razón voy a calificar la aproximación de Hohfeld al concepto de derecho subjetivo como *expansiva*.

3. La estrategia reconstructiva de Hart

Vayamos ahora a la aproximación hartiana al concepto de derecho subjetivo. A diferencia de Hohfeld, Hart no considera «que el uso amplio de la expresión *derecho subjetivo* para abarcar los cuatro casos que distingue suponga una pérdida o un uso penumbroso». Por el contrario, Hart propone encontrar un mínimo común denominador que capture «la extensión amplia del término en el lenguaje ordinario»[15]; se trata inferir qué es lo que tendrían en común las tres manifestaciones básicas del género común derecho subjetivo: los derechos de libertad (*liberty-rights*), los poderes (*powers*) y los derechos correlativos a obligaciones (*rights correlative to obligations*). Es por esta razón por la que, si antes he calificado la estrategia de aproximación kelseniana al concepto de derecho subjetivo como *devaluadora* y la hohfeldiana como *expansiva*, ahora voy a calificar la aproximación de Hart como *reconstructiva*.

En concreto, Hart sugiere que el mínimo común denominador de la noción de derecho subjetivo se encontraría en la idea de un derecho como una elección jurídicamente respaldada (*a right as a legally respected choice*).

> Desde este punto de vista –señala Hart– habría un solo sentido de derecho –una elección jurídica respaldada por el Derecho– pero sería un único sentido con diferentes ejemplificaciones, dependiendo de la clase de acción o acto jurídico que hay libertad de hacer[16,17].

Esta aproximación *reconstructiva* al concepto de derecho subjetivo tendría, de acuerdo con Hart, tres ventajas.

> En primer lugar, coincide en una amplísima medida con el uso común y jurídico. En segundo lugar, explica por qué los derechos de libertad (*liberty-rights*), los poderes (*powers*) y los derechos correlativos a obligaciones (*rights correlative to obligations*) son todos ellos descritos como derechos y lo hace identificando como común a los tres tipos diversos de casos superficiales un elemento que, para cualquier teoría del Derecho o de la moralidad, es de gran importancia; a saber, una elección indivi-

---

15 Hart 1982: 165.

16 «En el caso de los derechos de libertad –señala Hart–, tal como el derecho de una persona a mirar a su vecino, su acto podría ser denominado acto natural (*natural act*) en el sentido de que el Derecho no asocia a este acto un especial significado o efecto jurídico. Por otro lado, en el caso de derechos que son poderes, como el derecho a vender una propiedad, el acto que hay una libertad bilateral (*bilateral liberty*) para hacer es un acto jurídico (*act-in-the-law*), precisamente en el sentido de que se reconoce específicamente por el Derecho como un acto que tiene efectos jurídicos de variar la posición jurídica de varias partes y como una forma apropiada de variarlas. El caso de un derecho correlativo a una obligación, emerge entonces solo como un caso especial de poder jurídico en el que el derecho detentado es la libertad de renunciar o extinguir, o exigir o dejar extinguir la obligación de otro» (Hart 1982: 188).

17 Hart 1982: 189.

> dual respaldada por el Derecho. En tercer lugar, el concepto que se define se acomoda bien a los propósitos de los juristas; por lo que les llevará a hablar en términos de derechos solo dónde haya algo de importancia para que el jurista se refiera a lo que no pueda igualmente referirse adecuadamente en términos de obligación o deber, y esto es preeminentemente así en el caso del *civil law*[18].

Ahora bien, no obstante su atractivo, Hart reconoce que esta aproximación, centrada en la noción de la elección jurídicamente respaldada, no agota toda la extensión de la noción de derecho jurídico subjetivo; la idea de la elección individual debe ser complementada[19]. La teoría del derecho como una elección jurídicamente respaldada está concebida primariamente como una caracterización de los derechos de los ciudadanos frente a otros ciudadanos, pero cuando lo que se consideran son

> los derechos fundamentales que podríamos decir que se ejercen frente al legislador, limitando su poder de crear (o derogar) el Derecho ordinario, cuando hacer esto supondría negar a los individuos ciertas libertades y beneficios realmente considerados como esenciales para el bienestar, como la libertad de expresión y asociación, la protección frente a una detención arbitraria, la seguridad de la vida y las personas, la educación y la igualdad de trato…, las categorías de la elección jurídica protegida no son suficientes para proveer un análisis de estos derechos individuales constitucionalmente garantizados. Necesitamos para su análisis –señala Hart– la noción de inmunidad[20].

Por tanto, la estrategia reconstructiva de Hart, consistente en encontrar un común denominador para «la extensión amplia del término en el uso ordinario», se enfrenta a una seria limitación abiertamente reconocida por él mismo: la teoría del derecho subjetivo como una elección individual jurídicamente protegida no da cuenta de «derechos fundamentales que se ejercen frente al legislador, limitando su poder de aprobar (o derogar) el Derecho ordinario». Para dar cuenta de esto último necesitamos acudir, señala Hart, a la noción de inmunidad.

Este énfasis puesto por Hart en la importancia de la noción de inmunidad, y su asunción de que esta noción no es reducible a la teoría de la elección individual jurídicamente respaldada, contrasta con la aproximación al concepto de derecho subjetivo adoptada por Kelsen en la *Teoría general de las normas*. Como hemos visto, Kelsen deja fuera de su análisis justamente la noción de inmunidad. Aunque Hart no haya censurado a Kelsen por llevar a cabo este descarte, sí que reprochó a Bentham no haberse ocupado de la noción de inmunidad. Pues bien, creo que la reflexión crítica de Hart respecto de la omisión de Bentham resulta también ampliamente oponible al descarte de Kelsen, ya que ambos autores

---

18 Hart 1982: 189.
19 Hart 1982: 189.
20 Hart 1982: 190.

> ve[n] con extremada suspicacia cualquier mecanismo legal que evite que el legislador tome cualesquiera medidas [en la medida en que] tales medidas pudieran ser usadas para dar encaje legal a las doctrinas del Derecho natural o de los derechos individuales fundamentales[21].

4. La estrategia revaluadora de Dworkin

Probablemente no sea accidental que el sucesor de Hart en la cátedra de *Jurisprudence* de la Universidad de Oxford, Ronald Dworkin, sea justamente el autor que se aproxime a la noción de derecho subjetivo contemplándolo centralmente bajo el prisma de los derechos fundamentales. Podríamos decir que Dworkin, al vincular el concepto de derecho subjetivo al razonamiento justificativo de los tribunales (y, más en general, como se verá, al razonamiento práctico), avanza un paso más respecto del lugar en el que Hart se había detenido.

Como es sabido, Dworkin caracteriza los derechos individuales como "triunfos en manos de los individuos". De acuerdo con Dworkin, los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, un objetivo colectivo no es una justificación suficiente para negarles lo que en tanto que individuos desean hacer o tener[22]. De manera más específica, a diferencia de los derechos subjetivos de fondo (*background rights*), «que son derechos que se esgrimen de forma abstracta frente a las decisiones de la comunidad o la sociedad como un todo», los derechos subjetivos jurídicos son «derechos institucionales que se esgrimen frente a una decisión adoptada por una institución… esto es, un derecho institucional a la decisión de un tribunal en su función adjudicativa»[23].

Pese a la notable distancia entre las aproximaciones de Kelsen y Dworkin al concepto de derecho subjetivo, merece la pena no pasar por alto un pequeño detalle que ambos tienen en común: cuando Dworkin se refiere a los derechos subjetivos en sentido jurídico también pone el énfasis en el derecho a una decisión de un tribunal en su función adjudicativa; es decir, ambos autores coinciden en que el poder de obtener una decisión de un tribunal es el núcleo de un derecho subjetivo.

Pero, más allá de esta puntual coincidencia, como resulta evidente, la concepción dworkiniana de los derechos subjetivos está considerablemente alejada de la de Kelsen. Este último considera, como ya sabemos, que la noción jurídica necesaria y primaria es la de deber y no la de derecho subjetivo, que sería contingente y derivada. En cambio, de acuerdo con Dworkin, tener un derecho implica un triunfo en manos de los individuos (*trumps held by individuals*), es decir, una poderosa razón

---

21 Hart 1982: 190.
22 Dworkin 1977: xi.
23 Dworkin 1977: xii.

para no negar a sus titulares, en beneficio de un interés colectivo, lo que en tanto que individuos desean hacer o tener. Por este motivo voy a calificar la estrategia de aproximación de Dworkin al concepto de derecho subjetivo de *reevaluadora*.

Si la visión de Kelsen del Derecho (objetivo) comprometía su aproximación a los derechos subjetivos, otro tanto sucede con la de Dworkin. Recordemos que para Kelsen el Derecho (objetivo) es una técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseable mediante la amenaza de una medida coactiva. Esta forma de concebir el Derecho lleva a Kelsen a caracterizar los derechos subjetivos como un poder específico que activa los mecanismos que inician el uso institucionalizado de la fuerza. En cambio, la noción de Derecho (objetivo) de Dworkin no puede ser más opuesta la de Kelsen. Para Dworkin el Derecho (objetivo) es una rama de la política y, a su vez, el Derecho y la política comparten el tronco común de la moral[24]. Concebido de esta manera el Derecho objetivo, parece claro que la aproximación al concepto de derecho subjetivo requiere clarificar en qué consiste la fuerza justificativa de los derechos subjetivos, en contraste con otras exigencias normativas.

5. La imagen poliédrica del concepto de derecho subjetivo

Esta distancia entre las aproximaciones al concepto de derecho subjetivo mantenidas por Kelsen, Hohfeld, Hart y Dworkin podría sugerirnos la idea de que sus enfoques son tres reconstrucciones alternativas irreconciliables. Hart parece ser consciente de esta dificultad cuando expresa sus reservas a que el concepto de derecho subjetivo pueda ser materia de una teoría general y concluye su análisis del concepto apelando a la necesidad de mantener una "perspectiva amplia" al abordarlo.

En consonancia con la propuesta de Hart de mantener una "perspectiva amplia", voy a sostener la idea de que integrar los enfoques de Kelsen, Hohfeld y Dworkin mejora nuestra comprensión de lo que significa tener un derecho y de que, por el contrario, seleccionar solo una de estas tres reconstrucciones, ignorando las otras dos, deforma nuestra visión de lo que tal cosa representa.

Empezaré mi argumentación tratando de mostrar que no hay una única respuesta correcta a la cuestión ¿Qué es un derecho subjetivo?, porque esta pregunta es muy ambigua y puede ser interpretada al menos de tres formas diferentes:

(1) Para empezar, la cuestión de qué es un derecho puede ser entendida como equivalente a *qué diferencia los derechos subjetivos de otro tipo de requerimientos normativos*. Cuando nos formulamos esta cuestión nos preguntamos cuál es, comparada con otras exigencias normativas, la fuerza de los derechos en el razonamiento justificativo desarrollado por los órganos encargados de aplicar el

[24] Dworkin 2011: 405-407.

Derecho. Esta es precisamente la aproximación que Dworkin lleva a cabo al concepto de derecho subjetivo. Cuando Dworkin nos dice que los derechos son triunfos en manos de los individuos, nos dice algo importante sobre los derechos: nos dice que los derechos configuran una esfera de protección en torno a los individuos; una esfera de protección que no puede ser violada en beneficio de otras exigencias normativas.

(2) Pero la cuestión de qué es un derecho puede también entenderse como referida a las diferentes *formas en las que tener un derecho altera nuestra posición jurídica en relación a otros sujetos*. Este es precisamente el enfoque de los derechos subjetivos que Hohfeld adopta. A diferencia de la aproximación dworkiniana, centrada en la fuerza de los derechos en el razonamiento justificativo, Hohfeld enfoca la respuesta a la cuestión de los derechos describiendo el reflejo que produce en los otros la posición de quien ostenta un derecho.

(3) Finalmente, la cuestión de qué es un derecho puede entenderse como equivalente a qué consecuencias jurídicas se siguen de tener un derecho; es decir, *cuál es el rastro que la existencia de un derecho subjetivo deja en el Derecho*. A diferencia de Dworkin, cuando nos preguntamos por las consecuencias jurídicas que se siguen de tener un derecho, nos preguntamos por algo que sucede *ex-post*; esto es, en qué sentido el reconocimiento de un derecho cambia las cosas en el ordenamiento. Este es precisamente el enfoque asumido por Kelsen cuando se refiere al sentido técnico de la expresión "tener un derecho". De acuerdo con Kelsen, tener un derecho supone en último extremo tener un poder especial que activa los mecanismos que ponen en marcha el uso institucionalizado de la fuerza.

En resumen, podemos ver que hay tres formas diferentes de entender la pregunta ¿Qué es un derecho?, y, correlativamente, tres estrategias diferentes para abordarla que llevan a otras tantas respuestas:

(1) Dworkin entiende esta cuestión en el sentido siguiente: ¿Qué diferencia un derecho de otras exigencias normativas? Y responde a esta cuestión desarrollando una estrategia reevaluadora, destacando que los derechos constituyen triunfos en manos de los individuos frente a otros tipos de requerimientos normativos.

(2) Hohfeld entiende la cuestión en el siguiente sentido: ¿Cómo tener un derecho introduce cambios en nuestra situación jurídica en relación a otros individuos? Y responde a esta pregunta desarrollando una estrategia expansiva: describiendo los diferentes reflejos que la posición de los que sustentan un derecho proyecta en los demás.

(3) Kelsen entiende la cuestión de la siguiente forma: ¿Qué consecuencias jurídicas se siguen de tener un derecho? Y contesta mediante una estrategia devaluadora: solo tenemos un derecho si tenemos *el poder de dejar un rastro en el Derecho*, activando los mecanismos que inician el uso institucionalizado de la fuerza.

Dada esta pluralidad de estrategias para aproximarnos al concepto de derecho subjetivo, voy a concluir este trabajo defendiendo la relevancia de una noción en la que estén integrados estos tres enfoques. Propongo considerar el concepto de derecho (subjetivo) como un concepto *poliédrico*, integrado por una diversidad de caras. Podemos obtener una comprensión mucho mejor de lo que es tener un derecho si, junto con la fuerza justificativa de los derechos en caso de conflicto con otros requerimientos normativos, también aludimos a las diversas maneras en las que tener un derecho altera nuestra situación jurídica frente a otros individuos, así como a las consecuencias jurídicas que se siguen de tener un derecho.

Otra cosa es, por supuesto, hasta qué punto mi propuesta de un concepto de derecho subjetivo poliédrico es compatible con las asunciones teóricas asumidas por estos tres autores en relación al concepto de Derecho (objetivo); asunciones que, como acabamos de ver, condicionan la estrategia desde la que se aproximan al concepto de derecho subjetivo. Probablemente la mejor manera de reconciliar todo ello suponga reconsiderar el concepto de Derecho (objetivo) también como un concepto *poliédrico*. Pero esta es otra historia…

Referencias

Bayón, J.C. (2019). *Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas*, en E. Bulygin (ed.), *El libro de los permisos*, Madrid, Marcial Pons, 27-74.

Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriuosly*, Londres, Duckworth.

Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press.

Hart, H.L.A. (1982). *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.

Kelsen, H. (1986). *Reine Rechtslehre* (1960), trad. esp. *Teoría pura del Derecho*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.

Kelsen, H. (1991). *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), trad. ingl. *General Theory of Norms*, New York, Oxford University Press.

Hohfeld, W.N.H. (1913). *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, «Yale Law Journal», 23, 16-59.

Losano, M. (1985). *La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 2, 55-85.

Ruiz Manero, J. (2019a). *Diez observaciones y un cuadro final sobre permisos y normas permisivas*, en E. Bulygin (ed.), *El libro de los permisos*, Madrid, Marcial Pons, 49-59.

Ruiz Manero, J. (2019b). *Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del Derecho*, en E. Bulygin (ed.), *El libro de los permisos*, Madrid, Marcial Pons, 139-152.

Hans Kelsen's *Allgemeine Theorie der Normen* and Power-Conferring Norms: Adolf J. Merkl's Final Victory

*Guillaume Tusseau**

Abstract

The legal discourse includes sentences that relate to the capacity to produce new legal entities and to the validity of the ensuing entities. In order to deal with these entities, legal scholars have to craft appropriate concepts. Kelsen's initial individuation of the legal norm was based on the following scheme: "If certain conditions are met, then coercion ought to be used by the states' organs". Insisting on the mandatory character of norms, whose unique function is to create obligations, Kelsen considered that the other functions of legal sentences, like power-conferring, are merely apparent. They may be reduced to the obligation-imposing one if they are understood as mere fragments of norms properly so-called or, as Kelsen proposed in the *Allgemeine Theorie der Normen*, as indirect ways to impose obligations. But this posthumous book also offers another theory of power-conferring sentences, whereby these are understood as full-blown legal norms. On the one hand, this major change in Kelsen's ontology of law is based on a shift from Kantianism to empiricism in his conception of legal science. On the other hand, it results from the unsuspected consequences of Kelsen's adoption of Adolf J. Merkl's *Stufenbaulehre*. Just like Merkl was led to distinguish between two kinds of norms, Kelsen was conceptually constrained by the internal dynamics of this conception of the legal system that was alien to his initial theory to revise his individuation of legal norms. Only at the end of his life did he seem fully conscious of the consequences of Merkl's theory.

Keywords: Power-conferring Norms. Legal Dynamics and Legal Statics. Epistemology. Individuation of Legal Norms. Legal Concepts.

* Sciences Po Law School Ecole de droit / Sciences Po Law School, 27 rue Saint-Guillaume, 75337 Paris Cedex 07, France, Member of the *Institut universitaire de France*, *guillaume.tusseau@sciencespo.fr*.

1. Introduction

Reviewing the publication of Adolf J. Merkl's *Gesammelte Schriften*, Stanley L. Paulson suggested that Kelsen might have been unfair to his friend and disciple:

> How is it that Adolf Julius Merkl himself has remained an obscure figure? The answer is Hans Kelsen (1881–1973). Kelsen took over Merkl's *Stufenbaulehre* lock, stock, and barrel, incorporating it as a fundamental part of his own legal theory […]. To be sure, he acknowledged his debt to Merkl early on and spoke directly to the issue in the "Foreword" to the second printing (1923) of his major treatise, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (first appearing in 1911): "[I]t is Adolf Julius Merkl who deserves the credit for recognizing and then characterizing the legal system as a genetic system of legal norms that proceed from one level of concretization to another, from the constitution to the statute to the administrative regulation and to other intermediate levels, right down to the individual legal act of enforcement. In a number of writings, Merkl energetically put forward this theory of hierarchical levels of the law qua theory of legal dynamics, combatting the prejudice – still firmly held in my *Hauptprobleme* – that the law is found only in the general statute. Merkl also relativized what had ossified into the absolute: the opposition between statute and enforcement, between law creation and law application, between general and individual norm, between abstract and concrete norm. Drawing support from the work of Merkl and Verdross, I took up the theory of hierarchical levels in my own later writings, adopting it as an essential component in the system of the Pure Theory of Law" […]. In the *Allgemeine Staatslehre* […], however, Kelsen confined his acknowledgement of Merkl's contribution to an endnote […]. Later, in the First Edition of the *Reine Rechtslehre* (1934) and in the Second Edition of the same work (1960), the *Stufenbaulehre* plays a decidedly prominent role in Kelsen's theory […], now expanded in order to highlight, inter alia, the difference between the old, unworkable doctrine of nullity (*Nichtigkeit*) and invalidatability (*Vernichtbarkeit*), which Kelsen, not unlike Merkl in the brilliant *Fehler-Kalkül* […], defends. Kelsen makes no reference at all, however, to Adolf Julius Merkl. Despite Merkl's extraordinary achievements in the field […] he was, in effect if certainly not by design, left behind[1].

By addressing Kelsen's theory of power-conferring norms or, more precisely, the lack thereof until the *Allgemeine Theorie der Normen*, the following remarks suggest that Kelsen's posthumous book may be regarded as Merkl's revenge.

In order to substantiate this claim, I will rely on two main assumptions. First, I take it for granted that the legal discourse includes fragments, which I will conventionally call "power-conferring sentences"[2]. They relate:

---

[1] Paulson 2004: 263-264.

[2] For a more elaborate presentation, see Tusseau 2006. Regarding Kelsen's positions, see also Tusseau 2007.

(a) to the capacity to produce new legal entities, such as: «The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States»[3], and

(b) to the validity (or invalidity) of the ensuing entities, such as the United Kingdom Supreme Court's ruling pursuant to which «[The advice that led to the prorogation of Parliament] was unlawful. It was outside the powers of the Prime Minister to give it. This means that it was null and of no effect […]. It led to the Order in Council which, being founded on unlawful advice, was likewise unlawful, null and of no effect and should be quashed. This led to the actual prorogation, which was as if the Commissioners had walked into Parliament with a blank piece of paper. It too was unlawful, null and of no effect»[4].

Secondly, I take it for granted that in order to approach the lawgivers' discourse, legal theory

(a) needs to propose legal concepts, but

(b) is very free to devise the concepts it likes, the only test being their utility for legal disciplines.

The following discussion deals with the decisions Kelsen made regarding the conceptual handling of power-conferring sentences.

2. Kelsen's initial individuation of the legal norm

Kelsen's Pure Theory of Law offers both a theory of law and a theory of legal science. In keeping with his Neo-Kantian background[5], he considers that any science constitutes its own object[6]. Therefore, the specificity of a science of law depends on the object it constructs. Kelsen defines law as an order of human conduct based on the use of coercion. Its functional peculiarity lies in that it guides human behaviour by attaching sanctions to specific conducts[7]. From 1911 to 1965, Kelsen retained a unique concept of a legal norm, the characteristics of which are twofold.

First, «The model of the legal norm is as follows: 'under certain conditions (that is to say in case of a certain human behavior), the State wants to carry out certain

---

3 Art. I(8) of the US Constitution.

4 *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, [2019] UKSC 41, par. 69.

5 Paulson 2000: 139-142.

6 Kelsen 1962a: 98-99.

7 Kelsen 1925: vii-ix, 17-18, 22-25, 52-54, 95, 133, 139, 147, 150-151, 238-239, 322; Kelsen 1934: 25-31, 46, 65-66, 120, 127, 131, 149; Kelsen 1997: 66-80; Kelsen 1953: 61-64, 68, 70; Kelsen 1962a: 33-51, 289.

actions, more exactly certain actions which are the consequence of a delict (that is to say, he wants to punish or enforce [a prescription])»[8]. Such is «the paradigmatic form in which it must be possible to represent all the data of the positive law»[9]. This conditional canonical structure only gives an indication of the *genus* of the law. Its *differentiam specificam* depends on the nature of the consequence: an act of coercion.[10] «The Pure Theory recognizes in legal obligation simply the individualized legal norm, that is, a legal norm (establishing [as obligatory] certain behaviour) in its connection to the concrete behaviour of an individual […]: a human being is legally obligated to behave in a certain way in so far as the opposite behaviour is set in the legal norm as the condition for a coercive act qualified as the consequence of an unlawful act. […] Legal obligation, then, is recognized as the sole essential function of the objective law. Every reconstructed legal norm must necessarily establish a legal obligation»[11].

Secondly, a legal norm deals with the behaviours of the State organs, as opposed to those of the ordinary citizens. Because the law expresses the will of the State and because it is only possible to want one's own behaviour, the law needs to be directed to the State's own behaviour[12]. «The conduct of the subjects must then play a different role in the legal norm from that attributed to it by the imperative theory. […] The legitimate conduct of the subjects must not appear in the legal norm as the content, but as the condition of a State's will»[13]. One may of course express norms that command the behaviour that the law "intends" to provoke, i.e. the behaviour that allows avoiding the sanction. However, a norm such as "Thou shalt not kill" presupposes a norm that complies with Kelsen's pattern, such as "if somebody kills, a State organ ought to punish him"[14]. The latter is the norm's primary form, whereas the former is only the secondary form[15]. Strictly speaking, the secondary norm can be dispensed with[16].

Because it is based on the will to conceive of the law, globally as well as in all its components, as an order of coercion, Kelsen decided to adopt a reductionist perspective. How can relying on a single concept of norm account for power-conferring sentences?

---

8 Kelsen 1911: 212. See also Kelsen 1925: 49; Kelsen 1953: 45.

9 Kelsen 1934: 66 (Engl. tr. Kelsen 1992: 58).

10 Kelsen 1962a: 195; Kelsen 1934: 26, 131; Kelsen 1997a: 356, 376; Kelsen 1953: 61.

11 Kelsen 1934: 47-48 (Engl tr. Kelsen 1992: 43). Kelsen 1997a: 109-110, 376; Kelsen 1953: 67, 101. See also Kelsen 1925: 47, 51-52; Kelsen 1934: 46; Kelsen 1997b: 450-452; Kelsen 1997a: 177, 376; Kelsen 1953: 66-67, 71, 101; Kelsen 1962a: 68, 71, 106, 149.

12 Van Eikema Hommes 1984: 162.

13 Kelsen 1911: 206.

14 Kelsen 1911: 233-235, 253; Kelsen 1934: 30-31.

15 Kelsen 1934:32 (Engl. Tr. Kelsen 1992: 31).

16 Kelsen 1997a: 111-115, 192; Kelsen 1953: 67; Kelsen 1962a: 35.

3. The first analysis of power-conferring sentences

3.1. Kelsen's puzzlements

3.1.1. The several functions of legal norms

Kelsen seemed to admit several functions for legal norms, and not only one. In the theory of the hierarchy of norms, each norm's validity depends on another, superior, norm. Each superior norm at least partially determines the procedure of the creation of the inferior norm and its content[17]. Consequently, except for the lowest norm in the pyramid, each norm must fulfil an empowering function, in addition to its obligation-imposing function. Ultimately, all the legal system is founded on a presupposed basic norm, whose function does not seem to be that of imposing obligations[18]. Instead, it is rather presented as giving its normative signification to the first lawgiver's act[19], delegating the power to create norms to an authority that enjoys effective control of a given population on a given territory,[20] creating a norm-giving fact[21], defining a supreme law-making authority[22], conferring the power to create norms,[23] or allowing for a normative interpretation of given facts[24].

Similarly, international law does not seem to limit itself to imposing obligations. It coordinates domestic legal systems[25], defines their respective spheres of validity[26], empowers domestic legal systems or establishes norm-creating facts[27]. Neither does constitutional law totally correspond to the model of the mandatory norm. According to Kelsen, «The essential function of the constitution in the material sense of the term is to determine the creation of general legal norms, that is, to determine the organs and the procedure of legislation and also – to some degree – the contents of future laws»[28].

3.1.2. The interlocking of coercive norms

Even Kelsen's account of the concept of obligation led to some difficulties. The complete formulation of a primary norm reads: «If individual *i* adopts conduct *c*,

---

17 Kelsen 1934: 73-78; Kelsen 1997a: 178-190; Kelsen 1953: 123; Kelsen 1962a: 310.

18 See e.g. Ross 1946: 47; Raz 1980: 66, 95, 97, 101; Raz 1979: 122-145; Riccobono 1990: 134; Gavazzi 1967: 99 Ruiter 1993: 1, 13, 92-93; Weinberger 1991: 19

19 Kelsen 1934: 66.

20 Kelsen 1934: 67-69; Kelsen 1997a: 172; Kelsen 1962a: 68.

21 Kelsen 1925: 249; Kelsen 1934: 64, 130.

22 Kelsen 1925: 233, 251; Kelsen 1997b: 451.

23 Kelsen 1997a: 170.

24 Kelsen 1997b: 451-452; Kelsen 1997a: 174.

25 Kelsen 1925: 113, 125, 174, 200; Kelsen 1934: 136-138, 143, 147; Kelsen 1953: 129.

26 Kelsen 1925: 138; Kelsen 1997a: 397; Kelsen 1962a: 445.

27 Kelsen 1925: 174, 194, 196, 200; Kelsen 1934: 71, 129-130, 137; Kelsen 1953: 164.

28 Kelsen 1946: 267. See also Kelsen 1925: 200, 221; Kelsen 1934: 75; Kelsen 1962a: 62-63.

then sanction *s* ought to be enforced against him by functionary *F1*». Translated into a secondary norm, this norm imposes an obligation for *i* not to adopt conduct *c*. According to Kelsen's definition, every primary norm imposes an obligation and is directed to a State organ. The latter's behaviour consists in enforcing a sanction. However, the norm that prescribes a behaviour to a certain actor can only be a secondary norm. It derives from a primary norm that is addressed to a functionary, whose function is to enforce sanctions. In the present case, this second primary norm must establish that "If *F1* does not enforce sanction *s* in case individual *i* adopts conduct *c*, then a sanction ought to be enforced against *F1* by functionary *F2*." If *F2* does not enforce the said sanction in the predetermined case, *F3* ought to punish him, etc. Nevertheless, the chain of positive norms necessarily ends at some point. The last norm cannot establish an obligation for functionary *Fn*, for *ex hypotesi*, there is no functionary *Fn+1* who could impose a sanction on *Fn*. Therefore, at least one norm does not impose any obligation[29].

Kelsen answered by making it clear that «A rule is a legal rule not because its efficacy is secured by another rule providing for a sanction; a rule is a legal rule because it provides for a sanction. The problem of coercion (constraint, sanction) is not the problem of securing the efficacy of rules, but the problem of the content of the rules»[30]. However, the difficulty is not related to the efficiency of norms. It results from Kelsen's concept of obligation, and the interlocking of primary and secondary norms it imposes. His answer is nevertheless remarkable. Because the series of norms needs to stop, the enforcement of sanctions by functionaries necessarily is, at this very point, the content of a non-mandatory norm. «The legal obligation to a certain conduct may be based on a norm which merely empowers a legal organ, without requiring it to react with a sanction in case of contrary conduct, and […] if the organ is obliged to react by a sanction, this obligation can only be based, in the last resort, on a norm which empowers another organ to react by a sanction, but does not make it mandatory»[31]. The series of norms must be closed by a norm the sanction of which is not an obligation according to Kelsen's definition[32]. Although it is presented as the norm itself, the obligation cannot be understood except in its relationship with another norm that is not mandatory[33]. That is the reason why Stanley L. Paulson contends that, paradoxically, the most fundamental normative modality in Kelsen's theory is empowerment rather than prescription, which is only derivative[34].

---

[29] See Bentham's solution to this difficulty in Tusseau 2014.

[30] Kelsen 1946: 29.

[31] Kelsen 1962a:163 n. 1, this fragment not being translated in Kelsen 1967. See also Kelsen 1962a: 35-36, 68-69.

[32] Kelsen 1997a: 110.

[33] Raz 1980: 60, 77-85, 90; Moore 1972-1973: 154-155.

[34] Paulson 1981: 179 n. b; Paulson 1988: 70; Paulson 1998: xlvi-l; Paulson 2013.

Both difficulties point towards the question of the role of power-conferring sentences in law. Kelsen intended to address this issue in a way that preserved his initial theory.

3.2. Kelsen's solutions

3.2.1. Power-conferring sentences as fragments of norms

A first strategy addressed the problem of apparently non-coercive norms. It was suggested by some developments of the *Hauptprobleme*, and defended more precisely later[35]. For example, Kelsen wrote, «the law itself regulates its creation. The hierarchical construction of the legal order which imposes itself in a dynamic study, considering the creative process of the law, is considerably simplified in a static study of the completed rule of law. In the perfect rule, the provisions of the constitution, of the statute, etc., in a word, of the higher levels which regulate the law-creating facts appear as elements of the fact-condition: a very simple example suffices to prove it. The rule of criminal law in a constitutional monarchy has the following form (still very simplified): 'If the Parliament, constitutionally elected, votes, if the monarch sanctions and if it is published in the Bulletin of laws that the one who steals must be punished, and if someone steals, he ought to be punished'»[36]. This thesis was made more explicit in the *General Theory of Law and State*[37], and maintained in the second edition of the *Reine Rechtslehre*[38] where the said "power-conferring norms" were presented as «non-independent legal norms»[39]. Power-conferring sentences were thus mere parts of complete norms. They were some of the elements that form the condition to which a sanction is attached. The main advantage, for Kelsen, was that «a legal order may be characterized as a coercive order, even though not all its norms stipulate coercive acts; because norms that do not themselves stipulate coercive acts (and hence do not command, but authorize the creation of norms or positively permit a definite behaviour) are dependent norms, valid only in connection with norms, that do stipulate coercive acts […]. Since a legal order, in the sense just described, is a coercive order, it may be described in sentences pronouncing that under specific conditions […] specific coercive acts ought to be performed. All legally relevant material contained in a legal order fits in this scheme of the [legal proposition] formulated by legal science – the [*legal proposition*] which is to be distinguished from the *legal norm* established by the legal authority»[40].

---

35 Kelsen 1911: 218, 565-566; Kelsen 1925: 125; Kelsen 1942a: 19-20.
36 Kelsen 1932: 185.
37 Kelsen 1946: 143-144.
38 Kelsen 1962a: 320.
39 Kelsen 1962a: 74.
40 Kelsen 1962a: 78 (Engl. tr. Kelsen 1967: 58).

The "fragments of norms thesis" met the objection. Non-mandatory elements of the legal discourse, which seemed to be incompatible with Kelsen's model, could be incorporated into it so that he could preserve his definition of law and legal norm.

3.2.2. The enlargement of "ought"

A second strategy aimed at facing the fact that, by stating "If A is, B ought to be," every norm created an obligation, Kelsen was led to admit non-mandatory norms. In order to preserve this conditional scheme, he was compelled to change the meaning of the verb "ought" (*Sollen*). Although this theory seems to have appeared before,[41] it was clearly stated only in 1960[42]: «'Ought' usually expresses a command, not an authorization or permission. The legal 'ought,' however, the conjunction which in the [legal proposition] connects condition and consequence, embraces all three meanings: the command, the authorization, and the positive permission of a consequence»[43]. Accordingly, Kelsen was able to preserve the canonical form of legal norms, even for the last element of the regression that was imposed by his concept of obligation.

Nevertheless, this argumentation was not without consequences. First, the nature of each norm's *Sollen* remained obscure. In order to identify it, one needed to refer to the *Sollen* of another norm. *N1*'s *Sollen* is an obligation if failure to enforce the sanction *N1* establishes is itself, according *N2*, a condition to which a sanction is attached. However, *N1*'s *Sollen* is a permission or an empowerment if the non-enforcement of the sanction is not the condition of another sanction. In this case, moreover, nothing is said about a possible difference between permission and empowerment. Secondly, it became difficult to understand why only a power-conferring norm was a fragment of norm[44]. Once a wide concept of *Sollen* had been admitted, there seemed to be no obstacle to power-conferring norms properly so called.

However, conceiving of power-conferring sentences as fragments of norms was only one of the three conceptual theses Kelsen offered.

4. The second analysis of power-conferring sentences

4.1. Limited innovation in the *Allgemeine Theorie der Normen*

Starting in the 1960s, Kelsen contended that «commanding is not the only function of norms: norms also empower, permit, and derogate»[45]. In his last writings,

41 Kelsen 1997a: 111; Kelsen 1953: 74; Kelsen 1958; Kelsen 1960.
42 Kelsen 1962a: 7, 107, 162-163.
43 Kelsen 1962a: 107 (Engl. tr. Kelsen 1967: 77-78).
44 Raz 1980: 117-118.
45 Kelsen 1991: 1. See also Kelsen 1991: 97; Kelsen 1965b; Kelsen 1962b.

the enlarged concept of *Sollen* developed into a full-blown taxonomy of norms[46]. Nevertheless, Kelsen maintained previous fundamental ideas. For example, «the law is essentially a coercive order. It prescribes a certain behaviour by connecting to the opposite behaviour the being-obligatory of a coercive act as consequence»[47]. The nature of the sanction distinguished what is moral from what is legal[48] and the basic function of the legal system remained the creation of obligations[49]. Kelsen kept considering that individuals are only indirect addressees of legal norms, whereas their immediate addressees are the State organs which apply coercive acts[50]. The concepts of primary and secondary norms were preserved[51].

However, regarding the issue of power-conferring sentences, a major change had taken place. Although Kelsen remained faithful to a reductionist perspective, power-conferring sentences were not regarded as fragments of norms anymore, but as full-blown norms. Previous writings already implied a strong connection between empowerment and obligation, foreshadowing this late conception of power-conferring sentences[52]. However, Kelsen only explicitly adopted an analysis of power-conferring sentences in terms of indirect mandatory norms in his posthumous work.

4.2. The *Allgemeine Theorie der Normen*'s first theory of power-conferring sentences

Initially, «Empowering implies commanding»[53]. As Kelsen put it, «If a norm of the constitution empowers the legislative organ to posit general legal norms *binding* on those subject to the law, it is not only the legislative organ's competence to posit general legal norms which is based on the constitution, but also the *binding* nature of these norms for those subject to the law. For by empowering the legislative organ to enact statutes *binding* on the subjects of the law, the constitution empowers the legislator to make the subjects' behaviour which does not agree with the statutes the condition for sanctions and thereby make the statutes he enacts binding on the subjects of the law. Thus, the subjects are bound in the last analysis by the constitution itself – not immediately, but through the intermediary of the sanction-decreeing statutes empowered by the constitution. In other words, they are commanded by

46 Bobbio 1992: 143 n. 5.
47 Kelsen 1991: 23.
48 See e.g. Kelsen 1991: 97-98, 133-135.
49 Kelsen 1991: 136-137.
50 Kelsen 1991: 52, 56-57.
51 Kelsen 1991: 56-57, 133-135, 142-143.
52 See e.g. Kelsen 1925: 56-58, 84, 99, 125, 153; Kelsen 1934: 109-110; Kelsen 1946: 190; Kelsen 1962a: 401.
53 Kelsen 1991: 103.

the constitution to comply with the statutes»[54]. A power-conferring norm thus fulfilled two different functions with respect to two distinct kinds of addressees.

From a slightly different perspective, then, Kelsen considered that «the normative function of empowering someone to posit norms can be reduced to a function of commanding»[55]. In this case, «The higher norm empowering an individually or generally specified organ to posit lower norms can be presented as a hypothetical general norm prescribing that under the condition specified in the lower norm by the organ specified in the higher norm, the consequence specified in the lower norm posited by the organ specified in the higher norm is to occur [i.e. a sanction]»[56]. In this respect, power-conferring sentences were considered as complete legal norms and not mere fragments. However, this innovation needed to be qualified, as their conceptual upgrading was the consequence of an explicit reduction to the one and only concept of norm that Kelsen had favoured since the beginning, that of a mandatory norm. Nevertheless, this second analysis of power-conferring norms was not the last one.

5. The third analysis of power-conferring sentences

5.1. The *Allgemeine Theorie der Normen*'s second theory of power-conferring sentences

For more than half a century, Kelsen rejected any self-standing concept of power-conferring norm. Contrary to this conceptual choice, the *Allgemeine Theorie der Normen* opened with the following sentences: «the word 'norm' comes from the Latin *norma*, and has been adopted in German to refer primarily, though not exclusively, to a command, a prescription, an order. Nevertheless, commanding is not the only function of norms: norms also empower, permit, and derogate»[57]. Kelsen thus admitted four functions for legal norms[58]. Although not totally absent from previous writings, since 1965 they resulted in four types of independent norms.

A norm was defined as the meaning of an act of the will[59]. Kelsen straightforwardly contended that there is «no norm without a norm-positing act of will; or as this principle is usually phrased: No imperative without an imperator, no command without a commander»[60]. A general norm is valid once it is enacted. But it cannot

54 Kelsen 1991: 103-104.
55 Kelsen 1991: 260.
56 Kelsen 1991: 260.
57 Kelsen 1991: 1. See also Kelsen 1991: 97; Kelsen 1965b; Kelsen 1962b.
58 Kelsen 1991: 96-114.
59 Kelsen 1991: 2. Before, see Kelsen 1953: 33-40; Kelsen 1962a: 4-13.
60 Kelsen 1991: 2-3. See also Kelsen 1991: 6, 276-278 note 6, 283-285 note 16.

be immediately observed and enforced. Indeed, it needs to be made concrete by an individual norm. The latter prescribes *in concreto* the behaviour that is mandatory *in abstracto* pursuant to the general norm[61]. According to a common view, the individual norm is the result of a logical deduction from the general norm.

Departing from previous writings, Kelsen refused to admit any logical relation between norms[62]. He first considered that conflicts between norms are possible[63], and that it does not belong to legal science to solve them. Legal science develops a cognitive activity, which implies that it cannot derogate any of the conflicting norms[64]. Only can an empowered authority do it[65]. Secondly, Kelsen rejected the possibility of deducing an individual norm from a general one. Because a norm is the meaning of an act of the will, its validity cannot be implied by the validity of any other. In order to be valid, the individual norm must be established by a specific act of the will, the meaning of which it is[66]. It is impossible to deduce a norm from another one, i.e. to establish a norm by an operation of the thought[67]. The very possibility of a static normative system, where the validity of norms is based on the deduction of their content from the content of a superior norm was already problematic in previous works. It was now rejected. Only a dynamic system, in which the validity of a norm depends on the way it has been produced, was possible.

The need for a concretisation of general norms and the impossibility to analyse this phenomenon as a logical operation imposed another explanation. Every normative creation results from an act of the will. However, not every act of the will has the objective meaning of a norm: «It is only the meaning of an act of commanding which is qualified in a certain way which is a valid norm, namely an act of commanding empowered by a norm of a positive […] legal order»[68]. That is the reason why specific developments addressed the concept of power-conferring norm.

Kelsen precisely distinguished between empowerment, permission, and command[69]: «The normative function of *empowering* means: conferring on an individual the power to posit and apply norms. […] A legal norm empowers certain

61 Kelsen 1991: 46, 50-51, 220-221, 300-301 note 43.

62 The *Allgemeine Theorie der Normen* has benefitted from Kelsen 1965a, Kelsen 1967b, and Kelsen 1969. In his correspondence with Ulrich Klug in 1959, Kelsen already denies the possibility of applying logic to law. See Kelsen & Klug 1981. On this topic, see Losano 1985: 62-70; Alarcón Cabrera 1989; Gianformaggio 1990a.

63 Kelsen 1991: 123. See also Kelsen 1991: 123-127, 213-214.

64 Kelsen 1991: 126-127, 190-191, 213-214, 223-225, 245, 394-395 note 155. Kelsen himself acknowledges a major evolution. See e.g. Kelsen 1997b: 449-452; Kelsen 1997a: 420-421; Kelsen 1962a: 273-275.

65 Kelsen 1991: 106-114.

66 Kelsen 1991: 203-205, 235-236.

67 Von Wright 1983 and Von Wright 1984 have reached a similar conclusion.

68 Kelsen 1991: 27. See also Kelsen 1991: 27-28, 252-257.

69 Kelsen 1991: 103-104.

individuals to create legal norms or to apply legal norms. In such cases, we say that the law confers a legal power on certain individuals. Since the law regulates its own creation and application, the normative function of empowering plays a particularly important role in law. Only individuals on whom the legal order confers this power can create or apply legal norms»[70]. The acts that are not empowered do not have the objective meaning of norm-creation or norm-application. They do not exist from a legal viewpoint, and can be regarded as null and void. The specificities of a power-conferring norm also appear on a pragmatic level, i.e. from the perspective of its relation with the addressee's behaviour: «The difference between the function of commanding (or prohibiting) on the one hand and the functions of permitting (positively) and empowering on the other hand is expressed in the difference between *observing* (or *violating*) a norm and *applying* a norm»[71].

In his *Allgemeine Theorie der Normen*, Kelsen self-consciously and explicitly abandoned his previous choices regarding the individuation of norms. What can explain such a radical change?

5.2. The reasons for the admission of a concept of power-conferring norm

5.2.1. A modification of Kelsen's conception of legal science

A change of his conception of legal science may explain Kelsen's final choice to adopt a concept of power-conferring norm. Initially, Kantianism inspired his epistemological project. It progressively evolved towards a more empirical orientation. This first led him to limit the reconstructive role of legal science. In his first writings, he proposed organising the legal material according to a unique pattern, that of the "*Rechtssatz*" defined in his *Hauptprobleme*. Later, this term stopped referring to a norm, and applied to a metalinguistic proposition that described this material[72]. After the 1940s, the distinction between a *Rechtsnorm* and a *Rechtssatz*[73] expressed the fact that legal science must describe the language of legal actors instead of reconstructing it.

According to Kantian epistemology, science creates its own object. In Kelsen's writings, this transfers the properties of knowledge (unity, independence, systematicity, etc.) to the object of knowledge[74]. In 1928, Kelsen indeed considered that «Cognition cannot be merely passive in relation to its objects; it cannot be confined to reflecting things which are somehow given in themselves, which exist in a transcendent sphere. As soon as we cease to believe that these things have a transcendent

[70] Kelsen 1991: 102.

[71] Kelsen 1991: 104. See also Kelsen 1991: 3, 38, 104-105.

[72] Weinberger 1973: xxiv-xxv; Gianformaggio 1990a: 189; Gianformaggio 1990b: 95.

[73] Kelsen 1941: 51; Kelsen 1942b; Kelsen 1953: 42-45; Kelsen 1962a: 96-103; Kelsen 1991: 26, 128-130, 152-155, 223.

[74] Calsamiglia 1985: 99-101; Ruiz Manero 1990: 57.

existence, independent of our cognition, cognition must assume an active, productive role in relation to its objects. Cognition itself creates its objects, out of materials provided by the senses and in accordance with its immanent laws»[75]. Legal science creates its own object as a whole that is intelligible to human reason, i.e. devoid of any contradiction[76]. If the raw legal language of legal actors contains logical defects, it belongs to it to correct them. On the contrary, after 1960, the possibility of normative contradictions was admitted without this being an obstacle to legal science. It did not have to solve them anymore to offer an accurate study of its object. This was evidence of the adoption of a more empiricist model of legal science, which limited itself to the description of the material that was offered by positive law and treated it as a given, however incoherent it may appear[77].

Secondly, in the *Allgemeine Theorie der Normen*, Kelsen appeared to be more sensitive to the variety of the legal actors' ordinary language. He considered this dimension when he devised his theoretical concepts. Ordinary legal language has always resisted the model of intelligibility based on the concept of primary norm. Being closer to the tools of contemporary philosophy of language, Kelsen finally understood the legal norm as a unit of directive communication[78]. This may explain why he admitted several functions for legal norms, and not only one[79]. He thus decided to enrich his theoretical concepts so as to admit a concept of power-conferring norm. At least another cause may also contribute to explaining this important change.

5.2.2. The reception of the *Stufenbaulehre*

5.2.2.1. Merkl's theory

The *Stufenbaulehre* is not a Kelsenian creation, but the result of Adolf J. Merkl's thought. It consists of two fundamental theses. First, it highlights the plurality of modes of production of the law. Traditional legal doctrine only admitted one legal form: the statute[80]. However, defined as a general norm, a statute cannot foresee all the details of concrete situations. It is necessary to individualise it. Only at this level, and not in the enactment of the statute, can the law be fully achieved[81]. Therefore,

---

75 Kelsen, H. 1946b: 434. See also Kelsen 1997b: 448, 450, 451, 483-484.

76 Kelsen 1997b: 448, 451-457, 483-487; Kelsen 1934: 66-67, 84, 88-89, 134-136; Kelsen 1953: 134, 168-169; Kelsen 1962a: 273-278. See also Pastore 1991: 381-385; Mazzarese 1988: 439-441; Mazzarese 1989: 117-119; Mazzarese 1990: 142-143.

77 See Troper 1994: 59-64; Hartney 1991: xxviii-xxix, xxxi-xxxiv, xxxix, lii-liii; Bulygin 1990: 35-36; Gianformaggio 1990a: 196, 201-202; Pastore 1991: 385-387; Guastini 1991: 426-427; Calsamiglia 1985: 94-96, 99-101, 104-105; Carrino 1988: 19-20; Heidemann 2000: 270, 272-273.

78 Parodi 1985: 162-165, 171, 175-176; Heidemann 2000: 263.

79 Legault 1977: 40, 126; Robles 1980: 48; Vernengo 1989: 302; Pattaro 1990: 135.

80 Merkl 1918: 1091, 1094-1095; Merkl 1931: 1313.

81 Merkl 1917: 1185-1188; Merkl 1918: 1094, 1099-1100.

the application of the statute also creates the law. No more than the last step in the production of the legal order is the statute the first one. It is indeed adopted pursuant to the procedural and substantive provisions of the constitution, so that the legislator cannot be presented as purely creating the law. It also applies the constitution[82], which needs to be understood as a norm as well. All the manifestations of the law, whatever their denominations, their authors or their generality, are legal norms[83]. These phenomena are unified from the viewpoint of their nature and connected from the viewpoint of their creation.

A second thesis relates to the creation of the law. Merkl highlights the fact that the law regulates its own creation. In order to be valid, a normative production must comply with the conditions that are laid down by other, pre-existing, norms[84]. A "determining" norm thus foresees the form and content of other, "determined," norms. «The legal norm without the existence of which the meaning of a legal norm could not be attributed to particular acts is defined as superior. […] The series of determinant and determined norms thus appears as a succession of degrees or, to say it with an image, as a hierarchy of acts»[85].

At each layer of the pyramid, i.e. for every phenomenon of legal production, objective elements – the determinations that result from superior norms – and subjective elements – depending on the decision of the lawgiver – need to be combined[86]. Even if their respective importance may vary, none is ever totally absent. Each degree of application of the law is also a degree of creation of the law[87]. The contention that the law regulates its own creation does not make it a separate sphere that has no connection with the empirical world. On the contrary, human action necessarily intervenes in this process. But because a normative *Sollen* cannot directly follow from a fact, the law must regulate this action. According to Merkl, it is regulated by a specific kind of norm: «this relation of production which exists between any determining legal phenomenon and any determined legal phenomenon precisely explains the expression self-production of the law (by steps). This way of speaking does not express any belief of the miraculous type, which would put any deus ex legal machina instead of the human activity of creation of law. The scientific notion of self-production of all law is based on experimental evidence according to which the legal order is composed of two parts whose contents differ. On the one hand, there are the rules of human behavior. On the other hand, there are the rules governing the introduction, the form, in short the production of these rules of behavior. […] Without such rules on legal production, the legal order would remain

82 Merkl 1918: 1092 n. 3.
83 Merkl 1931: 1325-1326, 1332; Merkl 1917: 1171.
84 Merkl 1931: 1336, 1344.
85 Merkl 1931: 1339-1340.
86 Merkl 1931: 1345; Merkl 1918: 1095-1098.
87 Merkl 1918: 1099, 1107, 1109-1110; Weyr 1927-1928: 225-228; Bonnard 1928: 684-687.

absolutely rigid and could only be conceived as a static and not a legal dynamic»[88].

By (1) admitting that the law consists of many norms that are necessary to the operational regulation of human behaviour, and by (2) considering that all these norms result from human decisions, Merkl was forced to focus on the specific legal regulation that applies to these actions[89]. Indeed, only this regulation explains the fact that these actions lead to the production of valid norms. It essentially results from the power-conferring sentences that confer normative powers to the legislators, the administrators, the judges, or the citizens. In the understanding of the global functioning of the legal system, the role of power-conferring sentences is essential. They account for the production of any valid norm, and for the power of the actors who participate in this process. In order to approach these sentences and their crucial function among legal phenomena, Merkl considered it was necessary to distinguish sharply two types of norms, and thus adopted a concept of power-conferring norm. Kelsen's late move in the same direction was the consequence of his adoption of his disciple's major doctrine.

5.2.2.2. The Kelsenian reception

Kelsen's *Habilitationschrift* was based on a strictly static conception of the law[90]. It remained faithful to most of the teachings of classical legal positivism, such as the predominance of the statute and a strict distinction between creating and applying the law[91]. In the 1920s, the fundamental elements of Merkl's theory of the legal order had been integrated into Kelsen's writings[92]. Nevertheless, his theory of the legal norm remained that of the *Hauptprobleme*[93], however much adopting the *Stufenbaulehre* made an adaptation of Kelsen's concept necessary[94].

The more or less latent antagonism between these two lines of reflection was only solved in Kelsen's posthumous work. Until that moment, the ambition to reduce all the legal material to a coherent unity of homogeneous elements coexisted with the perspective of the law regulating its own creation through specifically qualified human acts[95]. In the *General Theory of Law and State*, Kelsen suggests that there might be two concepts of the law, depending on the viewpoint – static or dynamic – one

88 Merkl 1931: 1346.

89 On this intellectual matrix, see Tusseau 2011a; Tusseau 2011b.

90 See the preface to the reedition of this book, Kelsen 1923: xii-xvi.

91 See Kelsen 1913a; Kelsen 1913b. Merkl 1917: 1192 n. 13 explicitely rejects this position.

92 Kelsen 1920: 118-119 n. 2; Kelsen 1924, ripr. in Kelsen 1925: 229-255. Carrino 1988: 12 considers that Kelsen adopted the *Stufenbau* in 1917.

93 Paulson 1982: 165; Paulson 1996: 50-51; Paulson 2000: 150-151; Paulson 2004: 263-267; Delgado Pinto 1977: 179.

94 Losano 1990: 117; Pfersmann 1997.

95 Gianformaggio 1991: 12; Carrino 1991: 205, 209; Mazzarese 1988: 443-446; Mazzarese 1989: 122-125; Mazzarese 1990: 152-156.

uses to address it[96]. As Agostino Carrino puts it, «The idea that the law is defined by its dynamic character, that is to say by being produced and applied, by the creation of its various layers by means of a will that can ultimately but be empirical, is not properly Kelsenian. It is Merkl's idea […]. But it is much more than an idea: it is a truly original theory of law, and not a fragment that can be adopted by any other legal doctrine. It is no coincidence that, once welcomed by Kelsen in his system, it has not limited itself to 'slipping' into it, but has gradually superseded it, forcing Kelsen to continual modifications and adaptations that […] will lead to the decision-making irrationalism of the last years of his life»[97]. Progressively, and not without some hesitation[98], Kelsen adopted many of Merkl's theses. Such was for example the case for his theory of legal interpretation[99], or his theory of the alternative provisions and the res judicata[100]. Such was also the case as far as the taxonomy of norms was concerned. Admitting many possible forms for the law imposes pondering over the conditions for their creation and existence. Because their production depends on a decision that necessarily implies some discretionary power, one cannot be satisfied with logical deduction as an explanatory device. Nevertheless, a decision is a fact. Because of the separation between is and ought, a fact alone cannot produce norms. To this end, it must be the object of specific legal norms[101]. Because he was not fully conscious of the implications of his own theoretical choices[102], Kelsen refused for a long time to abandon the concept of legal norm he had constructed in 1911 in order to establish a legal science. He only drew the consequences of the adoption of the definition of the law as a dynamic normative system at the end of his life[103]. Just like Merkl was led to consider that the law consists of two types of norms, Kelsen finally adopted a concept of power-conferring norm that accounts for the singularity of power-conferring sentences with respect to other elements of the legal discourse[104]. Paying attention to the dynamics of law imposes underlining the specific function of power-conferring sentences. Because of this functional specificity, adopting a concept of power-conferring norm may seem necessary.

Eventually, Merkl's influence was all the deeper as it remained silent. Such was his victory in Kelsen's mature legal thought.

---

[96] See esp. Paulson 2013. See also Walter 1964.

[97] Carrino 1991: 219.

[98] See e.g. Paulson 1986.

[99] Patrono 1987: xxxvi. See Merkl 1916.

[100] Merkl 1923; Merkl 1925; Merkl 1919; Merkl 1917.

[101] Hartney 1991: xxvi; Gavazzi 1967: 104-106; Mazzarese 1991: 375-377; Paulson 2004: 263-267.

[102] Weinberger 1981: 6; Calsamiglia 1985: 7.

[103] See similarly Paulson 1996: 62; Barberis 1990: 50; Barberis 1983: 229; Losano 1985: 69; Carrino 1991: 224; Mazzarese 1990: 139-140, 152-156; Mazzarese 1993: 155-169; Ruiz Manero 1990: 9-12, 19-95; Delgado Pinto 1977: 184.

[104] See similarly Carrino 1991: 224.

Bibliography

Alarcón Cabrera, C. (1989). *Intorno a la lógica deóntica del último Kelsen*, «Anuario de filosofía del derecho», 6, 313-337.

Barberis, M. (1983). *Una critica realista a Kelsen. In margine ad un saggio di Enrico Pattaro*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 13, 215-232.

Barberis, M. (1990). *Kelsen, Paulson, and the Dynamic Legal Order*, in L. Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino, Giappichelli, 49-58.

Bobbio, N. (1992). *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

Bonnard, R. (1928). *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl*, «Revue du droit public», 668-696.

Bulygin, E. (1990). *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, «Ratio Juris», 3, 29-45.

Calsamiglia, A. (1985). *Sobre la Teoría general de las normas*, «Doxa», 2, 87-105.

Carrino, A. (1988). *Introduzione. Vita e forme in Kelsen*, in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, ESI.

Carrino, A. (1991). *Autopoiesi dell'ordinamento dinamico*, in L. Gianformaggio(a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, Giappichelli, 203-229.

Delgado Pinto, J. (1977). *El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico*, in *Filosofía y derecho. Estudios en honor del Profesor J. Corts Grau*, Valencia, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Vol. 1, 175-208.

Gavazzi, G. (1967). *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, Giappichelli.

Gianformaggio, L. (1990a). *Hans Kelsen on the Deduction of Validity*, «Rechtstheorie», 21, 191-201.

Gianformaggio, L. (1990b). *A First Analysis of Kelsen's 1959 Manuscript*, in Id. (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino, Giappichelli, 81-97.

Gianformaggio, L. (a cura di) (1991). *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, Giappichelli.

Guastini, R. (1991). *Giudizi di validità e scienza giuridica nell'ultimo Kelsen*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, Giappichelli, 413-427.

Hartney, M. (1991). *Introduction: The Final Form of the Pure Theory of Law*, in H. Kelsen, *General Theory of Norms*, tr. ingl. Oxford, Clarendon Press, ix-liii.

Heidemann, C. (2000). *The Creation of Normative Facts*, «Law and Philosophy», 19, 263-281.

Kelsen, H. (1913a). *Rechtsstaat und Staatsrecht*, «Österreichische Rundschau», 36, 88-94.

Kelsen, H. (1913b). *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung*, «Juristische Blätter», 42, 229-232.

Kelsen, H. (1920). *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Kelsen, H. (1923), *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2e Aufl., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Kelsen, H. (1924). *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, «Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie», 17, 374-408.

Kelsen, H. (1932). *Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis*, «Recueil des cours de l'Académie de droit international», 42, 117-351.

Kelsen, H. (1941). *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, «Harvard Law Review», 55, 44-70.

Kelsen, H. (1942a). *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Kelsen, H. (1942b). *Value Judgements in the Science of Law*, «Journal of Social Philosophy and Jurisprudence», 7, 313-333.

Kelsen, H. (1946a). *General Theory of Law and State*, tr. ingl., Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Kelsen, H. (1946b), *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928), tr. ingl. *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*, in *General Theory of Law and State*, tr. ingl., Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Kelsen, H. (1958). *Der Begriff der Rechtsordnung*, «Logique et Analyse», 155-167.

Kelsen, H. (1962a). *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., tr. fr. *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, II ed.

Kelsen, H. (1962b). *Derogation*, in R.A. Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, The Bobb Merrill & Co., 339-355.

Kelsen, H. (1965a). *Law and Logic*, in *Philosophy and Christianity. Philosophical Essays Dedicated to Professor Dr. Hermann Dooyeweerd*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 231-236.

Kelsen, H. (1965b). *Zum Begriff der Norm*, in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, München, Berlin, C.H. Beck. I. Bd, 57-70.

Kelsen, H. (1967). *Reine Rechtslehre*, 2. Aulf., tr. ingl. *Pure Theory of Law*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press.

Kelsen, H. (1967b). *Nochmals: Recht und Logik. Zur Frage der Anwendbarkeit logischer Prinzipien auf Rechtsnormen*, «Neues Forum», 14, 157, 39-40.

Kelsen, H. (1968). *Zur Frage des praktischen Syllogismus*, «Neues Forum», 15, 173, 333-334.

Kelsen, H. (1973). *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel.

Kelsen, H. (1991). *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), tr. ingl. *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press.

Kelsen, H., (1960). *Vom Geltungsgrund des Rechts*, in *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdroß*, Wien, Springer-Verlag, 157-165.

Kelsen, H., Klug, U. (1981). *Rechtsnormen und logische Analyse* (1959-1965), Wien, Verlag Franz Deuticke.

Kelsen, H. (1911). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag.

Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig, Wien, Franz Deuticke.

Kelsen, H. (1953). *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Editions de la Baconnière.

Kelsen, H. (1992). *Reine Rechtslehre* (1934), tr. ingl. *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press.

Kelsen, H. (1997a). *General Theory of Law and State* (1945), tr. fr. *Théorie générale du droit et de l'Etat* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant.

Kelsen, H. (1997b). *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928), tr. fr. *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, in *Théorie générale du droit et de l'Etat* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant.

Legault, G.A. (1977). *La structure performative du langage juridique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal.

Losano, M.G. (1985). *La teoría pura del derecho del logismo al irracionalismo*, «Doxa», 2, 55-85.

Losano, M.G. (1990). *The Periodization of Kelsen Proposed by S.L. Paulson*, in L. Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino, G. Giappichelli, 111-121.

Mazzarese, T. (1988). *Deontica kelseniana*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 18, 429-457.

Mazzarese, T. (1989). *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, Cedam.

Mazzarese, T. (1990). *Kelsen Revisited on Law and Logic*, in L. Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino, Giappichelli, 139-160.

Mazzarese, T. (1991). *Deontic Logic as Logic of Legal Norms: Two Main sources of Problems*, «Ratio Juris», 4, 374-392.

Mazzarese, T. (1993). *Normological Scepticism and Legal Dynamics. Weinberger and Kelsen Confronted*, in A. Aarnio, S.L. Paulson, O. Weinberger, G.H. Von-Wright, D.A. Wyduckel (Hrsg.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 155-169.

Merkl, A.J. (1916). *Zum Interpretationsproblem*, «Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart», 42, 535-556.

Merkl, A.J. (1917). *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, in H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 Bd., Wien, Salzburg, Europa Verlag, Universitätsverlag Anton Pustet, 1968, Bd. 1, 1167-1201.

Merkl, A.J. (1918). *Das doppelte Rechtsantlitz*, in H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 Bd., Wien, Salzburg, Europa Verlag, Universitätsverlag Anton Pustet, 1968, Bd. 1, 1091-1113.

Merkl, A.J. (1919), *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 Bd., Wien, Salzburg, Europa Verlag, Universitätsverlag Anton Pustet, 1968, Bd. 2, 1203-1214

Merkl, A.J. (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*, Leipzig, Wien, Franz Deuticke.

Merkl, A.J. (1925), *Justizirrtum und Rechtswahrheit*, in H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 Bd., Wien, Salzburg, Europa Verlag, Universitätsverlag Anton Pustet, 1968, Bd. 1, 195-208.

Merkl, A.J. (1931). *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 Bd., Wien, Salzburg, Europa Verlag, Universitätsverlag Anton Pustet, 1968, Bd. 2, 1311-1361.

Moore, R. (1972-1973). *The Deontic Status of Legal Commands*, «Ethics. An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy», 83, 151-158.

Parodi, G. (1985). *Sul concetto di 'norma giuridica' nell'*Allgemeine Theorie der Normen *di Hans Kelsen*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 15, 153-231.

Pastore, B. (1991). *Sistemi normativi e coerenza*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, G. Giappichelli, 367-396.

Patrono, M. (1987). *Presentazione*, in A.J. Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altre saggi*, C. Geraci (a cura di), Milano, Giuffrè, v-lx.

Pattaro, E. (1990). *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bologna, CLUEB.

Paulson, S.L. (2004). *Review of Adolf Julius Merkl,* Gesammelte Schriften, «Ratio Juris», 17, 263-276.

Paulson, S.L. (1981). *Note to the English translation of Kelsen, H., On the Basis of Legal Validity* (1960), «American Journal of Jurisprudence», 26, 178-189.

Paulson, S.L. (1982). *Review of K. Opałek,* Überlegungen zu Hans Kelsens Allgemeine Theorie der Normen *and J. Behrend,* Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens, «American Journal of Jurisprudence», 27, 159-165.

Paulson, S.L. (1986). *On the Status of the* Lex Posterior *Derogating Rule*, in R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 229-247.

Paulson, S.L. (1988). *An Empowerment Theory of Legal Norms*, «Ratio Juris», 1, 58-72.

Paulson, S.L. (1996). *On the Implications of Kelsen's Doctrine of Hierarchical Structure*, «Liverpool Law Review», 18, 49-62.

Paulson, S.L. (1998)., *Introduction*, in S.L. Paulson, B. Litschewski Paulson (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 23-53

Paulson, S.L. (2000). *The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, «Law and Philosophy», 19, 131-171.

Paulson, S.L. (2013). How Merkl's *Stufenbaulehre* Informs Kelsen's Concept of law, «*Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*», 21, 29-45

Pfersmann, O. (1997), *Carré de Malberg et la hiérarchie des normes*, «Revue française de droit constitutionnel», 31, 481-509.

Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press.

Raz, J. (1980). *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, II ed.

Riccobono, F. (1990). *Le due nature del concetto kelseniano di sovranità*, in A. Carrino (a cura di), *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, Roma, ESI, 129-140.

Robles, G. (1980). *Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen*, «Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense», 60, 47-63.

Ross, A. (1946). *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, Einar Munksgaard.

Ruiter, D.W.P. (1993). *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*, Dordrecht, Kluwer.

Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales.

Troper, M. (1994). *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF.

Tusseau, G. (2006), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz.

Tusseau, G. (2007), *De quelques énigmes du kelsénisme. Chronique bibliographique à propos de Hans Kelsen,* Controverses sur la Théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, av.-prop. C. Leben, préf. R. Kolb, Paris, Editions Panthéon-Assas, coll. «Les introuvables», 2005, 186 p.*, «International Journal for the Semiotics of Law», 20, 367-393.

Tusseau, G. (2011a), *Bentham et le normativisme viennois. Impressions de lecture*, in M. Bozzo-Rey, G. Tusseau (dir.), *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Paris, Economica, 43-105.

Tusseau, G. (2011b), *De Bentham à Kelsen en passant par Merkl, Une trame conceptuelle récurrente de la théorie juridique*, in P. Brunet, F.J. Arena (dir.), *Questions contemporaines de théorie analytique du droit / Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho / Problemi attuali della teoria analitica del diritto*, Madrid, Marcial Pons, 167-197.

Tusseau, G. (2014). *An Old English Tale? Bentham's Theory of The Force of a Law*, in G. Tusseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham. Essays on* Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence, London, New York, Routledge, 80-133.

Van Eikema Hommes, H.J. (1984). *The Development of Hans Kelsen's Concept of Legal Norm*, in W. Krawietz, H. Schelsky (Hrsg.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker & Humblot, 159-178.

Vernengo, R.J. (1989). *About an Empowerment Theory of Legal Norms and Some Related Problems*, «Ratio Juris», 2, 299-303.

Von Wright, G.H. (1983). *Norm, Truth, and Logic*, in Id., *Practical Reason. Philosophical Papers Volume I*, Oxford, Basil Blackwell, 130-209.

Von Wright, G.H. (1984). *Bedingungsnormen - ein Prüfstein für die Normenlogik*, in W. Krawietz, H. Schelsky, G. Winkle, A. Schramm (Hrsg.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 447-456.

Walter, R. (1964). *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der reinen Rechtslehre*, Graz, Leykam.

Weinberger, O. (1973). *Introduction: Hans Kelsen as Philosopher*, in Kelsen 1973, ix-xxviii.

Weinberger, O. (1981). *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin, Duncker & Humblot.

Weinberger, O. (1991). *The Theory of Legal Dynamics Reconsidered*, «Ratio Juris», 4, 18-35.

Weyr, F. (1927-1928). *La doctrine de M. Adolf Merkl*, «Revue internationale de la théorie du droit», 2, 215-231.

Efficacy as a Condition of Validity in Kelsen's *General Theory of Norms*

*Luka Burazin**

Abstract

The paper aims to reconstruct and critically analyse efficacy as a condition of validity in Hans Kelsen's *General Theory of Norms* both in the light of his newly introduced distinction between the conditional and full validity of a norm and the dynamic aspect of the legal order. It also aims to give a systemic account of efficacy as a condition of validity of both general and individual legal norms, taking into account the temporal aspect of validity, i.e., the moments in which a norm becomes valid and ceases to be valid, and the time span during which it remains valid. The paper first outlines Kelsen's understanding of the concept of efficacy (Section 2). It then analyses and reconstructs the efficacy condition as a condition for the beginning of a legal norm's validity (Section 3), and goes on to analyse and reconstruct the efficacy condition as a condition of the end of a legal norm's validity. Finally, the paper systematizes the conditions under which the general hypothetical sanction-decreeing legal norm and the individual hypothetical and categorical sanction-decreeing legal norms acquire and lose their validity (Section 5).

Keywords: Hans Kelsen. Validity. Existence. Efficacy. Legal Order.

1. Introduction

In both *General Theory of Norms* (1991 [1979]) and his previous works Kelsen uses the term 'validity' to refer to «the specific existence of a norm»[1], which «consists in that the norm *is to* be observed, and if not observed, then applied»[2]. 'Validity' refers to both general and individual norms, be they categorical or hypothetical. While general norms are those decreeing «some generally specified behaviour to

* University of Zagreb, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb, Croatia, *lburazin@pravo.hr*.

1 Kelsen 1991: 2, 28.

2 Kelsen 1991: 3.

be obligatory»[3], individual norms are those decreeing «a once-only individually specified instance of behaviour to be obligatory»[4]. Categorical norms are those that «decree that a certain behaviour is obligatory unconditionally», and hypothetical (or conditional) norms those that «decree that a certain behaviour is obligatory only under certain conditions»[5].

According to Kelsen, the basic type of legal norm is the general (hypothetical) legal norm, which is formulated as follows:

> If the competent law-applying organ – in particular, a court – finds that a person has behaved in a certain way – e.g. has committed theft – the law-applying organ is to posit an individual norm decreeing that a certain coercive act – e.g. imprisonment (i.e. coercive deprivation of freedom) – is to be directed against this person[6].

Therefore, for Kelsen, there are only general *sanction-decreeing* legal norms, while general norms of behaviour (i.e., «those prescribing the behaviour which avoids the sanction») are merely «*implicit* in the sanction-decreeing norm» (hereinafter: implicit general norms of behaviour)[7]. The consequence of this view is that the immediate addressees of general legal norms are only «individuals who are empowered» (and usually also obligated) «to order concretely and to execute the coercive acts which serve as sanctions» (judges or administrative agencies, and execution-organs, respectively) and «the merely mediate addressees of the general legal norms […] the individuals whose behaviour is the condition for the coercive acts decreed in these norms»[8].

In a dynamic system of norms such as the legal order, which is characterized by a continuous process of normative production[9], the validity (or existence) of a norm has a temporal dimension, that is, a norm has its moment of becoming valid (or of coming into existence) and its moment of ceasing to be valid (or of ceasing to exist). The time in between these two moments is the time of a norm's being valid (or of being in existence).

According to Kelsen, there are two (factual) conditions under which one can say that a legal norm is to (or ought to) be observed, and if not observed, then applied, i.e., that a norm exists or is valid. These are: (i) the fact that a norm has been posited

---

3 Kelsen 1991: 7.

4 Kelsen 1991: 7.

5 Kelsen 1991: 19.

6 Kelsen 1991: 53. Or: «'If a competent law-applying organ (especially a court) ascertains that a state of affairs specified abstractly in a general legal norm has occurred concretely, the competent court is to posit an individual norm which decrees to be obligatory a concrete coercive act which agrees with the coercive act specified abstractly in the general norm'». See Kelsen 1991: 140-141. For some perplexities arising from the wording of the second quoted formulation of the general norm, see Navarro 2013: 96.

7 Kelsen 1991: 142. See also Kelsen 1991: 56-57, 133-134.

8 Kelsen 1991: 52.

9 Guastini 2010: 435.

(and has not been repealed), and (ii) the fact that a norm is efficacious[10] or that it has the possibility of being efficacious[11].

As regards the normative production condition (which includes not only the acts of positing norms, but also the acts of intentionally eliminating norms from the system of norms), a norm becomes valid at the moment it has been posited. This applies to both general and individual norms. General norms become valid at the moment they have been posited either intentionally (e.g., by a legislative body) or by way of custom. Individual norms posited in correspondence with general norms become valid at the moment they have been intentionally posited (e.g., by a judge). In the case where an individual norm has not been posited in correspondence with a general legal norm, the individual norm becomes valid in virtue of the principle *res judicata* (provided this principle is in force in the positive legal order in question)[12]. Both general and individual norms lose their validity at the moment of their being derogated in the sense of their validity being repealed by another norm (e.g., by a derogating norm of a legislative body in the case of a general norm and by a derogating decision of a higher court in the case of a lower-court decision)[13]. Additionally, a legal norm loses its validity if the validity time for which it was posited runs out[14] or, in the case of an individual legal norm, when such norm is executed[15].

As regards the efficacy condition of validity, Kelsen claims that a norm (either general or individual) becomes valid at the moment it has been posited provided it has the possibility of being efficacious, and that a norm (either general or individual) ceases to be valid at the moment from which there is no longer the possibility of its being efficacious and, additionally, that a general norm ceases to be valid at the moment from which it is no longer actually efficacious (*desuetudo*)[16].

---

[10] Following Pablo E. Navarro, who follows Bonnie and Stanley Paulson's translation of the first edition of Kelsen's *Reine Rechtslehre*, in this and other references to and quotations from Kelsen's *General Theory of Norms* and *Pure Theory of Law*, 2nd ed., instead of translating *Wirksamkeit* and *wirksam* as "effectiveness" and "effective", I prefer to use the terms "efficacy" and "efficacious". See Navarro 2013: n. 3, 77. The main reason for using the term "efficacy" instead of "effectiveness" is its prevailing use in Anglo-American jurisprudential literature on this issue.

[11] Kelsen 1991: 140.

[12] Kelsen 1991: 248-249.

[13] Kelsen 1991: 106-114.

[14] Kelsen 1991: 106.

[15] Kelsen 1991: 110. This, obviously, applies only to those individual legal norms which decree that a coercive act is to be executed. This, however, raises an interesting issue about individual norms which specify that no coercive act is to be executed (e.g., a court decision by which the plaintiff's case is dismissed or the accused is acquitted). On one (less plausible) interpretation, it seems that, paradoxically, these would acquire and lose their validity at the same time, i.e., at the time of their positing. On another (more plausible) interpretation, since such individual norms are, according to Kelsen, commands to the execution-organs to refrain from performing coercive acts in particular cases, they would lose their validity at the moment they lose the possibility to be violated (by the execution-organs), e.g., when the person acquitted of charges dies.

[16] Kelsen 1991: 139-140.

The paper focuses on the second of the two (factual) conditions of validity. Its main aim is to reconstruct and critically analyse efficacy as a condition of validity in Hans Kelsen's *General Theory of Norms* both in the light of his newly introduced distinction between the conditional and full validity of a norm and the dynamic aspect of the legal order. It also aims to give a systemic account of efficacy as a condition of validity of both general and individual legal norms, taking into account the temporal aspect of validity, i.e., the moments in which a norm becomes valid and ceases to be valid, and the time span during which it remains valid.

The paper first outlines Kelsen's understanding of the concept of efficacy (Section 2). It then analyses and reconstructs the efficacy condition as a condition for the beginning of a legal norm's validity (Section 3), and goes on to analyse and reconstruct the efficacy condition as a condition of the end of a legal norm's validity. Finally, the paper systematizes the conditions under which the general hypothetical sanction-decreeing legal norm and the individual hypothetical and categorical sanction-decreeing legal norms acquire and lose their validity (Section 5).

2. The concept of efficacy

According to Kelsen, efficacy can be a predicate of both legal norms and legal orders[17]. A legal norm is efficacious «if it *is* actually observed, and when not observed, then applied»[18]. A legal order is efficacious if «its norms which command a certain behaviour are actually observed and, if not observed, then applied»[19]. At first sight, the claim about the efficacy of norms might seem to be a modification of the view Kelsen took in *General Theory of Law and State* (1945). There he claimed that the efficacy of legal norms consists primarily in their being applied by the law-applying organs and, secondarily, in their also being observed by citizens[20]. However, since Kelsen did not modify his views on the relationship between so-called primary norms (sanction-decreeing norms in Kelsen's theory) and so-called secondary norms (norms of conduct in Kelsen's theory), it seems reasonable to assume that the inversion, in his definition of efficacy, of observance and application rests on the fact that the condition for the application of law is its violation (more precisely, the occurrence of the state of affairs which is the condition for the coercive act decreed

[17] See Kelsen 1991: 138. With one caveat, though, since, according to Kelsen, efficacy is in fact not a property of the norm, but of behaviour. «The observance of a norm is a property not of the norm, but of a certain factual behaviour, and thus of fact. This behaviour constitutes observance of a norm – it has the property of being the observance of a norm – if it agrees with a norm which decrees this behaviour to be obligatory» (Kelsen 1991: 219). The same claim is made in Kelsen 1945: 40.

[18] Kelsen 1991: 3 (emphasis in original).

[19] Kelsen 1991: 138.

[20] Kelsen 1991: 61-62.

in the general norm), so that a norm is efficacious: (i) if it is observed, and (ii) if not observed (i.e., if violated), then applied.

Kelsen defines the observance, violation, and application of a norm by drawing a connection between the difference between observing (or violating) and applying a norm, on the one hand, and the difference between the function of commanding (or prohibiting) and the function of empowering, on the other hand[21].

> The person whose behaviour is the condition for a sanction decreed in a legal norm violates the law […]. The person whose behaviour avoids the legal sanction observes the law […]. The plaintiff or the public prosecutor who requests the judge to order a sanction, and the judge who orders a sanction, and the execution-organ which executes the ordered sanction, all apply the law[22].

Specifically, as regards its application, a norm is considered to have been applied, and thus to have been efficacious, if an individual categorical norm has been posited by making use of the power conferred by the general norm. Kelsen identifies two cases of norm-application: (i) when the empowered court (or administrative agency) finds that a concrete state of affairs is subsumable under the state of affairs specified abstractly in the general norm, posits an individual norm decreeing to the empowered execution-organ to execute a concrete coercive act, and when the empowered execution-organ executes this coercive act; and (ii) when the empowered court (or administrative agency) finds that a concrete state of affairs which is subsumable under the state of affairs specified abstractly in the general norm does not exist, and posits an individual norm specifying that no coercive act is to be executed (i.e., dismisses the plaintiff's case or acquits the accused)[23]. The non-empowered positing of an individual categorical norm does not constitute law-application, it is void, it does not legally exist[24].

Thus, commands are observed or violated, and empowerments are applied. However, Kelsen says that, in addition to being «empowered by statutes to apply general legal norms to concrete cases»[25], judges are «[a]s a rule […] also commanded to do so»[26]. So «[a] judge violates the duties of his office if he refrains from making use of his power in a concrete case»[27]. And, one should add, he observes the duties of his office if he makes use of his power in a concrete case. This is evident

---

21 Kelsen 1991: 104.

22 Kelsen 1991: 105.

23 See Kelsen 1991: 52-53, 140-141. In *Pure Theory of Law*, 2nd edition, Kelsen did not identify the second case of norm-application. That a «norm is *applied* by the legal organs (particularly the law courts) […] means that the sanction in a concrete case is ordered and executed». See Kelsen 1967: 11.

24 Kelsen 1991: 102.

25 Kelsen 1991: 103.

26 Kelsen 1991: 103.

27 Kelsen 1991: 103.

from the passages in which Kelsen speaks about the individualization of the general norm[28]. Thus, besides by the mediate addressees of the general norms, i.e., the individuals whose behaviour is the condition for the coercive acts decreed in these norms, norms are observed or violated by the organs empowered to apply law in cases where they are at the same time commanded to apply law.

Kelsen draws a distinction between the objective and subjective observance and violation, that is, between what is also called the "finistic" and motivational (or psychological) efficacy[29]. Whereas a sufficient condition of objective observance (or violation) is the mere correspondence (or lack of correspondence) of the actual behaviour of the norm addressee to the norm's normative content, a necessary condition of subjective observance (or violation) is the norm addressee's conscious and willing behaviour that corresponds (or fails to correspond) to the norm's normative content[30]. According to Kelsen, «when a norm is considered to have been observed or applied, no attention is paid to the motive which led to the behaviour which constitutes observance or application of the norm»[31]. Thus, the motive is not relevant for assessing whether or not a norm is efficacious. Although, of course, when judges are concerned, since they are empowered and usually also at the same time commanded to apply legal norms, their behaviour will, as a rule, constitute subjective observance or violation of a norm, i.e., they will, as a rule, consciously and willingly observe the norm they apply.

Another distinction used by Kelsen in respect of the efficacy of norms used by Kelsen is that between the immediate and mediate observance and violation (and application) of norms. For Kelsen, only individual categorical norms can be observed or violated (or applied) immediately, while general (either hypothetical or categorical)[32] norms and individual hypothetical norms can be so only mediately[33]. However, Kelsen is not entirely clear about what makes some types of norms capable of being only mediately observed or violated, which, in turn, raises some doubts

[28] See, e.g., Kelsen 1991: 240: «For even if Judge Körner addresses to himself the command 'I, Judge Körner, am to posit the individual norm "Maier is to be imprisoned"', so that this individual norm is valid, Judge Körner can, for some reason or other, fail to observe this norm, i.e. fail to posit the individual norm 'Maier is to be imprisoned'».

[29] Grabowski 2013: 335. See also Burazin 2017: 2.

[30] Kelsen 1991: 57, 37.

[31] Kelsen 1991: 138.

[32] In fact, Kelsen says «a general norm (whether categorically or hypothetically valid)» (Kelsen 1991: 46). However, since Kelsen claims that all norms (both categorical and hypothetical norms, i.e., both those decreeing that a certain behaviour is obligatory unconditionally and those decreeing that a certain behaviour is obligatory only under certain conditions) can be only conditionally (hypothetically) valid, i.e., that they can be valid only under the condition that they can be observed (see Kelsen 1991: 19-21), it seems that Kelsen refers here to categorical and hypothetical *norms* and not to the categorical or hypothetical *validity* of norms.

[33] See Kelsen 1991: 46, 50, 220-221.

about the types of norms capable of being observed or violated only mediately. Namely, he explicitly says that a norm is capable of being only mediately observed or violated when the «behaviour which can be characterized as observance or violation of a norm is possible only after the condition abstractly specified in the general norm is concretely realized» and gives the example of the (moral) norm «If someone makes a promise, he is to keep it»[34]. The norm is, says Kelsen, capable of being observed or violated «only after a specific person *A* has made a specific promise – e.g., to pay 1.000 – to a specific person *B*»[35]. However, if this is the case, if the fulfilment of the condition under which a certain behaviour is obligatory is what makes a norm capable of being only mediately observed or violated, then it seems that general *categorical* norms are also capable of being immediately observed or violated[36]. This, however, contradicts Kelsen's abovestated explicit view according to which only individual categorical norms can be observed or violated immediately, while general (be they categorical or hypothetical) norms can be so only mediately. In fact, from the series of examples Kelsen gives in order to explain the process by which a norm is observed or applied[37], and the necessity of the process of individualization of (general) norms[38] (which will be the topic of the next Section), it follows that what makes a norm capable of being only mediately observed (and violated) or applied is not (at least in the sense of a necessary condition) the fulfilment of the condition under which a certain behaviour is obligatory, but the need to posit a corresponding individual categorical norm. Namely, according to Kelsen, in order for it to be possible to apply (and, as a rule, observe) a general norm obligating the competent court to posit an individual norm decreeing the performance of a coercive act, the individual categorical norm 'You, the competent court, are to posit the individual norm' has to be posited.

Thus, whenever it is necessary, in order to observe or apply a certain norm, to posit a corresponding individual categorical norm, it can be said that the former norm is capable of being only mediately observed or applied, i.e., capable of being observed or applied only through the intermediary of the corresponding individual categorical norm. And this is so in the case of both general (hypothetical and cat-

---

34 Kelsen 1991: 46.

35 Kelsen 1991: 46.

36 This interpretation can be supported by what Kelsen says at another point: «Only an unconditional (categorical) norm can be observed or violated immediately; a conditional (hypothetical) norm cannot, for as long as the condition is not fulfilled, there can be no question of observance or violation» (Kelsen 1991: 220-221).

37 See the examples given in Kelsen 1991: 46-48 (for general hypothetical and categorical moral norms), 53-54 (for general and individual hypothetical legal norms).

38 See Kelsen 1991: 50, 226. From the example Kelsen gives in Kelsen 1991: 53, it seems that, in order to be applied, individual hypothetical norms also have to be individualized (by positing the corresponding individual categorical norms).

egorical) norms and individual hypothetical norms[39]. By immediately observing, violating, or applying an individual categorical norm, one is at the same time mediately observing, violating, or applying an individual hypothetical norm or a general (categorical or hypothetical) norm.

Finally, Kelsen states that efficacy is a matter of degree in the sense that a norm can be considered efficacious not only when it is always observed or applied (under the condition that it can also be violated and non-applied), but also when it is observed and applied 'by and large'[40]. In particular, one can say that, according to Kelsen's theory, a norm is efficacious in the following cases: (i) if always observed, so that the courts (or other law-applying organs) are never in a position to apply it[41]; (ii) if sometimes observed and sometimes violated, but applied by and large in the case of its violation; and (iii) if never observed, but by and large applied[42].

Since, according to Kelsen,

> [t]he general norm can even be considered to be efficacious if it is never applied, but *only when* the courts are never in a situation to find a concrete state of affairs which is the condition for sanctions and is specified abstractly in a general norm, because such a state of affairs never occurs or no longer occurs, even though it is still possible for it to occur[43],

it seems that Kelsen excludes the possibility of a norm being considered efficacious if observed by and large, but never applied. Moreover, although Kelsen is not explicit about this, it seems that he also excludes the possibility of a norm being considered efficacious if observed by and large, but not applied by and large in the case of its violation. This interpretation might be supported by Kelsen's claim that

> [w]hether a general norm is efficacious therefore does not depend on the actual observance of the norm we have called the 'secondary' norm (i.e. on behaviour which avoids the sanction) but on the judicial finding that there obtains a concrete state of affairs which is the condition for a sanction[44].

Of course, with only one exception, namely, «when courts are *never* in a situation to find a concrete state of affairs which is the condition for sanctions and is specified abstractly in a general norm»[45].

---

39 See the examples referred to in n. 37.

40 Kelsen 1991: 138-139.

41 Kelsen 1991: 141.

42 For the radical consequences of efficacy which seem to follow from Kelsen's doctrine on the constitutive character of judicial decisions, see Navarro 2013: 97-98.

43 Kelsen 1991: 141. Emphasis in original.

44 Kelsen 1991: 141.

45 Kelsen 1991: 141. Emphasis mine.

3. Efficacy as a condition for the beginning of a norm's validity

According to Kelsen, efficacy is not a condition for a norm's validity in the sense that a norm has to be efficacious in order to be valid. If one speaks of a particular norm as being efficacious or inefficacious, this presupposes that the norm has already become valid, «since a norm becomes valid before it is efficacious and it can become efficacious only once it has become valid»[46]. However, a norm could not be considered valid if it decreed something which it is objectively, according to natural laws, impossible to either observe or violate since it is in the nature of law to address itself to the reality which is not identical with it (i.e., with the validity of law), with the aim of influencing this reality[47]. Therefore, a condition for the beginning of a norm's validity is not its efficacy, but only the *possibility* of its efficacy[48].

Since in *General Theory of Norms* Kelsen introduced a distinction between the conditional and full validity of a norm, one should explain what the possibility of a norm's efficacy as a condition of validity amounts to in relation to these two types, or, as shall be seen shortly, stages of validity. The new distinction Kelsen draws applies to both general and individual norms and takes into account the dynamic aspect of the legal order and the efficacy condition of legal validity.

A legal norm is valid as soon as it has been posited. However, according to Kelsen, this is only a norm's conditional validity, since a norm is valid only under the condition that it *can* be observed or violated, and applied or non-applied[49]. Thus, a condition for the validity of a norm is the possibility of its being efficacious in the sense of the possibility of its being observed or violated, and applied or non-applied[50]. In the case of general norms, it is, of course, sufficient that it is *generally possible* to observe or violate, and apply or not apply a norm and that it is *not necessarily impossible* to observe or violate, and apply or not apply it, i.e., it is not necessary that in every concrete case a general norm can be observed or violated, and applied or non-applied[51]. As has been said, a norm cannot be considered to be valid if it decrees something which, according to the laws of nature, can in no case happen or must happen (e.g., 'Human beings are to live forever' and 'Human beings are

46 Kelsen 1991: 140.

47 Kelsen 1967: 213 and Kelsen 1991: 59.

48 Obviously, efficacy is a necessary condition for the validity of customary norms.

49 Kelsen 1991: 19-20. Observance and violation refer here to the individuals whose behaviour is the condition for a coercive act. Application (which is often at the same time obligatory and thus represents observance) and non-application (which represents violation, if application is qualified as obligatory) refer to the behaviour of law-applying organs, i.e., to their positing of individual norms decreeing that a particular coercive act is obligatory (in the case of courts and administrative agencies as the law applying-organs), and that it is to be executed (in the case of execution-organs as the law-applying organs).

50 Kelsen 1991: 20.

51 Kelsen 1991: 140.

to die', respectively)[52]. A legal norm is fully valid if the possibility of its *immediate* observance or violation, and application or non-application actually obtains. Therefore, it could be said that only individual categorical norms are fully valid from the moment of their positing, and that all other types of norms (individual hypothetical norms and general categorical and hypothetical norms) are fully valid from the moment the required individual categorical norms have been posited.

As concerns general norms, they, in addition to being conditionally valid, are only mediately valid. Since a general norm is valid under the condition that it can be observed or violated, and applied or non-applied, and since, as was explained in Section 2, it can be applied (and observed, if application is qualified as obligatory) only mediately[53], i.e., through the application (and observance, if application is qualified as obligatory) of the individual categorical norm corresponding to the general norm[54], a general (hypothetical)[55] norm can be considered to be valid only under the conditions that it is *possible* for the condition abstractly specified in it to be concretely realized (i.e., that it is possible that a general implicit norm of behaviour be violated), and that it is *possible* that the corresponding individual categorical norm be posited[56]. Although, as a rule, the positing of the corresponding individual categorical norm which a court addresses to itself will be possible, one can, theoretically, imagine a case where this would not be possible, e.g., where there are no established courts. Therefore, the possibility of efficacy of a general sanction-decreeing norm is also conditioned by the possibility of positing the corresponding individual categorical norm[57]. A general

[52] Kelsen 1991: 20

[53] It seems that a general hypothetical sanction-decreeing norm can be observed by individuals whose behaviour is a condition for a coercive act also only mediately, i.e., through the observance of the individual categorical norm corresponding to the implicit general norm of behaviour, posited by such an individual (i.e., by the mediate addressee of a general sanction-decreeing norm).

[54] Kelsen 1991: 50.

[55] Here I limit myself to general hypothetical norms since, at least in Kelsen's theory, general legal norms in their correct formulation are hypothetical norms ('If a competent law-applying organ ascertains that […], it is to posit an individual norm […]').

[56] If one takes that the application of a general norm ends with the execution of a coercive act, an additional condition would be that it is *possible* for an individual norm decreeing the execution-organ to execute the coercive act to be applied (observed) or non-applied (violated). Although it will generally be possible for the execution-organs to execute coercive acts decreed by individual categorical sanction-decreeing norms posited by the courts, one can, theoretically, imagine a situation where this would not be the case, e.g., where there are no execution-organs. However, from Kelsen's 'correct' formulation of the general sanction-decreeing norm it follows that the application of this norm consists in the positing of the individual categorical sanction-decreeing norm, and not in the execution of the decreed sanction. The execution of the decreed sanction seems to be the application (observance) by the execution-organ of the individual categorical sanction-decreeing norm posited by the competent law-applying organ.

[57] Of course, it should also be *possible* for such individual categorical norm to be applied (observed) or non-applied (violated). However, I am unable to imagine a case in which it would be *generally* impossible for courts to apply (observe) or not apply (violate) the corresponding individual categorical norms they posit.

(hypothetical) norm becomes fully valid from the moment it can *actually* be applied (observed) or non-applied (violated)[58], that is, from the moment an individual categorical norm corresponding to the general (hypothetical) norm is posited[59].

A general (hypothetical) norm acquires its full validity through the process of its individualization[60]. The process of individualization starts with the law-applying organ (e.g., a court) determining whether a concrete state of affairs which is subsumable under the state of affairs specified abstractly in the general norm exists. If the court finds that a concrete state of affairs which is subsumable under the state of affairs specified abstractly in the general norm exists, the process continues with the positing of the corresponding individual categorical norm 'You, the competent court, are to posit an individual norm decreeing that a certain coercive act is to be executed'. Thus, says Kelsen, «[t]he 'validity' of a general norm, i.e. its specific existence, is not a static state of affairs, but a dynamic process»[61]. Validity develops in stages, i.e., from conditional to full validity.

The positing of an individual norm by a court, which decrees that a concrete coercive act which is subsumable under the coercive act specified abstractly in the general norm is to be executed, presupposes the recognition of the general (hypothetical) norm. The recognition of the general (hypothetical) norm consists in the positing of the corresponding individual categorical norm addressed to the competent law-applying organ, e.g., the competent court. According to Kelsen, there are two possible cases of recognition. Either the competent court itself recognizes the general (hypothetical) norm it is to apply and addresses the corresponding individual categorical norm to itself or the higher court recognizes the general (hypothetical) norm the competent court is to apply (but has not recognized) and

[58] It is unclear whether Kelsen would allow it to be inferred that a general sanction-decreeing norm becomes fully valid even in the case where its mediate addressee (the individual whose behaviour is a condition for a coercive act) posits an individual categorical norm, addressed to himself/herself, corresponding to the general norm of behaviour which is implicit in the general sanction-decreeing norm. This, however, does not seem sufficient since the individual could still fail to observe the individual categorical norm he/she addressed to himself/herself, which, in turn, would call for the application of the general sanction-decreeing norm. It would, therefore, have to be claimed that, in this case, the general sanction-decreeing norm becomes fully valid if the individual not only recognizes the implicit general norm of behaviour and posits the corresponding individual categorical norm, but, in addition, observes it. However, this would not be in accordance with either Kelsen's own criterion for full validity (which does not require the observance of the corresponding individual categorical norm) or his view about the position and relevance of 'norms of behaviour' in the legal order.

[59] P.E. Navarro seems to confuse the individual categorical norm a court addresses to itself in recognition of the general norm with the individual norm a court addresses to the execution-organ. This leads him to conclude that, according to Kelsen, «a general norm is valid – 'fully' valid – only in so far as it *is* applied – which is tantamount to saying that the norm is fully valid only if it is efficacious». See Navarro 2013: 99.

[60] See Kelsen 1991: 50.

[61] Kelsen 1991: 50.

addresses the corresponding individual categorical norm to the competent court[62].

Of course, it is possible for the competent court to not recognize the general (hypothetical) norm for the concrete case and thus to not posit the corresponding individual categorical norm addressed to itself. If its decision is not appealed and becomes *res judicata*, the general (hypothetical) norm will not acquire its full validity for this case[63]. Likewise, the general (hypothetical) norm will not acquire its full validity if the court is the court of last instance and this court does not recognize the general (hypothetical) norm which is to be applied[64]. However, «the fact that a court does not recognize and so does not apply a general legal norm to a concrete case does not repeal the validity of the general legal norm, and consequently it can be applied as a valid legal norm in a similar case by the same judge and especially by other judges»[65].

A few examples of conditionally and fully valid norms are in order here.

(i) The general sanction-decreeing norm 'If the competent court finds that someone committed murder, it is to posit the individual norm decreeing the execution-organ to imprison this person for 10 years' is conditionally valid in that it is valid under the condition that there is a possibility of its observance or violation, and application or non-application, or more concretely, that there is a possibility of someone committing murder (i.e., violating the implicit general norm forbidding murder), that the competent court finds that someone committed murder, and that the court addresses to itself the corresponding individual categorical norm 'You, the competent court, are to posit an individual norm decreeing to the execution-organ to imprison that person for 10 years' (which, consequently, makes it possible for the general sanction-decreeing norm to be applied). The norm is fully valid where the competent court actually finds that, e.g., John committed murder and actually addresses to itself the corresponding individual categorical norm 'You, the competent court, are to posit an individual norm decreeing to the execution-organ to imprison John for 10 years', i.e., if the condition under which the norm is valid is satisfied.

(ii) The individual categorical sanction-decreeing norm 'You, the execution-organ, are to imprison John for 10 years', which is posited by the competent court, is conditionally valid in that it is valid under the condition that there is a possibility of its application (observance) or non-application (violation), i.e., that the empowered and decreed behaviour (i.e., imprisoning) is possible, or more concretely, that there is the execution-organ and that John is alive. The norm is fully valid where there actually is the execution-organ and John is actually alive, i.e., if the condition under which the norm is valid is satisfied.

---

62 See Kelsen 1991: 53-54, 239.
63 Kelsen 1991: 53.
64 Kelsen 1991: 54.
65 Kelsen 1991: 54.

(iii) Finally, the individual hypothetical sanction-decreeing norm 'You, the execution-organ, are to imprison Elisabeth for 5 years if she commits another delict within the next 3 years'[66] is conditionally valid in that it is valid under the condition that there is a possibility of its observance or violation, and application or non-application, or more concretely, that there is a possibility that Elisabeth commits another delict within 3 years (the possibility of violation of the implicit individual norm of behaviour)[67], that the competent court finds that she committed another delict within 3 years, that the court posits the individual categorical norm decreeing the execution-organ to imprison Elisabeth for 5 years, that there is the execution-organ and that Elisabeth is alive. The norm is fully valid where the competent court actually finds that Elisabeth committed another delict within 3 years, the competent court actually posits the individual categorical norm decreeing the execution-organ to imprison Elisabeth for 5 years, the execution-organ actually exists and Elisabeth is actually alive, i.e., if the condition under which the norm is valid is satisfied.

Therefore, the following can be said:

(i) A general hypothetical sanction-decreeing norm is conditionally valid for all possible cases after it has been posited since it is valid under the condition that it can be observed or violated, and applied or non-applied, that is, if it is possible for the condition abstractly specified in it to be concretely realized (the possibility of violation of the implicit norm of behaviour by the mediate addressee) and that the corresponding individual categorical norm has been posited (which, consequently, makes it possible for the general sanction-decreeing norm to be immediately applied). A general hypothetical norm is fully valid for each individual case if the condition abstractly specified in it is concretely realized (i.e., if the mediate addressee of the general hypothetical norm has violated the implicit general norm of behaviour) and the corresponding individual categorical norm is posited.
(ii) An individual categorical sanction-decreeing norm is conditionally valid for an individual case after it has been posited since it is valid under the condition that it can be applied (observed) or non-applied (violated), that is, that sanctioning (i.e., the execution of the coercive act) is possible (i.e., that the condition for its application to the subject of the coercive act is realized), and is fully valid for an individual case if it can actually be applied (observed) or non-applied (violated),

[66] Of course, the correct formulation would be '[…] if *the competent court finds that* Elisabeth committed another delict […]'.

[67] In analogy to Kelsen's view that, under the assumption that there are in fact two different types of norms, namely, norms addressed to the individuals whose behaviour is the condition for a sanction (norms of behaviour) and norms addressed to the law-applying organs (sanction-decreeing norms), norms of behaviour are merely implicit in sanction-decreeing norms, I present here the individual norm of behaviour as implicit in the individual hypothetical sanction-decreeing norm.

that is, if sanctioning (i.e., the execution of the coercive act) is actually possible (i.e., if the condition for its application to the subject of the coercive act is actually realized). In the case of individual categorical norms, the moments of their becoming conditionally and fully valid coincide (i.e., they are both conditionally and fully valid from the moment of their positing).

(iii) An individual hypothetical sanction-decreeing norm is conditionally valid for an individual case after it has been posited since it is valid under the condition that it can be observed or violated, and applied or non-applied, that is, if it is possible for the condition specified in it to be concretely realized (i.e., the possibility of violation of the implicit individual norm of behaviour by the mediate addressee of the individual hypothetical sanction-decreeing norm), that the competent court finds that the condition has been realized, and that it posits an individual categorical norm decreeing the execution of the specified sanction, which can be applied (observed) or non-applied (violated). An individual hypothetical sanction-decreeing norm is fully valid for an individual case if the competent court finds that the condition specified in it has been realized (i.e., if the mediate addressee of the individual hypothetical norm has violated the implicit individual norm of behaviour) and posits an individual categorical norm, which can be applied (observed) or non-applied (violated), empowering and decreeing the execution of the sanction specified in it.

To conclude. The possibility of efficacy as a condition for the beginning of legal validity of a general hypothetical sanction-decreeing norm means the possibility of observance or violation of the implicit general norm of behaviour and the possibility of immediate application (observance) and non-application (violation) of the general hypothetical sanction-decreeing norm (which exists if there exists the possibility of the courts positing the corresponding individual categorical norms). The possibility of efficacy as a condition for the beginning of legal validity of an individual categorical sanction-decreeing norm means the possibility of its application (observance) or non-application (violation). The possibility of efficacy as a condition for the beginning of legal validity of an individual hypothetical sanction-decreeing norm means the possibility of observance or violation of the implicit individual norm of behaviour and the possibility of application (observance) or non-application (violation) of the individual categorical sanction-decreeing norm which was posited in correspondence with the individual hypothetical sanction-decreeing norm.

4. Efficacy as a condition for the end of a norm's validity

According to Kelsen, a norm ceases to be valid (i.e., loses its initially acquired validity) if derogated, that is, if repealed by another norm, if the validity time for which it was posited runs out, and, in the case of individual norms, if a norm is

executed. However, as with the beginning of a norm's validity, here too efficacy plays the role of a validity condition. A legal norm loses its validity if it loses its «efficacy or the possibility of efficacy»[68]. Efficacy is a condition for the end of a norm's validity. More precisely, when it comes to general legal norms, a norm of this type loses its validity in the following two cases: (i) if it loses the possibility of efficacy, or (ii) if it loses efficacy. When it comes to individual legal norms, such a norm loses its validity if it loses the possibility of efficacy[69].

The possibility of efficacy, as was already said, means the possibility of observance or application of a norm. Therefore, a general sanction-decreeing norm loses its validity if it is no longer possible to observe or apply it. This can be the case when it is no longer possible for a state of affairs specified abstractly in a general sanction-decreeing norm, which is a condition for a coercive act, to be realized. This is primarily the case when the norm of behaviour implicit in a general sanction-decreeing norm loses the possibility to be observed or violated. However, since the implicit norm of behaviour can no longer be observed or violated, the general sanction-decreeing norm cannot be applied. The general sanction-decreeing norm cannot be applied since the court will never be in a situation to ascertain that the state of affairs specified abstractly as a condition for a coercive act has occurred concretely. However, a general sanction-decreeing legal norm would lose its validity, even if the implicit norm of behaviour did not lose the possibility of being observed or violated, if it lost the possibility of being applied. This would, at least theoretically, be the case if the courts were dissolved some time after the positing of the general sanction-decreeing norm.

Individual legal norms also lose their validity if they lose the possibility of efficacy. An individual categorical sanction-decreeing norm loses its validity if it remains non-applied until it can no longer be applied (although its validity time has still not run out)[70] (e.g., it loses its validity if it remains non-applied until the person ordered to be imprisoned dies or, at least theoretically, until all the execution-organs in the legal order are dissolved)[71]. The same applies to individual hypothetical sanction-decreeing norms. An individual hypothetical sanction-decreeing norm loses its validity when it remains non-applied until it can no longer be applied (although its validity time has still not run out) (e.g., if, after the condition specified in such a norm

[68] Kelsen 1991: 139.

[69] It seems that in *Pure Theory of Law*, 2nd edition, Kelsen claimed that the loss of efficacy is a condition for the end of validity of individual norms as well. See Kelsen 1967: 213, 207-208.

[70] I added this condition to Kelsen's original formulation of the loss of the possibility of efficacy of individual norms as a condition of their validity in order to differentiate between the situation where an individual norm loses its validity because it lost the possibility of efficacy and the situation where it loses its validity because its validity time ran out, which, as was said in Section 1, Kelsen identifies as a separate condition for the end of validity of a norm.

[71] Kelsen 1991: 139-140.

is realized and the competent court posits an individual categorical norm decreeing a coercive act to be executed, the former norm remains non-applied until the person against whom the coercive act was ordered dies or, at least theoretically, until all the execution-organs in the legal order are dissolved).

An individual hypothetical sanction-decreeing norm also loses its validity when the individual norm of behaviour implicit in the individual hypothetical sanction-decreeing norm has been observed (e.g., an individual hypothetical sanction-decreeing norm decreeing civil execution on *A*'s assets if *A* does not pay 1000,00 EUR to *B* within two weeks loses its validity if *A* pays the said amount of money to B within the specified period of time). However, this does not seem to be the case where a norm loses its validity for the reason that it lost its efficacy. Namely, if, by analogy, one takes Kelsen's view that a general sanction-decreeing norm can be considered efficacious even if never applied, but under the condition that the norm of behaviour implicit in it is always observed by citizens, one could claim that an individual hypothetical sanction-decreeing norm is efficacious even if never applied, under the condition that the individual norm of behaviour implicit in it has been observed, although the individual hypothetical sanction-decreeing norm has thus lost its validity.

A special case of general legal norms losing their validity is the case of their losing (not the possibility of efficacy, but) efficacy itself. It is the case of so-called *desuetudo*. According to Kelsen, a general legal norm loses its validity «if [it] cease[s] to be observed by and large, and when not observed, to be applied»[72]. The example Kelsen provides is the following:

> a general legal norm which prohibits the sale of alcoholic beverages by specifying that whoever sells alcoholic beverages is to be punished with imprisonment would lose its validity if it happened that as a result of resistance by the subjects of the norm it was not observed and furthermore not applied by the competent organs[73].

There are, thus, two conditions that have to be met in order for it to be considered that a general sanction-decreeing norm lost its efficacy and, consequently, its validity. First, general ('by and large') non-observance of the implicit general norm of behaviour by the mediate addressees of the general sanction-decreeing norm and, second, general ('by and large') non-application of the general sanction-decreeing norm by the competent organ. A norm would not be considered to have lost its efficacy if only the individuals whose behaviour is the condition for the coercive act decreed in the general sanction-decreeing norm were by and large not observing the implicit norm of behaviour, while the competent organs were at the same time by and large applying the general sanction-decreeing norm.

---

72 Kelsen 1991: 139.
73 Kelsen 1991: 139.

However, following what seems to be Kelsen's view on when a norm can be considered efficacious[74], it seems that a norm loses its efficacy even when observed by and large if, when violated, it is not applied by and large, irrespective of the extent of this violation. Thus, it seems that Kelsen's above quoted statement about when a norm loses its efficacy and, consequently, its validity, needs to be slightly refined. A norm loses its efficacy and, consequently, its validity when non-applied by and large in the case of its non-observance (violation), irrespective of whether or not the norm was non-observed by and large.

The general non-observance of a sanction-decreeing norm by its mediate addressees (i.e., the addressees of the implicit general norm of behaviour) and the general non-application of the norm by the competent law-applying organs over a long period of time constitute a custom[75]. According to Kelsen, there are two ways in which such a custom can give rise to a norm's loss of efficacy and, consequently, its loss of validity. The first is when the custom of non-observance and non-application is not accompanied by a behaviour-prescribing norm arising by way of custom[76]. For example, to use the above quoted general norm regarding the sale of alcoholic beverages, if people sell alcoholic beverages and the competent courts do not find that people sell alcoholic beverages and do not posit individual categorical norms decreeing the execution-organs to imprison them. The second is when such a custom is accompanied by a behaviour-prescribing norm arising by way of custom[77]. In the second case, the norm in question can be either «a norm prescribing the omission of an action commanded by a hitherto valid norm, or a norm prescribing an action whose omission is commanded by a hitherto valid norm»[78]. For example, if, in addition to the custom of non-observance and non-application of the general norm regarding the sale of alcoholic beverages, a new (implicit general) customary norm arises which decrees as obligatory the sale of alcoholic beverages, and a new general customary sanction-decreeing norm arises which decrees as obligatory the imprisonment of those found by the competent organs to have failed to sell alcoholic beverages. Although in the second case there exists an incompatibility between what the new customary norm and the non-observed and non-applied statutory norm decree as obligatory, there is in fact «*no conflict of norms*, since the custom which gives rise to the new norm implies the long-standing non-observance and non-application of the hitherto valid norm, which thus loses its efficacy and consequently its validity»[79]. Therefore, the reason, in both cases, for the general norm's loss of efficacy is the long-standing actual behaviour contra-

74 See Section 2.
75 Kelsen 1991: 109.
76 Kelsen 1991: 109.
77 Kelsen 1991: 109.
78 Kelsen 1991: 109.
79 Kelsen 1991: 109.

dicting the behaviour stipulated by the norm as the behaviour that ought to be[80].

While Kelsen gives a (conceptual) argument for the possibility of efficacy as a condition of validity[81], in his *General Theory of Norms* he only stipulates that a general legal norm loses its validity if it loses its efficacy. I shall therefore examine the arguments he provides in *Pure Theory of Law* (1967 [1960]) and *General Theory of Law and State* (1945). Also, since the mere custom of non-observance and non-application of a norm (and not also a new incompatible customary norm) is sufficient to regard the norm as having lost its efficacy and, consequently, its validity, I will focus on Kelsen's explanation of why this is necessarily so.

According to Kelsen, efficacy is stipulated as a condition of validity of the constitution, the legal order as a whole, and each legal norm by the basic norm of the legal system[82].

> The reason for the validity – that is, the answer to the question why the norms of this legal order ought to be obeyed and applied – is the presupposed basic norm, according to which one ought to comply with an actually established, by and large efficacious, constitution, and therefore with the by and large efficacious norms, actually created in conformity with that constitution. In the basic norm the fact of creation and the efficacy are made the condition of the validity – "efficacy" in the sense that it has to be added to the fact of creation, so that neither the legal order as a whole nor the individual legal norm shall lose their validity[83].

Therefore,

> a norm is not regarded as valid which is never obeyed or applied. In fact, a legal norm may lose its validity by never being applied or obeyed – by so-called *desuetude*. *Desuetudo* may be described as negative custom, and its essential function is to abolish the validity of an existing norm. […] If efficacy in the developed sense is the condition for the validity not only of the legal order as a whole but also of a single legal norm, then the law-creating function of custom cannot be excluded by statutory law, at least not as far as the negative function of *desuetudo* is concerned[84].

---

[80] The custom of non-observance and non-application cannot constitute a derogating customary norm. According to Kelsen, «a derogating norm cannot arise by way of custom». See Kelsen 1991: 109. The reason is that customary norms can refer only to human behaviour (i.e., they can be only behaviour-prescribing norms), while derogating norms refer to the validity of other norms. See Kelsen 1991: 106-107. However, it seems that in his earlier works Kelsen allowed for the existence of derogating customary norms. In *General Theory of Law and State* he says that «[d]esuetudo annuls a norm by creating another norm, identical in character with a statute whose only function is to repeal a previously valid statute». See Kelsen 1945: 119.

[81] See Section 3.

[82] Kelsen 1967: 208, 212.

[83] Kelsen 1967: 212.

[84] Kelsen 1967: 213.

As Kelsen himself admits, this interpretation is valid only if efficacy is a condition of validity not only of the legal order as a whole but also of each single legal norm of the legal order. And it seems that, for Kelsen, this is a contingent matter. That is, it depends on whether something like an international law principle of effectiveness (according to which «a legal order must be efficacious in order to be valid»)[85] is «adopted to a certain extent also by national law»[86]. If adopted, «within a national legal order the validity of a single norm may be made dependent upon its efficacy» in the sense of *desuetudo*[87]. On the one hand, however, when formulated in this way, efficacy is a contingent condition of validity of a legal norm. On the other hand, Kelsen did not demonstrate that any national legal order adopted efficacy as a condition of validity in the above sense or, more importantly, did not present any argument for why the basic norm would stipulate efficacy as a condition of validity of each single legal norm, instead of limiting itself to the general efficacy of the legal order as a whole, which is sufficient to presuppose the basic norm. The basic norm, according to Kelsen, «refers directly to a specific constitution, actually established by custom or statutory creation, by and large efficacious, and indirectly to the coercive order created according to this constitution and by and large efficacious»[88].

Furthermore, Kelsen himself seems to offer another, conceptually more adequate, efficacy condition for the end of validity of a single legal norm, that is, the loss of efficacy of the legal order as a whole.

> The norms of a positive legal order are valid […] only *as long as* this legal order is efficacious. As soon as the constitution loses its efficacy, that is, as soon as the legal order as a whole based on the constitution loses its efficacy, the legal order and every single norm lose their validity[89].

This is the view Kelsen also explicitly expresses in *General Theory of Law and State*, where he claims that «[a] norm is considered to be valid only on the condition that it belongs to a system of norms, to an order which, on the whole, is efficacious»[90] and that «[e]very single norm loses its validity when the total legal order to which it belongs loses its efficacy as a whole»[91].

---

85 «According to this principle of international law, an actually established authority is the legitimate government, the coercive order enacted by this government is the legal order, and the community constituted by this order is a State in the sense of international law, in so far as this order is, on the whole, efficacious» (Kelsen 1945: 121).

86 Kelsen 1945: 122.

87 Kelsen 1945: 122.

88 Kelsen 1967: 201.

89 Kelsen 1967: 212.

90 Kelsen 1945: 42

91 Kelsen 1945: 119.

Therefore, it seems that efficacy as a condition for the end of validity of a single legal norm does not mean that a legal norm necessarily loses its validity if it loses its efficacy[92], but, rather, if the legal order as a whole ceases to be by and large efficacious. Since legal norms exist only as members of a system of norms, they, by definition, lose their validity when the system loses its validity. Furthermore, such an efficacy condition for the end of validity of a legal norm allows for there to be a valid legal norm even if it is not efficacious by and large or is completely inefficacious for a long period of time as long as there is a by and large efficacious legal order in place, that is, as long as there is the possibility that the norm acquire (if completely inefficacious from the moment of its positing) or reacquire (if inefficacious from a later moment) its efficacy.

Of course, one might argue that a norm would lose its validity when it lost its efficacy if a custom were established as a law-creating fact within a certain legal order[93]. However, according to Kelsen, it is not the new incompatible customary norm that arises alongside the old and inefficacious statutory norm which ends the validity of the statutory norm, but instead the custom of long-standing non-observance and non-application of the statutory norm[94]. Therefore, in order for a norm to lose its validity after having lost its efficacy, *desuetudo* would have to be established as a law-*repealing* fact by the legal order. However, besides the fact that legal orders, as a rule, do not regulate *desuetudo*, it would be unreasonable for them to do this also for the reason that this would mean that they would at the same time order the law-applying organs to apply valid legal norms and empower them to not apply them when they do not wish to and thus to bring their validity to an end.

From this it follows that general legal norms in fact lose their validity not when they lose their efficacy, but instead, and as is the case with individual legal norms, when they lose the possibility of their efficacy. However, since they also lose their validity when the legal order as a whole ceases to be by and large efficacious, that is, when the legal order's norms start being by and large inefficacious, one can say that a general legal norm loses its validity when a sufficient number of other norms of the system cease to be efficacious. Therefore, a general legal norm loses its validity either if it loses the *possibility* of *its* efficacy or if a sufficient number of other norms of the order lose *their efficacy*.

---

92 Obviously, the loss of efficacy (*desuetudo*) is a condition for the end of validity of customary norms.

93 See Kelsen 1934: 73.

94 In *General Theory of Law and State* Kelsen says that «[d]esuetudo annuls a norm by creating another norm, identical in character with a statute whose only function is to repeal a previously valid statute». See Kelsen 1945: 119. Therefore, it seems that he allows for the existence of derogating customary norms. However, in *General Theory of Norms* he claims that «a derogating norm cannot arise by way of custom». See Kelsen 1991: 109. The reason is that customary norms can refer only to human behaviour (i.e., they can be only behaviour-prescribing norms), while derogating norms are metanorms, referring to the validity of other norms. See Kelsen 1991: 106-107.

5. Conclusion

According to Kelsen, efficacy is a condition for the validity of legal norms. However, from the analysis and reconstruction of Kelsen's views in *General Theory of Norms* it follows that in the case of norms posited by way of legislation, it is, in fact, not a norm's efficacy, but the possibility of its efficacy which is a condition for its validity. It turns out that the possibility of a norm's efficacy is a condition for both the beginning and the end of the norm's validity, with the exception of the case where a legal norm loses its validity when a sufficient number of other norms of the order lose their efficacy.

More specifically, taking into account the dynamic aspect of the legal order, the different types of norms, the distinction between the conditional and full validity of a norm and the distinction between norm-observance and norm-application, the analysis and reconstruction of Kelsen's view on efficacy as a condition for a norm's validity leads to the following conclusions.

(i) A general hypothetical sanction-decreeing legal norm acquires its validity when posited, under the condition that it is possible to observe or violate the general norm of behaviour which is implicit in it, and to immediately apply (observe) and non-apply (violate) the general hypothetical sanction-decreeing norm (which presupposes the possibility of the law-applying organs positing the corresponding individual categorical norms). It remains valid until derogated, or until its validity time runs out, or until the general norm of behaviour which is implicit in it loses the possibility of being observed or violated, or until the general sanction-decreeing norm loses the possibility of being mediately applied, or until a sufficient number of other norms of the legal order lose the possibility of being observed or applied.

(ii) An individual hypothetical sanction-decreeing legal norm acquires its validity when posited, or in virtue of the principle *res judicata* (if not posited in correspondence with a general sanction-decreeing norm), under the condition that it is possible to observe or violate the individual norm of behaviour which is implicit in it, and to apply (observe) or non-apply (violate) the individual categorical sanction-decreeing norm posited in correspondence with the individual hypothetical sanction-decreeing norm. It remains valid until derogated, or until its validity time runs out, or until the individual norm of behaviour which is implicit in it has been observed, or executed, or until it loses the possibility of being applied (although its validity time has still not run out).

(iii) An individual categorical sanction-decreeing legal norm acquires its validity when posited, or in virtue of the principle *res judicata* (if not posited in correspondence with a general sanction-decreeing norm), under the condition that it is possible to apply (observe) and non-apply (violate) it. It remains valid until derogated, or until its validity time runs out, or until executed, or until it loses the possibility of being applied (although its validity time has still not run out).

References

Burazin, L. (2017). *The Concept of Law and Efficacy*, in M. Sellers, S. Kirste (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht, Springer, 1-7.

Grabowski, A. (2013). *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa* (2009), Engl. transl. *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law. A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, Berlin-Heidelberg, Springer.

Guastini, R. (2010). *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè.

Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, I ed.

Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Kelsen, H. (1967). *Reine Rechtslehre* (1960), Engl. transl. *Pure Theory of Law*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, II ed.

Kelsen, H. (1991). *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), Engl. transl. *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press.

Navarro, P. E. (2013). *The Efficacy of Constitutional Norms*, in L.D. d'Almeida, J. Gardner, L. Green (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 77-99.

A Path that Forks.
Legal Science between Is and Ought

*Riccardo Guastini**

Abstract

Distinguishing between law and legal science –between legal norms and the juristic description of norms– is a crucial point for the pure theory. Nonetheless, Kelsen seems unable to give a consistent and satisfactory account of both the wording and the logical form of legal statements (or propositions of law), that is, the sentences by which legal scholars are supposed to describe the law. In particular, he cannot decide whether legal statements are empirical (is-) or normative (ought-) sentences. This is especially clear in his posthumous *General Theory of Norms*.

Keywords: Pure Theory of Law. Legal Norms. Legal Statements about Norms. Validity. Logic of Norms. Logic of Legal Statements.

1. Distinguishing between Law and Legal Science

One of the main concerns of Kelsen's (his all life through, indeed) was distinguishing sharply between law and legal science.

«La science du droit ne peut ni ne doit –ni directement ni indirectement– créer le droit; elle doit se limiter à connaître le droit que créent les législateurs, les administrateurs et les juges. Cette renonciation, incontestablement douloureuse pour le jurisconsulte, parce que contraire à l'intérêt compréhensible de son état, est un postulat essentiel du positivisme juridique, qui, en opposition consciente avec toute doctrine de droit naturel, avouée ou secrète, rejette résolument le dogme que la doctrine soit une source de droit»[1].

In particular, in the *General Theory of Norms*[2], Kelsen harshly criticizes «the

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

1 Kelsen 1928: 7.

2 Kelsen 1979.

tendency to identify the science of ethics with its object –morality– and legal science with its object –law– and so to speak of them as 'normative' sciences in the sense of sciences which posit norms or issue prescriptions, instead of merely describing the norms presented to them as their object»[3]. He blames «those representatives of legal science who consider it their task not so much to know positive law and describe it objectively, as to justify or question its validity on moral or political grounds and so engage in a highly subjective *evaluation* of law under the banner of objective legal cognition»[4]. Kelsen had both moral and political (or constitutional) reasons to hold firmly the distinction between law and legal science.

First, he endorsed the "inner morality" of science (as we may call it). «The fundamental principle of science [is] Truth»[5]. Law is a set of norms, and norms are the result of acts of will, that is «arbitrary»[6] political decisions –they have no truth-values and their contents are conditional upon the moral values of law-making authorities. Legal science, on the contrary, as any other science whatsoever, is a merely cognitive enterprise, a set of value-free, descriptive, truth-apt, sentences. «*La doctrine* cannot perform any law-forming acts, since law-forming acts are acts of will, while legal science or *la doctrine* is a function of cognition rather than will»[7]. «The interpretation of legal norms is legal *cognition* and legal cognition cannot repeal the validity of legal norms any more that it can create legal norms (i.e. make them valid), interpretation cannot resolve conflicts of norms»[8].

Second, he had a political attitude of respect towards those positive, materially constitutional, rules that regulate law-making. Law-creation is the exclusive task of those competent organs that are empowered by legal rules[9]. Legal scientists have no legal authority[10], they are not enabled to create new law, they have no legal competence to legislate. «Since the law regulates its own creation and application, […] only individuals on whom the legal order confers this power can create or apply legal norms»[11]. «*La doctrine* can only state that a certain legal norm is valid, it can only describe the relations between legal norms, and between legal and other norms, and not make legal norms valid or deprive them of validity. Only a legal *authority*, such as the legislator or the judge, can do that»[12]. Legal science «cannot posit norms or prescribe anything»[13]; it «is no more competent to resolve –e.g., by interpretation–

[3] Kelsen 1979: 1.
[4] Kelsen 1979: 117.
[5] Kelsen 1945: xvi.
[6] Kelsen 1979: 4.
[7] Kelsen 1979: 118.
[8] Kelsen 1979: 225.
[9] Kelsen 1979: 27.
[10] Kelsen 1979: 155.
[11] Kelsen 1979: 102.
[12] Kelsen 1979: 118.
[13] Kelsen 1979: 153.

existing conflicts of norms (i.e., to repeal the validity of posited norms) than it is to posit them in the first place»[14].

So, distinguishing between law and legal science –between legal norms and the juristic description of norms– is a crucial point for the pure theory. Nonetheless, Kelsen seems unable to give a consistent and satisfactory account of both the wording and the logical form of legal statements (or propositions of law), that is, the sentences by which legal scholars are supposed to describe the law. In particular, he cannot decide whether legal statements are empirical (is-) or normative (ought-) sentences. This is especially clear in his posthumous *General Theory of Norms*.

2. Legal Statements as Factual Statements

Propositions of law (*Rechtssätze*) –Kelsen insists– are not norms (of course, they are not) but statements *about* norms.

Now, one can state a lot of different properties of a given norm: for example, that such a norm was actually issued, that it is (or is not) effective, that is (or is not) valid, and so forth.

However, the only statements Kelsen has in mind are statements about the *validity* of norms («the statement about a norm, that is, the statement that a norm is valid […]»[15]), which are supposed to "describe" the norms they refer to[16].

Besides, «in order to exist –i.e., to be valid– a norm must be posited by an act of will. No norm without a norm-positing act of will […]: No imperative without an imperator, no command without a commander»[17]. Therefore, the validity, the very existence, of a positive norm –its presence in the world (although, admittedly, an «immaterial» presence[18])– seems to be a matter of fact (admittedly, a special kind of fact, since only empowered individuals can posit valid, that is, binding norms[19]). The validity of a norm is conditional upon its actual issuance, the «real existence» of a fact[20]. So, the statements about the validity of norms should be *factual* statements, that «can be verified by ascertaining that the norm was posited»[21]. «The validity of a norm is not analogous to the truth of a statement, but the existence of a fact»[22].

And, as a matter of fact, Kelsen does treat legal statements as factual statements

14 Kelsen 1979: 127.
15 Kelsen 1979: 181.
16 Kelsen 1979: 188.
17 Kelsen 1979: 3.
18 Kelsen 1979: 171.
19 Kelsen 1979: 27.
20 Kelsen 1979: 204.
21 Kelsen 1979: 181.
22 Kelsen 1979: 216.

–namely, existential statements– especially when he argues against the applicability of logical principles to (positive) norms. If two conflicting norms –say *Op* and *O*¬*p*– were actually posited, they are both valid, they exist[23]. In such a way that, notwithstanding the *apparent* inconsistency between such norms, there is no contradiction at all between the statements "*Op* is valid (exists)"and "*O*¬*p* is valid (exists)" – they are both true. This thesis supposes (otherwise it would make no sense) that such statements are *empirical* sentences about the actual issuance of the norms they refer to.

Moreover, according to Kelsen, a norm is valid *if and only if* it was actually posited (by a competent authority): therefore, the issuing of a norm is a condition both necessary and sufficient for its validity[24]. That amounts to say that stating the validity of a norm and stating that such a norm was actually posited are logically equivalent sentences.

Besides, «the application of logical principles to the sentences of legal and moral science is beyond question; but not so the application of logical principles to the object of these sciences, i.e. norms»; «the application of logical principles to natural science does not entail that these principles are applicable to the object of this science, i.e. the facts of natural reality»[25]. So, norms are analogous to «the facts of natural reality», and legal science looks analogous to natural sciences. No need to say that the sentences of natural sciences are empirical, not normative (deontic).

3. Legal Statements as Ought-Sentences

Thus, propositions of law seem to be factual statements. Nonetheless, according to Kelsen, this is not the case, since the norm-positing act is to be sharply distinguished from its meaning-content, that is, the norm itself[26]. «A sentence which asserts the validity or existence of a norm *must* be an ought-sentence and not an is-sentence, that is, cannot be a sentence which *asserts* the existence of a fact»[27]. «The norm of the legal authority and the statement of legal science about this norm can [in fact: they *must*] have the same wording»[28]. A legal statement is the answer to the question "What ought I to do?"; therefore, it can only be an ought-sentence[29].

So, in some simple cases the statement about (the validity of) a norm will be but *an echo* of the norm itself. «A father says to his son: 'Karl, shut the door'. The son […] appears not to hear his father. So, his mother says to him: 'Karl, you ought

[23] Kelsen 1979: 213, 218, 224.
[24] Kelsen 1979: 18, 223.
[25] Kelsen 1979: 155.
[26] Kelsen 1979: 153.
[27] Kelsen 1979: 150.
[28] Kelsen 1979: 153.
[29] Kelsen 1979: 182.

to shut the door'. It is the father who commands, and not the mother. The sentence spoken by the mother is not a command, but the statement about the father's command»[30].

Is mother's sentence really a statement? What is it supposed to *state*? Contrary to Kelsen, mother's sentence looks like the *iteration* of the quoted command, hence the command itself, although somehow weakened. To be sure, formulating a norm and quoting it in brackets, respectively, are two different matters. «When the norm is placed within quotation marks (i.e. is *quoted*), its prescriptive signification is, so to speak, put in brackets, and excluded as the signification of the statement-sentence in which it occurs»[31]. In such cases, the (quoted) "ought" is not «genuine», but «inauthentic»; it has a descriptive, not a prescriptive meaning[32].

Nonetheless, Kelsen seems not to distinguish clearly between repeating a command ("Shut the door") and quoting a command ("Father said: 'Shut the door'") within quotation marks. Otherwise, legal statements would not admit a deontic formulation. Kelsen complains about the confusion between norms and statements about norms, and consequently between law and legal science[33]. But he himself encourages such a confusion.

Moreover, in most cases, namely where legal science is concerned, the statement describing a norm will be not the plain iteration, a simple echo, of a legal provision, but the result of the juristic *reconstruction* of the norm at stake, by interpreting and handling the relevant legal provisions. For instance (a very basic example, indeed), the legislator, by means of two different sentences, first defines the notion of murder ("Murder is the intentional causing of the death of another"), then commands the relative sanction ("Murder is punished by putting the murderer to death"). A legal scholar describes the reconstructed norm stating that "If a person by his behaviour intentionally causes the death of another, punishment by death ought to be inflicted to him"[34].

Unfortunately, a juristic sentence like this does not look as a statement *about* the norm, whose formulation simply «differs from that of the legal norm»[35]. Rather, it looks like *the norm itself*. The norm is not "described" or mentioned –it is reconstructed and formulated for the first time by legal science. And this formulation, Kelsen says, «is of the greatest theoretical significance […] since it is only in this formulation as a hypothetical judgment that the principle of *imputation* fundamental to the normative sciences is expressed»[36].

---

30 Kelsen 1979: 151 f.
31 Kelsen 1979: 187.
32 Kelsen 1979: 155.
33 Kelsen 1979: 155.
34 Kelsen 1979: 188. Some more complicated examples at Kelsen 1979: 53, 130.
35 Kelsen 1979: 188.
36 Kelsen 1979: 188.

So, after all, according to Kelsen, propositions of law are ought-sentences, just like the norms they claim to describe. In this way, however, the distinction between law and legal science is completely blurred.

4. Validity between Is and Ought

This disappointing conclusion depends on Kelsen's concept of validity. For Kelsen holds that validity amounts, at the same time, to both existence (that is, apparently, a plain matter fact) and binding force (which certainly is *not* a matter of fact).

In his view, however, neither existence nor binding force are properties of norms. Existence is no property of norms, since existence is no predicate[37]. Binding force, in turn, is no property of norms, since bindingness is a part of the very *definiens* of "norm" –any norm (valid, otherwise it would not exist) is binding by definition. «The *validity* of a norm –i.e., its specific *existence*– consists in that the norm *ought* to be observed»[38]. «"To be valid" in its specific –objective– meaning signifies "ought-to-be-observed"»[39]. «An empowered command is a *norm* binding on the addressee, obligating him to act in the prescribed way»[40]. «The validity of a norm consists in the fact that it ought to be observed»[41].

So, a valid norm is just *a norm* and nothing else –«"A valid norm" is a redundant expression»[42]. And a non-valid norm is *no norm* at all– «"An invalid norm" is a contradiction in terms»[43].

As a consequence, saying "The norm *Op* is not valid" amounts to say that *Op* does not "exist"[44] –hence it is not binding, no obligation to *p* exists.

On the contrary, the sentence "The norm *Op* is valid" says nothing at all regarding the norm at stake. "*Op* is valid" is equivalent to repeating "*Op*"[45], and *Op*, being a norm, is binding.

This is why statements of validity either formulate or simply repeat the norms themselves.

---

37 Kelsen 1979: 171, 225, 233, 383.
38 Kelsen 1979: 3.
39 Kelsen 1979: 28.
40 Kelsen 1979: 27.
41 Kelsen 1979: 221.
42 Kelsen 1979: 171.
43 Kelsen 1979: 171.
44 Kelsen 1979: 174.
45 Kelsen 1979: 155, 164.

5. Confusion between the Logic of Norms and the Logic of Legal Statements

Kelsen's difficulty to distinguish clearly between legal norms and legal statements emerges also in his discussion of the topic "law and logic".

As I mentioned before, in such a context, he treats juristic descriptions of norms as factual statements about the actual issuance of the norms at stake. «Just as there are no logical contradictions in natural reality, and as the existence of one fact of reality does not follow logically from the existence of another, so there are no logical contradictions between norms, and the validity of one norm does not follow logically from the validity of another»[46].

For example, Kelsen assumes (quite correctly) that no sentence stating the validity (that is, the actual issuance) of a norm –"Norm N1 is valid"– can entail any sentence stating the validity of another norm –"Norm N2 is valid". For the validity, the existence, of this second norm depends not on a logical inference, but on the actual issuance of the norm concerned[47]. Norms are «valid positive norms only if they are meaning-contents of real, actually occurring, acts of will»[48].

However, while N1 and N2 are norms, the sentences "Norm N1 is valid" and "Norm N2 is valid" are, supposedly, not norms –they are *juristic statements* concerning the validity of two different norms. In other words, Kelsen's reasoning counts as an argument against the applicability of the rules of inference (and logical rules in general) *not* to norms, *but* to the validity of norms, that is, to *legal statements* about validity[49].

Unfortunately, Kelsen is not aware of this crucial point. He believes he argued against the applicability of the rules of inference to *norms* –but, in fact, he did not. Thus, once more, the distinction between legal norms and legal statements about norms fades away.

References

Kelsen, H. (1928). "Préface", in Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, L.G.D.J.; reprinted Économica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986; reprinted «Lo Stato», VI, n. 10, 2018, 199-203.

Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P.

Kelsen, H. (1979). *General Theory of Norms* (1991), tr. ingl. Hartney M., Oxford, Clarendon Press.

[46] Kelsen 1979: 192; see also 233.
[47] Kelsen 1979: 232, 243.
[48] Kelsen 1979: 251.
[49] Kelsen 1979: 240.

SAGGI
(ESSAYS)

The Explanatory Problem of Law's Normativity: A Proposal Based on Practical Attitudes and Normative Statuses

*Pedro Caballero Elbersci**

Abstract

The aim of this article is to analyse the explanatory problem of law's normativity and to provide a novel solution to it. In a nutshell, this is not a practical problem, but a *theoretical* problem that consists in distinguishing, explaining and relating two common claims taken as ascertained: that the law is both a matter of facts and a matter of norms. The strategy of this work begins by distinguishing three fundamental problems, which I consider are implicit in the problem of law's normativity: the infinite regress of interpretations, the gerrymandering, and the individual criterion. It continues by offering a satisfactory answer to each of them. It then ends by showing how the explanatory problem of law's normativity can be solved. The solution appeals to three distinctions, four technical notions, and three conditions of adequacy to explain general normativity, which are crucial to distinguish, explain and relate, in an adequate manner, the factual and the normative dimensions of law.

Keywords: Nature of Law. Social Normativity. Legal Normativity. Ludwig Wittgenstein. Robert Brandom.

1. Introduction

This work is devoted to the analysis of what I will call "the explanatory problem of law's normativity". This problem centres on the scenario in which the law is conceived as a social practice that is composed of two kinds of elements that are mutually related: by factual elements and by normative elements (although it would have to be specified in which senses). This problem consists, then, in distinguishing, explaining and relating both statements: that law is composed of a set of facts and that law is composed of a set of norms.

* Researcher at CONACyT, Mexico. Fixed-term Lecturer at Monterrey Institute of Technology and Higher Education, Campus Santa Fe, Av. Carlos Lazo N. 100, Santa Fe, Álvaro Obregón, 01389, Mexico City, Mexico, *pedro.caballero@tec.mx.*

The position that the law is composed of factual and normative elements is the starting point of this work and in this article this claim will not be defended, but only assumed; although, it has been a controversial thesis in the history of legal theory. This point has also been assumed by Juan Carlos Bayón in the first paragraphs of his book "*La normatividad del derecho*".

> The problem of law's normativity (…) is none other than to accommodate two common claims regarding the law taken as ascertained. On the one hand, that law is a social institution –i.e., a set of complex social *facts*– that can be observed and described from an evaluative neutral point of view through statements that express true or false propositions. On the other hand, that law is essentially *practical*: it appeals to the norms that are part of *existing* law to *justify* actions and decisions, that is, where justificatory practical reasonings are developed, in which apparently legal norms –whose existence is a matter of facts– operate as *reasons* for action. (…) If it is assumed that the determination of what the law provides is *both* a matter of fact and a matter of the identification of a reason for action, it can be said that the problem of law's normativity is none other than explaining how these two things are possible at the same time (Bayón 1991: 17-18)[1].

It can be seen, from this quote, that there are two different kinds of problems about law's normativity should be made here. The first one is the *practical* problem of law's normativity, which is a problem about the *reasons* that law provides to act. The second one is the *explanatory* problem of law's normativity, which is a *theoretical* (or meta-theoretical) problem about how to distinguish, explain and relate the claims that law is a social practice composed of a set of facts and a set of norms. Actually, the *practical* problem of law's normativity *presupposes* the *explanatory* problem of law's normativity; since the practical reasons offered *by* law, either to act or to justify a decision, should be linked to, or grounded in, the norms that constitute the law. Because from these legal norms will emerge the reasons offered *by* law and not the reasons offered by other systems of social norms as morality or religion[2].

> The problem arises as soon as it is affirmed that what law "is" must (legally, not morally) be applied: because if the statements through which the law is identified are purely descriptive –whatever the nature of the phenomena they are supposed to describe is– it cannot be clearly seen how they can construct justifying practical

[1] Other formulations of this problem can be found in Greenberg 2004: 157 and Shapiro 2011: 7.

[2] From this point of view, the explanatory problem of law's normativity is also different from, and previous of, the *moral* problem of law's normativity. This problem is aimed at establishing, from the point of view of judges and other legal officials, whether the identification or determination of the content of law implies or presupposes moral content –Bayón (1991: 32-33) was also explicit on this point–, and from the point of view of citizens, whether or not we ought to obey legal norms –Raz (1979: 3-27, 233-249; and 1986) was very clear on this point, also Smith (1973) and Simmonds (1979).

> reasonings, in which their conclusions constitute a certain *practical attitude*, without this attitude already being present in their premises. Alternatively, if the statements about what the law provides are already practical statements, not merely descriptive, that is, if the law is conceived as a set of *duties* (…) we should clarify how it can be in *genetic or causal relationship* with social facts that belong to the nature of the world (Bayón 1991: 19)[3].

I believe that a distinction between three different dimensions of normativity should be drawn here, i.e., the factual dimension, the strictly normative dimension, and the practical dimension. In this book, it seems that Bayón does not make a sharp distinction between the strictly normative dimension and the practical dimension. However, if it is assumed that norms are social entities –as should be maintained by anyone who does not want to commit herself to the idea that norms are entities that govern only the action of those who recognised them and consider them in their practical reasoning–, then a distinction between the normative and social dimension and the practical and individual dimension should be made[4].

Thus, the explanatory problem of law's normativity, in the first place, is based on two general claims taken as ascertained –i.e. as a matter of facts to be explained– with respect to law. On the one hand, that law is composed of a set of complex social facts and, on the other hand, that law is composed of a set of norms[5]. In the second place, that this problem, however, does not consist in determining the truth or falsehood of these two general claims, because they are commonly accepted. In the third place, that this problem, instead, consists of the complex *explanatory* matter –i.e. not a practical one– about how these two commonly accepted claims about law should be accommodated (i.e., distinguish, explain and relate) into the same theoretical approach. In other words, the explanatory task that is being sought to be carried out in a satisfactory manner contains the following four steps. Firstly, in which sense law has a factual dimension. Secondly, in which sense law has a normative dimension. Thirdly, which is the correct relation between the factual and nor-

[3] Bayón continues saying that: «the problem of law's normativity, then, can also be presented as that of explaining how two concepts or meanings in which we talk about "norms" or we assert that "a norm exists" are related to each other: on the one hand, norms as *social phenomena* that can be said to have a duration in time, that exist in this or that group, but not in another, that have been created or have ceased to exist, etc.; on the other hand, norms as *normative judgments* that are used, in practical reasoning, to justify actions and decisions» (Bayón 1991: 20). Bayón's paragraphs quoted here have been translated by the author of this article.

[4] In this article, I will only focus on the distinction, explanation and relation between the factual and strictly normative dimensions of normativity. However, I believe that the same task of distinction, explanation and relation should be carried out with respect to the strictly normative dimension and the practical dimension of normativity.

[5] The disputed question of whether or not the set of legal norms constitutes a system of norms, in some sense, is not relevant to the argument that will be developed here.

mative dimensions of law. Fourthly, all this from a systematic theoretical approach that does not reduce the explanatory terms of one of them in the explanatory terms of the other.

The explanatory problem of law's normativity has not yet been satisfactorily solved or dissolved. Theorists of law have offered different proposals for solution, but none of them seem to be completely satisfactory. In general terms, these proposals: (i) do not distinguish adequately between the two mentioned common claims[6]; (ii) they distinguish them but do not explain and relate them adequately within a systematic theoretical approach[7]; (iii) they distinguish, explain and relate them within a systematic theoretical approach but reduce the explanatory terms of one in the explanatory terms of the other[8]; (iv) or they distinguish, explain and relate them within a systematic theoretical approach, without reductions, but not in an adequate, no problematic manner[9].

The central claim of this work is the theoretical or meta-theoretical thesis that the normative dimension of law is related to the factual dimension of law through a grounding relation between the notions of practical attitudes (factual side) and normative statuses (normative side). In other words, normative statuses are contents which are grounded in the practical attitudes of social practice's participants.

The hypothesis of this work is that Bayón's proposal as well as the other proposals fail because they do not offer correct solutions for other problems related, but conceptually different and even previous, to the explanatory problem of law's normativity. Based on this hypothesis, the strategy adopted in this investigation consists of stepping backwards in degrees of generality and abstraction regarding the specific explanatory problem of *law*'s normativity. This will be done with the purpose of (i) identifying more fundamental problems, in conceptual terms, and previous ones, in explanatory terms, (ii) offering adequate solutions for each of these

---

6 Examples can be found in the classical theories of natural law.

7 An example of this position might be Alf Ross's proposal in (Ross, 1958), where this author combines an empiricist explanation, based on predictions, with a "normative" but internal explanation, based on the mental states of judges. Although, in this article the possibility of an adequate explanation of the normativity based on the supposed "normativity" of the mental states is questioned.

8 Examples can be found in many legal theories, both those from an only normativist order of explanation (rationalist or religious), as those from a purely empiricist order of explanation. Each of these two orders is committed to one of the two possible directions of a reductionist explanatory strategy. On the one hand, reducing the explanatory terms of the factual dimension in the normative dimension, such as, for example, the classical theories of natural law. On the other hand, reducing the explanatory terms of the normative dimension in the factual dimension, such as, for example, John Austin's theory of law explained in terms of sovereign's mandates, based on the probability of suffering a sanction.

9 I consider Bayón's proposal as an example of this position. His proposal has been considered by many scholars as one of the most solidly argued proposal so far about the law's normativity. However, I consider that Bayón's proposal makes an important mistake. There is no space in this paper to analyse his full proposal in detail, but the mistake will be identified and briefly analysed in the third section.

problems, and (iii) facing the explanatory problem of law's normativity from a solid and systematic theoretical approach, which is based on adequate responses to those more fundamental and previous problems.

As will be seen later, on the one hand, it will be held that there are three conceptually different, independent, and more fundamental, problems regarding the problem of law's normativity. These are the three problems that, as will be argued here, together compose the full version of "the rule-following paradox". On the other hand, it will be held that, in order to offer an adequate theoretical solution to the explanatory problem of law's normativity, adequate theoretical solutions should first be offered to each one of the three problems that compose the rule-following paradox. The rule-following paradox is composing of three problems, which are conceptually different and independent between them, and also conceptually different regarding the explanatory problem of law's normativity, but whose answers should have explanatory priority with respect to the adequate development of a satisfactory solution to the problem of law's normativity[10].

The proposal developed here is explicitly committed to a general philosophical program. It works as a metatheoretical framework to address the explanatory problem of law's normativity. This is the philosophical project outlined first by Ludwig Wittgenstein and later built in a systematic and comprehensive way by Robert Brandom. Wittgenstein-Brandom's project is constructed from a general pragmatist perspective about the conceptual content expressed by speech acts, states of mind, and intentional actions. This is a theory of conceptual content which is composed of a socio-normativist theoretical position regarding pragmatics, an inferentialist theoretical position regarding semantics, and a meta-theoretical position regarding the pragmatic-semantic relationship that gives explanatory priority to pragmatics over semantics[11].

---

[10] The problems of the rule-following paradox are latent in general explanations about social normativity. In addition, they are persistently found, individually or jointly, in most of the particular explanations about *legal* normativity.

[11] Brandom's theory develops completely, within a systematic philosophical theory, the pragmatist idea of Wittgenstein's that the conceptual content (i.e., meaning, in a broad sense) of speech acts, state of mind or propositional attitudes, and intentional actions are determined by virtue of the uses of pieces of language by the speakers in the course of social practices. From this basis, Wittgenstein-Brandom's theoretical strategy starts by characterizing social practices (i.e., language games, in Wittgenstein terms) and continues with an explanation of the conceptual content that speech acts, states of mind and actions acquired by virtue of the role that they play in a particular social practice. This project is ambitious and radical because it seeks not to compromise in any way what is considered the dominant tendency in the analytical theories inherited from the paradigm of modern philosophy. This paradigm consists of the idea that our language, thought, knowledge and action capacities come from, or are a product of, a supposedly more basic capacity of having representations. Instead, Brandom proposes an alternative reconstruction of these capacities, which does not presuppose our representational capacities, but rather maintains that they come from, or are the product of, another capacity considered even more fundamental: the capacity of agents (participants in social practices), implicitly manifested in the explicit use of language, to acquire and develop practical skills and abilities (Brandom 1994: preface; and 2000: introduction).

Wittgenstein-Brandom's project is particularly relevant here, because (i) it clearly identifies the three problems that compose the rule-following paradox, (ii) it offers an adequate solution for each one of these problems, (iii) and it builds adequate means to offer a solution, as will be seen, to the explanatory problem of law's normativity. In this work, this project will not be discussed or contrasted with other theories in competition. Instead, the strategy is to reconstruct some of its theoretical positions –in the way I consider most clear, brief and relevant regarding the problem under analysis– and use them to offer a solution for the three problems of the rule-following paradox and then to build, based on that, a proposal for solution to the explanatory problem of law's normativity.

This work has the following structure. In the second section, the three problems that compose the rule-following paradox will be presented and distinguished. In the third section, Bayón's proposal will be briefly presented and what seems to be wrong will be pointed out. After that, in the fourth section, the solutions to each of the three problems that compose the rule-following paradox, from a well-defined theoretical approach, will be shown. Only then, once these tasks have been fulfilled, in the fifth and final section, the explanatory problem of law's normativity will be addressed. A proposal for solution to this problem in which the factual and the normative dimensions of the law are accommodated into a solid and systematic theoretical approach, which is not committed to any of the rule-following paradox problems, will be offered.

2. The Rule-Following Paradox: Three Different and Independent Problems

In this section, the rule-following paradox will be analysed. It will be held that this paradox is composed of three different and independent problems. Firstly, "the infinite regress of interpretations problem" triggered by the "regulist" positions. Secondly, "the gerrymandering problem" triggered by the "regularist" positions. Thirdly, "the individual or personal criterion problem" triggered by some kind of "subjectivist" positions. Over the course of this section, these problems will be presented, distinguished and explained; in the fourth section, adequate solutions for each of them will be proposed.

As has already been stated in the introduction, and will be argued in the last section, the rule-following paradox contains these three problems which are different and conceptually independent between them, and also with respect to the explanatory problem of law's normativity. However, the adequate solutions for these problems should have explanatory priority in order to develop an adequate answer to the explanatory problem of law's normativity.

The infinite regress of interpretation problem has been identified clearly by Wittgenstein in the *Philosophical Investigations*. This problem affects the notion

of rules (or norms, in the vocabulary that will be used here), and consequently the identification and determination of norms, when they are understood as sufficient criteria of correctness for performances based only on the explicit formulation of a normative statement. This is "the regulist position"[12].

The problem for this position lies specifically in the case in which it is understood, correctly, that norms are criteria of correctness to particular performances but, incorrectly, that they are nothing more than explicit linguistic formulations of those criteria. Because to determine the content of a norm, and to identify the norm, we ought to interpret the norm, i.e., its explicit linguistic formulation; but once this is done, the content of the norm that has been determined, which is another explicit linguistic formulation, can be interpreted again offering a new interpretation or content, and a new explicit linguistic formulation, for the same norm. For this reason, if we understand that norms are nothing other than sufficient criteria of correctness based only on the explicit linguistic formulations or even mental intellections of normative statements applicable to particular performances, then these criteria inevitably fall into an infinite regress of the interpretations of linguistic expressions (Wittgenstein 1953: § 191, § 198, § 201c, § 218)[13].

The second problem has been firstly identified by Wittgenstein in *Philosophical Investigations* and secondly explained more carefully by Kripke in *Wittgenstein On Rules and Private Language*. However, while Wittgenstein offered a correct solution to this problem, Kripke did not.

Kripkenstein (as Kripke's sceptical interpretation of Wittgenstein's reflections is often called) has presented the rule-following paradox in a more comprehensive manner than Wittgenstein's one. In Kripkenstein version, it is possible to see clearly that this paradox not only faces the previous problem but also the following one. Wittgenstein said that:

> This was our paradox: no course of action could be determined by a rule, because every course of action can be made out to accord with the rule. The answer was: if everything can be made out to accord with the rule, then it can also be made out to conflict with it. And so there would be neither accord nor conflict here (Wittgenstein 1953: § 201a).

---

[12] As Brandom said: «According to this intellectualist, Platonist conception of norms, common to Kant and Frege, to assess correctness is always to make at least implicit reference to a rule or principle that determines what is correct by explicitly *saying* so» (Brandom 1994: 20)

[13] Brandom said: «If the regulist understanding of all norms as rules is right, then applications of a rule should themselves be understood as a correct insofar as they accord with some further rule. Only if this is so can the rule-conception play the explanatory role of being the model for understanding all norms. A rule for applying a rule Wittgenstein calls an "interpretation"» (Brandom 1994: 20). Before, Wittgenstein said: «There is an inclination to say: every action according to the rule is an interpretation. But we ought to restrict the term "interpretation" to the substitution of one expression of the rule for another» (Wittgenstein 1953: § 201c).

Kripkenstein develops his argument from this paragraph through the use of an imaginary example related to the mathematical function "plus" or, in technical terms, "addition". The example shows that there are no past facts that determine whether when we use the word "plus" or the symbol "+", we are applying the rule of addition or another rule. For example,

> In the past I gave myself only a finite number of examples instantiating this function [plus or addition]. All, we have supposed, involved numbers smaller than 57. So perhaps in the past I used 'plus' or '+' to denote a function which I will call 'quus' and symbolize by '⊕'. It is defined by: x⊕y = x + y, if x, y < 57; and ⊕ = 5 otherwise. Who is to say that is not the function I previously meant by '+'? The sceptic claims (or feigns to claim) that I am now misinterpreting my own previous usage. By 'plus', he says, I always meant quss (Kripke 1982: 8-9).

Kripkenstein concludes that there is no past application or use of the alleged norm that really determines a norm, because any past application or use can be made compatible with another norm, as the example of addition shows (Kripke 1982: 12-21). In other words, the problem that Kripkenstein evidences consists of the predicament that there will always be many different ways of extending the previous behaviour to present or future performances or, as Wittgenstein said, many different ways of "following in the same way". Because any finite number of cases are similar to each other in an infinite number of aspects and different from each other in infinite aspects[14].

I consider this argument, together with other authors (Wilson 1998, Weir 2007, Brandom 1994), to be both independent and complementary to the argument of infinite regress of interpretations. It is independent because one might not be committed to the explanation of the norms as the explicit formulation of a sufficient criterion of correctness but might be committed to the explanation that what determines the norms is only the past behaviour of the participants of that practice, and vice versa. It is also complementary because even if we try to determine the norm without any explicit formulation, we have to appeal, according to this argument, to some previous application or use of the supposed norm based on a set of performances –grouped together in a pattern– which supposedly would determine the relevant behaviour. Nevertheless, any past performance that is proposed as an instantiation of the relevant behaviour –i.e., the pattern that relates previous performances with a new one– can be made compatible with other behaviours.

[14] If this point of departure is granted to Kripkenstein, we have immediately fallen into his trap, because he can eliminate, one by one, all the past applications or uses proposed to him as candidates in order to determine the content of the norm. If we appeal to previous applications or uses in order to establish the criterion of correctness we inevitably fall into the sceptical trap.

The criteria of correctness adopted by Kripkenstein has two elements. The first consists of appealing to the previous behaviour that the participants of a certain community manifested in the social practice; therefore, avoiding the infinite regress of interpretation problem. The second consists of appealing to the previous and regular or irregular behaviour of the participants of the social practice to assess a performance as correct or incorrect; therefore, trying to incorporate an adequate criterion of correctness. In this way, the distinction between correct and incorrect performance is drawn with regard to a parallel distinction between regular and irregular behaviour, according to some pattern of regularity. This is "the regularist position".

The problem for this position arises specifically in the identification of the pattern of regularity, because in the task of identifying the criterion of regularity a problem known as "the gerrymandering problem" appears. According to this problem, in order to establish any criteria of correctness based on the relevant previous behaviour of a community, we ought to individualise the relevant previous behaviour or, better still, the aspects that comprised the relevant prior behaviour. However, this can only be done by manipulating in some way, arbitrarily, the different aspects that would possibly comprise the relevant previous behaviour[15]. In other words, any behaviour has a large number of different aspects and, to establish the aspects that comprise the relevant one, there is no other option than to crop reality in some way, which can then mean it has the potential to be made compatible with aspects of other behaviour. Therefore, the regularist position fails to offer adequate, non-circular, criteria of correctness (Brandom 1994: 26-30; McDowell 1984: 341ss).

Kripke did not consider the answer that Wittgenstein himself offered to this problem and inferred from the gerrymandering problem some sceptical consequences, that Wittgenstein himself blocked (Wittgenstein 1953: § 201b). According to Kripke, it follows from the gerrymandering problem that language and communication become unintelligible (Kripke 1982: 62), and that the attributions of meaning themselves become meaningless (Kripke 1982: 83). Kripke came to these consequences, because after identifying and explaining correctly this problem, he did not offer a correct solution to it, because he limited the explanation of normativity to a vocabulary of causal or empirical notions, that allow us to only explain the factual dimension of norms. This is an unnecessary restriction for an indispensable theoretical vocabulary to explain general normativity. Thus, Kripke analysis failed because he did not consider, as Wittgenstein did, the possibility of

[15] The expression "gerrymandering" originally comes from the political practice of the United States of America and is currently widely used in the contexts of science and political philosophy. This term was coined to refer to the action of a North American politician who had manipulated the electoral constituencies of one of the states in order to improve the chances of his party in an election. In the mentioned contexts, this term is generally used to express the disapproval of a manoeuvre that manipulates reality –uniting, separating, dividing, etcetera– with the purpose of producing some desired effect.

explaining general normativity through a vocabulary of genuine normative notions, that allows us to explain not only the factual dimension, but also the normative dimension of norms (McGinn 1984, McDowell 1984, Boghossian 1989, Wilson 1994, Brandom 1994).

The third problem has been presented also by Wittgenstein. This problem arises when the criterion of correctness for performances depends only on what one person, individually, considers correct or incorrect. The criterion of correctness of a performance cannot appeal only to the personal consideration of someone for assessing that performance as correct or incorrect. This would make the idea of "mistake" unintelligible. Because what a person considers a mistake ends up being a mistake (Wittgenstein 1953: § 206). In other words, if the criterion of correctness depends only on what a singular person, individually, considers correct or incorrect, then this person could not be wrong in her criterion of correctness, because «as Wittgenstein says, "whatever seems right to me is right", and that means that the notion of what is right goes missing» (Brandom 2014: 62).

This problem is also independent and complementary of the other two problems. It is independent because it arises even when the problem of the infinite regress of interpretation is avoided, appealing to its implicit manifestation in social practice; and even when the problem of gerrymandering is avoided, drawing on genuine and non-circular normative notions for the criteria of correctness. This problem arises, even in that case, if the criteria of correctness are not independent of the personal consideration or assessment about what is correct or incorrect (Brandom 1994: 37). Therefore, this subjective position, which reduces norms to personal considerations or assessments, fails to offer adequate, intelligible, criteria of correctness.

3. Why Not Bayón's Proposal?

Bayón (1991) presented a proposal to explain and relate the factual dimension and the normative/practical dimension of law. It is not necessary to emphasize the extraordinary argumentative quality of this and other works from Bayón. However, his proposal does not seem completely correct, for the following reasons.

Firstly, Bayón's proposal does not seem to be completely correct because it fails on the grounds of the gerrymandering problem. Bayón began the presentation of the centre of his proposal arguing that:

> Explaining what a social rule is and under which conditions it can be affirmed that «it exists» within a group G is not a different or conceptually prior task to explaining the structure of the practical reasoning developed by the members of G considering the existence of these rules. This claim, however, may cause some suspicion of circularity: if a practical reasoning is constructed taking into account the existence

> of a rule, should it not necessarily be a logical *prius* with respect to it? If we look at it from the perspective of an isolated agent who develops his practical deliberation within G, this is indeed how things seem to be. But when that individual assumes as a fact the existence of a social rule in G, what he is assuming is the repetition of a series of behaviours, of other behaviours regarding the former, and a series of behavioural dispositions by the other members of G, many of which –although not necessarily all– adopt those behavioural dispositions (and therefore perform those behaviours) as a result of practical reasonings perform just taking into consideration the same facts. Therefore, what we have is not circularity, but *interdependence*: the behavioural dispositions of each agent are conditional on what she believes are the behavioural dispositions (equally conditional) of the other members (Bayón 1991: 450-451).

Bayón's proposal fails on the grounds of the gerrymandering problem because the notion of "behavioural dispositions" is not a normative notion, but an empirical one. Better said, this is an explanatory notion that is only able to account intelligibly for the empirical and natural dimension of norms, but not for their normative and social dimension. The problem specifically lies in that the notion of behavioural dispositions is conceptually committed to an order of explanation based only on empiricist principles that allows the development of theoretical explanations only in factual and causal terms. However, what it is needed to account for the normative dimension of social practices, as shown in the previous section, is the development of a theoretical explanation not only in factual and causal terms, but also in adequate social and normative terms, i.e., by means of adequate and not reductive normative notions.

Secondly, Bayón's proposal does not seem to be completely adequate because it seems to fail by virtue of the personal criterion of correctness problem. Bayón finished the presentation of the centre of his proposal saying that:

> Consequently, the conception of Shwayder seems particularly right to me, who presents social rules as complex networks of interdependent individual behavioural dispositions, as systems of mutual expectations that are reinforcing themselves and subsist precisely on the basis of their satisfaction in most cases (Bayón 1991: 451).

The reason why Bayón's proposal seems to fail by virtue of the personal criterion problem is that, on the one hand, the notion of behavioural disposition only appeals to the assessment of one individual agent and not the assessments of the other members of the community, this affects the *social* character of norms; and, on the other hand, if we consider social norms «as complex network of interdependent individual behavioural disposition» a problem of intelligibility appears in the way of explaining their *social* character. In other words, it is not clear enough how we can understand social norms «as complex networks of interdependent individual behavioural disposition» and these in turn in terms of «systems of mutual expectations that are

reinforcing themselves»; because the idea of mutual expectations seems to refer, on the one hand, to mental states that are lodged in the minds of each member of G and, on the other hand, to a self-reinforcing relationship between them. The way in which this would work is not really intelligible. Thus, there seems to be a problem of unintelligibility in this subjectivist and maybe communitarian but psychological or mentalist proposal. In order to this point would not be a second problem for Bayón's proposal, what is needed is a precise explanation about how the individual behaviour dispositions of the members of G, are interrelated between them to generate a system of mutual expectations that are reinforcing themselves. However, in any case, it does not seem that this can be done without appealing to causal or natural notions –i.e., psychological or mentalist notions– that reduce the normative and social dimension of norms rules in their factual and causal dimension.

4. The Rule-Following Paradox: One Solution for Each Problem

In this section, a way in which every one of these thorny philosophical problems can be solved or dissolved is presented. This is Wittgenstein-Brandom's theoretical proposal, which has been firstly developed by Wittgenstein mainly in *Philosophical Investigations,* and then systematised by Brandom mainly in *Making it Explicit: Reasoning, Representing and Discursive Commitment*[16].

Wittgenstein-Brandom's proposal offers, after rejecting the unnecessary restriction implicitly imposed by Kripkenstein, three conditions of adequacy to explain social normativity, each of which provides a distinction to deal with one of the problems presented under analysis. Specifically, the theory offers alternative a criterion of correctness (without infinite regress, without circularity and with intelligibility) based on genuine normative and not reductive notions, namely, *practical attitudes*, *normative statuses* and *social norms* (Brandom 1994: 18-66)[17].

[16] After *Making it Explicit* (1994), Brandom has been refining his proposal in books such as: *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism* (2000), *Between Saying and Doing: Towards an Analytic Pragmatism* (2008), *Perspectives on Pragmatism: Classical, Recent, and Contemporary* (2011). Among the articles that should be noted, in the context of the discussion of legal normativity, there is: *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges's Chain Novel* (2014).

[17] Brandom subscribes a series of pragmatist positions that he attributes to a correct interpretation of the second Wittgenstein's thoughts. However, Brandom holds a pragmatist position that Wittgenstein did not hold. It is the rationalist pragmatism position that Brandom takes from Sellars. Later, we will see what this thesis consists of. Despite the rationalist pragmatism, Brandom's theory is built on the basis of the second Wittgenstein's project. This theory can be considered an innovative and radical theory of conceptual content (meaning, in a broad sense) that begins with a characterization of social practices, in the terms of linguistic and argumentative practices. Then continues with (in contrast to other semantic theories) an explanation of the pragmatic dimension of content (i.e., pragmatic significance) in terms of normative, social and historical interrelations among participants (in contrast to the pragmatic theories

The first condition establishes a non-circular means to distinguish between correct and incorrect performances. This condition is constructed from the gerrymandering problem. This problem suggests that we should not be committed to the regularistic position, but rather to a normative position about norms, based on a vocabulary of genuine normative notions that allow us to determine, without circularity, whether a performance has been made correctly or incorrectly. This is the "condition of normativity".

The distinction that is proposed in order to overcome this problem is one that lies between *performances* –i.e., speech acts and intentional actions– and *normative statuses* of the participants towards those performances –i.e., commitments and entitlements. This allows us to make a distinction between what is done in practice –i.e., *a performance*– and what ought to be done in practice –i.e., *a correct performance*.

> What is correct or appropriate, what is obligatory or permitted, what one is committed or entitled to do –these are normative matters. Without the distinction between what *is* done and what *ought to* be done, this insight is lost (Brandom 1994: 27).

Brandom defines the normative statuses based on the Kantian principle of practical autonomy, which states that the authority of norms over the participants is derived from their *attitudes* of *recognition* (or *acknowledgment*) toward the norms that compel them. This means that the binding character of norms comes just from the norms that they recognize or acknowledge.

> As natural beings, we act according to rules. As rational beings, we act according to *conceptions* of rules. (…) The rules do not immediately compel us, as natural ones do. Their compulsion is rather mediated by our *attitude* toward those rules. What makes us act as we do is not the rule or norm itself but our *acknowledgment* of it. It is the possibility of this intervening attitude that is missing in the relation between merely natural objects and the rules that govern them (Brandom 1994: 30-31). It must be possible to distinguish the attitude of acknowledging *implicitly* or *in practice* the correctness of some class of performances from merely exhibiting regularities of performance (Brandom 1994: 32).

In fact, the *attitudes* of *recognition* (or *acknowledgment*) of the participants are not only towards the norms that they recognize or acknowledge, but also towards the other participants, who they recognize or acknowledge, as members of the community. According to this view, each participant has the autonomy to be bound

---

which explain it in terms of speaker's intentions). The theory then follows with an explanation of the semantic dimension of content (i.e., semantic content), in terms of inferential relations among pragmatic significances (in contrast to the semantic theories which explain it in terms of representations).

by norms in two different ways. On the one hand, each participant *is responsible* or *committed* to the other participants for their performances. On the other hand, when a participant makes a performance, she is granting *authority* to the other participants, because they are the ones who decide whether or not to grant an *entitlement* for that commitment to the participant (Brandom 1994: 159-160)[18].

The second condition establishes an adequate means to discern between correct and incorrect performances which is not committed to the infinite regress of interpretations problem. This condition is constructed from that problem (Wittgenstein 1953: § 191, § 198, § 201c, § 218). Wittgenstein has taught us that the notion of norms should be characterised as some sort of practical matter which is concretised or manifested in the social practice. It should not be committed to the regulist position about norms, but to a pragmatist position. This is the "pragmatist condition".

> This was our paradox: no course of action could be determined by a rule, because every course of action can be made out to accord with the rule. The answer was: if everything can be made out to accord with the rule, then it can also be made out to conflict with it. And so there would be neither accord nor conflict here (Wittgenstein 1953: § 201a). It can be seen that there is a misunderstanding here from the mere fact that in the course of our argument we give one interpretation after another; as if each one contented us for at least a moment, until we thought of yet another standing behind it. What this shows is that there is a way of grasping a rule which is not an interpretation, *but which is exhibited in what we call "obeying the rule" and "going against it" in actual cases* (Wittgenstein 1953: § 201b)[19].

[18] Brandom (2000) explains this point by linking it with the *rationalist* and expressivist principles of his pragmatist project: «It is a *rationalist* pragmatism, in giving pride of place to practices of giving and asking for reasons, understanding them as conferring conceptual content on performances, expressions, and states suitably caught up in those practices. (…) And it is a rationalist expressivism in that it understands *expressing* something, making it *explicit*, as putting it in a form in which it can both serve as and stand in need of *reasons*: a form in which it can serve as both premise and conclusion in *inferences*. Saying or thinking *that* things are thus-and-so is undertaking a distinctive kind of *inferentially* articulated commitment: putting it forward as a fit premise for further inferences, that is, *authorizing* its use as such a premise, and undertaking *responsibility* to entitle oneself to that commitment, to vindicate one's authority, under suitable circumstances, paradigmatically by exhibiting it as the conclusion of an inference from other such commitments to which one is or can become entitled» (Brandom 2000: 11).

[19] Italics have been introduced by the author of this article. See also Wittgenstein (1953: § 199, § 202). Brandom said: «The conclusion of the regress argument is that there is a need for a *pragmatist* conception of norms –a notion of primitive correctness of performance implicit in *practice* that precede and are presupposed by their explicit formulation in *rules* and *principles*» (Brandom 1994: 21); «That form is intelligible only against a background that includes norms that are *implicit* in what is *done*, rather than *explicit* in what is *said*. At least the norms involved in properly understanding what is said by rules, or indeed in properly understanding any explicit saying or thinking, must be construed as norms of practice, on pain of vicious regress» (Brandom 1994: 30). The regulist position presupposed the idea that the institution or constitution of norms and the application of norms are distinct and sequential phases in a process requiring both. First one fixes the content of the norm, and then one looks to see

The distinction that is proposed as a means of overcoming this problem is that between *normative statuses* –i.e., commitments and entitlements– and *normative attitudes* –i.e., undertakings and attributions.

> Kant's principle that we are the ones who act not only according to rules but according to a conception of them is the claim that we are not merely *subject* to norms but *sensitive* to them. This principle has been taken over here by saying that we are characterized not only by *normative statuses,* but *normative attitudes* –which is to say not only that our performances are correct or incorrect according to various rules but also that we can in our practice treat them as correct or incorrect according to various rules. Using 'assessment' to mean an assignment of normative significance –in the most basic case taking as correct or incorrect– the point may be put by saying that Kant's principle focuses demarcational interest on the normative *attitudes* exhibited by the activity of *assessing*, rather than just on the normative *statuses* being *assessed* (Brandom 1994: 33).

Normative attitudes are presented in two different ways: as *acknowledging* (*or undertaking*) of normative statuses –e.g., an explicit undertaking of one's own commitment– and as *attribution* of normative statuses (those can be done explicitly or implicitly) –e.g., an attribution of an entitlement to one of the other participants.

> The normative house has many mansions. The particular norms of concern in this work are *discursive* normative statuses, the sort of commitments and entitlement that the use of concepts involves. These norms, it will be claimed, are instituted by *social* practices. These are practices that incorporate the distinction of social perspective between two kinds of practical attitudes one can adopt toward a commitment: *acknowledging* it (one-self) and *attributing* it (to another) (Brandom 1994: 55)[20].

---

which applications of them are correct, given that content. The pragmatist position, however, hold that the institution and application of norms should be understood as two simultaneous aspects of the same phenomenon rather than two diverse and consecutive phases. Institution and application of norms are, indeed, two aspects of the same phenomenon, rather than two different phenomena. For this reason, as Brandom said, «it is not possible to make sense of the notion of instituting norms independently of the notion of applying them, and vice versa» (Brandom 2014: 58).

[20] Later, Brandom makes the following clarifications regarding this point: «Two features of this simple commitment structure are worthy of note. First, for someone to *undertake* a commitment, according to this story, is to do something that makes it appropriate to *attribute* the commitment to that individual. That the performance of accepting the coin has the significance of altering the *status* of the one whose performance it is consists in the change it brings about in what *attitudes* are in order. It is by reference to the attitudes of others toward the deontic status (attributing a commitment) that the attitude of the one whose status is in question (acknowledging or undertaking a commitment) is to be understood. (…) Second, the basic notion of responsibility or commitment that is introduced by consideration of this simple practice can be understood in terms of the notion of authority or entitlement already discussed. For undertaking a commitment can be understood as authorizing, licensing, or entitling those who attribute that commitment to sanction non-performance» (Brandom 1994: 162-163).

Brandom sometimes uses the adjective "normative" to characterize also these *attitudes*, but rather they are *practical* attitudes (in the specific sense that they belong to the participant's *activities* in the *social practices*) which allows the relation of a participant's *performance* with the *normative statuses* that she recognizes for herself and the other participants recognize for her in the course of practice. Practical attitudes are manifested in practice in the way in which participants modify, guide and criticize their behaviour or they respond differently to a performance; and at the same time, practical attitudes manifest the normative statuses, for example, in the way in which the participant who made the performance treats herself as committed to or in the ways that the other participants treat the participant who made the performance, explicitly or implicitly, as entitled to the commitment that she signed when she made the performance[21].

Practical attitudes, unlike normative statuses, belong to the factual order. Practical attitudes are manifested in the behaviour of the participants during the course of the social practice, but normative statuses are not manifested in the world or, better said, they are not manifested *independently* of the practical attitudes of the participants.

> Deontic status of the sort to be considered here are creatures of practical attitudes. There were no commitments before people started treating each other as committed; they are not part of the natural furniture of the world. Rather they are social statuses, instituted by individuals attributing such statuses to each other, recognizing or acknowledging those statuses (Brandom 1994: 161)[22].

The institution or constitution of norms and the determination of the content of norms is *grounded* in the factual character of practical attitudes (Brandom 1994: 47, 292). There is nothing other than practical attitudes in the course of the social practices of recognizing or undertaking and acknowledging commitments and enti-

[21] Practical attitudes of the participants are attitudes of assessment and treatment performances, that are not necessarily made explicit in the form of linguistic expressions or speech acts (Brandom 1994: 63).

[22] This point is extremely important to understand the relation between the factual and the normative dimensions of social norms. The notion that Brandom 1994 proposes to explain this relationship is "supervenience". However, the usefulness and adequacy of the notion of supervenience has been discussed and questioned in the analytic metaphysical literature over the last ten years. Schaffer 2009 and Rosen 2010 have initiated a proliferating discussion about the good reasons for abandoning the notion of supervenience and replacing it with the notion of "grounding" as the adequate notion to explain this relationship. Epstein 2015, in turn, has questioned the notion of grounding and has proposed the notion of "anchoring" as a substitute. This article works with a notion of grounding, which will be specified in the last section. In general terms, grounding is an explanatory (non-causal) relation of metaphysical dependence that makes it possible to account for the relation between less fundamental entities and more fundamental entities of the reality. In this case, grounding is the relation of dependence that holds between the normative and the factual dimensions of social norms.

tlements. As Brandom said: «all the facts concerning normative *attitudes* settles all the facts concerning normative *statuses*» (Brandom 1994: 47).

However, although normative statuses are *grounded in* practical attitudes, the former are not reduced to the latter, because any practical attitude «is itself something that can be done correctly or incorrectly» (Brandom 1994: 52).

The third condition establishes an interpersonal, social, means to discern between correct and incorrect performances. This condition is constructed from the personal criterion of correctness problem. This problem shows that there is a risk that normative statuses of the participants (by means of which the participants individually assess the correctness of performances) are directly assimilated to norms (by means of which the correctness of performances is finally determined) and, in this way, whatever a participant considers to be correct ends up being correct. For this reason, a means of being able to avoid that situation wherein the correctness or incorrectness of the performance depends only on what is individually considered correct or incorrect should be established. The first condition established a distinction that allows us to declare correctness or incorrectness about *performances*, but the third condition establishes a distinction that allows us to declare correctness or incorrectness about the personal *criterion of correctness*. This is the "condition of objectivity"[23].

The distinction that is proposed as a means of overcoming this problem is one that lies between *normative statuses* –i.e., as seen before, commitments and entitlements– and *social norms* –i.e., criteria of correctness for performances. The claim is that norms are instituted, and their content determined, at the same time of their application, both from the interpersonal relationships among the participants of the social practice and from the inferential relations among the normative statuses recognized by the participants. From this point of view, the institution of norms and the determination of the content of norms arise from the intersection of the perspectives of the different participants and the interrelation of their normative statuses within this structure that Brandom calls "the structure of reciprocal recognition".

> Focusing on the distinction of social perspective between *acknowledging* (and thereby undertaking) a commitment oneself and *attributing* a commitment to another makes it possible to understand the objectivity of conceptual norms that consists in maintaining the distinction between the normative *statuses* they incorporate and the normative *attitudes* even of the whole community –while nonetheless understanding those statuses as instituted by the practical normative attitudes and assessments of community members. Far from precluding the possibility of conceptual objectivity,

[23] Brandom emphasizes that: «Kant underwrites not only the possibility of *mistakes of performance*, which was already claimed to be essential to there being norms in play, but also the possibility of *mistake of assessment*» (Brandom 1994: 52).

> understanding the essentially social character of the discursive practice in which conceptual norms are implicit is just what makes such objectivity intelligible (Brandom 1994: 54-55).

In relation to this point, Brandom draws a distinction between the *force* of norms and the *content* of norms. The force of norms depends only on each individual participant, while the content of norms depends on the other participants as well. The content of norms is socially determined. The participant who makes a performance has authority over the force of the norm to which she is binding, but she is not the only one who has authority over the content of the norm; instead, she is responsible for the performance she made, according to the norm socially determined by all the participants. In other words, the status of being bound or not by a norm depends on the participant who recognize some normative statuses through practical attitudes. However, the content of the norm –i.e., what the norm specifically requires– does not depend only on the participant who recognize some normative statuses, but on the social interaction among the participants of the practice, who finally determine the content of the norm. In this way, when a participant makes a performance, she implicitly authorises the other participants to assess the correctness of the performance she made and, thus, she authorises the other participants to administer the content of the norm (Brandom 1994: 52-53)[24].

The social interaction between participants, the structure of reciprocal recognition, which allows the objective determination of the content of norms, works in the following way. Firstly, a performance is made. Secondly, the performance made is linked to normative statuses through the manifestation of practical attitudes by the participants. So, when a participant makes a performance, she explicitly undertakes a commitment for that performance and, at the same time, she is implicitly authorizing the other participants to attribute to her, explicitly or implicitly, an entitlement for the commitment or to challenge the commitment, and not attribute the entitle-

[24] For example, if a participant uses the term "tellurium", she has committed herself to the concept of tellurium, the subscription of this commitment depends only on her, but the specific content of the concept tellurium does not depend only on her, but also on the other participants. As Brandom 2000 said: «Understanding or grasping a propositional content is here presented (…) as practical mastery of a certain kind of inferentially articulated doing: responding differentially according to the circumstances of proper application of a concept and distinguishing the proper inferential consequences of such application. This is not an all-or-none affair; the metallurgist understands the concept *tellurium* better than I do, for training has made her master of the inferential intricacies of its employment in a way that I can only crudely approximate. Thinking clearly is on this inferentialist rendering a matter of knowing what one is committing oneself to by a certain claim, and what would entitle one to that commitment. Writing clearly is providing enough clues for a reader to infer what one intends to be committed to by each claim, and what one takes it would entitle one to that commitment. Failure to grasp either of these components is failure to grasp the inferential commitment that use of the concept involves, and so failure to grasp its conceptual content» (Brandom 2000: 62-63).

ment, recognising in this way their *authority* regarding the administration of the content of that norm[25].

Thirdly, the content of the norm is socially determined through the normative statuses recognized by the participant (i.e., commitments), the normative statuses attributed to her by the other participants (i.e., entitlements), and other collateral normative statuses (i.e., commitments and entitlements) recognized and attributed by her and the other participants (Brandom, 1994: 139). Brandom conceives the structure of reciprocal recognition as a social game in which every participant keeps track of her own and each other's commitments and entitlements. They are (we are) deontic scorekeepers. In the scorekeeping practices –i.e., the linguistic and argumentative practice of asking and giving for reasons– each participant follows the deontic score of the other participants. Each participant keeps the deontic score of the normative statuses of each one of the participants, including themselves, according to each one of their performances. The content of the norm is determined by the perspective of each one of the participants of the social practice.

Fourthly, the norm is not only socially, but also historically determined. The process of determining the content of norms is always open to the continuous development of social practice. The content of the norm is determined through a selected trajectory of past practical attitudes of the participants and through the actual practical attitude regarding to the present performance. The community is not a closed group, it is open to the incorporation and consideration of new participants. In this way, the community allows a continuous evolution of the content of norms, because any practical attitude is, in itself, susceptible to a further practical assessment. The structure of reciprocal recognition allows us to make sense of the idea that the practical attitude of the participants towards their normative statuses might be erroneous, because practical attitudes are acts of assessment and treatment that might be susceptible to a later assessment that determines their correctness or incorrectness. The essential practical opening of the social and historical determination of the content of norms implies that «there is never any final answer to what is correct; everything, including our assessment of such correctness, is itself a subject for conversation and further assessment, challenge, defence, and correction» (Brandom 1994: 647).

Fifthly, the norm is not only socially and historically, but also inferentially deter-

[25] The commitment of a participant can be challenged by another participant, for example, explicitly, asking for more reasons to grant an entitlement. In this case, the participant will have to produce those reasons, or he can also delegate those reasons to another participant or to another time of the practice. The other participants assess and treat that performance, through their practical attitudes, to decide whether or not to attribute an entitlement regarding the performance made according to that norm. When the other participants attribute an entitlement for the commitment or challenge the commitment undertaken by the participant, regarding the performance made according to a norm, they are administering the content of that norm (Brandom 1994: 37).

mined. The performance made is linked to normative statuses and they are inferentially articulated[26]. The kind of inference whose correctness determines the content of norms is called, following Sellars, *material* inference.

> As examples, consider the inference from "Pittsburgh is to the west of Princeton" to "Princeton is to the east of Pittsburgh", and that from "Lightning is seen now" to "Thunder will be heard soon". It is the contents of the concepts *west* and *east* that make the first a good inference, and the contents of the concepts *lightning* and *thunder,* as well as the temporal concepts, that make the second appropriate. Endorsing these inferences is part of grasping or mastering those concepts, quite apart from any specifically *logical* competence (Brandom 2000: 52)[27].

Every performance made in the scorekeeping practices is involved in a set of normative statuses (at the beginning just commitment and then maybe entitlements) which are inferentially articulated regarding what follows from it (i.e., inferential commitment consequent), what is incompatible with it (i.e., incompatibility commitment consequent), and what it follows from (i.e., inferential commitment antecedent). Thus, normative statuses are inferentially connected, on the one hand, by antecedent circumstances for an appropriate performance and, on the other hand, by appropriate consequences of that performance[28]. However, more precisely, the antecedent and consequent relations that encode the content of the norms are of two different sorts: inferential and empirical (i.e., perceptual and practical) relations.

---

[26] Brandom introduced this point saying that: «The leading idea of the approach to content and understanding to be developed here is due to Sellars. (…) To grasp or understand a concept is, according to Sellars, to have practical mastery over the inferences it is involved in –to know, in the practical sense of being able to distinguish, what follows from the applicability of a concept, and what it follows from. (…) Concepts are essentially inferentially articulated. Grasping them in practice is knowing one's way around the proprieties of inference and incompatibility they are caught up in. What makes a classification deserve to be called conceptual classification is its inferential role» (Brandom 1994: 89).

[27] «Inferring is a kind of doing. Acknowledgment of inferential proprieties need not be explicit in the endorsement of rules or principles of inference but may remain implicit in the capacity to take or treat inferential transitions as correct or incorrect in practice. Inferential relations among concepts are implicit in the practice of giving and asking for reasons» (Brandom 1994: 91).

[28] Brandom presented this point saying that: «The approach they suggest [Frege and Sellars] can be made more definite by considering a general model of conceptual contents as inferential roles that has been recommended (in somewhat different terms) by Dummett. According to that model, the use of any linguistic expression or concept has two aspects: the circumstances under which it is correctly applied, uttered, or used, and the appropriate consequences of its application, utterance, or use. Though Dummett does not put the point this way, this model connects to inferentialism of the Sellarsian sort via the principle that part of the content to which one is committed by using the concept or expression may be represented by the material inference one implicitly endorses by such use: the inference from the circumstances of appropriate employment to the appropriate consequences of such employment» (Brandom 1994: 117).

> The consequences of application are always themselves inferentially related to the concept in question (…). The circumstances of application need not themselves be linguistic. (…) The circumstances of appropriate application of a claim can include not only other claims (from which the one in question could be inferred) but also perceptual circumstances (to which one has been trained to respond non-inferentially by endorsing the target claim). The appropriate consequences of application of a claim can include not only the inferential acquisition of further beliefs whose contents follow from the contents of the belief in question but also, in the context of further contentful intentional states, the non-inferential responsive performance of actions, under the descriptions by which they can be exhibited as the conclusions of practical inferences (Brandom 1994: 119-120).

Accordingly, the content of the norms is characterized as a function that pairs two sets of normative statuses: on the one hand, those that constitute antecedent circumstances (inferential and maybe perceptual as well) under which a performance is correctly made and, on the other hand, those that constitute appropriate consequences (inferential and maybe practical as well) of making that performance. The content of a norm is in each moment of the practice partially determined by the trajectory of its past applications and its current determination is complemented and completed –although only synchronically– in the actual application by the social perspective of the different participants of the practice and the inferential relations among normative statuses undertaken and attributed through their practical attitudes[29].

From this point of view, the institution of norms and the determination of the content of norms are done in the same process of its application. The norm is instituted, and its content is determined, at the same time, through a unique social, linguistic, historical and inferential process.

5. The Explanatory Problem of Law's Normativity: A Proposal of Solution

In this last section, it will be shown how, from the theoretical approach presented in the last section, an adequate proposal can be offered to solve or dissolve

[29] Brandom said: «Linguistic practice as here described can be explained in terms of a score function that determines how the deontic score at each stage in a conversation constrains both what performances are appropriate and what the consequences of various performances are –that is, the way they alter the score. (…) In scorekeeping terms, the significance of a speech act consists in the way it interacts with the deontic score: how the current score affects the propriety of performing the speech act in question, and how performing that speech act in turn affects the score. Deontic scores consist in constellations of commitments and entitlements on the part of various interlocutors. (…) For at any stage, what one is permitted or obliged to do depends on the score, as do the consequences that doing has for the score. Being rational –understanding, knowing how in the sense of being able to play the game of giving and asking for reasons– is mastering in practice the evolution of the score. Talking and thinking is keeping score in this sort of game» (Brandom 1994: 182-183).

the explanatory problem of law's normativity. But, before that, it will be argued why the solutions offered for the problems of the rule-following paradox should be considered prior, from an explanatory point of view, with respect to the solution that should be offered for the explanatory problem of law's normativity. Finally, it will be indicated that this way of solving or dissolving this problem of law's normativity generates three specific benefits.

To summarize. In the introduction, it has been held that the explanatory problem of law's normativity consists of the complex explanatory matter of how to adequately accommodate (i.e. distinguish, explain and relate), within a systematic theoretical approach, these two common claims taken as ascertained: that the law is composed of a set of social facts, and that the law is composed of a set of norms. In the third section, it has been shown why (and how) the rule-following paradox is composed of three conceptually different and independent problems: the infinite regress of interpretations, the gerrymandering, and the personal criterion of correction. In the fourth section, adequate ways to solve or dissolve each one of these problems have been proposed. This task has been fulfilled by appealing to three distinctions and four technical notions to deal with the problems –i.e., performances and normative statuses, practical attitudes and normative statuses, normative statuses and social norms– which generated three conditions of adequacy to explain general and social normativity: the condition of normativity, the pragmatist condition, and the conditions of objectivity.

The first part of the point about why the answers to each of the problems of the rule-following paradox should be considered prior to, from an explanatory point of view, the answer to the explanatory problem of law's normativity is that the problems of the rule-following paradox are *conceptually* implicated or presupposed in the problem of law's normativity. The problem of law's normativity consists of how to adequately explain and relate the factual dimension and the normative dimension of law.

The problems of the rule-following paradox emerge from the attempt to present a general theory about social normativity, that is, about (i) what kind of entities norms are, and what kind of existence they have (ontological questions about norms), (ii) how the content of norms is determined (semantic question about norms), and (iii) how the participants of a communitarian practice identify and know the content of norms (epistemological question about norms).

In this sense, the problems of the rule-following paradox, as parts of a *general* understanding of *social* normativity, are conceptually implicated or presupposed in the *particular* understanding of *specific legal* normativity: firstly, about the normative dimension and, secondly, about its relation to the factual dimension of law[30].

[30] In this way, it is being held that *legal* normativity is a type, species or case of *social* normativity –i.e., that there is a relationship of genus-species or generality-specificity between them. Now, someone

The second part of this point is that the solutions that have already been offered to the problems of the rule-following paradox should be considered explanatorily prior answers with respect to an adequate answer that should be offered to the problem of law's normativity. The answers that have already been offered to the rule-following problem are: (i) that norms are entities composed of conceptual contents, which have a social existence –rather, they are in a normative dimension within the social reality; (ii) that the conceptual content of norms is determined through the social, historical and inferential process that has been presented in the previous section; and (iii) that this content is identified and known, with a certain objectivity, by the participants of a communitarian practice through the same social, historical and inferential process. These answers, which have already been considered adequate for a general explanation of the social normativity, condition (limit or restrict) the conceptual space of possibilities for an answer that should be offered for the explanatory problem of law's normativity. In the sense that the first answers condition (limit or restrict) not only the answer that should be offered for an adequate explanation of the normative dimension of law, but also for an adequate explanation of the factual dimension of law and, furthermore, for an adequate relationship between both dimensions.

Now, the concrete proposal that from this approach should be offered to solve or dissolve the explanatory problem of law's normativity can be presented in the following way. Firstly, the factual dimension of law is composed of performances (i.e., intentional actions and speech acts) and practical attitudes (i.e., undertakings and attributions) of the participants in the legal practice of a certain community. Performances can be understood as, for example, those intentional actions and speech acts performed by citizens[31]. Practical attitudes can be understood as, for example, speech acts performed by law-makers in the context of acts of promulgation of the law and speech acts performed by judicial officials in the context of acts of application of the law to a specific judicial case[32].

---

may ask, what makes it the case that *social* norms acquire specifically *legal* character? The answer is the legal practice of a community; and the way to characterize the practice of a community as legal, in addition to social and linguistic, is precisely through a certain theory of law. There is no space here to evaluate the legal theories that are compatible with what has been upheld here, but clearly not every legal theory is compatible with what has been sustained so far. But now someone may insist, how is the community of participants determined? The answer is through the practical attitudes of recognition (or acknowledgment) of the community members who actively participate in the linguistic and argumentative practice. This is a constantly open process of incorporation and separation of members through reciprocal recognition (Brandom 1994: 30-32).

[31] The few specifications that will be made in these paragraphs, through examples, oversimplify the legal practice scenario. A more detailed example will be presented in the coming paragraphs. However, other examples regarding the extension of the technical notions of this theoretical approach to the legal practice scenario have been made by Canale (2009 and 2017). See also Matthias Klatt (2008).

[32] Practical attitudes, like speech acts performed by law-makers and judicial officials, should not

Secondly, the normative dimension of the law is composed of normative statuses of the participants (i.e., commitments and entitlements) and legal norms (i.e., social criteria of correctness for performances). Normative statuses could be understood as, for example, the commitments and entitlements undertaken and attributed by the law-makers in the context of acts of promulgation and by the judicial officials (and also other participants) in the context of the acts of application of the law to a specific judicial case. Legal norms are, as already specified, those criteria of correctness for performance or, better said, those criteria of correctness for individual criteria of assessment for performances (i.e., practical attitudes).

Thirdly, the relation established between the factual dimension and the normative dimension of law consists of that the normative statuses (i.e., normative and social dimension) is *grounded* in the practical attitudes (i.e., factual and causal dimension) of law. Nevertheless, the explanation of the normative and social dimension is not reduced in the explanatory terms of the factual and causal dimension, because any practical attitude is itself something that can be done correctly or incorrectly. This is the relation between the factual and the normative dimension of the law[33].

Legal norms are normative entities, which have a social existence, distinct from empirical entities, which have a natural existence. Legal norms are normative and social entities grounded in *practical attitudes*, which are a sort of empirical and natural entity. The long story is this: practical attitudes are personal assessments for performances; practical attitudes are manifested through normative statuses; normative statuses are grounded in practical attitudes; normative statuses are inferentially related among them; the content of legal norms is determined through an inferential and intersubjective relation. Putting in another order, legal norms are criteria of correctness grounded in the legal practice of a community where they have been manifested by the participants through a selected set of previous practical attitudes regarding previous performances and a current practical attitude regarding a present performance. Legal norms are constituted, and their content determined, by the social, linguistic, argumentative and historical relations among participants of the le-

be confused with or assimilated to the linguistic *statements* found in authoritative legal texts –i.e., independent of any speech act performance– found in authoritative legal texts, such as constitutions or laws, or judicial sentences, or doctrinal or dogmatic books of some practical relevance.

[33] From about five years ago, the aforementioned debate on the notions of supervenience and grounding (note 24), which began in the analytic metaphysics literature, reached the legal theory literature. Among the few works on this matter, the following articles stand out. Firstly, Brozek 2017, who argues that the notion of supervenience fails to adequately explain the normative dimension of law, basically because of its causal commitments. Secondly, Plunkett 2012, who rejects the antipositivist proposal of Greenberg 2004 and proposes a positivist explanation of the nature of law on a notion of grounding. Finally, Chilovi & Pavlakos 2019, who redefine the notion of grounding in a better and detailed way. Although in this article there is no space to analyse this last proposal, the present work is assembled with it to explain the relation between these two dimensions of law, without reductions. Thus, the normative dimension of law is grounded –i.e., a relation of non-causal dependence– in the factual dimensions of law.

gal practice (from personal practical attitudes to personal normative statuses)[34], and by the inferential mutual relations among the personal normative statuses of each participant (from personal normative statuses to social norms) within the structure of reciprocal recognition, now understood as the legal practice of a community[35].

The legal practice where legal norms are paradigmatically manifested is the judicial practice. This is the quintessential legal practice. Judicial practice is no longer paradigmatically but essentially argumentative. This is essentially a practice where reasons are given and asked in favour of legal claims. Although not only judicial practices are legal practices, an example of this sort of practice will be given here to illustrate the mechanism of the institution or constitution of legal norms and the determination of their content.

From this point of view, on the one hand, legal norms are found in the legal decisions developed until that moment as made by the lawmakers and judicial officials of the legal practice of the community where these norms have been manifested through their creation and application to specific past judgments. However, on the other hand, they are not only found in the legal creation practices and previous judicial application practices, but rather also in the current judicial practice that is being developed, that is, to the present controversy over a certain legal case. Therefore, it is in the context of a particular judicial case that the content of a particular norm is specifically determined by the manifestation of the participants regarding a selected trajectory of past practical attitudes and to the current practical attitude of the judicial official regarding the present case. According to this, the legal norm is determined by the judicial official within the framework of the structure of reciprocal recognition in which normative statuses of the perspectives of all the participants of that particular case are socially and inferentially related.

When the judicial official recognises previous applications of the norm as authorised precedents of the application of that norm, she selects the trajectory of the previous applications and, therefore, of the authorised applications of its content.

---

[34] Legal practices are paradigmatically argumentative, in addition to social and linguistic, because they are practices in which reasons are provided in support of certain legal claims. Some theorists of language have criticized Brandom because this argumentative aspect does not seem to be a necessary element of all socio-linguistic practices. They have said that this aspect is too restrictive for the characterization of linguistic practices and does not allow for the reconstruction of those practices that we intuitively might consider social and linguistic. However, even if one agrees with this objection regarding the linguistic practices tout court, one might disagree with it regarding linguistic and legal practices, because one might consider, as I do, that social and legal practices embody paradigmatically this argumentative aspect, and then that this theory fits perfectly with legal practices.

[35] Specifically, the content of legal norms has both normative and evaluative character. Legal norms are *normative* criteria of correctness for certain actions –whose content consists mainly of the deontic qualification of certain actions as permitted, prohibited or obligatory– and *evaluative* criteria of correctness for certain decisions –whose content also plays the role of a reason that justifies a certain legal claim and with it probably the imposition of a reward or punishment.

In a similar vein, when a practical attitude is considered a case of correct application of the norm, it is included in the history of its correct applications. In this way, normative force is given to these applications of the norm. The judicial official exercises her authority over the practical attitudes of the community's previous members, considering that a series of applications of the norm is correct; in this way, she also assumes responsibility for the future participants for the consideration of that series of applications as correct. In this process, a trajectory of past applications is selected for the purpose of determining the content of the norm that can be considered correct in the present case and projected towards future cases, because past applications of the norm together with the current application of that norm also partially determine future applications of the same norm in future cases (Brandom 2014: 74-75).

Given that there is not only one possible trajectory, "only one way to follow the rule", the judicial official should select the antecedent practical attitudes that she considers correct and, doing that, take a decision in the present dispute, in which she claims that the present case is or is not an instance of the same norm applied in certain previous judicial cases. She should integrate the selection of cases chosen in such a way that they can be synthesized into a norm that might be applicable to the particular performance analysed in the present case that she ought to resolve. In this way, she would propose the current case as another precedent, an instance of correct application of the norm. In doing so, she would determine the content of the norm by selecting the previous legal cases that she treats as precedents, the legal sources, the legal statements, and the factual characteristics of these cases that she takes as outstanding. Thus, the content of the norm is delimited, that is, the contours and limits that explicitly or implicitly have been governed by the entire sequence are specified (Brandom 2014: 76-77)[36].

According to this approach, the determination of the content of the norm is objective, in the following sense. The structure of reciprocal recognition allows that the content of the legal norm determined by the judicial official is not only dependent of her personal commitment, but dependent as well on the normative statuses of the other participants. The content of the norms does not depend only on the judicial official who recognizes and accepts the force of the norm, but also on the social communicative interaction among participants of the legal practice and the inferential relation between the normative statuses of all of them.

[36] From this perspective, it should be said that the content of legal norms (and finally the content of law) is, at the same time, a matter of "finding norms" –i.e., finding the correct trajectory of previous applications of the norms– and a matter of "making norms" –i.e., making the correct trajectory by adding a novel case to the sequence. As Brandom asserted: «we make our concepts, or do we find them? Are we authoritative over them, or responsible to them? Hegel's answer is: "both." For both aspects are equally essential to the functioning of concepts in the ever-evolving constellation of concepts-and-commitments» (Brandom 2014: 85).

However, the content of a norm is only synchronically determined, because the norm socially, historical and inferentially determined in a time T1 might be erroneous in a time T2. The reason is that the normative statuses are grounded in the practical attitudes of assessment and treatment that are susceptible to a later assessment and treatment to determine their correctness or incorrectness. The selection that the judicial official makes in the present case is an implicit practical attitude. The claim that she makes in the present case saying that it is or is not an instance of the same norm applied in a certain set of previous judicial cases is an explicit practical attitude. Both normative positions, the retrospective selection and the projective demand, are practical attitudes and any practical attitude «is itself something that can be done correctly or incorrectly» (Brandom 1994: 52)[37].

This proposal generates three specific benefits. The first benefit is the possibility to draw an important distinction between the existence of legal practice and the existence of legal norms. From this approach it is possible to hold that legal practice and legal norms are two different sorts of entities that have different sorts of existence: the first are empirical entities that have a natural existence, and the second are normative entities that have a social existence. Legal norms are not found at the empirical level of the legal practice, but they are specifically found at the social and normative level that surface the legal practice of a community. Legal norms are social criteria of correctness for the (normative or evaluative) assessment of the performances that constitute the factual dimension of the legal practice[38].

The second benefit is the possibility of adequately relating the two dimensions of

[37] In each case, the judge acquires a consequent responsibility, firstly, with respect to the judicial community to which it is granted: «Any deciding judge is responsible to the content of the concepts whose applicability is being assessed, by being responsible to the authority exercised by the commitment of the prior judges whose decisions are available to provide precedent and rationales» (Brandom 2009: 86). Secondly, with respect to the administration that future judges will have to make of her decision: «The authority of the past applications, which instituted the conceptual norms, is administered on its behalf by future applications, which includes assessments of past ones […]. In doing so, the future applications exercise a reciprocal authority over past ones» (Brandom 2002: 230). Cf., Brandom 2009: 87.

[38] As Redondo recently said: «It is necessary to recognize that such rules [legal norms] are a different entity from such empirical practice: they consist of an ideal entity, in relation to which statements that capture their content can be evaluated, directly, as true or false» (Redondo 2019: 14); «The truth of the statements that identify norms –i.e., contents of duty– cannot be determined by the acts or practices of application of those norms. The truth of a statement that identifies a legal norm is directly determined by the existence of the norm» (Redondo 2019: 49); «The truth of the statements of duty does not depend on two different practices. The truth conditions of these statements are relative to a practice of recognition and application, but they do not consist of it because the duties are not reducible to empirical practices»; (Redondo 2019: 55). «In any case, it should be remembered that the rule is not the practice but the criteria that underlies the practice and, in this sense, it may be the case that there is a rule that establishes a duty, and that the practice misunderstands the rule or criteria that follows» (Redondo 2019: 68). These paragraphs have been translated by the author of this article.

law, within a solid and systematic theoretical approach, which does not reduce one dimension in the other. This proposal neither reduces legal norms –i.e., normative and social dimension– in legal practices –i.e., empirical and causal dimension– nor in the other way around. The existence of legal norms depends on empirical facts –i.e., norms arise from empirical facts– but norms are not reducible to empirical facts. Legal norms exist in a social and normative reality grounded on a natural and empirical reality. Legal norms are determined through normative statuses, which are grounded in the practical attitudes of the participants.

The third benefit is the dissolution of the so-called "problem of the naturalistic fallacy". Basically, because from this approach the application of norms, the rule-following activity, is inseparable from the practical attitudes of the members of the practice. The transition between past applications to the present application, the restriction of those over this, is conducted by the practical attitudes of the participants. Kripkenstein and many other regularist theorists insist that something should ensure the connection between past applications and the present, and even future, application of the norm. This way to raise the issue suggests that there is no way to fill a supposed gap between the empirical and natural order and the normative and social order. The appearance of discontinuity between the empirical and the normative order arises because the past applications were taken only as matters of fact, dispensing with the practical attitudes of the participants towards those matters. In this way, the connection between the order of performances and practical attitudes –i.e., empirical and natural order– and the order of normative statuses and norms –i.e., normative and social order– is problematic and mysterious. Instead, the Platonist and other regulist theorists treat this problem by arguing that there are platonic facts, constitutive of the content of norms, which determine in a univocal way the correct applications (past, present and future) in any imaginable situation. Thus, they reduce the normative aspect of present and future applications to platonic facts that in some mysterious way have already determined the content of norms. However, if it is accepted that past applications of norms can only count as cases of correct application when practical attitudes towards these applications are adopted, it can be considered that there is no explanatory gap to be filled. The past, present and future applications are revealed as normative issues, they are in the normative and social order. The relations between the different applications of norms are mediated by the social, linguistic, historical and inferential structure of reciprocal recognition: they are internal relations to this structure that institutes norms and determines their content.

References

Bayón, J.C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de estudios constitucionales.

Boghossian, P. (1989). *The Rule-Following Considerations*, «Mind», 98 (392), 507-549.

Brandom, R. (1994). *Making it Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Brandom, R. (2000). *Articulating Reasons: An introduction to Inferentialism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Brandom, R. (2002). *Tales of the Mighty Dead: Historical Essays on the Metaphysics of Intentionality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Brandom, R. (2009). *Reason in Philosophy: Animating Ideas*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Brandom, R. (2011). *Perspective on Pragmatism: Classical, Recent and Contemporary*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Brandom, R. (2014). *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel*, in G. Hubbs , D. Lind (eds.), *Pragmatism, Law, and Language*, New York, Routledge.

Brozek, B. (2017). *Law, Normativity, and Supervenience*, in B. Brozek, A. Rotolo, J. Stelmach (eds.), *Supervenince and Normativity*, Cham, Springer.

Canale, D. (2005). *Inferenzialismo semantico e ragionamente giuridico*, «Ragion Pratica», 2/2005, 301-334.

Canale, D. (2017). *L'indeterminatezza delle norme: un approccio inferenzialista*, «Analisi e Diritto», 31-60.

Canale, D., and Tuzet, G. (2009). *Judicial Scorekeeping*, in D. Canale, G. Tuzet (eds.), *The Rules of Inference*, Milano, Egea, 73-89.

Chilovi, S., Pavlakos, G. (2019). *Law-determination as Grounding: A Common Grounding Framework for Jurisprudence*, «Legal Theory», 25(1), pp. 53-76.

Epstein, B. (2015). *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford, Oxford University Press.

Greenberg, M. (2004). *How Facts Make Law*, «Legal Theory», 10, 157-198.

Klatt, M. (2008). *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation*, Oxford, Hart Publishing.

Kripke, S. (1982). *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford, Blackwell.

McDowell, J. (1984). *Wittgenstein on Following a Rule*, «Synthèse», 58(3), 325-363.

McGinn, C. (1984). *Wittgenstein on Meaning*, Oxford, Blackwell.

Plunkett, D. (2012). *A Positivist Route for Explaining How Facts make Law*, «Legal Theory», 18, 139-207.

Raz, J. (1979). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press.

Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press.

Redondo, C. (2019). *Positivismo jurídico interno*, Ljubjana, Revus.

Rosen, G. (2010). *Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction*, in B. Hale, A. Hoffmann (eds.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 109-136.

Ross, A. (1958). *On Law and Justice*, London, Steven & Sons.

Schaffer, J. (2009). *On What Grounds What*, in D. Manley, D.J. Chalmers, R. Wasserman (eds.), *Metametaphysics: New Essays on the Foundations of Ontology*, Oxford, Oxford University Press, 347-383.

Shapiro, S. (2011). *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Simmonds, A. (1979). *Moral Principles and Political Obligation*, Princeton, Princeton University Press.

Smith, M.B.E. (1973). *Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?*, «Yale Law Journal», 82, 950-976.

Weir, S. (2007). *Kripke's Second Paragraph of Philosophical Investigations 201*, «Philosophical Investigations», 30(02), 172-178.

Wilson, G. (1994). *Kripke on Wittgenstein on Normativity*, «Midwest Studies in Philosophy», 19, 366-390.

Wilson, G. (1998) *Semantic Realism and Kripke's Wittgenstein*, «Philosophy and Phenomenological Research», 58(1), 99-122.

Wilson, J. (2014). *No Work for a Theory of Grounding*, «Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy», 57: 5-6, 535-579.

Wittgenstein, L. (1953). *Philosophical Investigations*, Oxford, Blackwell.

Pragmatica dell'accusa e analitica del processo. Primi elementi

*Marco Q. Silvi**

> «Sei accusato» disse il sacerdote a voce particolarmente bassa […] «Tu fraintendi il fatto [che] il giudizio non arriva di colpo, il procedimento si trasforma poco a poco in giudizio».
>
> Franz Kafka

Sommario

Il presente lavoro mira a fornire un primo contributo all'analisi del concetto di processo, considerato a prescindere dalle specifiche modalità con cui il diritto positivo costruisce i suoi processi e a prescindere dalle concezioni di giustizia che condizionano le scelte del diritto positivo. L'ipotesi di lavoro qui seguita è che sia possibile indagare le condizioni di possibilità dei fenomeni processuali muovendo dalla prospettiva di un particolare atto giuridico che si trova in alcuni processi, in particolare l'atto dell'accusa. L'indagine sull'accusa mostrerà: (i) la stretta relazione (di tipo necessario) che intercorre tra tale atto e quello del giudizio di responsabilità, che conclude il processo; (ii) la relazione (di tipo tendenziale) che intercorre tra chi accusa e chi è accusato.

Parole chiave: Ontologia sociale. Concetto di processo. Accusa. Ascrizione di responsabilità.

Abstract

This work aims to provide a contribution to the analysis of the concept of trial, considered independently of the specific ways in which positive law constructs its trials, and independently of the conceptions of justice that condition the legislative

* Marco Q. Silvi, Università degli Studi di Milano-Bicocca, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dell'Ateneo Nuovo, 1, 20126 Milano, *marco.q.silvi@gmail.com*.

Mi sia consentito esprimere un vivo ringraziamento ai due anonimi valutatori, nonché a quattro esperti del processo (ognuno per il suo profilo): Livia Giuliani, Antonio Incampo, Mauro Renna e, per il dialogo serrato, Andrea Giussani.

choices. The working hypothesis followed here is that it is possible to investigate the conditions of possibility of trials by moving from the perspective of a particular legal act, found in certain trials: the act of accusation. The analysis of such an act will show: (i) the close relationship (of a necessary kind) that exists between this act and that of judging, which concludes the trial; (ii) the relationship (of a tendential kind) that exists between the accuser and the accused.

Keywords: Social Ontology. Concept of Trial. Accusation. Ascription of Responsibility.

1. Il mistero del processo

Le domande, a volte, sono più interessanti delle risposte. Nelle pieghe di un noto saggio di Salvatore Satta sul *mistero del processo* (1949), si può rinvenire, a mio avviso, una domanda (meglio, l'intuizione di una domanda) filosoficamente provocante che può essere formulata nei termini seguenti: perché, in occasione di un rivolgimento istituzionale, quale la Rivoluzione francese, i vincitori istituiscono tribunali per farsi giustizia sui vinti?

I vincitori, infatti, potrebbero limitarsi a eliminare fisicamente la parte avversa (sono pur sempre i vincitori). Invece, «quella gente» (i vincitori) vuole «uccidere attraverso un processo. Quale sia il motivo contingente e occasionale per cui preferisca all'uccisione diretta il processo ci possiamo dispensare dall'intendere […]. Ma quel che importa è che vuole uccidere attraverso un processo: dunque vuole un processo, vuole "il processo"» (Satta 1949: 275).

La domanda, quindi, è: quali sono le *caratteristiche concettuali* del processo che *rendono possibile* un tale suo utilizzo? Qual è, in altre parole, il concetto di "processo" presupposto da quei vincitori e da ogni altro che faccia simile uso del fenomeno processuale? Non si tratta, come avverte Satta, di investigare i motivi contingenti (le ragioni) che hanno portato i vincitori a istituire un tribunale speciale contro i vinti in quel determinato caso; si tratta di capire quali siano gli elementi del fenomeno processuale che possono consentire una tale scelta e darvi un senso dal punto di vista giuridico.

Questa domanda (che resta implicita) si collega ad altre (che invece Satta esplicita): è, un tale processo, «veramente un processo? E se è veramente un processo, che cos'è allora l'altro processo, quello di cui parliamo quando parliamo di giustizia e di diritto? E, in definitiva, che cosa è il processo?» (*Ibidem*). Si tratta di domande che vertono, in ultima analisi, su quella che potremmo chiamare l'*essenza* del processo. Volendo essere analitici, la questione si scinde almeno in due problemi: (i) quello della *funzione*, dello scopo, del processo; (ii) quello della *struttura* del processo, ossia – in termini definitori – quello dei suoi elementi costitutivi minimi in assenza

dei quali un certo fenomeno (meglio, un certo insieme di fenomeni normativi) non è (riconoscibile come) un processo.

Si tratta di questioni centrali per il diritto processuale, che hanno rilievo sia a livello di politica giudiziaria, sia a livello dogmatico, in sede di interpretazione, applicazione e sistemazione degli stessi istituti processuali.

In realtà, ogni costruzione dogmatica (come ogni scelta legislativa in materia processuale) presuppone un certo concetto di processo che consente di confrontare sia i diversi fenomeni, sia le loro diverse concezioni. Ogni costruzione dogmatica (come ogni scelta legislativa in materia processuale) normalmente presuppone anche una certa *concezione* del processo, di quali debbano essere i suoi scopi (tipici) e, conseguentemente, di quale debba essere la sua morfologia (in particolare, i suoi elementi costitutivi minimi), più aderente ai predetti scopi[1]. E tali concezioni (sulla funzione e sulla struttura del processo) si riflettono su (e risentono di) altrettante concezioni sul modo con cui debba essere ricercata, o (ri)costruita, la verità all'interno del processo[2].

Quando si discute, quindi, in sede dogmatica, di "essenza" del processo, di scopi del processo, abbiamo a che fare, di solito, con *concezioni*, ossia con teorie che esprimono un'*ideologia* del processo: tesi sullo statuto del processo (scopi e struttura) *assiologicamente* orientate. Si tratta cioè di teorie normative, volte a proporre paradigmi, "modelli" di processo da ritenere *preferibili* ad altri, alla luce di criteri assiologici (che per giuristi e filosofi, come detto, possono anche trovare ancoraggio in quelli positivizzati dalla Carta costituzionale, come avviene nel nostro ordinamento[3]).

1.1. Concezioni sul processo vs. concetto di processo

Ma si può parlare di *concezioni* del processo solo assumendo che vi sia un *concetto* di processo. Se ogni concezione esprime una valutazione, un'ideologia sul pro-

---

[1] La letteratura è amplissima. In disparte la nota distinzione tra sistemi accusatori e sistemi inquisitori, mi limito a rinviare all'originale analisi di Damaška 1991 incentrata (mediante la costruzione di tipi ideali *à la* Weber) sui rapporti che la morfologia del processo può intrattenere, da un lato, con la struttura dello Stato e dell'organizzazione del potere giudiziario e, dall'altro lato, con le ideologie sugli scopi che dovrebbero essere perseguiti dall'amministrazione della giustizia. Cfr. anche Cappelletti 1969.

[2] Cfr. per tutti Taruffo 2009 che, ad esempio, così scrive: «La scoperta della verità è un fine essenziale del processo ed è una condizione necessaria di giustizia delle decisioni, ma non è l'unico fine che il processo persegue. Di conseguenza, la funzione epistemica che il processo può svolgere è molto importante ma non è l'unica. Il processo, invero, è anche il "luogo" in cui […] si attuano valori […] si tutelano interessi, si compiono scelte economiche, si affrontano problemi sociali, si allocano risorse, si determina il destino delle persone, si tutela la libertà degli individui, si manifesta l'autorità dello Stato e si risolvono controversie per mezzo di decisioni auspicabilmente giuste. A seconda che si adottino prospettive che privilegiano l'una o l'altra di queste funzioni si individuano ideologie diverse del processo […]. Queste scelte ideologiche influenzano gli orientamenti dei legislatori che si occupano del processo, e che introducono norme diverse a seconda dell'ideologia di volta in volta adottata» (ivi, 139).

[3] Emblematica, al riguardo, la costruzione teorica proposta, in sede penale, da Ferrajoli 1989.

cesso, tutte le concezioni presuppongono e condividono un medesimo concetto, un *concetto minimo* di processo, (quanto più possibilmente) neutro dal punto di vista assiologico: perché vi possa essere confronto tra diverse concezioni sul processo, è necessario che i parlanti condividano il medesimo concetto di processo (quanto più "sterilizzato" nelle sue connotazioni assiologiche tale da costituire un punto di partenza comune)[4].

È al concetto di processo, non alle concezioni sul processo, che il presente lavoro è dedicato. Ciò che mi interessa sono gli elementi costitutivi minimi che connotano il *fenomeno processuale*, colto in una prospettiva (più possibile) neutra sotto il profilo valutativo. Si tratta di una prospettiva di indagine che, probabilmente, non interessa il giurista (a maggior ragione se fa politica del diritto): il giurista, infatti, quando parla di processo, normalmente dà per presupposto, quasi scontato, il concetto di processo e si concentra sulla "definizione" di quello che, alla luce di determinati valori, *dovrebbe* essere considerato il "vero" processo: ma a ben vedere, parlando di "vero" processo, tali teorie propongono in realtà paradigmi di processi "giusti", modelli di processi conformi a determinati valori di fondo.

Lo stesso Satta, come visto, assume a parametro di riferimento il processo «di cui parliamo quando parliamo di *giustizia* e di diritto» (Satta 1949: 275, *corsivo* mio). È quindi la ricerca del *processo giusto* il punto d'avvio della sua analisi (ivi, 288), e il suo argomento, su cui vale la pena soffermarsi, si svolge all'interno di tale prospettiva (ideologica). L'argomento di Satta si articola, in estrema sintesi, nei seguenti passaggi: (i) il processo, secondo Satta, «non è altro che giudizio e formazione del giudizio» (ivi, 281); (ii) elemento costitutivo del giudizio è, a suo dire, il fatto che esso sia reso da un terzo, ossia un soggetto che non sia parte, non abbia interessi, nel giudizio (ivi, 285-287); (iii) nel processo rivoluzionario, invece, chi giudica è dalla parte dei vincitori (ivi, 287); (iv) dunque, «il processo rivoluzionario non è, per il giurista, un processo» (*Ibidem*).

Il ragionamento di Satta è però entimematico: l'affermazione *sub* (ii), infatti, non è mera descrizione di un dato (concettuale) proprio del fenomeno processuale, come invece è, ad esempio, l'affermazione *sub* (i); l'affermazione *sub (ii)* esprime una concezione, pone una tesi su un valore cui il processo dovrebbe (secondo Satta) conformarsi.

Infatti, un processo in cui chi giudica *non* è imparziale (per accidente o costitutivamente, come avviene nel processo rivoluzionario da cui muove Satta) resta pur sempre un processo: esso potrà essere *valutato* come iniquo, ingiusto, contrario ai principi di civiltà giuridica, finanche illegittimo e invalido (se i parametri di valutazione sono codificati dall'ordinamento giuridico entro cui si collocano le norme istitutive di quel dato processo). È difficile, però, affermare – da un punto di vista logico-concettuale – che quel fenomeno giuridico non sia un fenomeno processuale,

[4] Sulla distinzione tra concetto e concezioni, cfr. Rawls 2004: 22-24.

che esso sia cioè un non-processo, un istituto *autre*.

La prospettiva di analisi che mi interessa è, quindi, quella del concetto di processo: mi interessano gli elementi minimi che fanno di un certo fenomeno giuridico, un fenomeno processuale, indipendentemente da assunzioni valutative. In tal modo, ritengo sia possibile anche meglio comprendere sia le diverse ideologie sul processo, sia i "meccanismi" che stanno alla base di fenomeni (apparentemente) anomali, come quello rivoluzionario su cui si è soffermato Satta.

1.2. Per un'analitica del processo

1.2.1. Per evidenti limiti di spazio, il presente lavoro non potrà che fornire *primi elementi* per un'analitica del processo, o, per dirla con Antonio Incampo (2012), per una metafisica del processo[5]. In particolare, limito l'analisi a uno specifico ambito di fenomeni processuali: quelli in cui il processo si conclude con un *giudizio di responsabilità* (qualcuno è giudicato responsabile per qualcosa) ed è innescato da un'*accusa*.

Nella sua indagine sul mistero del processo, almeno due sono gli elementi costitutivi suggeriti da Satta: (i) l'atto del *giudizio* cui il processo tende, e (ii) il *procedimento*, ossia l'insieme degli atti, logicamente e cronologicamente coordinati tra loro, volti alla formazione del giudizio (cfr. ad esempio Fazzalari 1986). In realtà, a me pare che, tra gli aspetti logici interni del fenomeno processuale, debba essere considerato *anche* l'atto che innesca la catena procedimentale che porta al giudizio, l'atto iniziale del processo. Tale atto spesso, ma non sempre, assume la forma della *domanda*, di una richiesta di ottenere un certo tipo di giudizio: come è stato osservato, infatti, «è la domanda giudiziale, non la sentenza, l'atto fondamentale che identifica la tutela giurisdizionale dei diritti rispetto alla rissa o alla vendetta» (Cavallone 2016: 24).

In realtà, se si osserva la fenomenologia dei processi riscontrabili nei vari ordinamenti positivi, l'atto di innesco della catena procedimentale (così come l'atto conclusivo) si presenta con forme e strutture varie, diversificate e (soprattutto) complesse, potendo ricorrere, assieme alla domanda – o in luogo di essa, anche altri atti, quale quello dell'*accusa*.

Nella prospettiva preliminare (e quindi frammentaria) che connota il presente contributo, scelgo di limitare la mia indagine a quei processi che sono innescati da un'accusa e si concludono con un giudizio di responsabilità.

Una tale limitazione del campo d'indagine, sebbene arbitraria, non mi pare irra-

[5] L'indagine di Incampo (2012: 22) verte sulla «realtà del processo», nella prospettiva che «studia i fenomeni possibili per domandarsi della *possibilità* di essi, per chiedersi cioè cosa è necessario e che cosa, invece, è soltanto possibile». Per "metafisica del processo" infatti egli intende l'indagine sui «confini, o, visti ancora da un'altra angolazione, [su]gli orizzonti più puri della decisione giuridica» (ivi, 57).

zionale (almeno in questa fase preliminare), vista la rilevanza dei fenomeni processuali che essa include. Tra tali fenomeni – connotati quindi dai tre elementi richiamati nel motto del presente lavoro (accusa, procedimento, giudizio di responsabilità) – mi pare rientrino, in modo quasi esemplare, i processi penali (almeno quelli c.d. di cognizione), in cui tipicamente la nozione di accusa ricorre (sia che si tratti di riti impostati secondo il c.d. modello accusatorio, sia che si tratti di riti inquisitori[6]): in tali fenomeni processuali infatti v'è sempre un'accusa, mentre non sempre v'è anche una domanda[7].

Ma un'accusa è rinvenibile anche in altri processi, ad esempio, quelli civili per risarcimento da c.d. fatto illecito, oppure quelli in cui l'attore contesta un inadempimento contrattuale (chiedendo un risarcimento o la risoluzione del medesimo contratto), oppure, ancora, si pensi a un processo per l'annullamento di un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo e che sia lesivo di una posizione soggettiva giuridicamente tutelata (c.d. interesse legittimo).

In ognuno di tali fenomeni processuali v'è sempre un'accusa nei confronti di qualcuno (l'imputato, il convenuto, la pubblica amministrazione, ecc.) per qualcosa che egli ha fatto, ma che non avrebbe dovuto fare, o per qualcosa che non ha fatto ma che avrebbe dovuto fare; ciò sia che si tratti, appunto, di un reato, come avviene nel processo penale, sia che si tratti di un inadempimento contrattuale o di un danno determinato da fatto illecito, sia che si tratti di un provvedimento amministrativo illegittimo lesivo di un interesse legittimo, ecc.

In tutti tali casi v'è dunque un'accusa di cui l'accusato deve/può, in qualche modo, rispondere, e rispetto alla quale qualcuno esprimerà un giudizio. Così, anticipando qui la mia tesi, all'interno dei fenomeni processuali presi in esame, il giudizio non rileva di per sé, ma piuttosto nella sua *relazione specifica* che intrattiene con l'accusa: il giudizio è sempre, prima di tutto, un giudizio *su* un'accusa. È l'accusa, quindi, nella sua peculiare relazione col giudizio, che coglie la specificità (almeno alcune delle specificità) del fenomeno processuale (almeno di quelli qui considerati). E tale specificità spero di riuscire a mettere in evidenza nel seguito.

In particolare, nel presente lavoro mi soffermo a esaminare e a confrontare l'atto dell'accusa e quello del giudizio di responsabilità, colti nei loro elementi concettuali minimi che prescindono dalla concreta fenomenologia con cui tali atti possono presentarsi all'interno di specifici ordinamenti giuridici.

---

[6] Cfr. ad esempio Conso 1958: 337, in cui (in espresso accordo con Carnelutti 1946: 158), afferma che «l'idea di accusa non è patrimonio esclusivo del sistema accusatorio puro: […] il processo inquisitorio […] non va considerato come un processo senza accusa; ma come il processo in cui l'accusa muove dallo stesso giudice, detto appunto giudice-accusatore».

[7] Ad esempio, nei processi impostati secondo un modello inquisitorio, in cui è lo stesso giudice a formulare l'accusa e ad avviare il processo, a rigore, il giudice non pone alcuna domanda: si limita appunto ad accusare qualcuno (eventualmente prospettando le pene cui questi potrebbe andare incontro). Cfr. Conso 1958: 338. Sulla differenza tra accusa e domanda ritornerò *sub* 3.2.

Una tale analisi presuppone una precisa visione dell'atto giuridico che altrove ho difeso e di cui darò sinteticamente conto *sub* 2. Quindi, dopo aver caratterizzato l'atto del giudizio come atto ascrittivo di responsabilità (distinguendo, quindi, tra i concetti di responsabilità, quelli a vario titolo coinvolti nella pragmatica di tale atto – *sub* 3), mi concentrerò sulla pragmatica dell'accusa, mettendo in evidenza le relazioni logiche che esso instaura con il giudizio e con la posizione dell'accusato (*sub* 4).

1.2.2. Prima di procedere, inoltre, è bene essere chiari su alcuni aspetti di metodo e di ambito che assumo ai fini della mia indagine.

In primo luogo, è bene ripetere che la mia analisi non ha la pretesa di essere esaustiva, ma vuole fornire *primi elementi* per un'indagine sulle condizioni di possibilità del fenomeno processuale. In particolare, la mia ipotesi di lavoro è che sia possibile approcciare un tale fenomeno muovendo dall'indagare uno specifico atto (linguistico-giuridico) che "compare" quando ci si trova di fronte ad alcuni processi: l'atto dell'accusa.

Come si vedrà, inoltre, si tratta di (alcuni) elementi costitutivi attinenti alla *struttura* del processo: non v'è spazio, qui, per affrontare il problema della funzione del processo, meglio delle sue funzioni essenziali[8].

In secondo luogo, è bene anche ricordare che la presente analisi mira a chiarire gli elementi costitutivi del fenomeno processuale, in coerenza con una visione della filosofia del diritto come laboratorio concettuale (cfr. Guastini 2012), ossia come attività volta a elaborare concetti che consentono di offrire una migliore e più potente comprensione dei fenomeni osservati.

In tal modo, la mia analisi sul fenomeno processuale, sebbene presupponga la presenza di un diritto positivo[9] che costruisce i *suoi* processi (nel senso che ogni ordinamento giuridico, mediante regole in esso prodotte conforma il contenuto degli istituti processuali validi in e per quel particolare e preciso ordinamento) è volta a individuare alcuni elementi minimi, che possano connotare il fenomeno processuale di per sé considerato, indipendentemente, quindi, da quelli che sono le intenzioni e le valutazioni del singolo legislatore di un certo ordinamento.

---

[8] Sebbene l'indagine delle funzioni essenziali possa apparire preliminare per un'analitica del processo (sono infatti gli scopi che si intendono perseguire col processo a condizionare la concreta morfologia degli istituti processuali), è pure vero che, qualunque sia la funzione perseguita, a livello concettuale, la struttura minima di ogni processo non può prescindere dai tre elementi che ho individuato: atto di impulso, atto di conclusione e procedimento. Peraltro, come argomentato da Incampo 2012: 282-293, la dimensione della funzione essenziale dei fenomeni processuali pare comunque connessa all'idea di un giudizio, in qualche modo, *giusto* (indipendentemente dalla concezione di giustizia accolta): «Perché si va davanti al giudice? Per avere giustizia, non ingiustizia»; «nel caso di una sentenza *dichiaratamente* ingiusta, il giudice finisce per disfare ("*to undo*") ciò che dice».

[9] La mia indagine, almeno per ora, è limitata a (alcuni) fenomeni processuali che possono riscontrarsi in ordinamenti positivi simili al nostro. Non escludo però che le mie riflessioni possano essere utili anche per l'analisi di contesti differenti.

2. Dimensione normativa e dimensione concettuale di un atto giuridico

Che cos'è (cosa si intende), dunque, un'accusa? L'accusa è, prima di tutto, un *atto*, in particolare un atto *linguistico* (*speech act*), un atto cioè che si compie (si può compiere) mediante il linguaggio. Come direbbe John L. Austin (1962), si tratta di un atto *performativo*: dire di accusare (qualcuno per aver fatto *A*) è accusare. Inoltre, l'atto dell'accusa rientra in quell'insieme di performativi che Amedeo G. Conte (1977, 1994, 2001, 2002) ha chiamato "*thetici*": sono, gli atti (performativi) thetici, atti mediante l'esecuzione dei quali sono costituiti, modificati, estinti, stati di cose giuridici, fatti istituzionali (*institutional facts*) quali obblighi, diritti (soggettivi), responsabilità, *status*, ecc.[10]: la promessa, la scommessa, la donazione, il comando, la nomina, l'abrogazione sono atti (giuridici) thetici.

Ma, al di là di tale prima caratterizzazione, è possibile isolare alcuni elementi costitutivi minimi dell'atto dell'accusa, quale atto giuridico? Questa seconda domanda, e la sua risposta, presuppone almeno una concezione – che altrove ho ampiamente argomentato (cfr. Silvi 2014a, 2017a, 2017b, 2018) – la quale (i) vede gli atti giuridici come *forme tipiche d'azione*, costruite dal diritto positivo in funzione di determinati scopi (anch'essi identificati in modo tipico), e (ii) afferma che, in tale attività costruttiva, l'ordinamento giuridico "si serve" del primo "materiale" che esso trova, già dato, nell'ambito della comunità umana in cui (concretamente e storicamente) si innesta, ossia degli atti del linguaggio ordinario di quella comunità. Ciò in ragione del fatto che il linguaggio ordinario possiede (anche in accordo ad esempio con Searle 2010[11]) una sua *intrinseca normatività*, costituendo già esso un primo strumento di cui gli uomini di quella comunità si servono (in contesti extragiuridici) per produrre vincoli normativi, assumere impegni, ascrivere responsabilità, produrre o estinguere pretese, ecc.

[10] Sui fatti istituzionali, e, più in generale sull'ontologia sociale, la letteratura è vasta. Oltre ai classici lavori di John R. Searle (1976, 1996, 2010, 2019), mi limito a rinviare, in Italia, alla raccolta curata da Paolo Di Lucia (2003) e alle ricerche di Maurizio Ferraris (2009, 2012, 2018) nonché, per la loro maggiore attenzione al diritto, a quelle di Corrado Roversi (2012, 2016, 2018, 2019). Cfr. anche Di Lucia, Fittipaldi 2021. Nella mia analisi, farò riferimento a diversi lavori di Searle, senza però dover aderire alla sua intera teoria: non mi interessa infatti indagare la natura dei fenomeni istituzionali; mi interessa solo cercare di comprendere alcuni aspetti di quei particolari fenomeni che sono gli atti giuridici. In tale prospettiva, i miei richiami a Searle sono limitati a quei concetti e quelle tesi che mi paiono utili per la mia indagine, soprattutto se fatti reagire con le ricerche di A.G. Conte sull'atto giuridico, nonché con quelle di J.L. Austin (sull'utilità, e l'attualità, delle ricerche austiniane per l'ontologia sociale, cfr. ad esempio Sbisà 2014).

[11] Cfr. a mero titolo di esempio Searle 2010: 109: «Non puoi spiegare cos'è una promessa o un'affermazione senza spiegare che le affermazioni impegnano chi le fa nell'asserire la verità di quanto detto e che le promesse impegnano chi le fa a mantenerle. In ambedue i casi, l'impegno è *interno* all'atto linguistico, dove con "interno" intendo che non potrebbe essere il tipo di atto linguistico che è, non potrebbe essere quel preciso genere di atto linguistico se non comportasse quell'impegno». Sull'intrinseca normatività degli atti del linguaggio ordinario, sia consentito rinviare anche a Silvi 2017b: 67-75; Silvi 2018: 154-158.

Secondo tale concezione, quindi, gli atti giuridici si presentano come *declinazioni* di atti del linguaggio ordinario in uso nella comunità umana in cui l'ordinamento positivo si innesta, presupposti o riprodotti dal medesimo ordinamento nella costruzione dei singoli tipi di atti giuridici. Rispetto al singolo tipo di atto giuridico, quindi, è possibile isolare:

(i) una *dimensione concettuale* dell'atto del linguaggio ordinario (che l'atto giuridico riproduce o presuppone), caratterizzata dagli effetti essenziali dell'atto linguistico[12], dalle sue condizioni di validità (praxeologiche[13]), dal suo scopo illocutorio (*illocutionary purpose*)[14] (si tratta di aspetti normalmente studiati dalla pragmatica linguistica);
(ii) una *dimensione normativa*, specifica dell'atto giuridico, costituita dall'insieme delle norme poste dal singolo ordinamento, la quale declina variamente (variamente arricchendola) quella concettuale, in base ai concreti e specifici interessi ritenuti meritevoli dal diritto positivo a discapito di altri (potenzialmente o attualmente) in conflitto[15].

In tale prospettiva, quindi, atti linguistici (thetici) come la promessa, la rinuncia, il giudizio, l'accusa, la donazione, lo scambio, il perdono, la richiesta, ecc.

[12] Parlando di effetti essenziali, intendo fare riferimento all'idea di illocuzione (o di atto illocutivo o di forza illocutiva) di cui parla Austin 1987: 75-81, con cui egli identifica la funzione comunicativa "convenzionale" di un atto, l'effetto comunicativo tipico socialmente condiviso. Si tratta di quella che Searle 1976: 92-93, chiama la "condizione essenziale" di un atto linguistico, che differenzia un certo atto dagli altri atti appartenenti alla medesima classe. È a tale livello di analisi (dell'atto illocutivo) che attiene la theticità degli atti linguistici thetici

[13] All'interno dell'insieme delle condizioni di validità di un atto giuridico, Conte 1988: 425-475, distingue, dalle condizioni di validità poste da specifici ordinamenti giuridici (che egli chiama *praxeonomiche*), le condizioni *praxeologiche* che, invece, sono «condizioni *intrinseche*, condizioni inerenti al concetto d'un atto, alla sua intrinseca costituzione».

[14] Lo scopo illocutorio di un atto linguistico è, secondo Searle 1987: 170, la ragion d'essere di un atto che, in qualche modo, ne determina gli effetti comunicativi essenziali: «Lo scopo o ragion d'essere di un ordine va ricercato nel suo essere un tentativo di indurre l'ascoltatore a fare qualcosa. Lo scopo o ragion d'essere di una dichiarazione va ricercato nel suo essere una rappresentazione (vera o falsa, accurata o meno) di come qualcosa è. Lo scopo o ragion d'essere di una promessa va ricercato nel suo essere una assunzione, da parte del parlante, di un impegno a fare qualcosa». Lo scopo illocutorio trova un riflesso nella condizione essenziale dell'atto linguistico, ma anche nella c.d. *condizione di sincerità* che, secondo Searle 1976: 98, dovrebbe essere intesa nel senso che «l'esecuzione dell'atto conta come un'espressione di quello stato psicologico» in funzione del quale l'atto si struttura: «asserire, affermare, dichiarare (che *p*) conta come un'espressione di credenza (che *p*). Chiedere, domandare, ordinare, esortare, ingiungere, pregare o comandare (che *At* venga fatto) conta come un'espressione di un desiderio o di un voto (che *At* venga fatto)». Sull'importanza del concetto di funzione per la teoria dell'atto giuridico, in Italia, cfr. Incampo 1997, 2003, 2012. Cfr. anche Silvi 2017b.

[15] Sulle modalità con cui si declinano le dimensioni normative degli atti giuridici rispetto a quelle concettuali degli atti del linguaggio ordinario presupposte, sia consentito rinviare a Silvi 2017a: 61-73.

costituiscono, di volta in volta, la dimensione concettuale dei vari atti giuridici (thetici) rinvenibili in un ordinamento positivo concreto.

Così, per restare all'esempio dell'accusa e al nostro ordinamento giuridico, si pensi alla querela (artt. 120 cp e 336 cpp), alla richiesta di rinvio a giudizio (artt. 416-417 cpp), all'atto di citazione (art. 163 cpc – quando essa verta su un inadempimento o su un danno causato da fatto illecito), alla querela di falso (art. 221 cpc), ecc.: si tratta di atti giuridici che rispondono a scopi differenti, e presentano una morfologia affatto diversa tra loro; ma tutti tali casi sono accomunati dal fatto di presupporre o replicare (anche) il concetto di accusa: si tratta, in tutti i casi, (anche) di accuse, di declinazioni giuridiche dell'accusa.

Rispetto a tale visione dell'atto giuridico, quindi, gli elementi costitutivi minimi di un atto possono essere individuati nell'insieme degli elementi che connotano la sua dimensione concettuale, ossia l'insieme delle condizioni praxeologiche di validità, degli effetti essenziali e degli scopi illocutori dell'atto del linguaggio ordinario (presupposto e/o incorporato in quel particolare atto giuridico) che fanno sì che quell'atto (linguistico, ma anche giuridico) sia l'atto che esso è[16].

Ma quali sono, quindi, gli elementi che connotano la dimensione dell'atto dell'accusa? Per meglio comprenderli (*sub* 4), può essere utile muovere dall'atto che conclude il processo attivato dall'accusa, cioè dal giudizio di responsabilità (*sub* 3).

3. Giudizio di responsabilità

La dimensione concettuale del giudizio di responsabilità che chiude alcuni processi consiste, almeno, in un giudizio di valore il cui effetto comunicativo tipico è quello di *ascrivere* una responsabilità a qualcuno per un certo stato di cose che si è verificato (mi riferirò a tale atto con: 'giudizio di responsabilità' o 'giudizio'[17]): si

[16] In altre parole, gli atti giuridici, costruiti da un particolare ordinamento positivo, hanno un "nucleo" concettuale minimo determinato da (almeno) dal concetto di un atto del linguaggio ordinario in uso nella comunità in cui quell'ordinamento si innesta. Ciò comporta (almeno) due conseguenze: (i) la prima è che l'indagine degli (elementi concettuali minimi degli) atti del linguaggio ordinario può essere utile per indagare gli istituti del diritto positivo in cui i primi si declinano; (ii) la seconda è la necessità di superare (o comunque rivedere criticamente) quelle posizioni teoriche che, in modo più o meno esplicito, concepiscono le regole costitutive delle pratiche istituzionali come il *prius* logico di quelle medesime pratiche. Si tratta di una concezione "autarchica" delle regole costitutive, presente nei lavori dello stesso A.G. Conte e criticata, ad esempio, da Roversi (2016: 111-119). Altro esempio di concezione "autarchica" è rinvenibile in alcune tesi di Andrei Marmor (2006 e 2009) sulle convenzioni costitutive, almeno secondo l'analisi critica svolta da Marcin Matczac (2021) (sull'ontologia di Marmor, più in generale, rinvio a Tuzet 2008).

[17] A ben vedere, 'giudizio' e 'giudizio di responsabilità' (che qui uso con un'accezione molto stretta) sono espressioni che designano un insieme di atti, accomunati tutti dall'esprimere, in vario modo, appunto, un giudizio di responsabilità (e di valore), tra cui rientrano anche l'atto dell'accusa, del biasimo, della critica, della scusa, della giustificazione, ecc. Ma, mentre per tali ultimi atti, almeno nella lingua

tratta di un atto che J.L. Austin (1987: 110-111) colloca tra i c.d. verdittivi, il cui scopo illocutorio quindi è *decidere* sulla responsabilità (per qualche motivo controversa) di un soggetto (Tizio) per un certo comportamento (*A*) (la cui attualità pure può essere controversa).

Seguendo in parte A.G. Conte (1977) e in parte Charles J. Fillmore (1971), il giudizio di responsabilità presenta sia il carattere della theticità, sia della c.d. fattività (secondo Kiparsky, Kiparsky 1979, sono "fattivi" quei verbi che presuppongono la verità dell'enunciato innestato che funge da complemento)[18].

La *fattività* del giudizio comporta alcune presupposizioni che si "traducono" in altrettante condizioni praxeologiche dell'atto, tra cui (almeno) le seguenti:

(i) la situazione di cui si giudica qualcuno responsabile – il comportamento (*A*) – è *attuale*, deve essersi cioè effettivamente realizzata (condizione di attualità);
(ii) la situazione *sub* (i) deve inoltre essere *negativamente valutata*, in base a qualche criterio normativo (condizione assiologica);
(iii) devono infine essere integrati quei criteri (normativi) che consentono di "ricondurre" la situazione oggetto del giudizio (negativamente valutata) nella *responsabilità* di colui che è giudicato (condizione di responsabilità).

La *theticità* del giudizio, invece, riguarda i suoi effetti essenziali, e consiste:

(i) nell'*ascrivere* a Tizio la *responsabilità* per una certa situazione negativamente valutata – l'ormai noto comportamento (*A*); ciò comporta, dunque, che l'ascrizione verte anche:
(ii) sulla situazione – il medesimo comportamento (A) – che, con il giudizio, è posta come "vera", e deve essere considerata come "vera", cioè come attuale, come realmente accaduta;
(iii) sul disvalore che, col giudizio, è quindi ascritto al comportamento (A) di cui Tizio è responsabile[19].

---

italiana, è presente un nome e un verbo che indica l'atto ('accusare', 'biasimare', 'criticare', 'scusare', 'giustificare', ecc.), non così per quel tipo di giudizio di responsabilità qui in discorso, per indicare il quale non ho trovato altri termini che 'giudizio' (o 'giudizio di responsabilità').

[18] Si badi: il fatto che, per caratterizzare l'atto del giudizio di responsabilità, così come per l'atto dell'accusa (*sub* 4), io faccia riferimento all'articolo di Fillmore sui *Verbs of Judging*, e agli autori che sono intervenuti a criticarne l'impostazione, tra cui Conte 1977 e McCawley 1975, è motivato unicamente dal fatto che questi tre autori formulano considerazioni che mi paiono interessanti, e tuttora valide, sugli atti del giudizio e dell'accusa. Ciascuno di essi, infatti, come si vedrà, coglie di tali atti un differente aspetto concettuale. È del tutto irrilevante, qui, il contesto teorico che fa(ceva) da sfondo al dibattito sollevato dalle tesi di Fillmore (tesi che poi lo stesso Fillmore supererà con la sua semantica dei *frames* – su cui cfr. ad esempio la silloge curata da Marmo 2017).

[19] Sebbene la discussione che ne è seguita si sia appuntata sull'ascrizione di responsabilità (cfr. ad esempio Geach 1960, Pitcher 1960, Feinberg 1965, Gizbert-Studnicki 1976 e, più di recente, Sneddon 2006: 19-50) il noto lavoro di Herbert L.A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Right* (1948-49), a ben vedere, tratta della funzione ascrittiva in generale, con riferimento cioè anche all'ascrizione di diritti,

Come si nota, nel caso del giudizio di responsabilità, fattività e theticità vertono sui medesimi stati di cose (senza contraddizione[20]): l'attualità del comportamento (*A*), la sua negatività assiologica, la responsabilità di Tizio per (*A*).

La condizione di sincerità dell'atto del giudizio, quindi, può essere ragionevolmente individuata nel fatto che chi giudica (in qualche modo) *ha accertato* (meglio, ritiene di aver accertato) che Tizio si è reso responsabile del comportamento assiologicamente negativo (*A*) e *vuole* sancire (ora) l'attualità di tale comportamento negativo e la relativa responsabilità di Tizio.

3.1. Quante responsabilità nel giudizio di responsabilità

3.1.1. Ai fini del presente lavoro, però, è importante ricordare che il termine 'responsabilità' non è univoco[21]: esso può essere impiegato per riferirsi a concetti diversi tra loro. Non intendo qui approfondire tale tema[22], ma mi preme evidenziare almeno due concetti di responsabilità, che sono diversamente coinvolti nella pragmatica dell'atto del giudizio, e che è bene tenere presenti. Come si vedrà, infatti, essi consentono di illuminare la complessità che connota la fase d'impulso e quella di chiusura del processo, in cui, molto spesso, l'atto di accusa e il giudizio di responsabilità possono presentarsi in connessione, rispettivamente, con gli atti della domanda e della condanna.

Il *primo* concetto di responsabilità che qui rileva è quello che esprime l'idea di un "collegamento" di tipo normativo, di un'*imputazione*, tra una certa azione (o la situazione che è il risultato, più o meno complesso, di una certa azione), e un soggetto, al quale viene in tal modo ascritto lo *status* di autore (responsabile) di quell'azione (anche se non è necessario che l'azione consista in un comportamento materiale del soggetto, né che egli abbia svolto un ruolo decisivo sulla sua causazione – ciò

---

e, a rigore, di ogni altro tipo di fatto istituzionale possibile oggetto di ascrizione (il concetto di diritto soggettivo, come quello di responsabilità, è infatti, secondo Hart 1964: 29, un «concetto di natura sociale, che dipende da certe regole di condotta socialmente accettate»). In tale prospettiva, gli atti ascrittivi sono un sottoinsieme dei contiani atti thetici.

[20] Cfr. Conte 1977: 163-164: «Che i verbi thetici significhino un'attività la quale pone una verità *per* una convenzione e *in* una convenzione esplica (*explains*) ed elimina (*explains away*) un apparente paradosso: la possibilità che i verbi thetici siano anche fattivi. La cosa può sembrare paradossale solo se si dimentica che in questi casi, un enunciato viene *posto* come vero in convenzione e *presupposto* come vero fuori di quella convenzione». Nel giudizio di responsabilità, infatti, chi giudica *presuppone* che (fuori e prima del giudizio) colui al quale il giudizio si rivolge sia effettivamente responsabile (in base ai criteri di responsabilità impiegati ai fini del giudizio) e *pone* tale responsabilità all'interno del contesto in cui l'atto del giudizio produce i suoi effetti.

[21] Ad esempio, Hart 1981: 240, individua almeno quattro diversi concetti di responsabilità (ulteriori da quello di cui tratta Hart 1964).

[22] Né a maggior ragione intendo occuparmi delle teorie (concezioni) che cercano di dare contenuto ai diversi concetti di responsabilità. In sede filosofica, e filosofico-giuridica, la letteratura è praticamente sconfinata. Mi limito a rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a Faroldi 2014 e 2021.

dipende appunto dai criteri impiegati di volta in volta una tale imputazione). Trattandosi, poi, dell'imputazione di un'azione negativamente valutata (un reato, un inadempimento, un atto illecito, un provvedimento illegittimo, ecc.), il concetto di responsabilità che qui viene in gioco indica anche colui al quale l'azione è, in qualche modo, *rimproverabile*.

Una tale nozione di responsabilità, che tratteggio in termini volutamente ampi (si potrebbe parlare di "responsabilità-imputazione" o, al più, se si vuole dare enfasi del fatto che oggetto di imputazione è un'azione *negativamente valutata*, di "responsabilità-rimproverabilità"[23]), mi pare venga in gioco nell'analisi delle condizioni praxeologiche e degli effetti essenziali dell'atto del giudizio. Giudicare Tizio responsabile dell'azione (*A*), significa, da un lato (sotto il profilo delle condizioni praxeologiche), che *sono soddisfatti i criteri* per imputare (*A*) a Tizio e, dall'altro lato (sotto il profilo dei relativi effetti essenziali), *imputare* a Tizio l'azione (*A*).

Il *secondo* concetto di responsabilità, invece, è quello che ad esempio Herbert L.A. Hart (1981: 224) chiama "responsabilità-soggezione", e che esprime l'idea che colui che è giudicato responsabile di (*A*) soddisfa le condizioni previste (dall'ordinamento giuridico o morale, o comunque da un sistema convenzionalmente accettato) per il suo *assoggettamento* a una "*pretesa*", a una qualche forma di "rivalsa" *lato sensu* intesa (uso qui 'pretesa' facendo riferimento a ogni posizione soggettiva tutelata che ha come momento genetico una certa azione negativamente valutata, sia essa un illecito, o un reato, o, più in generale, un inadempimento o la lesione di un diritto o, ancora, il compimento di un atto illegittimo che è, in qualche modo, ritenuto nocivo).

Questo secondo concetto di responsabilità viene tipicamente in gioco nell'ambito dei fenomeni processuali definiti dal diritto positivo, quando essi si concludono con un giudizio di responsabilità. In tali casi, infatti, l'ordinamento positivo prevede che, all'esito del processo, il giudizio con cui a Tizio è ascritta la responsabilità (nei termini di responsabilità-imputazione) del comportamento (*A*) negativamente valutato, comporti *anche* l'(ulteriore) effetto di assoggettare Tizio a una pretesa (l'effetto di ascrivere a Tizio il lato passivo di una pretesa)[24].

---

[23] Una tale nozione di responsabilità mi pare colga un aspetto (quello di collegamento normativo tra un'azione negativa e un soggetto, al quale quindi quell'azione può essere, in qualche modo, rimproverata) sotteso in una pluralità di concetti dogmatici differenti tra loro (costruiti per rispondere a esigenze pratiche diverse), quale quello di colpa (civile), di colpevolezza (penale), di imputabilità o, ancora, di responsabilità oggettiva. L'impiego che qui faccio dei termini 'imputazione' e 'rimproverabilità', può forse richiamare quanto scrive Carlo Augusto Cannata (1981: 1009, *corsivi* miei), a proposito del «lavoro dei pratici: determinare – giorno per giorno, professione per professione, ambiente per ambiente i criteri per *imputare* al debitore l'inadempimento. Che è come dire, definire la nozione di *colpa*».

[24] A ben vedere, v'è anche un terzo concetto di responsabilità che viene in gioco nell'atto del giudizio, quello evidenziato da Hart nel suo primo lavoro sull'ascrizione già citato: secondo Hart (1964, ad esempio 29), dicendo che Tizio ha rubato il tesoro della Contessa, noi stiamo ascrivendo al comportamento materiale di Tizio, a un suo *bodily motion*, la specifica qualificazione dell'azione denominata

3.1.2. In effetti, tale secondo concetto di responsabilità presuppone logicamente il primo: non può essere soggetto a una pretesa siffatta (una pretesa a una qualche forma di rivalsa) colui al quale non sia anche imputabile l'azione, negativamente valutata, rispetto alla quale l'ordinamento ricollega (in termini astratti) quella pretesa.

Si badi però. La produzione di un tale *ulteriore* effetto (ossia quello di essere sottoposto a una pretesa a una rivalsa) non inerisce alla dimensione concettuale dell'atto (linguistico) del giudizio di responsabilità: in un contesto extragiuridico, infatti, io posso semplicemente giudicare qualcuno responsabile di una certa azione negativamente valutata, senza che ciò sottoponga il responsabile ad alcuna forma di pretesa nei suoi confronti (ci si limita, in tali casi, a imputare a qualcuno quell'azione riprovevole).

L'ulteriore effetto di sottoporre il responsabile a una pretesa, piuttosto, dipende dal fatto che l'ordinamento giuridico, da un lato, prefigura e ricollega (in termini astratti) una certa pretesa a certi tipi di comportamenti valutati negativamente (dall'ordinamento medesimo) e, dall'altro lato, ricollega la produzione di un tale effetto *solo* a determinati e specifici giudizi, emessi da un soggetto particolare dotato di una specifica autorità (normalmente il giudice), in esito, appunto, a un determinato processo.

Un tale effetto, in altre parole, inerisce specificamente alla dimensione normativa delle declinazioni giuridiche del giudizio che si rinvengono all'interno di ordinamenti positivi, e non alla dimensione concettuale del relativo atto linguistico presupposta.

In termini generali, quindi, a fronte dei due diversi concetti di responsabilità ora distinti (responsabilità-imputazione *vs.* responsabilità-soggezione), giudicare Tizio responsabile per l'azione (*A*):

(i) significa (sempre e necessariamente) riconoscere (theticamente) l'attualità del comportamento (*A*), il disvalore di tale comportamento e la responsabilità (responsabilità-imputazione) di Tizio per tale comportamento negativo;
(ii) *può anche* significare sottoporre (theticamente) Tizio a una pretesa, che l'ordinamento (o comunque il contesto sociale) eventualmente riconnetta al disvalore ascritto *sub* (i) (meglio, al tipo di azione cui il comportamento in questione è riconducibile).

In definitiva, l'effetto *sub* (i) è un effetto *essenziale* dell'atto linguistico giudizio, che lo connota *intrinsecamente*, sotto il profilo della sua illocuzione anche in contesti extragiuridici. L'effetto *sub* (ii), invece, è un effetto *estrinseco* rispetto al medesimo atto linguistico, ossia un effetto che il giudizio produce in quanto verte su tipi di azioni alle quali l'ordinamento giuridico (o alto tipo di convenzione sociale) ricollega, *ab extra*, la produzione di una certa pretesa.

"rubare il tesoro". In tale contesto, quindi, ascrivere una responsabilità equivale ad attribuire a un certo fatto bruto un determinato *significato (istituzionale) di azione*.

L'effetto *sub* (ii), però, è anche un effetto *tipico* del giudizio di responsabilità, nel senso che esso si produce tipicamente nell'ambito di ordinamenti positivi che contemplano processi il cui esito sia un giudizio che verta su condotte che, all'interno di quell'ordinamento (e in virtù di esso), generano una pretesa a una qualche forma di rivalsa (*lato sensu* intesa).

3.2. Giudizio e condanna

La distinzione, tratteggiata *sub* 3.1, tra i due concetti di responsabilità che vengono in gioco quando si parla di giudizi di responsabilità e processo (responsabilità-imputazione *vs*. responsabilità-soggezione) meglio illumina, e consente di mantenere distinti, due differenti livelli di analisi che sono normalmente compresenti negli atti conclusivi di un processo. Si tratta, in particolare, di distinguere tra (i) il livello che attiene specificamente all'*atto del giudizio* e (ii) quello che attiene, invece, all'*esercizio della pretesa* alla quale, in forza del giudizio, è sottoposto colui che è giudicato.

Se si considera, ad esempio, un processo penale, al cui esito l'imputato è giudicato colpevole di un certo reato, l'atto conclusivo del procedimento sarà una *condanna* con la quale il giudice «applica una pena» (cfr. ad esempio 533 cpp).

Ma la condanna è un atto diverso dal giudizio, ancorché con esso strettamente intrecciato: tra i presupposti della condanna v'è, infatti, la sussistenza di una certa pretesa (nell'esempio, una pretesa punitiva) alla quale è sottoposto il destinatario del giudizio, e la condanna è esercizio di una tale pretesa. Nell'ambito processuale, il giudizio (*logicamente*) precede la condanna ma è anche costruito (si dà) in funzione di essa. Tale aspetto si può apprezzare in alcuni ordinamenti giuridici di *common law*, in cui i due atti sono adottati da organi differenti, rispettivamente, dalla giuria che esprime il *verdict*, ossia il giudizio di responsabilità, e dal giudice, che adotta la *sentence* (ciò spiega uno dei tanti paradossi del celebre processo al Fante di Cuori in *Alice's Adventures in Wonderland*, in particolare la richiesta della Regina di Cuori: «Sentence first – verdict afterwards!» – cfr. Cavallone 1983: 331-332)[25].

In altre parole, e per semplificare al massimo, si può osservare che, se si considera il classico schema del sillogismo giudiziale, la condanna penale si muove sul livello della *conclusione* del sillogismo, mentre il giudizio inerisce specificamente al livello della sua *premessa minore*, in cui si riconosce, appunto, (theticamente) la sussistenza della condotta valutata negativamente dalla norma giuridica assunta a

[25] Ancora più paradossale, sotto questo profilo, appare il processo che compare ne *Le avventure di Pinocchio* (1883), processo che il burattino intenta contro il Gatto e la Volpe che lo hanno derubato: il processo si chiude immediatamente con la condanna di Pinocchio che viene tradotto in galera, senza però che gli sia ascritta alcuna responsabilità (tanto è vero che, quando vi sarà l'amnistia, essa non opererà per Pinocchio, che è stato riconosciuto innocente: egli dovrà "confessare" di essere invece colpevole).

premessa maggiore e si imputa (si rimprovera) tale comportamento a un soggetto[26].

A ben vedere, quanto sopra non muta se si considerano anche processi diversi da quello penale, i quali si concludono con un atto che esprime l'esercizio della pretesa alla quale è sottoposto colui che è giudicato responsabile: le differenze, tra i vari tipi di processo, dipendono da come il singolo e concreto ordinamento positivo disciplina la singola pretesa che viene in gioco col giudizio di responsabilità[27]. Del resto, sono le scelte compiute dal diritto positivo, in termini di tutela da assicurare agli interessi sottesi a tale pretesa, che funzionalizzano il giudizio all'esercizio della pretesa medesima e concorrono, quindi, a conformare gli stessi criteri di responsabilità che devono essere seguiti (anche) ai fini della valida esecuzione del giudizio.

Non è qui possibile approfondire un tale aspetto (sebbene esso sia necessario per una completa analitica del processo). Ma è importante chiarire la distinzione tra i due livelli di analisi, al fine di meglio inquadrare le stesse relazioni tra giudizio e accusa.

Infatti, come per il finale del processo, anche il suo momento iniziale, indipendentemente dalla concreta fenomenologia in cui esso si concretizza, è connotato da un'analoga complessità normativa in cui è possibile registrare due piani logicamente distinti, speculari a quelli che connotano il finale: (i) l'atto (iniziale) dell'*accusa*, che innesca la sequenza diretta a ottenere l'atto (finale) del giudizio (che si dà quindi in funzione dell'accusa); (ii) l'atto con cui chi accusa manifesta *anche* la *volontà di esercitare la pretesa* che l'ordinamento ricollega alla responsabilità che sarà (eventualmente) ascritta col giudizio: quando chi giudica è un soggetto diverso da chi accusa, tale atto si presenta come una declinazione giuridica della *domanda*.

Come si nota, mi pare che sia il concetto di pretesa a costituire il nesso tra le due coppie di atti iniziali e finali del processo: il giudizio di responsabilità si dà in funzione dell'esercizio di una pretesa a cui è assoggettato colui che è giudicato responsabile; così l'accusa si dà in funzione di una richiesta (fatta a un terzo) o alla prospettazione di un esercizio della predetta pretesa.

Si tratta ora di indagare l'atto dell'accusa, e le sue relazioni col giudizio.

---

[26] Faccio qui riferimento all'analisi del sillogismo giudiziale (e alla costitutività della sua premessa minore) proposta da Mazzarese 1996: 82-91.

[27] In linea generale, ogni ordinamento positivo, nel definire una qualche pretesa, ne regola (almeno) i contenuti, le condizioni genetiche, le modalità di esercizio, nonché quelle di (eventuale) rinuncia (cfr. Silvi 2004: 72-77). Nella costruzione di tali elementi, il processo può svolgere funzioni diverse. In alcuni casi, la pretesa nasce (si origina) fuori dal (prima del) processo, e il processo diviene uno strumento (eventualmente alternativo ad altri) per *esercitare* una tale pretesa: così è, ad esempio, per la pretesa civile risarcitoria per danno da fatto ingiusto. In altri casi, invece, il processo *è anche* il luogo in cui la pretesa si forma, nel senso che il processo non è solo uno strumento per esercitare la pretesa, ma anche per *generarla*, per costituirla: questo avviene, esemplarmente, nel caso della pretesa penale (non ci si può spontaneamente sottoporre a una pena detentiva).

4. Pragmatica dell'accusa

L'accusa, diversamente dal giudizio di responsabilità, è atto thetico *ma non* fattivo. Diversamente dal giudizio, l'accusa, infatti, *non* richiede, tra le sue condizioni praxeologiche, la sussistenza (l'attualità) del comportamento (*A*), né la responsabilità di Tizio, ma esso solo «*pone* l'attualità dell'atto e la responsabilità per l'atto *in* e *per* quella convenzione, entro la quale l'accusa è mossa» (Conte 1977: 163).

A ben vedere, l'accusa presuppone solo il disvalore del comportamento (*A*), o meglio: poiché la sussistenza del comportamento (*A*) è dubbia, l'accusa presuppone il disvalore del *tipo* di azione (considerata *in abstracto*) cui dovrebbe essere riconducibile il (concreto) comportamento (*A*).

Ma vi sono differenze notevoli anche sotto il profilo degli *effetti essenziali* (illocuzione). Secondo Alf Ross (1972: 34-35), ad esempio, mentre in un'accusa Tizio (accusato) è anche colui «dal quale cioè si può esigere una risposta, una spiegazione», in un giudizio di responsabilità, invece, Tizio (giudicato) è «colui che inoltre soddisfa le condizioni della colpa e che quindi può venire giustamente condannato».

L'intuizione che ne ricavo, anche alla luce di quanto sin qui detto, è che, mentre col giudizio si "*chiude*" un certo percorso di verifica su una situazione e sulla relativa responsabilità di Tizio (il giudizio pone, ma anche presuppone, il fatto, il suo disvalore e la responsabilità), con la successiva sottoposizione di Tizio alla relativa pretesa; con l'accusa, invece, un tale percorso si "*apre*", nel senso che la responsabilità ascritta all'accusato *non* è certa, e sarà pertanto oggetto di un successivo giudizio, rispetto al quale l'accusato potrebbe (o addirittura, secondo Ross, dovrebbe) fornire elementi e spiegazioni.

Tale intuizione mi pare anche rinvenibile nell'ambito delle critiche che il linguista James D. McCawley (1975) muove a Fillmore. In particolare, secondo McCawley (1975: 319), l'analisi fillmoriana sull'atto dell'accusa avrebbe omesso di considerare «an important characteristic of accusation which is not mentioned in Fillmore's analysis, namely that an accusation creates come kind of "*jeopardy*" (using that word fairly loosely). When someone is accused of something, he must successfully defend himself against the accusation or suffer the consequences». Come si nota, McCawley, come Ross, insiste sulla necessità che l'accusato replichi all'accusa: a me pare che il "tratto della *jeopardy*" metta in rilievo *anche* un altro aspetto, quello delle "consequences" cui l'accusato può andare incontro, consistenti, appunto, nel (successivo) giudizio di responsabilità che potrebbe sottoporlo a un'eventuale pretesa.

Si badi: mentre, nel caso del giudizio (quale atto del linguaggio ordinario), come visto (*sub* 3.1.2), l'effetto di sottoporre il responsabile a una pretesa (pur ricorrendo tipicamente nei fenomeni processuali) non ne costituisce un elemento concettuale minimo (non è un effetto intrinseco al giudizio, ma attiene alla dimensione normativa delle sue possibili declinazioni giuridiche); nel caso dell'accusa, invece, il "tratto

della *jeopardy*" connota il senso specifico dell'atto (illocuzione), la sua dimensione concettuale[28].

In prima approssimazione, quindi, mi pare che il "tratto della *jeopardy*" individui una situazione normativa complessa che arricchisce, sotto il profilo dell'illocuzione, il senso dell'atto (linguistico) dell'accusa e, quindi, dei suoi effetti essenziali. Tali effetti, in particolare, mi pare che (almeno per ora) possano essere descritti nei termini seguenti:

(i) l'accusa ascrive, in capo all'accusato, la responsabilità per un comportamento (*A*) di cui sono pure posti l'attualità (la sussistenza) e il disvalore;
(ii) l'accusa rende inoltre (normativamente) possibile un giudizio che verta sugli stati di cose istituzionali *sub* (i);
(iii) l'accusa pone in capo all'accusato (se non un dovere, come sembrano pretendere Ross e McCawley, almeno) un potere di fornire spiegazioni al riguardo.

Alla luce di tali effetti, si può quindi (almeno per ora) ritenere che, sotto il profilo del suo *scopo illocutorio*, l'accusa miri, congiuntamente: ad ascrivere una responsabilità; a sollecitare (o a prospettare la possibilità di) un giudizio su tale responsabilità; nonché a sollecitare l'accusato a (o a consentire all'accusato di) rispondere all'accusa.

La corrispondente *condizione di sincerità*, pertanto, può essere individuata nel fatto che chi accusa (in qualche modo) congiuntamente: *ritiene ragionevolmente*, anche se *non* ne ha la certezza (o comunque ammette la possibilità di essere sconfessato), che Tizio si è reso responsabile del comportamento assiologicamente negativo (*p*); *vuole* un giudizio che sancisca una tale responsabilità di Tizio[29]; *vuole* che l'accusato fornisca (o intende consentire all'accusato di fornire) spiegazioni in vista di tale giudizio[30].

---

[28] Cfr. ad esempio McCawley 1975: 316: «[t]he meaning of *accuse* includes the information that the linguistic act which it reports creates a situation of jeopardy, i.e. that the logical structure of (6a) as along the lines of (6b): (6a) John accused Sam of breaking the windows; (6b) Jon accused Sam breaking the windows and thereby put Sam in jeopardy». Ciò significa, in altre parole, che «[t]he logical structure of (6a) must indicate not merely that jeopardy results from the act, but that the creation of jeopardy is indeed part of the act. It is evidently this characteristic of the meaning of *accuse* which is responsible for the possibility of using it as a performative verb». Come si nota, qui, McCawley connette il tratto della *jeopardy* alla natura performativa di 'accusare'; in realtà, il tratto della *jeopardy* è piuttosto connesso alla *theticità* di tale verbo performativo.

[29] Cfr. ad esempio Conso 1958: 339: «Perché si possa parlare di accusa occorre che […] l'attribuzione delittuosa tenda ad una dichiarazione di responsabilità: in una parola, sia accompagnata dall'*opinio delicti* in colui che la formula. Un accusatore non convinto di reità o, addirittura, convinto dell'infondatezza dell'attribuzione non è, a meno di far offesa alla logica, un accusatore».

[30] È bene ribadire che l'analisi che qui si tenta è limitata all'atto *illocutivo* dell'accusa (ai suoi effetti e ai suoi scopi che connotano il relativo concetto, il suo *eîdos*), prescindendo, invece, da ogni considerazione (pure interessante) sulle possibili *perlocuzioni*, ossia sui risultati che possono prodursi in ragione della (contingente) configurazione del contesto (pragmatico) in cui l'atto linguistico è compiuto: ad esempio, si può accusare qualcuno per affermare/ribadire una qualche propria autorità, o per intimidire l'interlocutore, o

Si tratta, quindi, di approfondire i due effetti connessi col tratto della *jeopardy* – *sub* (ii) e *sub* (iii), al fine di meglio chiarire: da un lato, in cosa consista la "possibilità" di un giudizio che l'accusa (costitutivamente) apre (*sub* 4.1); dall'altro lato, come si caratterizzi la posizione dell'accusato nell'ambito del "gioco" dell'accusa (*sub* 4.2). È bene subito anticipare la mia tesi: a mio avviso, mentre la relazione col giudizio è una relazione necessaria per il concetto di accusa (l'accusa sempre e necessariamente "chiede" un giudizio), la relazione tra accusa e accusato è solo tendenziale (non sempre, né necessariamente, ma solo per lo più, l'accusa "chiede" all'accusato di difendersi).

L'analisi di tali profili consentirà di precisare anche lo statuto della realtà istituzionale – *sub* (i) – posta dall'accusa (*sub* 4.3).

4.1. Accusa e giudizio

4.1.1. In primo luogo, il tratto della *jeopardy* mette in evidenza che l'accusa instaura *costitutivamente* una peculiare relazione con l'atto del giudizio. Nella prospettiva dell'accusa, come visto, il giudizio è *voluto*. Per contro, un giudizio di responsabilità, di per sé, non necessariamente presuppone un'accusa.

In contesti extragiuridici, infatti, io posso giudicare qualcuno responsabile di un comportamento a prescindere dal fatto che sia formulata un'accusa: l'uomo della strada che venga a conoscenza di certi episodi, può compiere le sue valutazioni ed esprimere un giudizio anche senza che sia formulata una preventiva accusa.

Quando invece un'accusa è formulata, anche in contesti extragiuridici, essa sempre "rinvia" a un giudizio che è, in qualche modo, preteso (o quanto meno "atteso", auspicato). Si immagini, ad esempio, che Tizio intenda accusare il suo amico Caio per essersi comportato male nei suoi riguardi in una certa situazione; a tal fine:

(a) Tizio potrebbe pronunciare l'accusa direttamente a Caio, in privato;
(b) Tizio potrebbe pronunciare l'accusa non a Caio, ma solo a un comune amico Mevio;
(c) Tizio potrebbe formulare l'accusa direttamente a Caio e coinvolgere, al contempo, anche Mevio.

Sul piano dell'illocuzione, la situazione *sub* (a) è un caso che si presenta spesso nella vita quotidiana, in cui la comunicazione di Tizio è orientata a sollecitare Caio a fornire risposte, a discolparsi, rispetto all'accusa. In un tale contesto, però, a ben vedere, le eventuali risposte di Caio non "chiudono" la dinamica comunicativa: infatti, Tizio si riserva l'ultima parola, potendo dirsi soddisfatto o meno dalle spiegazioni di

per indurre l'accusato a cambiare idea su un proposito e a trovare un compromesso, o ancora per acquistare il favore o la benevolenza di terzi. Ma tali risultati che possono prodursi dipendono dal combinarsi degli effetti illocutivi dell'atto di linguaggio rispetto al peculiare contesto pragmatico in cui esso è svolto.

Caio, ossia esprimendo un giudizio su Caio (Caio poi potrà contestare tale giudizio, offendersi per i modi di Tizio, ma ciò è qui irrilevante).

Nel caso *sub* (c), Tizio sollecita Caio a rispondere all'accusa ma coinvolge anche Mevio nella disputa affinché sia quest'ultimo a esprimere un giudizio. I motivi che spingono Tizio a comportarsi in tal modo, nonché le relative conseguenze sui rapporti interpersonali (tra Tizio, Caio e Mevio), possono essere vari: magari Mevio è una persona di rilievo e Tizio vuole mettere Caio in cattiva luce per invidia, oppure Tizio vuole acquisire la benevolenza di Mevio per trarne un vantaggio. Si tratta di aspetti, però, non rilevanti sul piano illocutorio (essi attengono alla perlocuzione dell'atto): ciò che qui rileva, è che, in ogni caso, in una situazione siffatta, in qualche modo, si chiede a Mevio di prendere una posizione sull'accusa di Tizio, ossia di esprimere un giudizio.

Anche il caso *sub* (b) ricorre spesso nella vita quotidiana, e si discosta da quello *sub* (c), per il fatto che Tizio non è interessato alle (possibili) spiegazioni di Caio, anzi, Caio è pretermesso dal gioco linguistico dell'accusa: qui Tizio mira solo a provocare il giudizio di Mevio.

Sulla peculiarità del caso *sub* (b) ritornerò *sub* 4.2. Per ora mi preme mettere in evidenzia che tutti e tre i casi sopra esposti sono accomunati da un medesimo elemento: in tutte e tre le situazioni, l'accusa si dà *in funzione* di un giudizio, essa richiede che sia formulato un giudizio sul comportamento di Caio. In tale prospettiva, l'accusa "apre" la possibilità che un tale giudizio sia reso, fornendo al giudizio una sorta di *legittimazione* (verrebbe da dire, una *base normativa*).

Come detto sopra, tale "apertura" verso il giudizio è un effetto essenziale dell'atto dell'accusa: si tratta in particolare di uno stato di cose istituzionale, che connota quindi l'intrinseca normatività (theticità) di tale atto del linguaggio ordinario.

4.1.2. Molte situazioni della vita quotidiana mostrano che non è necessario che il giudizio sia reso da un terzo: la mamma che accusa il figlio di aver rotto il vaso *apre una prospettiva* in cui finirà per giudicare il figlio responsabile della rottura e per arrabbiarsi con lui (sempre che il figlio non riesca a fornire spiegazioni convincenti…). In molti casi, invece, l'accusa è rivolta (anche) a un terzo affinché questi esprima un giudizio: in tale caso, l'atto dell'accusa esprime *anche* una "richiesta" di giudizio e il terzo diviene pertanto (un) destinatario dell'atto dell'accusa.

In tutti i casi, mi pare, comunque, che l'accusa svolga una funzione di *innesco* di un giudizio di responsabilità, generando e mobilitando posizioni normative (poteri deontici per dirla *à la* Searle – cfr. ad esempio Searle 2010: 193-230) tra i soggetti a vario titolo coinvolti in tale gioco linguistico. In particolare, e restando sul piano extragiuridico del linguaggio ordinario, con l'accusa, chi accusa assume quanto meno un'*aspettativa* a che sia reso un giudizio (qualora l'accusa si rivolga a un terzo), ovvero un *potere* verso l'accusato di emettere un tale giudizio (qualora appunto l'accusatore si riservi il diritto di giudicare).

Il modo con cui, concretamente, si atteggiano tali posizioni normative, che l'accusa genera, dipende (anche) dalle relazioni interpersonali che preesistono tra i soggetti coinvolti nel peculiare contesto in cui l'atto si compie: così, ad esempio, la mamma che accusa il figlio è dotata di un'autorità che implica anche quella di esprimere un giudizio; invece, se fosse un fratello ad accusare l'altro, potrebbe essere naturale coinvolgere il genitore che ha, in quel contesto, un'autorità per decidere.

Tali aspetti, afferenti alla dimensione concettuale dell'atto del linguaggio ordinario dell'accusa, mi pare siano presenti (riprodotti o comunque presupposti, in modo più o meno evidente) nella dimensione normativa che connota le declinazioni giuridiche dell'atto. Interessante, al riguardo, mi pare ad esempio l'istituto della denuncia (penale), presente, con fisionomia varia, in svariati ordinamenti positivi che contemplano reati perseguibili d'ufficio da appositi organi pubblici (i quali organi attraverso la denuncia acquisiscono la c.d. *notitia criminis*: nel nostro ordinamento, cfr. ad esempio artt. 331-333 cpp). Normalmente, la denuncia non è l'atto di accusa che innesca il processo (cfr. ad esempio Conso 1959: 335): la denuncia, piuttosto, è volta a promuovere un'attività di indagine e valutazione, da parte dell'organo che dovrà perseguire il reato, la quale potrà scaturire in quell'atto di accusa che avvia il processo[31].

Come si nota, quindi, anche se la denuncia non innesca direttamente un processo e non determina, in modo immediato, un'apertura verso il giudizio, essa mira comunque a promuovere un processo: la denuncia si dà *in funzione* del giudizio che conclude il processo.

4.2. Accusa e accusato

4.2.1. Qual è il ruolo dell'accusato nel gioco dell'accusa? L'accusa contempla sempre e necessariamente un accusato. Non basta dire: "Io accuso!"; è necessario dire piuttosto: "Io accuso Tizio per aver fatto (*A*)".

In secondo luogo, poi, in base al tratto della *jeopardy*, l'accusa mobilita anche ulteriori poteri deontici in capo all'accusato. Senza necessariamente dover condividere la ricostruzione di McCawley e di Ross, secondo cui l'accusa genererebbe un *obbligo* per l'accusato di difendersi, mi pare si possa almeno convenire (rispetto al metodo di analisi qui assunto) che l'accusa mobiliti *almeno* una *possibilità* per l'accusato di fornire una qualche risposta all'accusa (a tale situazione normativa corrisponde, quindi, quanto meno, un'aspettativa in capo all'accusatore e a chi esprime il giudizio)[32].

---

[31] Nel nostro ordinamento, ad esempio, la notizia di reato deve essere iscritta nell'apposito registro (art. 335 c.p.p.) individuando, in tal modo, il momento da cui scattano una serie di adempimenti procedimentali, tra cui in particolare le attività delle c.d. indagini preliminari (ove sia noto l'accusato).

[32] In coerenza col metodo descritto *sub* 2, anche l'analisi della dimensione concettuale dell'atto (linguistico) dell'accusa è un'indagine sugli elementi "minimi" che connotano il concetto di tale atto, elementi in assenza dei quali un'accusa non può dirsi tale. Da tali elementi devono quindi mantenersi

Una tale possibilità comporta comunque, almeno in linea teorica, che l'accusato potrà fare ricorso a diversi tipi di atti illocutivi, potrà, ad esempio, giustificarsi, oppure discolparsi, oppure ancora confessare, o scusarsi, o contestare l'accusa, o formulare un'altra accusa, o, infine, potrà anche decidere di non rispondere affatto (con tutte le implicazioni che il silenzio può avere sul livello della perlocuzione). In tale dinamica comunicativa, che l'accusa instaura, mi pare possa essere individuato il nucleo di senso che sta alla base del noto principio del contraddittorio, così importante in sede dogmatica e di teoria dei diritti (cfr. ad esempio Ferrajoli 1989: 629-632). Anzi, verrebbe da dire che, sotto tale profilo, il gioco linguistico instaurato dall'accusa è (anche) il gioco del contraddittorio tra chi accusa e chi (può) risponde(re) all'accusa.

Ma se così è, allora l'accusa non dovrebbe solo riferirsi a un accusato: essa dovrebbe essere anche proferita nei confronti di quest'ultimo, e da quest'ultimo percepita e compresa. In linea generale, infatti, un atto linguistico, per produrre i propri effetti comunicativi, richiede la presenza di qualcuno, diverso dall'emittente, che recepisca l'enunciazione dell'enunciato e ne comprenda il significato; e ciò vale, a maggior ragione, se si tratta di un atto thetico: «perché io abbia promesso – afferma ad esempio J.L. Austin (1987: 22) – è normalmente necessario che A) io sia stato *sentito* da qualcuno, magari dal destinatario della promessa, B) questi abbia capito che si tratta di una promessa» (cfr. anche Searle 1976: 88; Reinach 1990: 29-30). Diversamente, la promessa resterebbe improduttiva dei suoi effetti impegnativi (resterebbe mero *flatus vocis*).

4.2.2. Nei confronti di chi deve essere emessa dunque l'accusa? Se consideriamo il tratto della *jeopardy*, con riferimento al gioco del contraddittorio che l'accusa (mira a) instaura(re), allora dovremmo riconoscere che l'atto deve essere percepito dall'accusato. Non a caso, verrebbe da osservare, almeno *prima facie*, un ruolo centrale rivestono normalmente, nella disciplina processuale, le norme in tema di notificazione degli atti (in particolare, dell'atto di avvio) e di contestazione degli addebiti.

Ma è effettivamente così? Almeno, sotto un profilo prettamente concettuale, di analisi degli elementi costitutivi minimi dell'accusa quale atto del linguaggio ordinario, un'accusa che non sia proferita nei confronti dell'accusato non pare assimilabile (*almeno in certi contesti comunicativi*) a una promessa che non sia proferita nei confronti del promissario. Infatti, mentre non ha senso dire "Ti ho promesso di fare (*p*),

distinti, sia i contenuti attribuiti all'accusa (*ab extra*) dal diritto positivo (la dimensione normativa delle relative declinazioni giuridiche dell'accusa), sia eventuali concezioni sull'accusa e/o sul processo (che condizionano inevitabilmente i contenuti della dimensione normativa). Quanto all'aspetto qui considerato, occorre infatti tenere presente che gli ordinamenti positivi definiscono la situazione normativa che incombe sull'accusato in termini molto eterogenei, prevedendo a volte un vero e proprio obbligo per l'accusato di difendersi (il cui inadempimento è variamente sanzionato, anche facendo ricorso alla c.d. *fictio confessio*), mentre in altri casi (ad esempio, nell'ordinamento italiano) un tale obbligo manca, e la situazione dell'accusato è delineata in termini di poteri. Cfr. ad esempio Quattrocolo e Ruggeri 2019.

ma non te l'ho detto", non mi pare sia altrettanto insensato dire "Ti ho accusato per aver fatto (*A*), ma non te l'ho detto"; o meglio: non mi pare che una tale affermazione sia priva di senso, almeno in un contesto in cui io abbia comunque proferito l'accusa nei confronti di qualcun altro[33], magari nei confronti di chi deve giudicare.

In altre parole, l'effetto ascrittivo dell'accusa (relativo alla responsabilità dell'accusato, e alla connessa sussistenza di una situazione negativamente valutata) mi pare possa prodursi (almeno in linea teorica) anche se l'accusa è proferita nei confronti di un soggetto diverso dall'accusato, in particolare, appunto, verso colui dal quale si richiede (o si auspica) un giudizio: è questo il caso visto sopra – *sub* 4.1, lett. (b) – in cui l'accusatore non è interessato a ciò che ha da dire l'accusato, ma mira solo a ottenere un giudizio da un terzo.

Di qui una conseguenza rilevante, che formulo più come ipotesi di lavoro: a me pare che il tratto della *jeopardy* dia conto della compresenza, nell'atto dell'accusa, di due giochi linguistici differenti: (i) quello dell'innesco di un giudizio e (ii) quello del contraddittorio.

Si tratterebbe, in altre parole, di due dinamiche comunicative distinte, ancorché correlate, che possono presentarsi con "intensità" differenti. La prima dinamica che l'accusa instaura (innesco verso il giudizio), come visto *sub* 4.1, mi pare logicamente necessaria, nel senso che, sempre e necessariamente, un'accusa si dà in funzione di un giudizio. Anche qualora un tale giudizio non si realizzi (perché, ad esempio, chi è chiamato a giudicare decide di non farlo; oppure perché l'accusatore ritira l'accusa; oppure perché, come nel caso della denuncia, a tale atto non è dato seguito dal pubblico accusatore), l'accusa si struttura sempre e comunque nella prospettiva che un tale giudizio possa essere reso. Tale aspetto può essere meglio apprezzato se si osserva che, se da un lato è possibile accusare senza però volere (psicologicamente) un'accusa, dall'altro lato, invece, non si può dire (senza contraddizione) "Io ti accuso ma non voglio esprimere/non voglio che sia espresso un giudizio"[34].

---

[33] La frase ha un senso diverso, invece, se l'accusa non è stata comunicata a nessuno, ma si è svolta nel solo "foro interiore" dell'accusatore, in vista di un giudizio di responsabilità che egli stesso si riserva di emettere. In tale caso, infatti, il termine 'accusa' non designerebbe un atto di linguaggio, ma un mero evento psicologico, interno al soggetto agente (senza, quindi, che siano prodotti gli effetti normativi propri dell'atto linguistico dell'accusa). Non so se sia corretto ammettere la presenza di un tale diverso significato di accusa: sulla possibilità che alcuni termini che indicano azioni linguistiche possano designare anche (omonimi) eventi psicologici, cfr. ad esempio M.-E. Conte 1992.

[34] Negare espressamente la funzione comunicativa tipica di un atto (oggetto della sua condizione di sincerità) realizza quello che Incampo 1997: 93-101 (sviluppando l'analisi di Conte 1974) chiama un atto funzionalmente autocontraffattorio. Autocontraffattorio (*Selbswidrig*) è, secondo A.G. Conte, un atto concreto che ha solo la parvenza del tipo di atto di cui pretenderebbe essere una concreta occorrenza; secondo Incampo, l'autocontraffattorietà di un atto può inerire: (i) o alla *struttura* del tipo di atto di cui si pretende essere concreta occorrenza (come avviene in una promessa di non mantenere la promessa stessa); (ii) o alla *funzione* del medesimo tipo di atto (come nel caso di una promessa di fare alcunché che esplicita però l'intenzione di non mantenere la promessa medesima).

Diversamente le cose stanno per il gioco del contraddittorio che l'accusa instaura. A me pare, infatti, che tale dinamica comunicativa, sebbene sia iscritta nel concetto (nell'*eîdos*) di accusa non ricorre, però, sempre e necessariamente, ma si dia solo per lo più. L'ipotesi, in altre parole, è che l'accusa (da un punto di vista concettuale) *tenda* a instaurare un contraddittorio[35], ma tale dinamica potrebbe essere negata (in certe circostanze) senza che la negazione comporti contraddizione analoga a quella che si avrebbe, invece, nel caso di una negazione espressa del gioco di apertura del giudizio.

Infatti, qualora io intendessi accusare Caio di fronte a un terzo affinché questi esprima il giudizio, l'enunciazione di un enunciato del tipo: 'Io accuso Caio di (*A*) ma non voglio che egli si difenda', non sarebbe contraddittoria sul piano logico: essa potrà essere, forse, valutata come una prepotenza o un'ingiustizia; ma resta comunque un'accusa. Ciò è quanto avviene anche nell'esempio (già esaminato *sub* 4.1) dell'istituto della denuncia che, in alcuni ordinamenti, resta segreta, ignota all'accusato, e unicamente rivolta all'organo preposto a muovere l'accusa e/o ad adottare il giudizio: si pensi al noto sistema delle *denontie secrete* sviluppatosi nella Repubblica di San Marco (su cui cfr. Preto 2003), acquisite dal temibile Consiglio dei dieci (e dai suoi organi satelliti) tramite le famose bocche di leone.

In altre parole, la mia ipotesi è che mentre la possibilità di (l'apertura verso) un giudizio di responsabilità costituisce un tratto essenziale dell'accusa, in assenza del quale l'atto che si compie non è un'accusa, non così è per la possibilità di una difesa da parte dell'accusato: in certi contesti, un'accusa che nega espressamente il contraddittorio resta un'accusa[36].

---

[35] Il riferimento è qui alla nota distinzione aristotelica, relativa ai modi di esistenza dell'essere: essere che noi diciamo «o che esso esiste sempre e di necessità (intendendo per necessità non quella che si ha per effetto di violenza, ma quella che si ha nei procedimenti dimostrativi), oppure che esiste per lo più, oppure che esiste né per lo più, né sempre e di necessità, ma casualmente» (*Metafisica*, K, 8, 164b, 33-36). Secondo Di Lucia 1997: 103-107, parallela a tale distinzione è quella, formulata da Reinach 1990, con riferimento ai concetti giuridici, tra (quelle che Di Lucia chiama) *relazioni eidetiche necessarie* (che si danno sempre e necessariamente) e *relazione eidetiche tendenziali* (che si danno per lo più, ossia che «valgono a condizione che non si presentino alcuni fatti che non sono esattamente determinabili» – Reinach 1990: 169). A tali due tipi di relazioni (inerenti all'*eîdos* di un atto), si affiancano (nella ricostruzione di Di Lucia) quelle instaurate dalle norme del diritto positivo, che sono eideticamente accidentali (Reinach 1990: 171 e ss.).

[36] Una tale ipotesi di lavoro potrebbe illuminare (anche sul piano logico) l'ampia oscillazione che (sul piano ideologico) può avere il contraddittorio nella costruzione del singolo tipo di processo. Ad esempio, come è stato evidenziato a livello di comparazione (Damaška 1991), processi in stile *adversarial* (e/o caratterizzati da un'organizzazione della giustizia di tipo paritario) la realizzazione di un pieno contraddittorio tra le parti è cruciale e imprescindibile (cfr. ad esempio ivi, 136-146; 352-370); diversamente, invece, in un sistema che concepisce il processo come strumento di attuazione di scelte politiche (e caratterizzata da un'organizzazione burocratica della giustizia), il contraddittorio assume un ruolo molto marginale: esso, in ipotesi, potrebbe addirittura mancare quando, ad esempio, sia l'organo procedente, o comunque un funzionario di chi giudica a verificare la sussistenza dei presupposti del giudizio, su cui l'accusa verte (cfr. ad esempio ivi, 320-329).

4.3. La realtà dell'accusa

4.3.1. Il *terzo* aspetto rilevante, che emerge dal confronto tra accusa e giudizio, riguarda la realtà istituzionale, lo stato di cose giuridico, posto dai due atti thetici.

Apparentemente una tale realtà ha (almeno *prima facie*) il medesimo *contenuto*: accusa e giudizio (theticamente) pongono (i) l'attualità della condotta (*A*), (ii) il suo disvalore e (iii) la responsabilità di Tizio per (*A*) (ambedue vertono, come visto, sulla premessa minore del sillogismo giudiziale).

V'è però una differenza che riguarda la modalità con cui il predetto stato di cose *sussiste*. Per comprendere meglio ciò che intendo, occorre muovere dal fatto che, nel caso del *giudizio*, la realtà (istituzionale) prodotta da tale atto è anche presupposta come verificata nelle sue condizioni di esistenza, nel senso che l'atto del giudizio presuppone che sia verificata la sussistenza di un certo comportamento (condizione di attualità), che sia verificata la corrispondenza con i criteri assiologici previsti dall'ordinamento (o comunque dal contesto sociale, extra-giuridico) che determinano il disvalore (condizione assiologica); che siano verificati i criteri di responsabilità tra comportamento e suo autore (condizione di responsabilità).

Nell'*accusa*, invece, la realtà istituzionale prodotta dall'atto è presupposta come *incerta* quanto alla verificazione dell'integrazione delle sue condizioni di esistenza; meglio, si ammette che vi possano essere elementi tali da escludere (i) l'attualità dell'azione oggetto dell'accusa, e/o (ii) il relativo disvalore (in concreto), e/o (iii) l'integrazione di almeno uno dei criteri di responsabilità.

Da tale differenza mi pare emerga che la realtà istituzionale posta dall'accusa, diversamente da quella posta dal giudizio, sia una realtà intrinsecamente *provvisoria*, "*instabile*", nel senso che essa implica *logicamente* la possibilità che vi siano "eccezioni" non considerate da (o ignote a) chi accusa, ma che potrebbero (se considerate/se conosciute) condurre ad adottare un giudizio di *non* responsabilità (perché ad esempio quell'azione non è attuale e/o quell'azione non integra i criteri di disvalore dell'ordinamento/contesto sociale e/o non sono integrati tutti criteri di responsabilità).

In tal caso, evidentemente, un tale (possibile) giudizio di non-responsabilità non resterà senza effetti, ma avrà (almeno) quello di estinguere lo stato di cose posto con l'accusa.

Per contro, qualora sia adottato un giudizio di responsabilità (ritenendo, chi giudica, di aver riscontrato la sussistenza dei relativi presupposti), esso andrà a *confermare* e a *consolidare* l'accusa e lo stato di cose istituzionale da essa prodotto (l'attualità dell'azione, il suo disvalore e la responsabilità dell'accusato).

Pertanto, l'ascrizione che l'accusa realizza è un'ascrizione *sub condicione* e provvisoria: essa è costitutiva di una realtà istituzionale che sussiste e perdura nel tempo fintanto che non sarà formulato un giudizio il quale potrà, alternativamente, *consolidare* o *estinguere* una tale realtà istituzionale in modo (tendenzialmente) definitivo e stabile.

Ciò consente di compiere un'ulteriore precisazione sugli effetti essenziali dei due atti. Infatti, si può osservare che (come anche anticipato *sub* 3) con il giudizio, la situazione su cui esso verte non solo è posta come attuale, ma *deve* (anche) essere considerata come realmente accaduta da tutti i partecipanti alla convenzione linguistica. Prima del giudizio, invece, la situazione oggetto dell'accusa è posta come attuale in quella convenzione da parte dell'accusatore, ma *non deve* essere considerata come tale da parte degli altri partecipanti alla convenzione: è possibile infatti che l'accusato, ad esempio, presenti eccezioni quanto ai suoi presupposti.

4.3.2. Una tale *provvisorietà* e *"instabilità"* della realtà istituzionale creata con l'accusa, mi pare tragga conforto, e a sua volta illumini, le considerazioni che ho sopra svolte sul rapporto tra accusa e giudizio.

Chi accusa, infatti, pretende un giudizio proprio perché vuole consolidare, cristallizzare, le sue contestazioni che, altrimenti, hanno una "consistenza ontologica" pubblicamente riconosciuta come instabile (*sub* 4.1). Ciò anche in quanto chi accusa, almeno *tendenzialmente* (dovrebbe) ammette(re) (*sub* 4.2) la possibilità che l'accusato fornisca spiegazioni, esibisca, se ve ne sono, quelle "eccezioni" che potrebbero portare all'adozione di un giudizio che estingua la realtà costituita (provvisoriamente) dall'accusa.

In altre parole, l'accusa, producendo una realtà provvisoria e instabile, costitutivamente prospetta un "percorso" (il procedimento) verso l'atto del giudizio. Ovviamente, come più volte detto, la fisionomia di un tale percorso (dall'accusa al giudizio) varia da ordinamento a ordinamento, e dipende dal contenuto delle norme processuali che costituiscono l'esito di valutazioni su interessi che, in qualche modo, riflettono una o più concezioni, ideologie, sul processo. È anche vero, però, che, nella costruzione delle diverse fisionomie processuali considerate, il diritto positivo, in qualche modo, presuppone (non può non considerare) anche le relazioni concettuali che ho qui individuate, le quali sono relazioni radicate nella dimensione concettuale dell'atto dell'accusa.

Riferimenti bibliografici

Austin, J.L. (1987). *Come fare cose con le parole*, Genova, Marietti; tr. it. da *How to Do Things with Words*, 1962.

Cannata, C.A. (1981). *Dai giuristi ai codici dai codici ai giuristi (Le regole della responsabilità contrattuale dal Pothier al codice civile del 1942)*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XXXV-4, 993-1013.

Cappelletti, M. (1969). *Processo e ideologie*, Bologna, Il Mulino.

Carnelutti, F. (1946). *Lezioni sul processo penale. I*, Roma, Edizioni dell'Ateneo.

Cavallone, B. (1983). *"Non siete altro che un mazzo di carte!". Lewis Carroll e la teoria del processo*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini. Vol. II*, Milano, Giuffrè, 309-349.

Cavallone, B. (2016). *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, Adelphi.

Conso, G. (1958). *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enciclopedia del diritto. Vol. I*, Milano, Giuffrè, 334-345.

Conte, A.G. (1974). *Ricerca d'un paradosso deontico*, Pavia, Il libro.

Conte, A.G. (1977). *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, in G. Di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Bologna, Il Mulino, 147-165.

Conte, A.G. (1988). *Minima deontica*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXV, 425-475.

Conte, A.G. (1994). *Performativo vs. normativo*, in U. Scarpelli, P. Di Lucia (eds.), *Il linguaggio del diritto*, Milano, Led, 247-263.

Conte, A.G. (2001). *Il linguaggio dell'atto*, in Id., *Filosofia del linguaggio normativo. III. Studi 1995-2001*, Torino, Giappichelli, 947-986.

Conte, A.G. (2002). *Atto performativo: il concetto di performatività nella filosofia dell'atto giuridico*, in G. Lorini (ed.), *Atto giuridico*, Bari, Adriatica, 29-108.

Conte, M.-E. (1992). *Semantica del predicato 'perdonare'*, in G. Galli (ed.), *Interpretazione e perdono*, Genova, Marietti, 13-21.

Di Lucia, P. (1997). *L'universale della promessa*, Milano, Giuffrè.

Di Lucia, P. (ed.) (2003) *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Macerata, Quodlibet.

Di Lucia, P., Fittipaldi, E. (eds.) (2021). *Revisiting Searle on Deriving "Ought" from "Is"*, London, Palgrave Macmillan.

Damaška, M.R. (1991). *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, Il Mulino; tr. it. da *The Faces of Justice and State Authority*, New Have, Yale University, 1986.

Faroldi, F.L.G. (2014). *The Normative Structure of Responsibility. Law, Language, Ethics*, London, College Publications.

Faroldi, F.L.G. (2021). *Responsabilità e ragione. Contributo a una prospettiva riduzionista*, Napoli, Editrice Satura.

Fazzalari, E. (1986). *Procedimento (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto. Vol. XXXV*, Milano, Giuffrè, 819-836.

Ferraris, M. (2009). *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma, Laterza.

Ferraris, M. (2012). *Manifesto del nuovo realismo*, Roma, Laterza.

Ferraris, M. (2018). *Il colore dei soldi*, in A. Condello (ed.), *Il danaro e i suoi inganni*, Torino, Einaudi, 47-108.

Feinberg, J. (1965). *Action and Responsibility*, in M. Black (ed.), *Philosophy in America*, Ithaca, Cornell University, 134-160.

Fillmore, C.J. (1971). *Verbs of Judging*, in C.J. Fillmore, D.T. Landgendeon (eds.), *Studies in Linguistics Semantics*, New York, Rinehart & Winston, 272-289.

Geach, P.T. (1960). *Ascriptivism*, «Philosophical Review», 69, 221-225.

Gizbert-Studnicki, T. (1976). *Hart on Ascription of Responsibility*, «Archivium Iuridicum Cracoviense», IX, 131-140.

Guastini, R. (2012). *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, «Rivista di filosofia del diritto», I-1, 51-66.

Hart, H.L.A. (1964). *L'ascrizione di responsabilità e diritti*, in Id., *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, Giuffrè, 3-36; tr. it. da *The Ascription of Responsibility and Rights*, 1948-1949.

Hart, H.L.A. (1981). *Responsabilità e pena*, Milano, Edizioni di Comunità; tr. it. da *Punishment and Responsibility*, 1968.

Kiparsky, P., Kiparsky C. (1979). *Facts*, in M. Bierwisch, K.E. Eidolph (eds.), *Progress in Linguistics*, The Hague, Mouton, 143-173.

Incampo, A. (1997). *Atto e funzione. Sistema di deontica materiale a priori*, Bari, Adriatica.

Incampo, A. (2001). *Validità funzionale di norme*, Bari, Cacucci.

Incampo, A. (2003). *Regole costitutive di funzione*, in P. Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Macerata, Quodlibet, 287-297.

Incampo, A. (2012). *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari, Carocci.

Marmo, C. (2017). *La semantica dei frame di Charles J. Fillmore. Un'antologia di testi*, Bologna, Pàtron.

Marmor, A. (2006). *How Law is Like Chess*, «Legal Theory», 12, 347-371.

Marmor, A. (2009) *Social Convention. From Language to Law*, Princeton, Princeton University.

Matczac, M. (2021). *Constitutive Conventions in Law and the Problem of Their Primacy*, in corso di pubblicazione (versione on-line attualmente reperibile in SSRN Jurisprudence & Legal Philosophy e Journal, vol.12, n.87: dec 3, 2020: https://hq.ssrn.com/Journals/Issue Proof. cfm?abstractid=3724962&journalid=1504413&issue_number=87&volume=128journal_type=CMBO&function=showissue).

Mazzarese, T. (1996). *Forme di razionalità nelle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli.

McCawley, J.D., *Verbs of Bitching*, in D. Hochney, W. Harper, B. Freed (eds.), *Contemporary Research in Philosophical Logic and Linguistics Semantics*, Dordrecht-Boston, D. Reidel, 1975, 313-332.

Pitcher, G. (1960). *Hart on Action and Responsibility*, «Philosophical Review», 69, 226-235.

Preto, P. (2003). *Persona per hora secreta. Accusa e delazione nella Repubblica di Venezia*, Milano, Il Saggiatore.

Quattrocolo, S., Ruggeri, S. (eds.) (2019). *Personal Participation in Criminal Proceedings. A comparative Study of Participation Safeguards and in Absentia Trials in Europe*, Berlin, Springer.

Rawls, J. (2004). *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli (1982); tr. it. da *A Theort of Justice*, 1971.

Reinach, A. (1990). *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, Giuffrè; tr. it. da *Die apriorischen Grundligen des bürgerlichen Rechts*, 1913.

Ross, A. (1972). *Colpa, responsabilità, pena*, Milano, Giuffrè; tr. it. da *Skyld, andvar og straf*, 1970.

Roversi, C. (2012). *Costituire. Saggio di ontologia giuridica*, Torino, Giappichelli.

Roversi, C. (2016). *Mimesi istituzionale come integrazione concettuale: una interpretazione del prestito semantico nel contesto giuridico*, in P. Perri, S. Zorzetto (eds.), *Diritto e linguaggio*, Pisa, Edizioni ETS, 109-128.

Roversi, C. (2018). *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, in L. Burazin, K.E. Himma, C. Roversi (eds.), *Law as an Artifact*, Oxford, Oxford University, 89-111.

Roversi, C. (2019). *Law as an Artefact: Three Questions*, «Analisi e diritto», 2, 41-86.

Satta, S. (1949). *Il mistero del processo*, «Rivista di diritto processuale», 1, 273-288.

Sbisà, M. (2014). *The Austin Conception of Illocution and its Implication for Value Judgments and Social Ontology*, «Eitca & Politica/Ethics & Politcs», XVI, 2, 619-631.

Searle, J.R. (1976). *Atti linguistici*, Torino, Bollati Borlinghieri; tr. it. da *Speech Acts*, 1969.

Searle, J.R. (1987) *Per una tassonomia degli atti illocutori*, in M. Sbisà (ed.), *Gli atti linguistici*, Milano, Feltrinelli, 168-198; tr. it. da *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, 1975.

Searle, J.R. (1996) *La costruzione della realtà sociale*, Torino, Einaudi; tr. it. da *The Construction of Social Reality*, 1995.

Searle, J.R. (2010). *Creare il mondo sociale*, Milano, Raffaello Cortina; tr. it. da *Making Social World*, 2010.

Searle, J.R. (2019). *Il mistero della realtà*, Milano, Raffaello Cortina; tr. it. da *The Basic Reality and the Human Reality*, 2019.

Silvi, M.Q. (2004). *Struttura giuridica del perdono*, Milano, FrancoAngeli.

Silvi, M.Q. (2014a). *Diritto, giochi, regole costitutive*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLIV, 2, 455-484.

Silvi, M.Q. (2014b). *Atti ascrittivi e performatività*, in A. Rossetti, E. Colzani (eds.), *Mente, azione, normatività*, Milano, Ledizioni, 69-105.

Silvi, M.Q. (2017a) *L'atto giuridico e le sue regole. Saggio su diritto e giochi*, Roma, Aracne.

Silvi, M.Q. (2017b). *La melanconia del pedone. Saggio sulla funzione dell'atto giuridico*, Roma, Aracne.

Silvi, M.Q. (2018). *Ceci n'est pas un Conte. Amedeo G. Conte e la filosofia dell'atto giuridico*, «Rivista di filosofia del diritto», VII, 1, 147-170.

Sneddon, A. (2006). *Action and Responsibility*, Dordrecht, Springer.

Taruffo, M. (2009). *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma, Laterza.

Tuzet, G. (2008). *The Social Reality of Law*, in R. Guastini, P. Comanducci (eds.), *Analisi e diritto 2007*, Torino, Giappichelli, 179-198.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di ottobre 2021