

# Analisi e diritto

1/2018

Edizioni ETS



# Analisi e diritto

1/2018

[riviste.edizioniets.com/aed](http://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 Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,  
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,  
Tecla Mazzaresse, 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*

[analisieditto@istitutotarello.org](mailto:analisieditto@istitutotarello.org)

## *Realizzazione editoriale*

Edizioni ETS - Pisa  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

# Analisi e diritto

1/2018



Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 1663/2018

*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

Universitat de Girona

Università degli Studi di Milano

Université Paris Nanterre

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 2018

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 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 978-884675329-8

ISSN 1126-5779

# Indice

## Saggi (Essays)

M. Barberis <i>L'insicurezza e lo stato costituzionale. Per una teoria del diritto impura</i> (Insecurity and Constitutional State. For an Impure Theory of Law)	9
P. Chiassoni <i>Taking Context Seriously</i>	31
L. Malagoli <i>A Methodized Discretion. L'analisi del ragionamento giudiziale negli scritti teorici di Benjamin Nathan Cardozo</i> (A Methodized Discretion. The Analysis of Legal Reasoning in the Theoretical Writings of Benjamin Nathan Cardozo)	61
L. Ramírez Ludeña <i>The Meaning of "Literal Meaning"</i>	83

## Kelsen vs. Ferrajoli

G. Itzcovich <i>Teoria e politica della dottrina pura del diritto. Su alcune critiche di Ferrajoli a Kelsen</i> (Theory and Politics in the Pure Theory of Law. On Some Critiques of Ferrajoli to Kelsen)	105
G. Pino <i>Tre aporie (e qualche altra perplessità) nell'opera di Luigi Ferrajoli</i> (Three Difficulties – and Some Other Perplexities – in the Work of Luigi Ferrajoli)	129

## Logica e diritto (Logic and Law)

R. Guastini <i>Normative Propositions Reconsidered</i>	153
G.B. Ratti, J. Rodríguez <i>Los principios fundamentales de la lógica en el derecho</i> (The Basic Principles of Logic in Law)	159

## **Saggi (Essays)**



# L'insicurezza e lo stato costituzionale. Per una teoria del diritto impura

Mauro Barberis \*

## **Sommario**

Anzitutto, s'ipotizza una teoria del diritto impura, che dall'analisi concettuale si estenda a ricerche empiriche e anche esplicitamente normative. Come esempio tipico di oggetto di tale teoria, poi, si adduce il problema della sicurezza. Quindi, si analizza il lessico della sicurezza, inglobando nella distinzione di Zygmunt Bauman fra *safety*, *certainty* e *security* le dimensioni reale/percepito e individuale/collettivo. Ancora, si ricostruisce la disciplina costituzionale italiana in materia, escludendo che essa preveda un autonomo diritto individuale alla sicurezza. Infine, dopo aver riformulato la tesi normativa della prevalenza della libertà-sicurezza individuale sulla sicurezza collettiva in caso di irriducibile conflitto, il fuoco del discorso è spostato sulla sicurezza sociale.

**Parole chiave:** Teoria del diritto. Sicurezza. Sicurezza sociale.

## **Abstract**

First of all, it is argued for the possibility of a impure theory of law, which extends from conceptual analysis to empirical and even explicitly normative inquiries. Then, the problem of security is adduced as a typical example of such a theory's subject. Subsequently, the lexicon of security is analyzed, incorporating the real / perceived and individual / collective dimensions into the Bauman's distinction between safety, certainty and security. Furthermore, the Italian constitutional discipline on the subject is rebuilt, by excluding it provides an autonomous individual right to security. Finally, after the reformulation of normative thesis that, in Constitutional state, individual security must prevail on collective security in case of irreducible conflict, the focus of discourse is redirected on social security.

**Keywords:** Jurisprudence. Security. Social security.

---

\* IUSLIT, Università degli Studi di Trieste, Piazzale Europa 1, 34127, Trieste, Italia, [barberis@units.it](mailto:barberis@units.it).

«L'insicurezza odierna somiglia alla sensazione che potrebbero provare i passeggeri di un aereo nello scoprire che la cabina di pilotaggio è vuota»

Zygmunt Bauman

## 1. Premessa

La teoria analitica del diritto, coltivata ora e più che mai da questa Rivista, è spesso guardata con malcelato sospetto. Ma non dai giuristi: semmai, dal pubblico composito, ma influente, rappresentato da politici e responsabili della ricerca e della valutazione, specie se provenienti da discipline altre dalla dottrina giuridica. Paradossalmente, nella stessa diffidenza incorre più difficilmente la filosofia del diritto speculativa, più pronta della teoria analitica a convertirsi a ricerche bioetiche o genericamente “scientifiche”.

Se i vaghi sospetti si articolassero mai in parole, temo che si continuerebbe a rimproverare all'analisi una sorta di formalismo: sia di metodo (il suo stesso carattere analitico, o concettuale) sia di contenuto (la scarsa spendibilità pratica dei suoi “prodotti della ricerca” teorici). Questi sospetti – lo dico subito, a scanso di equivoci – sono spesso ingiustificati, e andrebbero rispediti al mittente o rediretti verso il sincretismo tipico delle riviste internazionali online: il cui gergo interdisciplinare ne rende criptici i contenuti.

Eppure, applicando a questi sospetti una dose eroica di carità interpretativa, va ammesso che l'analisi può persino diventare un alibi per eludere il compito principale della teoria: che non è l'analisi fine a se stessa, ma la spiegazione e in ultima istanza la gestione di fenomeni e processi sociopolitici. Spiegazione e gestione richiedono anche studi empirici (storici, sociologici, economici...) e scelte in senso lato normative. Altrimenti, i teorici analitici rischiano di auto-escludersi dalle correnti più vive della ricerca.

Detto altrimenti, il teorico già distratto da impegni burocratici sempre più pressanti, e dubbioso circa l'utilità di incursioni in settori disciplinari ormai iperspecializzati, quando è invitato a dire la sua su un tema scientifico può essere tentato di adottare l'analisi come un rifugio. Dopotutto, s'impiega meno tempo e si fanno meno danni se ci si limita a denunciare ambiguità, vaghezze, fallacie ricorrenti. Così rendendosi definitivamente impopolari, ma soprattutto contribuendo alla ricerca, al massimo, solo in negativo.

A scanso di tutti questi equivoci, e con un filo d'ironia, mi è capitato recentemente di proporre una teoria del diritto realmente realistica, indiscutibilmente antiformalistica perché “impura”, programmaticamente aperta al contributo

delle scienze sociali<sup>1</sup>. Poiché però anche questo rischia di diventare un alibi per non fare ricerca, ho esemplificato tale approccio occupandomi (non di un, ma) *del* tema sociopolitico e giuridico odierno – la sicurezza – che richiede quasi per definizione la cooperazione di giuristi e teorici con una miriade di altri studiosi<sup>2</sup>.

Qui di seguito comincio dal metodo, sollevando il dilemma della specializzazione. Poi passo all'oggetto, la sicurezza qui e oggi, ossia nello stato costituzionale. A questo punto, analizzo su nuove basi il lessico della sicurezza e procedo alla ricostruzione del principio-sicurezza nella disciplina costituzionale italiana. Infine, cerco non tanto di riformulare le mie solite tesi garantiste in tema di conflitti fra sicurezza individuale e collettiva, quanto di mostrare che l'insicurezza pubblica/nazionale è solo un aspetto della sicurezza sociale.

## 2. Il dilemma della specializzazione

Una teoria realmente realistica della sicurezza nello stato costituzionale presenta molte dimensioni, connesse fra loro. A questo proposito si può forse usare la nozione di *reflective equilibrium*<sup>3</sup>. Ogni teoria – sia essa scientifica o filosofica, a seconda del livello di astrazione più che dell'oggetto – mette in equilibrio considerazioni particolari (qui, sulla sicurezza) e generali (qui, di teoria del diritto). In John Rawls considerazioni particolari producono giudizi ponderati in equilibrio riflessivo fra loro: ossia principi di giustizia.

Lo stesso Rawls insiste che questo modello non vale solo per la filosofia morale, disciplina eminentemente normativa, ma anche, mutato tutto il mutabile, per molte altre discipline, anche prevalentemente cognitive: pure le scienze, persino se naturali, mettono in equilibrio riflessivo osservazioni empiriche particolari e leggi generali. Quando Rawls scrive che «[L]e definizioni e le analisi del significato non hanno un ruolo speciale»<sup>4</sup>, mi pare che la sua osservazione possa e debba estendersi alla teoria del diritto.

Anche una teoria del diritto, in altri termini, e persino una teoria *analitica* del diritto, che privilegi analisi e definizioni, non può evitare di metterle in equilibrio con proposizioni empiriche e anche con prescrizioni o valutazioni normative implicite, sia pure da esplicitare in osservanza del principio di avalutatività. Gli stessi ingredienti della teoria – analitici, empirici, normativi – possono essere distinti, entro di essa, solo in termini relativi, non assoluti: questo, forse, il senso della

---

<sup>1</sup> Barberis 2016 e 2017b.

<sup>2</sup> Barberis 2017a.

<sup>3</sup> Rawls 1971: 56-58.

<sup>4</sup> Ivi: 58.

critica di Willard Quine alla distinzione analitico/empirico<sup>5</sup>.

In particolare, si selezionano i sensi di “sicurezza” in relazione ai fenomeni empirici rilevanti, la cui rilevanza è a sua volta fatalmente relativa a principi normativi presupposti: come minimo, nessuno si occuperebbe di questo tema se non lo reputasse importante. Una teoria giuridica della sicurezza resta una teoria, peraltro, e non diventa una filosofia normativa, sinché i suoi compiti esplicativi prevalgono su quelli giustificativi. Per dirsi avalutativa, poi, basta che espliciti i propri valori di riferimento: perché è anch'essa orientata a valori.

Anche in materia di sicurezza, ovviamente, non si dà una sola teoria vera né una sola filosofia giusta né un'unica interpretazione corretta; ma il punto importante è che teorie, filosofie e interpretazioni non si equivalgono. Ognuna di esse combina diversamente i rispettivi ingredienti analitici, empirici e normativi; dunque, deve rispettare le definizioni dei termini impiegati, non dev'essere falsificata dal materiale empirico addotto, e dev'essere compatibile con i valori impliciti o espliciti che l'orientano.

Tutti questi ingredienti hanno criteri di adeguatezza diversi. Le definizioni non possono allontanarsi troppo dal senso ordinario dei termini: benché nulla impedisca di adottare termini meramente tecnici, appositamente definiti. Le proposizioni empiriche devono essere rilevanti, informative e non smentite dall'esperienza. Le norme o le valutazioni vanno esplicitate e argomentate, specialmente in relazione al contesto: che nel caso del diritto possono essere gli stati del medesimo chiamati giurisdizionale, legislativo e costituzionale<sup>6</sup>.

Ma soprattutto fra questi ingredienti, indipendentemente presi, deve darsi un rapporto che non può qualificarsi più precisamente che in termini di congruenza (*coherence*) reciproca. Detto altrimenti, ogni cambio intervenuto in qualsiasi ingrediente della teoria, sia esso analitico, empirico o normativo, reagisce circolarmente sull'insieme. Cambi nella definizione dei termini, falsificazione di proposizioni empiriche, mutamenti nel contesto normativo di riferimento, producono teorie (prevalentemente cognitive) o filosofie (prevalentemente normative) diverse.

Nulla di simile, dunque, a un pluralismo o anarchismo metodologico, del genere *anything goes*. Anzi, una teoria o una filosofia del diritto in genere, o della sicurezza in specie, che non voglia essere fine a se stessa dev'essere maledettamente esigente. Al limite, essa può essere formalizzata o assiomaticizzata, come il garantismo di Luigi Ferrajoli: ma a patto di addurre anche una base empirica e di esplicitare i presupposti normativi. A complicare le cose, però, interviene quel che chiamerò *dilemma della specializzazione*<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Si sfiora qui il tema della naturalizzazione della teoria, su cui cfr., da ultimo, i saggi pubblicati in «Revus», 32, 2017.

<sup>6</sup> Cfr. Fioravanti 2010 e Barberis 2017b.

<sup>7</sup> L'espressione si trova in Hayek 1956.

La principale obiezione che può muoversi a questa caratterizzazione della teoria del diritto in genere, o della sicurezza in specie, è che tollera due interpretazioni, tali da renderla o troppo esigente o troppo conciliante. La caratterizzazione, intanto, ammette un'interpretazione esigente, che però collide con la specializzazione scientifica: non si può fare il teorico del diritto e insieme il penalista, l'internazionalista, lo storico, il comparatista, il criminologo, l'esperto di relazioni internazionali, lo psicologo cognitivo...

Proprio perciò, la prima interpretazione, troppo esigente, rischia sempre di rovesciarsi nella seconda, troppo conciliante. Proprio perché non si possono approfondire ugualmente tutte queste indagini, il rischio è convertire la teoria del diritto impura in una sorta di tuttologia, esemplificata dalla letteratura online di cui si diceva. Internet permette ormai di redigere studi e progetti di ricerca il cui gergo interdisciplinare e un'infarinatura di diversi specialismi basta a sfornare “prodotti della ricerca” omologati, indistinguibili gli uni dagli altri.

Stretta in questa tenaglia, la teoria del diritto impura rischia di far rimpiangere quella pura: che, a suo modo, risponde a un'esigenza di specializzazione. Ma non vi risponde – si badi – perché coltiva l'analisi del linguaggio: per la quale ha anzi bisogno di coniugarsi con la linguistica e con la logica. Semmai perché, kelsenianamente, si riconosce sì *ancilla scientiarum*, ma delle sole scienze *giuridiche*: che alla purezza, loro, sembrano aver rinunciato da un pezzo, avendo bisogno come l'aria dell'ausilio delle scienze sociali<sup>8</sup>.

Una via d'uscita dal dilemma della specializzazione potrebbe essere la seguente. In generale, per sopravvivere nell'accademia in tempi di valutazione della ricerca più o meno standardizzata, qualsiasi lavoro scientifico deve corrispondere ai parametri disciplinari specialistici di almeno *una* comunità scientifica. Ogni comunità, peraltro, dovrebbe adottare politiche di apertura ad altre tribù scientifiche; l'esperienza insegna, infatti, che ogni innovazione nasce dall'ibridazione, e anche dalla violazione dei parametri disciplinari.

L'apertura dovrebbe essere la regola e non l'eccezione, anzi, per una teoria del diritto che voglia essere analitica e realista. Già tutte le discipline filosofico-giuridiche, e la teoria non meno della sociologia del diritto, stanno al confine: portano nel DNA, dunque, la vocazione a mettere in comunicazione giuristi e scienziati sociali. Una teoria analitica ma realista, poi, dovrebbe evitare come la peste il formalismo: che nel caso significa limitarsi a fungere da alta dogmatica, piuttosto che da laboratorio concettuale<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. già Tarello 1974.

<sup>9</sup> Cfr. Guastini 2017: 9-12.

### 3. La sicurezza nello stato costituzionale

Nel caso di quel tema cruciale che è la sicurezza, la differenza fra le possibili teorie non dipende tanto da diversità di metodo quanto dalla complessità dell'oggetto. Per parlare di sicurezza occorre maneggiare un materiale empirico enorme, affetto da vari *biases* cognitivi<sup>10</sup>. Per parlarne da giuristi, d'altra parte, occorre interpretare la disciplina giuridica, e in particolare costituzionale della sicurezza: che oltre a essere soggetta a interpretazioni e applicazioni contrastanti, rischia sempre di risultare ineffettiva.

Oggetto di una teoria giuridica della sicurezza non può essere solo, o principalmente, la disciplina normativa (costituzionale, legislativa, giurisdizionale)<sup>11</sup>. In ogni paese, tale disciplina è dispersa e in gran parte implicita; nei documenti costituzionali, come vedremo per l'Italia, è spesso formulata solo in via d'eccezione, rispetto alla disciplina dei diritti che vengono limitati in suo nome. Ma altrettanto importanti, in materia, sono pratiche, tecniche, dispositivi della sicurezza, messi in atto dagli Stati secondo protocolli consolidati<sup>12</sup>.

Dopo l'Undici settembre, in particolare, Stati con tradizioni politiche e giuridiche molto diverse hanno elaborato risposte relativamente simili a situazioni di emergenza: risposte duplicemente simboliche. Intanto, simboliche nel senso di rispondere soprattutto a esigenze di rassicurazione dei cittadini: benché spesso finiscano per ottenere l'effetto contrario (per questo paradosso, cfr. qui, § 7 *in fine*). In ogni caso, le misure pubbliche paiono soprattutto propagandistiche, spesso abbinate a misure riservate sperabilmente più efficaci.

Poi, come pure vedremo in conclusione, si tratta di risposte simboliche nel senso che l'insicurezza pubblico-nazionale finisce per simbolizzare il complesso dei problemi irrisolvibili che le varie "democrazie del pubblico"<sup>13</sup> odierne sono sempre più incapaci di gestire. Le politiche della sicurezza pubblico-nazionale *sostituiscono* le politiche della sicurezza sociale, rese sempre più ingestibili da un mix esplosivo di globalizzazione, degrado ecologico, flussi migratori, rivoluzione informatica e disoccupazione di massa.

Basterebbe questo per mostrare come una teoria giuridica della sicurezza debba specializzarsi entro una massa di ricerche economiche, politologiche, psicologiche, criminologiche, strategiche, internazionalistiche, dalle quali non può comunque prescindere. Quel che manca a tutte queste ricerche, di solito, è proprio la prospettiva del giurista, e in particolare del teorico del diritto analitico e giusrealista: capace

---

<sup>10</sup> Un'analisi dei principali *biases* è compiuta da Sunstein 2005: il cultore di *jurisprudence* che indicherei come modello di teoria del diritto impura.

<sup>11</sup> Per una panoramica, oggi da aggiornare, cfr. Bonetti 2006.

<sup>12</sup> Cfr. da ultimo Calculli, Strazzari 2017.

<sup>13</sup> Manin 2010.

di criticare il discorso standard sulla sicurezza, ma anche di ascoltare i discorsi degli altri specialisti<sup>14</sup>.

Cruciale per il giurista, d'altra parte, è il riferimento al contesto giuridico di sfondo. La cosa più difficile da intendere, per i non-giuristi, è che, mentre il fenomeno-sicurezza potrebbe sembrare sempre uguale a se stesso, radicato com'è in esigenze vitali comuni a ogni epoca e a ogni cultura, la sua griglia di lettura cambia nelle diverse situazioni o "stati" del diritto. Una cosa è la tutela della sicurezza nello stato *giurisdizionale*: nel quale le generiche esigenze di giustizia possono piegarsi alla violazione dei diritti individuali.

Altra cosa è la tutela della sicurezza nello stato *legislativo*: nel quale non solo i provvedimenti giurisdizionali, ma tutti gli atti dello Stato sono soggetti a un controllo (non di giustizia, bensì) di legalità. Se questo può apparire formalmente più stringente, resta però rapportato a parametri fissati nella legge parlamentare: che è, nello stato legislativo, non solo sovrana, come in Gran Bretagna, ma sempre più prodotta dall'esecutivo, poi meramente controllata dal Parlamento, infine attuata dall'amministrazione e applicata dalla giurisdizione.

Di fatto, le politiche antiterrorismo messe in atto nello stato legislativo, prima e dopo la seconda guerra mondiale, e anche nei sistemi giuridici in transizione verso lo stato costituzionale, come quelli francese e statunitense, si assiste a meccanismi simili. La sicurezza è gestita direttamente dal capo dell'esecutivo, al quale rispondono l'amministrazione, in particolare polizia, esercito e apparati d'intelligence; il legislativo e il giudiziario nominalmente controllano, in realtà si allineano all'esecutivo.

Se vi è un problema per il quale è difficile anche solo immaginare uno stato costituzionale, distinto dal legislativo, questo è proprio la sicurezza: e non solo la sicurezza pubblico-nazionale, si badi, ma anche la sicurezza sociale. Per entrambe, rispetto allo stato legislativo, la differenza dovrebbero farla le corti supreme e costituzionali interne e internazionali. A loro toccherebbe rendere effettive le garanzie dei diritti, sia di libertà, sia sociali, stabilite dopo la seconda guerra mondiale da costituzioni rigide e trattati internazionali.

Qualcosa come uno stato costituzionale esiste, infatti, non solo quando in un paese sono stabilite costituzioni rigide e garantite, ma anche quando queste producono l'irradiazione della tutela dei diritti in tutto il sistema giuridico, interno e internazionale<sup>15</sup>. Ora, è proprio questo che *non* avviene in materia di sicurezza, né pubblico-nazionale né sociale. E ciò per ragioni non contingenti ma strutturali, attinenti all'inevitabile debolezza dei rimedi giudiziari rispetto all'insicurezza pubblico-nazionale e, ancor più, sociale.

<sup>14</sup> Un possibile esempio è Barberis, Vida (eds.) 2018.

<sup>15</sup> Qui combino, come in Barberis 2017b, l'idea di Riccardo Guastini delle condizioni di costituzionalizzazione del diritto con l'idea di Robert Alexy dell'irradiazione dei principi-diritti in tutto il sistema giuridico.

Constatiamo subito l'inefficacia della tutela giudiziale in materia di sicurezza sociale. I giudici non hanno, né possono avere il potere della borsa, tradizionalmente detenuto dai parlamenti, poi passato ai governi statali e infine, da questi, ai mercati e alle loro istituzioni esponenziali, internazionali e regionali. In materia di sicurezza sociale le corti, nella divisione del lavoro giuridico globale, possono solo ribadire principi direttivi, come il cosiddetto diritto al lavoro, destinati a restare lettera morta senza l'attuazione da parte dei governi<sup>16</sup>.

Ma consideriamo l'inefficacia della tutela giudiziale in materia di sicurezza pubblico-nazionale. Come ha mostrato Jeremy Waldron – sia pure nella solita prospettiva Usa-centrica, e per trarne le consuete conclusioni rovinose per il *judicial review* – le corti superiori interne, specie la Corte suprema statunitense, sono tradizionalmente deferenti verso l'esecutivo in materia di sicurezza<sup>17</sup>. Né la situazione è migliorata in tempi di populismo: opponendosi agli esecutivi, le corti rischiano ondate di de-legittimazione.

Una teoria realista della sicurezza, centrata sui rimedi giudiziali alla violazione di diritti e della stessa sicurezza individuale, potrebbe trarre solo le seguenti, desolanti conclusioni. I giudici interni, se e quando intervengono, lo fanno solo a distanza di anni, a violazioni ormai consumate; gli stessi giudici internazionali, tradizionalmente meno deferenti verso i governi nazionali, intervengono anch'essi in ritardo e con provvedimenti essi stessi quasi simbolici, nei limiti dei trattati internazionali che applicano.

Una teoria realista della sicurezza, dunque, dovrebbe limitarsi a prendere atto che anche nello stato costituzionale la sicurezza nazionale resta una *political question*, di competenza di un esecutivo che controlla il legislativo più di quanto ne sia controllato, come nello stato legislativo. L'unica differenza, retorica, consiste nel passaggio da una cultura dell'autorità a una della giustificazione<sup>18</sup>: ossia in una maggiore sensibilità alla violazione di diritti individuali, che può portare le corti a denunciare la violazione.

Ove mai l'emergenza-sicurezza divenisse uno stato permanente, come in Israele, ciò solleverebbe dubbi radicali circa lo stesso stato costituzionale. Lo stato legislativo è in transizione verso lo stato costituzionale oppure verso un possibile *security state*? I problemi della sicurezza nazionale e ancor più sociale – si pensi solo all'immigrazione – minacciano ritorni a forme di Stato assoluto, rette da leader sovranisti tanto più legittimati plebiscitariamente quanto più promettono sicurezza?

L'unica certezza è che lo stato costituzionale, sviluppatosi dopo la seconda guerra mondiale a partire da esigenze garantiste, deve ancora dimostrare di aver superato il test evolutivo della sopravvivenza del più adatto. Non si tratterà per avventura

<sup>16</sup> Il tema è discusso in Ferrajoli 2013. Per una parziale eccezione, cfr. Bisogni 2016.

<sup>17</sup> Waldron 2010, specie cap. 2 e 6.

<sup>18</sup> Cohen-Elyia, Porat 2011 e 2013.

di una parentesi, come forse lo Stato sociale, chiusa con l'emergere del problema della sicurezza globale? Oppure avremo entrambe le cose, come oggi: lo stato costituzionale e forse persino le garanzie, per alcuni paesi o per i loro ceti privilegiati, e lo stato di sicurezza per tutti gli altri.

#### 4. Il lessico della sicurezza

Barberis 2017a analizza il lessico della sicurezza in due modi. L'uno consiste nel citare la tripartizione di Zygmunt Bauman fra *security*, *certainty* e *safety*; l'altro, già usato anche qui, oppone sicurezza individuale o libertà-sicurezza, da un lato, e sicurezza collettiva dall'altro, a sua volta divisa in sicurezza sociale e pubblico-nazionale. Qui cerco di integrare le due analisi seguendo linee emerse dalla discussione sul libro; nella prossima sezione, invece, ricostruisco la disciplina della sicurezza sparsa nella Costituzione italiana.

Bauman 1999 – come altri sociologi dello stesso periodo, sui quali torno nel paragrafo conclusivo – compie un'analisi profetica e ormai classica dell'insicurezza odierna, riconducendola alle conseguenze delle politiche neo-liberiste adottate sin dall'ultimo scorcio del Novecento. In un passo, citato ma non usato nel mio libro<sup>19</sup>, egli distingue tre sensi di “sicurezza”, indicati dai termini inglesi *security*, *certainty* e *safety*: tre elementi di quanto in tedesco si dice, più comprensivamente, *Sicherheit*<sup>20</sup>.

Qui di seguito rielaboro la tripartizione di Bauman, centrata sulla (in)sicurezza sociale ma valida anche per la (in)sicurezza pubblica-nazionale, invertendone l'ordine espositivo, a quattro scopi. Primo, integrare le due tripartizioni; secondo, incorporarvi la distinzione fra sicurezza reale e percepita<sup>21</sup>; terzo, soddisfare l'esigenza di procedere dal (più) semplice al (più) complesso; quarto, soddisfare un'esigenza normativa e giuridica minima, ossia garantire che la sicurezza individuale non sia sacrificata alla sicurezza collettiva<sup>22</sup>.

Il *primo* senso di “sicurezza” è *safety*, incolumità individuale o personale, che oggi caratterizzerei così: la probabilità che una persona sia colpita da un'aggressione alla vita, all'integrità fisica e psicologica, alla libertà personale, e a tutti i beni essenziali ai precedenti. In base a questa caratterizzazione, non si tratta del contenuto di un diritto individuale a se stante, azionabile giudizialmente come tale, ma del

<sup>19</sup> Ha riportato la mia attenzione su questo passo Pintore 2018, dichiarandosi d'accordo sulla tripartizione che mi limitavo a citare, e sollevando sul senso più comprensivo gli stessi dubbi che solleverò anch'io.

<sup>20</sup> Bauman 1999: 24-26.

<sup>21</sup> Per terminologie diverse, cfr. Battistelli 2016, che chiama strategica la sicurezza da me chiamata pubblico/nazionale, e rilevata la sicurezza da me chiamata reale.

<sup>22</sup> È la stessa esigenza espressa da Waldron 2010: specie 166-185.

contenuto minimo comune a vari diritti umani costituzionalmente garantiti: almeno vita, integrità fisica e libertà personale.

Adottando un individualismo sia metodologico sia normativo, in altri termini, assumo che il senso principale di “sicurezza” sia fattuale (la sicurezza *reale*, in quanto opposta a percepita) e individuale, di cui tutti gli altri sensi diventano una (problematica) estensione. Adottando l’individualismo metodologico, la sicurezza collettiva si spiega a partire da quella individuale e non viceversa; adottando l’individualismo normativo, la sicurezza collettiva perde senso e valore se non serve a tutelare individui in carne e ossa.

Il *secondo* senso di “sicurezza” è *certainty*, la percezione che ognuno ha della propria incolumità individuale: la sicurezza percepita, opposta alla reale. Nella teoria delle relazioni internazionali della Scuola di Copenhagen, e ancor più nelle sue applicazioni criminologiche, è divenuto un luogo comune che nei processi di securizzazione (*securitization*) l’unica sicurezza che conti è quella percepita. Anche perché in tale teoria, formulata alla fine della Guerra fredda, sono gli Stati a decidere, performativamente, cosa conti come sicurezza<sup>23</sup>.

Eppure, mi pare importante da tutti i punti di vista – concettuale, empirico e normativo – distinguere fra sicurezza reale e percepita. La percezione è soggettiva; è anzi possibile misurare lo scostamento fra *safety* e *certainty*, determinato da tutti i *biases* cognitivi già menzionati e distortibili dai media, nel caso dei social non meno dal basso che dall’alto. Ma soprattutto la distinzione serve a denunciare i fenomeni di securizzazione e il loro effetto paradossale, l’aumento dell’insicurezza (cfr. ancora qui, § 7).

Il senso più importante di tutti, peraltro, sul quale verte gran parte del dibattito, e il più problematico – al punto che nel libro lo qualifico solo, riduttivamente, come astrazione statistica<sup>24</sup> – è il *terzo*: quanto Bauman chiama *security*, qualificandola come sicurezza esistenziale. Benché in qualche modo comprensiva della sicurezza individuale, preferisco chiamarla sicurezza collettiva, nelle sue diverse caratterizzazioni come sicurezza *sociale*, *pubblica* (od ordine pubblico), e *nazionale* (ma ormai, nel mondo globale, anche internazionale).

Che cos’è la sicurezza collettiva? Verrebbe da definirla come la somma delle sicurezze individuali, reali e/o percepite: così da renderla misurabile, tramite sondaggi su campioni significativi di soggetti, e da rendere calcolabile, magari, la quantità di sicurezze individuali che potrebbero sacrificarsi al conseguimento della sicurezza collettiva. Invece, la sicurezza collettiva è un bene pubblico, nel senso degli economisti: un bene, cioè, non escludibile (la mia fruizione non esclude quella altrui) e non rivale (non lo esaurisco fruendone)<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Cfr. Buzan, Waever, De Wilde 1998.

<sup>24</sup> Come mi rimprovera Pintore 2018.

<sup>25</sup> Cfr. Samuelson 1954. Ringrazio un anonimo referee per avermi fatto notare che la prima definizione, fornita in una prima versione del lavoro, era per più versi improponibile.

Basta considerare la definizione di senso comune, come somma di sicurezze individuali, per capire quanto la sicurezza collettiva si presti a essere scambiata con la sicurezza individuale, sommando probabilità o, peggio, percezioni. Ma basta considerarne la definizione relativamente tecnica come bene pubblico per capire di quante distorsioni e strumentalizzazioni essa possa essere oggetto. In particolare: potendo far poco per la sicurezza *sociale* i governanti la sostituiscono con la sicurezza *pubblica-nazionale*.

«Per farla breve, i governi non possono francamente promettere ai loro cittadini un'esistenza sicura e un futuro certo; ma possono per il momento alleviare almeno in parte l'ansia accumulata (approfitandone anche a fini elettorali) con l'esibire la loro energia e determinazione in una guerra contro gli stranieri in cerca di lavoro e altri estranei penetrati senza invito nel giardino di casa [...] Agire in questo modo [...] potrebbe compensare la sensazione avvilente di non sapere cosa fare»<sup>26</sup>.

Questo sommario analisi del lessico della sicurezza ci ricorda però che la *security* collettiva, come osserva Anna Pintore, è una pre-condizione della stessa *safety* individuale. Tendiamo a dimenticarne perché lo Stato (moderno) l'ha resa una condizione quasi naturale dell'esistenza individuale: ma il terrorismo ci ricorda che non è così. E questo ci induce a ricostruire il ruolo giocato dalla sicurezza nella nostra disciplina costituzionale: nella quale i conflitti odierni fra sicurezza collettiva e individuale si lasciano solo presagire.

## 5. La disciplina costituzionale italiana

“Sicurezza”, e suoi sinonimi, ricorrono una decina di volte nella Costituzione italiana, qui assunta come un testo tipico dello stato costituzionale. All'indomani del fascismo, come vediamo subito, la Carta omette di nominare uno dei quasi-sinonimi di “sicurezza”, “ordine pubblico”, e non prevede espressamente neppure situazioni o stati di emergenza. La sicurezza viene nominata, invece, quasi solo come eventuale giustificazione di eccezioni: nella prima parte, all'esercizio dei diritti, nella seconda, al funzionamento dei poteri.

Nella Dichiarazione dei diritti, in effetti, la sicurezza è menzionata cinque volte. Anzitutto, come ragione di limitazione della libertà personale (art. 13, c. 3), nella forma di procedimenti limitativi presi, «in casi eccezionali di necessità e urgenza», da parte de «l'autorità di pubblica sicurezza». Va appena notata la struttura dell'art. 13, che esemplifica il trattamento garantistico della pubblica sicurezza: senza

---

<sup>26</sup> Bauman 1999: 58. Questa è la spiegazione più semplice a mia conoscenza della Brexit, dell'elezione di Trump, e anche dei risultati delle elezioni italiane del 4 marzo 2018.

dimenticare che la prima decisione della Corte costituzionale italiana verterà proprio sulla pubblica sicurezza fascista<sup>27</sup>.

L'art. 13, che apre la parte prima della Costituzione, subito dopo i Principi fondamentali, inizia con una tipica disposizione di principio: «La libertà personale è inviolabile». Peraltro, a differenza che per altre disposizioni di principio – lasciate spesso all'attuazione del legislatore, in un modo che poteva autorizzare la dottrina del loro carattere programmatico, sostenuta inizialmente dalla Cassazione e subito respinta dalla Corte costituzionale – qui il Costituente specifica lui stesso alcune regole attuative del principio.

In particolare, al secondo comma, escludendo ogni restrizione della libertà personale «se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge», la Costituzione stabilisce una duplice riserva in materia, sia di legge, sia di giurisdizione. Duplice riserva ribadita dal terzo comma in materia di fermo di polizia, che può darsi solo in casi eccezionali «indicati tassativamente dalla legge» (riserva assoluta, dunque), e che resta senza effetto se, entro 48 ore, l'autorità giudiziaria non lo convalida<sup>28</sup>.

La sicurezza è poi menzionata come «incolumità pubblica» dall'art. 14 Cost., per limitare l'invulnerabilità del domicilio. Motivi di «sicurezza» e di sanità permettono ancora di limitare la libertà di circolazione del cittadino *ex art. 16* e, insieme con l'incolumità pubblica, la libertà di riunione, sempre del cittadino, *ex art. 17*<sup>29</sup>. Ancora «la sicurezza», intesa però come sicurezza sul lavoro, costituisce insieme con libertà e dignità umana uno dei limiti nel rispetto dei quali deve esercitarsi l'iniziativa economica privata *ex art. 41, c. 2*.

Nella seconda parte della Costituzione, la Forma di governo, la sicurezza è menzionata altre quattro volte, e mai in positivo, ma sempre come limite alle competenze dei poteri pubblici. L'art. 117 c. 2, come riscritto dalla l. Cost. 3/2001, attribuisce allo Stato, e non a enti territoriali come Regioni e Comuni, la competenza esclusiva in materia di «ordine pubblico e sicurezza»: dove ricompare l'espressione «ordine pubblico», evitata dal Costituente, sollevando il problema dei rapporti fra ordine pubblico e sicurezza.

Com'è stato notato<sup>30</sup>, nella giurisprudenza della Corte costituzionale “ordine

<sup>27</sup> Il riferimento è ovviamente alla sentenza 1/1956, sull'art. 113 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (R. D. 18 giugno 1931, n. 773).

<sup>28</sup> Va appena ricordato il quarto comma, che vietando «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», non dispone solo l'unica fattispecie di reato presente in Costituzione, ma si riferisce *a fortiori* alla tortura, il cui divieto aspetterà solo il 2017 per trovare una (discutibile) attuazione legislativa.

<sup>29</sup> La sicurezza non è menzionata, invece, come possibile motivo di limitazione della *privacy*: tema sviluppato dalle Corti europee contro forme sempre più invasive di sorveglianza elettronica, specie da parte di agenzie di sicurezza statunitensi.

<sup>30</sup> Cfr. Giupponi 2008a, specie § 5, e più in generale Giupponi 2008b.

pubblico” oscilla fra un’interpretazione limitata alla pubblica sicurezza, se non all’*ordre dans la rue*, e una estesa sino all’attuazione degli stessi principi costituzionali, anche sociali. Di fatto, “ordine pubblico” è usato soprattutto come clausola generale: la forma di principio (norma generica) tipica dello stato legislativo. Vedremo invece che «sicurezza», pur tollerando estensioni simili alla sicurezza sociale, indica un principio implicito tipico dello stato costituzionale.

Mentre «sicurezza del lavoro», «protezione civile» e «governo del territorio» sono previsti dal successivo comma 3 come materie di legislazione concorrente fra Stato e Regioni, il «pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica» è invocato dall’art. 120, c. 2 – insieme con il rispetto dei trattati internazionali e la tutela dell’unità giuridica, economica e nei livelli delle prestazioni civili e sociali – come una delle giustificazioni perché il potere dello Stato centrale possa sostituirsi a organi regionali e locali.

Infine, la «sicurezza nazionale» non è menzionata in positivo dall’art. 52, dove è sostituita da «la difesa della Patria» e dall’«ordinamento delle Forze armate», bensì solo dall’art. 126, ancora in via di eccezione, come una delle ragioni per le quali il Presidente della Repubblica può sciogliere un Consiglio regionale e rimuovere il Presidente della Giunta. Queste osservazioni forse bastano, però, a stabilire che tipo di principio rappresentino, nel nostro sistema costituzionale, la sicurezza e le sue principali specificazioni.

Intanto, per come il termine è usato nella Costituzione italiana, la sicurezza rappresenta un principio *implicito*: ossia – in una delle possibili definizioni del concetto<sup>31</sup> – una norma generica non espressa esclusivamente da una *propria* disposizione, bensì ricavata da una o più disposizioni che esprimono già, nella loro interpretazione costante o dominante, altre norme. Come vita, dignità umana, laicità, anche la sicurezza potrebbe considerarsi una conferma dell’idea che spesso proprio le cose più importanti non si scrivono.

Poi, e soprattutto, ci si può chiedere che tipo di principio sia la sicurezza: in particolare, se si tratti di principio regolativo o meramente direttivo. Un principio regolativo dichiara un autentico diritto individuale, di cui (di una delle specificazioni del quale) è concepibile l’*applicazione* diretta da parte di un giudice anche senza un’apposita previsione legislativa. Un principio direttivo, invece, stabilisce solo un obiettivo collettivo perseguibile da organi dello Stato, e applicabile giudizialmente solo dopo la sua attuazione tramite regole legislative<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Adotto qui una mia variante del concetto proposto originariamente da Guastini, criticato da Giorgio Pino ed Enrico Diciotti, e difeso recentemente da Damiano Canale, in una relazione inedita tenuta a Genova: è implicita una norma inferita non da una disposizione ma da altre norme, ricavate da una o più disposizioni. Sottolineo *inferita*, non meramente *inferibile*: che una norma implicita esista, viga, dipende per me, in ultima istanza, dall’interpretazione-applicazione giudiziale costante o dominante.

<sup>32</sup> La terminologia è ripresa in particolare da Ferrajoli 2013, ma cerca di catturare il nucleo di distinzioni tracciate da Ronald Dworkin, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero.

Formulata nei termini del dibattito costituzionale attuale, non solo italiano, l'alternativa è la seguente: la sicurezza può considerarsi un autentico diritto individuale o è solo un obiettivo collettivo? Condivido la risposta sempre fornita da Alessandro Pace<sup>33</sup>: non esiste, nella Costituzione italiana, un diritto individuale alla sicurezza, rivendicabile giudizialmente come tale. Non si può chiedere a un giudice di tutelare tale diritto, ma solo altri (vita, integrità fisica, libertà...), che annoverino la sicurezza individuale come loro contenuto<sup>34</sup>.

Sempre nella Costituzione italiana, ma forse nello stato costituzionale in generale, "sicurezza" indica solo un obiettivo collettivo: nei termini in cui lo stesso Pace definisce la sicurezza pubblica, uno «stato psicologico collettivo da cui promana un interesse diffuso, la cui tutela è di competenza esclusiva dello Stato»<sup>35</sup>. Ma tale obiettivo, attuabile da governo e Parlamento e solo allora azionabile giudizialmente, non è uno fra i tanti: è l'obiettivo pubblico primo e minimo, dalla tutela del quale dipende l'esistenza stessa dello Stato.

E questo spiega in che senso si tratti di principio implicito ma *fondamentale*: ossia sempre invocabile, anche se non fosse mai evocato con quel nome nel testo costituzionale<sup>36</sup>. Lo scopo primo dello Stato, da Hobbes allo Stato minimo liberale sino a Max Weber e oltre, è la tutela della sicurezza interna (pubblica), esterna (nazionale) e sociale. La sicurezza collettiva può fare eccezione alla tutela dei diritti individuali proprio perché costituisce una *pre-condizione* della loro tutela<sup>37</sup>: è questo a determinarne il bilanciamento, come vediamo.

## 6. Bilanciamenti e presunzione per la libertà

Il bilanciamento di valori o principi non è un tipo di ragionamento specificamente giuridico. Come confronto fra ragioni *pro* e *contra* una data soluzione pratica, anzi, è forse il tipo generalissimo di ragionamento pratico, tematizzato come tale da autori giuspositivisti quali Joseph Raz e Fred Schauer, proprio per rimarcare

<sup>33</sup> Così Pace 2015: 1-2 (l'intero paragrafo intitolato "Perché è inesatto e fuorviante parlare di un diritto [individuale n.d.r] alla sicurezza"), anche in riferimento all'ordinanza della Corte costituzionale 187/2001, che respinge la tesi di un diritto individuale alla sicurezza giustiziabile come tale, ossia in assenza di apposite disposizioni del legislatore, rispettose del principio di legalità e della riserva di legge.

<sup>34</sup> Come osserva un anonimo referee, che rigrazio, le cose sono peraltro più complicate, nello stato costituzionale in genere e in Italia in specie. Qui si potrebbe infatti sostenere che esista un diritto umano individuale a *liberty and safety* stabilito da Cedu e Carta di Nizza e recepito nella Costituzione italiana *ex art.* 10 e 11.

<sup>35</sup> Così Pace 2015: 2.

<sup>36</sup> Per inciso, questa potrebbe essere una (ri)definizione di "principio fondamentale".

<sup>37</sup> Detto altrimenti, uno Stato che non fosse in grado di tutelare la sicurezza collettiva – non solo pubblica e nazionale, ma anche sociale – al di sopra di una soglia di sopravvivenza minima, non sarebbe effettivo, e neppure potrebbe tutelare i diritti individuali, sia di libertà, sia sociali.

l'autonomia del diritto dal resto dell'etica. Per loro, il diritto non è un caso speciale della *morale*, come per Robert Alexy, ma dell'etica o pratica in genere, dalla quale si distingue per essere basato su regole (*rule-based*)<sup>38</sup>.

I giuspositivisti di lingua inglese, in particolare, ritengono che applicare regole (leggi o precedenti astratti) abbia il pregio di esentare dal ri-bilanciare caso per caso le ragioni<sup>39</sup>. E forse pretenderebbero che si applicassero regole anche se si occupassero – cosa che non fanno mai – di giudici (non dei casi, ma) delle leggi<sup>40</sup>. Essi, cioè, considererebbero il controllo di costituzionalità accentrato e i bilanciamenti praticati dalle corti continentali come curiosità comparatistiche, invece che come tratti distintivi dello stato costituzionale.

Ma forse, benché costituzionalismo e stato costituzionale abbiano rispettivamente origini inglesi e statunitensi, il loro contesto d'elezione è divenuto proprio il continente europeo. Già prima della fine della seconda guerra mondiale e dell'avvento del *new constitutionalism* postbellico, in effetti, Hans Kelsen aveva prodotto un modello nomodinamico della produzione del diritto – il *legal process*, si direbbe oltreoceano – per cui questa, lungi dall'esaurirsi nella legislazione, inizia dalla costituzione e sfocia nella giurisdizione.

Il costituzionalismo postbellico ha aggiunto a questo modello – che già non richiedeva la deduzione della norma inferiore dalla superiore, e concepiva la legislazione parlamentare come compromesso – l'idea di un bilanciamento, implicito o esplicito, a tutt'e tre i livelli. Il costituente bilancia implicitamente valori/principi diversi e opposti; il legislatore bilancia implicitamente, ma talora anche esplicitamente, principi costituzionali; la corte costituzionale li ri-bilancia esplicitamente, controllando il bilanciamento legislativo.

Questo modo di concepire la produzione del diritto come bilanciamento a più livelli, esemplato sulla giurisprudenza costituzionale, comunitaria e internazionale europea, sta divenendo una sorta di senso comune, in Europa. Qui, in altri termini, il bilanciamento non è più solo una forma specifica ed esplicita di ragionamento giudiziale<sup>41</sup>. In realtà, è una forma di ragionamento implicita e onnipervasiva: forse proprio *la forma* di ragionamento tipica dello stato costituzionale, di cui costituisce uno dei tratti distintivi.

Orbene, proprio questo senso comune sembra revocato in dubbio dal pro-

<sup>38</sup> Per un confronto fra questi autori, cfr. specificamente Sardo 2018b; sulla ricostruzione della tradizione nordamericana, cfr. invece Sardo 2018a.

<sup>39</sup> Cfr. in particolare Schauer 1991 e 2009.

<sup>40</sup> Cfr. Cheli 1996. Per un esempio plateale del ruolo marginale che il controllo di costituzionalità accentrato gioca nel dibattito anglosassone sul *judicial review*, cfr. da ultimo Bello Hutt 2017, e bibliografia ivi citata. Per un'eccezione all'eccezionalismo statunitense, cfr. almeno Breuer 2015.

<sup>41</sup> Cfr. Cohen-Eliya, Porat, 2011 e 2013, in riferimento al controllo di proporzionalità, di cui il bilanciamento è la parte conclusiva, e Barberis 2012 e 2017a, in termini di bilanciamento costituente, legislativo e giurisdizionale.

blema della sicurezza: simbolo dei tanti problemi ingestibili del terzo millennio. Perché il senso comune securitario ed emergenziale è *bottom-up*, non *top-down*. All'emergenza rispondono l'amministrazione e l'esecutivo con provvedimenti immediati e concreti; il Parlamento nominalmente li controlla ma di fatto li ratifica; e solo eventualmente, magari decenni dopo, le corti controllano in base ai principi costituzionali e internazionali<sup>42</sup>.

Questo modo di procedere, del resto, non può considerarsi eccezionale e patologico, motivato solo dall'emergenza. Dopo due guerre mondiali che hanno prodotto uno spostamento enorme di poteri dal legislativo all'esecutivo, questo è divenuto il modo standard, fisiologico, di gestire i problemi: e non solo di sicurezza, ma economici, ecologici, relativi alle migrazioni. Rispetto allo stato legislativo otto-novecentesco, di nuovo, sembrano darsi due linee di sviluppo divergenti: stato costituzionale e stato di sicurezza<sup>43</sup>.

In particolare, il modo standard di gestire la sicurezza, comune anche al sistema statunitense, sembra consistere nell'usare il bilanciamento libertà/sicurezza come la retorica costituzionale nella quale confezionare qualsiasi provvedimento limitativo della libertà personale. Retorica ampiamente denunciata da Waldron 2010, come s'è detto, specie nei capitoli secondo e sesto: che contengono una critica magistrale non solo degli argomenti securitari, ma dell'idea stessa di bilanciamento, tanto legislativo quanto giudiziale.

Come aveva già notato Bernard Williams, criticando la pretesa consequenzialista (e neo-liberista) della commensurabilità di tutti i valori<sup>44</sup>, la gestione della sicurezza collettiva, e il sacrificio delle garanzie individuali, divengono così il modello di una gestione tecnocratica della società e del pianeta. Ai fini del calcolo, la libertà viene ridotta al suo principale contenuto, la sicurezza, sicché il problema diviene soltanto: quanta sicurezza individuale siamo disposti a sacrificare a quale incremento della sicurezza collettiva?

Se poi la sicurezza individuale che si sacrifica alla sicurezza collettiva non è neppure la *nostra*, dei cittadini dei paesi ricchi, o dei loro ceti abbienti, ma quella di qualsiasi *altro* (sospetto terrorista e migrante economico, ma ormai anche rifugiato politico), la risposta delle opinioni pubbliche e degli elettorati occidentali è inevitabile. Si sacrificino pure le sicurezze altrui, per salvare la nostra, e non solo la sicurezza pubblico-nazionale, ovviamente, ma anche sociale: il migrante sostituisce così il sospetto terrorista come vittima sacrificale.

Rispetto a questa opinione ormai maggioritaria, tranne che entro i ceti riflessivi dell'Occidente, Barberis 2017a compie la seguente operazione. Abbandonata la

---

<sup>42</sup> Cfr. Rosenfeld, Garapon 2016. Ma che bilanciamento ed emergenza rispondano a una stessa funzione – provvedere eccezioni a regole – è sottolineato in modo convincente da Itzcovich 2004.

<sup>43</sup> Cfr. da ultimi Foessel 2010, Greenberg 2016.

<sup>44</sup> Williams 1972; 1993: 83-98.

retorica deontologica e le obiezioni incommensurabiliste, che convincono solo chi è già convinto, applica al tema gli strumenti consequenzialisti tipici della giurisprudenza costituzionale e internazionale europea. Non solo il bilanciamento, dunque, ma il controllo di proporzionalità: d'idoneità, di necessità e appunto bilanciamento (controllo di proporzionalità in senso stretto).

L'impressione che Barberis 2017a adotti ancora una difesa deontologica dei diritti deriva dall'introduzione di una presunzione a favore della libertà-sicurezza individuale: che sembra una concessione all'approccio deontologico. In realtà, come vediamo nella sezione finale, gli approcci rispettivamente consequenzialista e deontologico sembrano produrre conclusioni estensionalmente equivalenti. In entrambi i casi, voglio dire, risulta irragionevole – vano, prima che indecente – sacrificare vita, integrità e libertà di persone in carne e ossa.

Possono certo darsi casi estremi – come la guerra contro il nazismo evocata nel mio libro da Lord Hoffmann<sup>45</sup>, al quale possono aggiungersi infiniti esempi di scelte tragiche, in particolare fra la *nostra* sicurezza e quella *altrui* – nei quali può risultare ragionevole sacrificare la (libertà-)sicurezza individuale a quella sua pre-condizione che è la sicurezza collettiva. Normalmente, però, sacrificare la sicurezza individuale non è idoneo, né necessario, né in ultima istanza proporzionato alla tutela della sicurezza collettiva.

## 7. Il primato della sicurezza sociale

In un'articolata discussione del mio libro sulla sicurezza, Anna Pintore mi accusa di fare l'esatto opposto di ciò che rimprovero alle politiche anti-terrorismo correnti<sup>46</sup>. Queste sacrificano la sicurezza individuale alla sicurezza collettiva; io, invece, sacrificerei la sicurezza collettiva alla sicurezza individuale. Segnalo solo che se davvero facessi questo, non parlerei neppure di bilanciamento; la grammatica stessa di questo termine, infatti, contempla la possibilità di contemperare le esigenze bilanciate, e di sacrificarne una solo in casi estremi.

Se fossi davvero un massimalista dei diritti<sup>47</sup>, cioè, adotterei l'approccio deontologico *libertarian* comune nell'interpretazione costituzionale statunitense: concepirei i diritti come limiti o vincoli sottratti alle esigenze del *government*. Approccio che peraltro non sembra aver mai immunizzato le istituzioni statunitensi da derive securitarie e che, in tema di sicurezza, sembra abbandonato dalla stessa giurisprudenza nordamericana: che proprio su questi temi è tornata a bilanciare, sia pure con tutte le conseguenze denunciate da Waldron.

<sup>45</sup> Cfr. *A(FC) vs Sec'y of State of Home Dept* (2004) UKHL 56 [2005] 2 A. C. 68, specie 100-101.

<sup>46</sup> Pintore 2018.

<sup>47</sup> Cfr. Garapon, Rosenfeld 2016: 182. Un esempio è forse, sin dal titolo, Sureau 2017.

Qui non ripeterò gli argomenti avanzati nel quarto capitolo del mio libro, ma ne ricorderò solo la struttura, per poi riformularli. Barberis 2017a distingue tre tipi di conflitti: fra sicurezze individuali di diversi soggetti (casi della legittima difesa e della tortura); fra sicurezza individuale e sicurezza sociale (caso delle politiche dell'immigrazione); fra sicurezza individuale e sicurezza pubblica/nazionale (i tre casi di violazione dei diritti individuali *Harar*, *El-Nasri* e *Abu Omar*, più il caso-*monstre*, Guantánamo)<sup>48</sup>.

In tutti e tre i tipi di conflitti, l'applicazione del principio di proporzionalità alle misure securitarie mostra che spesso i sacrifici della sicurezza individuale non sono *idonei* ad aumentare la sicurezza collettiva, e neppure quella individuale. Quando idonei, non sono però *necessari*, nel senso che spesso l'aumento potrebbe conseguirsi con minor sacrificio dei diritti. Quando necessari, infine, non sono però proporzionati in senso stretto: spesso non c'è proporzione fra vita, integrità fisica e libertà di persone in carne e ossa e sicurezza di entità collettive.

La palese irrazionalità delle politiche securitarie, evidenziata dall'applicazione del principio di proporzionalità, m'induceva a concludere che queste rientrassero – in mancanza di spiegazioni migliori – nella grammatica del sacrificio, studiata da antropologi come René Girard. Per placare l'insicurezza di massa, cioè, si sacrificano individui: talora in modo tanto plateale, come a Guantánamo, da mostrare senza infingimenti che l'unica funzione dei provvedimenti è psicologica (rassicurazione) o simbolica (prova di forza).

A grandi linee la direzione in cui cercare la spiegazione era giusta, ma con due importanti correzioni. Primo, la grammatica del sacrificio, nel politeismo antico, comporta che si sacrificino vite, animali o umane, preziose per i sacrificatori. Nel mondo cristiano, invece, dalla caccia alle streghe sino ai campi di sterminio nazisti, si sacrifica la *nuda* vita, priva di valore (ted. *unwertes*)<sup>49</sup>. Questa è anche l'oggetto dei dispositivi di potere tipici dello Stato liberale prima e neoliberale poi: carceri, manicomi, ma anche scuole e ospedali<sup>50</sup>.

Secondo, quella cui provvedono le politiche anti-terrorismo è solo in apparenza l'insicurezza pubblica/nazionale (o internazionale). L'ordine pubblico interno, la difesa dagli attacchi terroristici interni e internazionali, sono solo simboli su cui si disloca l'inquietudine circa la sicurezza sociale messa a repentaglio dai processi di globalizzazione. I sondaggi mostrano che di regola è proprio questo il principale oggetto delle preoccupazioni degli intervistati: beninteso, salve le distorsioni cognitive prodotte da attentati recenti<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Sul quale devo aggiungere Cole, Dempsey 2006 e soprattutto Greenberg 2009.

<sup>49</sup> Bauman 2008: 28. "Nuda vita" è espressione resa di uso comune da Agamben 2005, sin dal (sotto)titolo.

<sup>50</sup> Questo notoriamente il punto di vista di Michel Foucault, riformulato da Leghissa 2012 proprio al fine di distinguere liberalismo e neoliberalismo.

<sup>51</sup> Sull'*availability heuristics*, in particolare, cfr. Sunstein 2005: 54-58.

Le due insicurezze, pubblico/nazionale e sociale, si fondono esemplarmente sulla questione dei migranti: vittime sacrificali perfette per l'ansia collettiva. Questa osservazione, però, non è più *folk psychology*, ammesso lo sia mai stata. Che l'aumento esponenziale dell'insicurezza sia il frutto di processi di ristrutturazione economici e comunicativi, riassunti sotto etichette come neoliberalismo, globalizzazione, populismo e simili, è ormai un autentico luogo comune sociopolitico, anticipato da denunce preveggenti.

Come scriveva Bauman alla fine del secolo scorso – riassumendo tutta una letteratura ormai assurta a luogo comune<sup>52</sup> – il paradosso della sicurezza, la ragione per cui le politiche securitarie sono al contempo indispensabili e sistematicamente fallimentari, consiste proprio in questo. «In breve, al cuore della politica della vita (*life politics*) troviamo un desiderio forte e inestinguibile di sicurezza, ma agire in base a quel desiderio rende maggiormente insicuri, e sempre più profondamente insicuri»<sup>53</sup>.

Tornando al punto da cui eravamo partiti: può la teoria del diritto ignorare temi come la sicurezza, pubblica/nazionale e/o sociale? La domanda è retorica. Rischio, pericolo, minaccia, insicurezza non sono più concetti psicologici e/o sociologici, irrilevanti per una teoria pura e/o rilevanti solo per scienze sociali empiriche. Sono il mobilio del mondo in cui viviamo: l'oggetto privilegiato, forse, di una teoria del diritto impura, o che semplicemente non voglia ignorare le funzioni sociopolitiche odierne e future del diritto.

## Bibliografia

- Agamben, G. (2005). *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi.
- Barberis, M. (2016). *For a Truly Realistic Theory of Law*, in *revus.revues.org/3624*.
- (2017a). *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, il Mulino.
- (2017b). *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Barberis, M., Vida S. (eds.) (2018). *Idola securitatis*, parte monografica di «Ragion pratica», 50, 3-156.
- Battistelli, F. (2016). *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, Roma, Donzelli.
- Bauman, Z. (1999). *In Search of Politics* (1999), trad. it. *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli.

<sup>52</sup> I cui testi più noti, oltre all'intera opera di Bauman, sono Beck 1986, Giddens 1990, Luhmann 1993 e lo stesso Dal Lago 1999.

<sup>53</sup> Bauman 1999: 31.

- (2008). *The Legacy of the Twentieth Century and How to Remember It*, trad. it. in *L'ultima lezione*, Roma-Bari, Laterza (2018): 19-75.
- Beck, U. (1986). *Risikogesellschaft*, trad. it. *La società del rischio*, Milano, Feltrinelli.
- Bello Hutt, D. E. (2017). *Against Judicial Supremacy in Constitutional Interpretation*, «Revus», 31: 7-28.
- Bonetti, P. (2006). *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, il Mulino.
- Buzan, B., Waever, O., De Wilde, G. (1998). *Security. A New Framework of Analysis*, London, Boulder.
- Bisogni, G. (2016). *Propuesta para una plena justiciabilidad de los derechos sociales frente al legislador*, «Derechos y libertades», II/35: 53-80.
- Breuer, S. (2015). *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, trad. fr. *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Paris, Odile Jacob (2016).
- Calulli, M., Strazzari, F. (2017). *Terrore sovrano. Stato e jihad nell'era postliberale*, Bologna, il Mulino.
- Cheli, E. (1996). *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, il Mulino.
- Cohen-Eliya, M. Porat, I. (2010). *American Balancing and German Proportionality. The Historical Origins*. «International Journal of Constitutional Law», 8/2: 263-286.
- (2011). *Proportionality and the Culture of Justification*. «The American Journal of Comparative Law», 59/2: 463-490.
- (2013). *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge, Cambridge U. P.
- Cole, D. D., Dempsey, J. X. (2006). *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New York, New Press.
- Dal Lago, A. (1999). *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli.
- Ferrajoli, L. (2013). *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, il Mulino.
- Fioravanti, M. (2002). *Stato e costituzione*, in Id., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza: 7-21.
- Foessel, M. (2010; 2016). *États de vigilance. Critique de la raison sécuritaire*, Bordeaux, Le Bord de l'Eau.
- Foucault, M. (2004). *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-78*, trad. it. Milano, Feltrinelli (2005).
- Garapon, A., Rosenfeld, M. (2016). *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, Paris, Puf.

- Giddens, A. (1990). *The Consequences of Modernity*, trad. it., *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, il Mulino (1990).
- Giupponi, T. F. (2008a). *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in S. Vida (ed.), *Diritti umani: trasformazioni e reazioni*, Bologna, Bononia University Press: 275-301.
- (2008b). *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Bononia University Press.
- Greenberg, K. J. (2009). *The Least Worst Place: Guantanamo's First 100 Days*, New York: Oxford University Press.
- (2016). *Rogue Justice: the Making of the Security State*, New York, Crown Publishers.
- Guastini, R. (2017). *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Torino, Giappichelli.
- Hayek, F. (1956). *The Dilemma of Specialization*, in L. D. White (ed.), *The State of Social Sciences*, Chicago, University of Chicago Press.
- Itzcovich, G. (2004). *L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di giustizia nella "guerra delle banane"*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 34/2: 385-424.
- Leghissa, G. (2012). *Neoliberalismo. Un'introduzione critica*, Milano-Udine, Mimesis, 2012.
- Luhmann, N. (1993). *Risk: a Sociological Theory*, trad. it Milano, Bruno Mondadori (1996).
- Manin, B. (2010). *La democrazia del pubblico rivisitata* in Id., *Principes du gouvernement représentatif* (1997), trad. it., Bologna, il Mulino, 267-287.
- Pace, A. (2013). *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. Torre (ed.), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli: 539-562.
- (2015). *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in «Rivista AIC-Associazione italiana costituzionalisti», 1/2015 (06/02/2015): 1-9.
- Pintore, A. (2018). *Non c'è libertà senza sicurezza*, «Ragion pratica», 50: 99-124.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 1989.
- Samuelson, P. A. *The Pure Theory of Public Expenditure*, «Review of Economics and Statistics», 36/4, 1954: 387-389.
- Sardo, A. (2018a). *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*, Madrid, Marcial Pons.
- (2018b). *Due voci del costituzionalismo*, Madrid: Marcial Pons.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules*, trad. it. Bologna: il Mulino (2000).
- (2009). *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, trad. it. Roma, Carocci (2016).

- Sunstein, C. (2005). *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, trad. it. Bologna, il Mulino (2010).
- Sureau, F. (2017). *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre la raison*, Paris, Tallandier.
- Tarello, G. (1974). *La sociologia nella giurisprudenza*, ora in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino (1988).
- Williams, B. (1972; 1993). *Morality*, trad. it. Torino, Einaudi.

# Taking Context Seriously

*Pierluigi Chiassoni*\*

## ***Abstract***

The paper is part of a larger project that aims at arguing for a construction conception of legal meaning. The basic claim I wish to make may be phrased as follows: the meaning of legal provisions neither is simply discovered, nor is a matter of wholesale creation, though it may involve significant pieces of interpretive creativity; rather, it is constructed out of pre-existing materials through a typically reflexive and holistic process. In support of the construction picture, four different, conspiring, arguments seem worthwhile considering: an argument from interpretive games (and Grice-inspired interpretive maxims); an argument from the dispute between literalism and contextualism; an argument from the failure of semantics-driven legal pragmatics, and, finally, an argument from the failure of semiotic vindication of “texts’ rights” and “the limits of interpretation”. Only the second argument, the argument from the dispute between literalism and contextualism, will be deployed here. In the first part of the paper, I will provide an outline of two competing jurisprudential theories about legal meaning and interpretation: semantic quasi-cognitivism and pragmatic non-cognitivism. In the second part of the paper, I will offer a bird-eye account of the dispute between literalism and contextualism in contemporary philosophy of language and linguistics. In the third, and last, part of the paper, I will pause to reflect on what a jurist concerned with legal meaning and legal interpretation could get out of the dispute between literalism and contextualism. I will claim that the dispute provides substantive suggestions for getting rid of semantic quasi-cognitivism and endorsing a sophisticated, meaning construction version of pragmatic non-cognitivism.

**Keywords:** Legal Interpretation. Contextualism. Literalism. Interpretive Cognitivism. Interpretive Non-Cognitivism.

---

\* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, pierluigi.chiassoni@unige.it. Revised version of the keynote paper presented at the “Congreso de la Sociedad Chilena de Filosofía del Derecho”, Valparaíso, November 2, 2017. I wish to thank the participants for their questions, and two anonymous referees for their acute reading and comments.

## Preface

The present paper is a fragment of a larger theoretical project concerning legal interpretation and legal meaning. Its aim is arguing for a construction conception of legal meaning. The basic claim that I purport to defend may be phrased as follows: the meaning of legal provisions is constructed out of pre-existing materials by means of a typically reflexive and holistic process, which involves the use of an interpretive code (a discrete set of interpretive rules<sup>1</sup>) and a set of interpretive resources<sup>2</sup>, and depends, ultimately, on each interpreter's cooperative, or non-cooperative, attitude towards the text, the issuing authority and the legal order as a whole, where the attitude may be in turn the effect of the endorsement of some (comprehensive) legal ideology<sup>3</sup>.

I am aware that my claim may look trivial, and, accordingly, not worth the making. I think nonetheless that there is some use in setting it forth, if only to cope with what I perceive as two persistent theoretical needs: on the one hand, the need of overcoming a still influent view in legal theory, which claims that legal interpretation consists, at least in certain cases, in the "discovery" or simple "understanding" of legal meaning; on the other hand, the need of providing a clearer account of the notion of interpretive "creation", which is commonly assumed to play a central role in sceptical or realistic theories.

In support of the construction picture of legal meaning, four different, inter-locked and conspiring arguments seem worthwhile considering: an argument from interpretive games, i.e., from the structural differences between the ordinary conversation interpretation game, on the one hand, and the legal provisions interpretation game, on the other; an argument from the dispute between literalism and contextualism in philosophy of language and linguistics; an argument from the failure of semantics-driven legal pragmatics, contrasting the attempt to defend

---

<sup>1</sup> Like, e.g., the directives concerning literal, intentional, teleological, and systematic interpretation.

<sup>2</sup> These are the data, or pieces of information, needed to apply interpretive directives. For instance, if the directive to be applied prescribes to interpret statutory provisions according to constitutional principles, interpretive resources amount to the set of constitutional principles the interpreter considers relevant to that task.

<sup>3</sup> The idea that cooperation attitudes play a paramount role in communication by means of natural languages represents a well-known central point in Paul Grice's theory of ordinary conversation (Grice 1989), and is commonplace in pragmaticist literature. For instance, Caffi 2002: 85, while accounting for Grice's pragmatics, speaks of «cooperation» as «co-construction of the meaning» of an utterance. It must be noticed, however, that, from a more general pragmatic standpoint, viz. one embracing also interpretive games that are different from ordinary conversation, the construction of utterance meaning can also be the output of a non-cooperative attitude, and such an attitude can be part of the stock-and-trade of the game. On this point, see e.g. Chiassoni 2000a: 89-90, 94-97; Poggi 2011: 21-40; Jori 2016: 74-75.

interpretive cognitivism in law by means of a pragmatic approach; and, finally, an argument from the failure of semiotic vindication of “texts’ rights” and “the limits of interpretation”<sup>4</sup>.

Only the second argument, the argument from the dispute between literalism and contextualism, will be deployed here, though some hints to the others will also be made in passing. My paper contains three parts.

In the first part, I will provide a précis of two competing jurisprudential theories about legal meaning and interpretation: semantic quasi-cognitivism and pragmatic non-cognitivism (§ 1 below).

In the second part, I will offer a bird-eye account of the dispute between literalism and contextualism in contemporary philosophy of language and linguistics (§ 2 below).

In the third, and last, part, I will bring to the fore the pieces of “instruction” (as John Austin would have said) a jurist concerned with legal meaning and legal interpretation could get out of the dispute between literalism and contextualism. I will argue that it provides substantive suggestions for getting rid of semantic quasi-cognitivism and endorsing a sophisticated, meaning construction version of pragmatic non-cognitivism (§ 3 below).

## 1. Two Theories of Legal Interpretation

The immense literary phenomenon represented, in our legal cultures, by the writings dedicated to the subject of interpretation is likely to elicit from an external observer a comment similar to Immanuel Kant’s sarcastic note about the poverty of jurisprudence<sup>5</sup>. Our external observer may in fact notice that: “Jurists are still searching for a theory of legal interpretation”.

Concerning judicial interpretation of legal provisions (or, as I shall also call it: textual interpretation), three views presently compete for paradigmatic supremacy. Departing from current, rather opaque, labels, I will refer to them as *semantic quasi-cognitivism*, *pragmatic quasi-cognitivism* and *pragmatic non-cognitivism*, respective-

---

<sup>4</sup> I have considered the first three lines of argument in Chiassoni 2000a, Chiassoni 2006, Chiassoni 2007, and Chiassoni 2016. The present paper represents a thoroughly revised and expanded version of Chiassoni 2006. In recent years, a construction picture of legal meaning has been defended in Villa 2012, Ch. V. Villa applies contextualist theory of ordinary sentences interpretation to the interpretation of legal provisions, upholding a “sameness claim”: «the expressions used in legal language (in [...] the language of *legal provisions*) suffer from the same kind of underdeterminacy affecting ordinary language expressions, and, therefore, need context [...] in order to receive a full-fledged meaning, to be transferred to the sentence in which they are included» (Villa 2012: 125, italics in the text). In the final section (§ 3 below), I will argue that also a different lesson can be drawn out of contextualism (and literalism).

<sup>5</sup> «Jurists are still searching for a definition of their concept of law» (Kant 1787, B759 A731).

ly<sup>6</sup>. The first two views belong to the cognitivist side of the theoretical spectrum. They allow for statistically relevant situations where judicial interpretation of legal provisions would be just a matter of knowing (grasping, understanding) an objective meaning. Contrariwise, the third view, while taking into account the role of knowledge in legal interpretation, maintains the cognitivist pictures to be false, for they would overlook that knowledge is always and necessarily embedded in a frame of decisions and practical attitudes. As I said at the outset, to the purpose of the present paper I will only consider semantic quasi-cognitivism and pragmatic non-cognitivism.

### 1.1. *Semantic Quasi-Cognitivism*

Semantic quasi-cognitivism – the so-called “intermediate”, “midway”, or “vigil” theory, in between “the noble dream” of “interpretive formalism” and the “nightmare” of “interpretive scepticism” – is a “semantic” theory, since it approaches legal interpretation and legal meaning by focussing on the relationships between the words and sentences of authoritative legal discourse and the system of natural language they belong to.

The core of semantic quasi-cognitivism can be recounted by way of nine claims<sup>7</sup>.

1. *Semantic un-specificity*. From the vantage point of the semantic dimension of communication by means of language, the interpretation of legal provisions is like the interpretation of any other piece of written words: it consists in reading words and sentences according to their linguistic, conventional meaning.

2. *The linguistic nature of interpretive problems*. Problems of interpretation, both inside and outside of the law, arise out of linguistic indeterminacy.

---

<sup>6</sup> I have analysed a third view, pragmatic quasi-cognitivism, which is again on the cognitivism side, in Chiassoni 2016.

<sup>7</sup> See, e.g., Hart 1958: 63; Hart 1961: 125 ff.; Carrió 1965: 49 ff., 70-72; Hart 1977: 123 ff.; Alchourrón, Bulygin 1971; Bulygin 1983: 125 ff.; Bulygin 1991: 257 ff.; Bulygin 1995: xii: «The problem of legal interpretation is dealt with [...] as a semantic problem»; Bulygin 1999: 156-157; Moreso 1997a: 218 ff.; Marmor 2005: 9 ff., 64, 95 ff. Marmor’s version is, in fact, a little bit different from most of the previous ones, being centred on the distinction between the «simple understanding» of a «legal rule» according to its linguistic meaning («literal construction»), on the one side, and its «interpretation», on the other side. “Understanding” (is all that) takes place when the language of legal provisions works smoothly in providing judges and jurists with a clear and determinate norm for the case at hand. It is basically an act of knowledge. “Interpretation”, by contrast, takes place whenever the language of legal provisions has proved indeterminate (linguistic rules have run out), and judges and jurists must make some choice to get out of the *impasse*. They must necessarily engage in the «creation» and/or «modification» of the existing law, according to their ideas about what the law *ought to be*. Furthermore, among the causes of linguistic indeterminacy, he adds family-resemblance to (ordinary) vagueness and open texture. I have analysed Marmor’s more recent pragmatic turn (Marmor 2014), always in defence of a quasi-cognitivist theory of judicial interpretation, in Chiassoni 2016.

3. *Two sources of linguistic indeterminacy.* Linguistic indeterminacy depends on two factors: ambiguity and vagueness. On the one hand, norm-formulations may be affected by syntactic or semantic ambiguity. On the other hand, the descriptive terms employed inside of norm-formulations (or inside of the corresponding abstract norms, as we shall see in a moment) are liable to suffer from vagueness (imprecision) – which, in its potential variety («the possibility of vagueness»), is usually known among jurists, after Hart (and Friedrich Waismann), as “open texture”<sup>8</sup>.

4. *Two stages in the process of interpretation.* The two factors of indeterminacy show up at different stages of the interpretive process. This may be brought to the fore by means of a simple, two-stages representative model. On the one hand, ambiguity is likely to show up at the first stage of so-called *abstract* or *text-oriented interpretation*: namely, in the process of identifying the norm which represents the overall linguistic meaning of a given norm-formulation, no attention being paid to its application to individual cases. On the other hand, vagueness is likely to show up at the second stage of so-called *concrete* or *fact-oriented interpretation*: namely, in the process of applying a previously identified abstract norm to the facts of an individual case. Notice that in the first stage of the interpretive process the interpreter goes, so to speak, from a norm formulation (legal provision) to its corresponding abstract norm. In the second stage, she goes from the abstract norm to the (more) concrete, more specific, norm for the case at hand.

5. *Overcoming ambiguity by rational disambiguation decision.* Whenever a norm-formulation proves to be ambiguous, it is up to the interpreter to decide which one, out of its alternative linguistic meanings, is to be regarded as “its” proper, legally correct, meaning. Such decision is commonly affected by the (rational) goal of presenting the law as a complete and coherent system of norms. In most cases, however, there will be no need for any decision-making by the interpreter, since the norm-formulations prove univocal.

6. *Overcoming vagueness by rational precisification decision.* Likewise, whenever an abstract norm appears to be vague in the face of some individual case waiting for legal regulation (due, as we have seen, to the vagueness of some of its descriptive terms), linguistic meaning has run out. It betakes therefore to the interpreter the fixing up of that language failure by stipulating a precise meaning for the vague expression at hand. Precisification is tantamount to ascribing to the expression a meaning that goes necessarily beyond its settled linguistic meaning. Furthermore,

---

<sup>8</sup> See Waismann 1951: 119, 120, where he considers «a factor which, though it is very important and really quite obvious, has to my knowledge never been noticed – [...] the “open texture” of most of our empirical concepts [...] the fact that most of our empirical concepts are not delimited in all possible directions. Suppose I come across a being that looks like a man, speaks like a man, behaves like a man, and is only one span tall – shall I say it *is* a man?». As Waismann acknowledges, it was William Kneale who suggested the expression “open texture” as a translation for the German *Porosität der Begriffe*.

it represents the outcome of a discretionary – though not necessarily an arbitrary – judgement. Indeed, it is usually performed in view the rational goal of making the law work to some valuable effect, and is usually supplied with argument. Abstract norms, however, are by no means vague linguistic vessels all the time. On the contrary, in most situations they prove determinate in relation to the facts of the individual cases to be decided: that is to say, their linguistic meaning is determinate enough so as to clearly include them within the scope of the norms, or clearly exclude them from it. In most situations, the language of abstract norms works as a hard language.

7. *The double nature of interpretation.* When norm-formulations and the corresponding abstract norms prove determinate (neither ambiguous the former, nor vague the latter), the whole business of interpreters simply amounts to read them straightforwardly according to their linguistic meaning. In such cases, one may safely claim that interpreters have simply “found” or “discovered” the norms they have identified out of norm-formulations<sup>9</sup>. No stipulation, no decision-making, no exercise of interpretive discretion, no act of will is required there. Thus, as Hart puts it in a famous 1977 essay, «the truth, perhaps unexciting» is that interpretation sometimes is discovery (in the “easy cases” where legal provisions prove linguistically determinate), sometimes is decision or “law-creation” (in the “hard cases” where legal provisions, or the corresponding abstract norm, prove linguistically indeterminate)<sup>10</sup>.

8. *The discovery side of thick evaluative concepts.* Even in those cases where the abstract norms contain essentially vague expressions – like the phrases naming evaluative concepts in constitutional clauses (“free speech”, “due process of law”, “cruel and unusual punishment”, etc.) – the business of interpreters may still be discovery. Indeed, it is necessary to keep carefully separate “thick” evaluative concepts, which are provided with a solid core of conventional meaning and paradigmatic references (like e.g. “cruel punishment”), on the one side, from the most airy, “thin”, concepts, which perhaps have almost no core at all (like e.g. “liberty”), on the other side.

9. *The code model of legislation.* It is worthwhile noticing, to conclude, that semantic quasi-cognitivism adopts a view of the process of legislation that, among the philosophers of language, is known as the “code model”<sup>11</sup>. It suggests, in fact, the following picture. A legislature, wishing to convey a certain regulation of a certain matter, codifies the intended regulation in a message made of a string of sentences in a natural language, according to the grammar and semantics of that natural language. In the form of a statute published in the Official Journal, the message is sent

<sup>9</sup> See e.g. Marmor 2005: 9 ff., 64, 95 ff.

<sup>10</sup> Hart 1977: 144: «The truth, perhaps unexciting, is that sometimes the judges do one [make the law] and sometimes the other [find the law]».

<sup>11</sup> On the “code model” see e.g. Bianchi 2005: 100-104; Wilson, Sperber 2012b: 2-3.

to the interpreters (the judges). These, in turn, translate – decode – it according to the grammar and semantics of that natural language, retrieve the normative communication the legislature meant to convey (unless, of course, the message proves linguistically indeterminate), and use it to decide individual cases. If asked about why we should adopt the code model, semantic quasi-cognitivists would answer, apparently, either by pointing to the “evident” explanatory correctness of the model<sup>12</sup>, or, in a more refined mood, by claiming that it is the only way compatible with allowing for the existence of (definite) legal norms; indeed, with our “having norms” at all<sup>13</sup>.

## 1.2. *Pragmatic Non-Cognitivism*

Pragmatic non-cognitivism, the peculiar variety of non-cognitivism I have in mind, stands in overt opposition to semantic quasi-cognitivism. It is a “pragmatic” variety of non-cognitivism because it adopts a pragmatic approach to linguistic (and legal) interpretation: one that focuses on the relationships between natural languages and their users and interpreters. From a pragmatic vantage point, it argues that semantic quasi-cognitivism is wrong: both as to the view it entertains about linguistic interpretation in general, and, more specifically, as to the view it entertains about judicial interpretation of legal provisions<sup>14</sup>.

The core ideas of pragmatic non-cognitivism can be recounted as follows.

1. *Pragmatic un-specificity*. At a very high level of abstraction, the interpretation of legal provisions is, indeed, like the interpretation of any other sentence in a natural language. This is so, however, in virtue of a different explanatory factor than the one invoked by semantic quasi-cognitivism. Semantic quasi-cognitivism, as we have seen (§1.1, above), claims the interpretation of whatever sentence in a natural language, precisely in virtue of its being a sentence in a natural language, to be a matter of putting linguistic knowledge (skill, competence, mastery, know-how) to work. In so keeping to the syntactic and semantic sides of sentences, however, it overlooks the pragmatic dimension of linguistic communication. It misses, to wit, that interpretation of legal provisions and ordinary conversational interpretation are alike because, in both cases, an attitude on the part of each interpreter, involving some (degree of) cooperation or no-cooperation to the (actual or potential) linguistic exchange, is the necessary and moving factor<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> This seems the answer implicit, e.g., in Hart 1961, Ch. VII.

<sup>13</sup> See, e.g., Bulygin 1999: 156-157.

<sup>14</sup> Semantic quasi-cognitivists – or their proxy defenders (see, e.g., Barberis 2001: 1-36) – sometimes charge pragmatic non-cognitivists of being either hard-sceptics, or no-sceptics at all. But this is a story to be told elsewhere. I tried to do something like that in Chiassoni 2001, 365 ff.

<sup>15</sup> See Chiassoni 2018, §§ 5 and 6.

As a consequence of overlooking the pragmatic dimension of interpretation, semantic quasi-cognitivism incurs in further mistakes. These concern both its theory of interpretation in general, and, more specifically, its theory of the interpretation of legal provisions.

2. *Semantic quasi-cognitivism endorses a wrong theory of interpretation in general.* Semantic quasi-cognitivism endorses a wrong theory of interpretation in general, one that misses three momentous aspects of the interpretive phenomenon.

First, any interpretation of any sentence whatsoever, whether it takes place inside of an ordinary conversation, or in relation to a legal text, always counts as a move in a game<sup>16</sup>.

Second, the selection and use of the “rules of translation” (or primary interpretive directives) – from the “literal rule”, appealing to sentence meaning, to directives pointing to speaker’s meaning, speaker’s intention, the point of the linguistic transaction, the cherished purpose of background all-mighty Deities, the dictates of Reason, Nature’s hard necessities, etc. – always depend on a range of pragmatic factors.

Third, among the pragmatic factors bearing on the selection and use of the rules of translation three are paramount. These are: the role interpreters decide to play – a decision that is affected, in turn, by their institutional position and the ways they perceive it; their immediate, mid-term, or long-term interest(s) and goal(s); the institutional and cultural constraints they estimate to be afoot.

3. *Semantic quasi-cognitivism provides a wrong theory of legal interpretation.* Semantic quasi-cognitivism provides a wrong theory about the interpretation of legal provisions. In fact, it overlooks:

First, that an array of interpretive attitudes, and corresponding roles, is available to interpreters in law, ranging from the one extreme, represented by full and intelligent cooperation with legal authorities (the norm-formulations maker, the legislature, the sovereign, etc.), to the opposite extreme represented by deep and manifest hostility, passing through qualified forms of cooperation and undercover sabotage;

Second, that interpreters can select the interpretive codes they are going to use, according to the goals they have decided to pursue, out of a wide and changing set (“body”) of interpretive directives handed down and developed by legal methodology;

Third, that interpreters’ allegiance to any definite interpretive code is not necessarily fixed once and forever, and in fact it can be wholly momentary, provided the legal culture tolerates situation-sensible shifts of codes.

---

<sup>16</sup> On interpretive games, see Chiassoni 2018, §§ 2.4-2.6.

4. *The embedded and artificial nature of literal interpretation.* Some interpretive directives instruct the interpreters to read legal provisions according to their “literal” or “conventional linguistic meaning”: be it the conventional meaning at the time the provisions were enacted (original conventional meaning), or the conventional meaning at the time of their use to decide a case (present, updated conventional meaning). Literalist directives, however, never walk alone. As we know, they are just a set within a larger set (or “body”) of tools. Besides, they always work as parts of some interpretive code<sup>17</sup>. Accordingly, resorting – and, above all, sticking – to literal meaning (or better: to some variety of literal meaning<sup>18</sup>), when legal provisions are concerned, is by no means a pure “matter of course”: it is not a spontaneous, value-free, course of action, but one saddled with ploy. Leaving aside any material (or un-avowable) interest the interpreter may happen to pursue, such an option depends, rather, on some interpretive ideology: like, for instance, the enlightenment ideology of plain interpretation of plainly formulated statutes, liable to be understood by ordinary people at large.

5. *The superior explanatory power of a pragmatic vantage point.* As soon as we take into account the pragmatic dimension of linguistic communication, a few theoretical claims, quite different from those characterizing semantic quasi-cognitivism, must be put forth.

First, interpretive problems are not reducible to problems of linguistic indeterminacy of legal provisions. Unless, of course, interpreters decide to make use of a simple code geared on a literal meaning directive<sup>19</sup>.

Second, provided any act of interpretation depends on some commitment to an interpretive code (a discrete set of interpretive rules including some rule of translation), the interpretation of legal provisions can never amount solely to a value-free, linguistic “discovery” or “finding” of the law, not even in so-called “clear” cases.

Third, when semantic quasi-cognitivists claim there are cases where interpretation is just a matter of discovery, they call “discovery” the practical attitude of conformism, on the part of interpreters, towards some culturally dominant interpretive doctrine, or some piece of “living law” (*lebendes Recht*).

Fourth, the code model of legislation adopted by semantic quasi-cognitivism provides a misleading representation. The model pre-empts realizing that, as a matter of fact, legislation is the enactment of legal provisions by an authorized agency (the legislature), the meaning of which is necessarily to be provided by a set of authorized interpreters (the judges). On the sending side, there is a body of agents

<sup>17</sup> See Chiassoni 2018, § 2.4.

<sup>18</sup> A paradigmatic instance of a dispute where different notions of “literal” or “ordinary” meaning” are at stake is offered in the majority and dissenting opinions of the U.S. Supreme Court’s decision *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993).

<sup>19</sup> On simple codes, see Chiassoni 2018, § 2.4.

busy with establishing an authoritative text. On the reception side, there is no automatic decoding machine, but a body of agents who are endowed with, and exercise, interpretive powers, according to their beliefs and attitudes concerning legislation and their own institutional role.

It is time to take stock. Semantic quasi-cognitivism and pragmatic non-cognitivism are rival, incompatible, descriptive theories about judicial interpretation of legal provisions. Which is the right one? No knockdown argument seems available; and legal theory may look as being at a deadlock. Something can be done, however, in order to get out of the apparent *impasse*. In another paper of mine, I argue for non-cognitivism, and against semantic quasi-cognitivism (in the forms of the word-meaning and sentence-meaning theories), on the basis of a theory of interpretive games and Grice's theory of conversational maxims<sup>20</sup>. In the present one, I purport to do the same by resorting to linguistic contextualism<sup>21</sup>. Contextualism, with its critique to literalism, seems to provide a further line of argument in support of interpretive non-cognitivism, on the one side, while turning down semantic quasi-cognitivism, on the other. This is what I am going to suggest in the final section of the present paper (§ 3), after providing a very swift account of both camps (§ 2).

## 2. Literalism v. Contextualism

The gist of the dispute between literalism and contextualism can be told in a few words<sup>22</sup>.

On the one hand, contextualism stands as a critical reaction to the failure of “the traditional semantic paradigm”, the “traditional literature in philosophy of language and linguistics”, Gricean pragmatics, and some more recent theories like “semantic minimalism” and “indexicalism”. All these theories, contextualism claims, are guilty of the capital sin of “literalism”: to wit, they overrate the virtue and role of linguistic meaning in communication by means of natural languages<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> See Chiassoni 2018.

<sup>21</sup> Sometimes, Grice is regarded as a representative of literalism (which embraces semantic minimalism and indexicalism), sometimes as a contextualist (see, on the point, Bianchi 2009: 172). Be it as it may, the Gricean argument I put forth in Chiassoni 2018 and Chiassoni 2000 is different, and complementary, to the contextualist argument I outline in the present paper.

<sup>22</sup> In its more general and abstract meaning, “contextualism” refers to any intellectual position, which may be a piece of some larger view, according to which “context is relevant”: whatever one may mean by “context”, and whichever the enterprise it may be deemed “relevant” for. Thus, as soon as we consider the several fields of learning, we can speak of “contextualism” – and of a “contextual perspective”, a “contextual turn”, etc. – as regards to different subjects as artificial intelligence, epistemology, hermeneutics, linguistics, philosophy of language, theology, etc. See e.g. Penco 2002b: xiii-xxxv; Stalnaker 2014. Here, as it is apparent, I will be concerned with linguistic contextualism.

<sup>23</sup> My sources for this presentation of literalism and linguistic contextualism have been primarily

On the other hand, literalists retort that “contextualism” (an expression some of them use with a derogatory tinge) would be guilty of a specular sin: the sin of overrating the virtue and role of context in communication by means of natural languages<sup>24</sup>.

From the standpoint of an external observer, the dispute between literalism and contextualism looks, thus, as a dispute between two (pretended) exaggerations. It must be emphasized, furthermore, that literalism and contextualism are far from being two monolithic outlooks<sup>25</sup>. To the present purpose, however, my account of both sides will stay with a hopefully fair reconstruction of (what I assume to be) their respective basic claims.

### 2.1. *Literalism*

The core of literalism is made up of a set of ideas that can be recounted as follows:

1. Three kinds, and levels, of meaning are worthwhile distinguishing in relation to any act of linguistic communication (the uttering of a sentence in a spatio-temporal frame): namely, the linguistic or sentence meaning of the type-sentence, the semantic meaning of the token-sentence, and the speaker’s-intended meaning;

2. The semantic meaning of a token sentence depends on linguistic rules, is determinate, and, but for the phenomenon of context-sensitivity, is constant over contexts;

3. The semantic meaning of token sentences is the output either of a pure linguistic computation, or of a linguistic computation combined with a linguistic-driven contextual investigation;

4. The speaker’s intended meaning is always context-dependent;

5. It is worthwhile distinguishing between the pre-semantic, the semantic, and the post-semantic use of context in the interpretation of any act of communication;

6. Semantics (the system of language) always provides a self-sufficient contri-

---

the following: Searle 1978; Searle 1980; Bianchi 1998; Bianchi 2001; Bianchi 2002: 253-265; Recanati 2004; Bianchi 2005: 50-54, 99-130; Cappelen, Lepore 2005, who aim at providing a knock down defence of semantic minimalism; Bianchi 2009: 171-175, 180-193, 204-213; Recanati 2010; Wilson, Sperber 2012a; Domaneschi 2014, Ch. 3. The semantics/pragmatics debate is profitably rehearsed in Penco, Domaneschi (eds.) 2013.

<sup>24</sup> See, e.g., Cappelen, Lepore 2005: x: contextualists «inflate the role of context in semantics».

<sup>25</sup> It is commonplace distinguishing between “radical minimalism”, “moderate minimalism”, “radical contextualism” and “moderate contextualism” (see, e.g., Bianchi 2001: 279 ff., 297 ff.). However, as Recanati makes clear, what a supporter of literalism regards as “moderate contextualism” may look, to a supporter of contextualism, as “moderate literalism”. And what a literalist regards as “radical contextualism” looks to a contextualist just as “contextualism” in its pure (Recanati 2010: 5 footnote 3).

bution (amounting to a truth-apt proposition) to the overall meaning of any act of communication.

1. *Determinacy and fixity of semantic meaning.* The syntactic and semantic rules of a natural language always determine, in an exhaustive way, both the application conditions of (descriptive) words and the satisfaction-conditions of sentences, whichever their context of utterance. This means, in other words, that syntactic and semantic rules always make possible calculating, for any token sentence whatsoever, a semantic meaning amounting to a full-fledged “proposition”: i.e., a meaning that is complete from the standpoint either of its truth-condition, in the case, usually considered by language philosophers and linguists, of declarative sentences, or of its abiding-conditions, in the case, relevant to lawyers, of normative sentences<sup>26</sup>. Besides being a determinate truth-apt (or abiding-apt) proposition, the semantic meaning of token sentences, but for the cases of context-sensitivity, is also constant across contexts: that is to say, it is the same, whatever the context in which the sentence is being used.

2. *Purely linguistic v. mixed computation of semantic meaning.* The semantic meaning of token sentences is the output, either of a pure linguistic computation, or of a linguistic computation combined with a contextual investigation driven by semantic “rules of saturation”<sup>27</sup>.

Pure linguistic computation occurs when context-independent (context-insensitive) sentences are at stake. These are sentences that contain no context-dependent (context-sensitive) expression. All their components are context-independent: being, for instance, logical terms (“and”, “or”, “not”, “if ... then”, etc.) and descriptive terms like “house”, “tree”, “duck”, “vehicle”, “red”, “thick”, “tall”, “dance”, “justice”, “malice”, “law”, etc. When a sentence is context-independent, it is endowed in itself with a complete, truth-apt (or abidance-apt) semantic meaning. This meaning can be identified by keeping within each interpreter’s linguistic competence, and putting it to use according to the principle of compositionality and the twin principle of context – where the “context”, here, is the whole sentence in relation to each of its single component expressions. When context-insensitive sentences are at stake, semantic meaning (proposition) and sentence meaning (linguistic meaning) coincide.

Contrariwise, the identification of the full-fledged semantic meaning of a token-sentence depends on a mixed inquiry, when context-dependent sentences are at stake. These are sentences that contain context-dependent (context-sensitive) expressions: namely, pure indexicals (“I”, “now”, “here”, “today”, “tomorrow”,

<sup>26</sup> On the interpretation of non-declarative sentences, see e.g. Wilson, Sperber 2012c: 210-229.

<sup>27</sup> The coining of the now current technical term “saturation” is due to François Recanati (see Recanati 2010: 4).

etc.), demonstratives, personal pronouns and adjectives (“he”, “she”, “this”, “those books”, “that cat”, etc.), or other contextual phrases (“my book”, “Johnny’s dog”, “the horse of Caravaggio”, “Rebecca’s masterpiece”, etc.)<sup>28</sup>. When a sentence is context-dependent, it is not endowed, by itself, with a complete, truth-apt (or abidance-apt) semantic meaning, identifiable by means of a pure linguistic calculus. In order to identify the full, truth-apt, semantic meaning of the sentence, its “semantic context” of utterance must be resorted to. The data, different from those about speaker’s intention, concerning the time and place in which the sentence has been uttered, the persons of the speaker and hearer(s), the subject-matter the sentence is about, etc., must be brought to bear on the semantic interpretation of the sentence<sup>29</sup>. The semantic spaces left empty by context-dependent expressions must be filled up (“saturated”). To this effect, the conventional literal meaning of context-dependent expressions works either as a “rule of automatic saturation”, when pure indexicals are at stake<sup>30</sup>, or as a rule of semantic governance of saturation, when demonstratives and other contextual expressions are present<sup>31</sup>; it points, in both cases, to what

---

<sup>28</sup> Apparently, the line dividing the two varieties of literalism – “semantic minimalism” (defended, e.g., by Emma Borg, Ernst Cappelen, and Henry Lepore) and “indexicalism” (defended, e.g., by Jason Stanley and Zoltan Szabó) – passes here: semantic minimalists adopt a more restricted view about context-dependent expressions, limited to pure indexicals and broadly understood “demonstratives” (see Cappelen, Lepore 2005: 1-4, 144; Bianchi 2009: 172-176; Recanati 2010: 5; Domanechi 2014: 129-134).

<sup>29</sup> Not all literalists would agree with the idea of a “semantic context” as reported in the text. For instance, Cappelen and Lepore maintain the notion of “semantic context” to be a trick invented by contextualists to bring literalism into disrepute. They assert that, surely, also from the standpoint of the “semantic minimalism” they defend, the saturation of (genuine) context-sensitive expressions may require appealing to speaker’s intention (Cappelen, Lepore 2005: 147-149). Notice, by the way, that “context” usually stands for a given set of information, or data, about time, place, persons, things, attitudes, beliefs, interpretations of previously uttered sentences, etc. Different sets of information identify different contexts. Usually, the data making up the context of an utterance are regarded as shared by the parties to a linguistic exchange. For instance, according to Robert Stalnaker, “context” is to be understood as «*common ground*», i.e., as «a body of information that is presumed to be shared by the parties to a discourse. The course of the discourse and the interpretation of what is said in it are guided by that body of information and by the way that it evolves in response to what is said» (Stalnaker 2014: 13, 3-2 ff.).

<sup>30</sup> For instance, “I” always refers to the person who is speaking or writing; “here” always refers to the place where the person speaking or writing is supposed to be, etc.

<sup>31</sup> In the case of demonstratives and other contextual expressions, an appeal to the speaker’s (presumed) communicative intention appears unavoidable (a point some literalists agree upon, as we have seen above, footnote 31). For instance, if Geneva says to Lancelot: “Open that window”, and the room contains two closed windows, say, a double lancet window and a triple lancet window, Lancelot cannot identify which one is to be opened by the only means of the semantic rules presiding over the use of the demonstrative “that”. Clearly, it is dubious where such an interpretation is still within the domain of semantics, or is, rather, pragmatic, provided the «pragmatic context» include «the set of hypotheses about the world made by the subjects [of a conversation], their beliefs, wishes, intentions, activities» (Bianchi 2005: 116, 52).

is their reference in the world. When context-sensitive sentences are at stake, semantic meaning (proposition) and sentence meaning (linguistic meaning) do not coincide. The proposition is nonetheless determined, literalists claim, by the rules of the language. This is why it represents, nonetheless, the semantic meaning (the semantic content) of the token sentence.

It seems useful to recapitulate briefly what the claims of literalism, so far considered, suggest.

Sentence meaning (conventional meaning, linguistic meaning) can be locally underdetermined (*local underdeterminacy*). It is underdetermined, as we have seen, when, and only when, context-dependent sentences are at stake<sup>32</sup>.

Semantic meaning (proposition, semantically expressed proposition) is, by contrast, always determined (*global determinacy*). Linguistic rules make it to be the case: either directly, when context-independent sentences are at stake<sup>33</sup>, or indirectly, when context-dependent sentences are at stake.

Whenever indirect determination is necessary, the semantic meaning depends on the context of utterance of the sentence at stake. There is, in other words, a *local contextual dependence* of semantic meaning. The context at stake, however, is the so-called semantic context. It is, in any case, a set of data the interpretive relevance thereof is thoroughly “signal-driven”: triggered, driven and controlled by semantic and syntactic rules<sup>34</sup>. The saturation that is needed in order to get to the semantic meaning (proposition) is, accordingly, wholly within the domain of “semantics”<sup>35</sup>.

3. *Three varieties of meaning*. It is theoretically worthwhile distinguishing between three kinds, and levels, of meaning in relation to any act of linguistic communication. These are: the linguistic or sentence meaning of the type-sentence, the semantic meaning of the token-sentence (“proposition”, “semantic content”, “semantically expressed proposition”), and, furthermore, the speaker’s-intended meaning.

*Sentence meaning* is tantamount to the meaning that can be identified for a sentence by the only means of linguistic (syntactic and semantic) rules: no reference

---

<sup>32</sup> Literalists are conscious that other factors may undermine the determinacy of sentences in a natural language: namely, ambiguity and vagueness. They tend, however, to push them out of the “semantic space”: either in the province of “pre-semantic” uses of context (ambiguity), as we shall see in a moment (see point 5. below), or in the province of “post-semantic” uses of context (vagueness, together with figurative meaning, etc.). A different view is represented by the “semantic minimalism” of Cappelen and Lepore, where ambiguity, vagueness, and context-sensitivity are all dealt with at the stage of semantic interpretation of token sentences (Cappelen, Lepore 2005: 144-145).

<sup>33</sup> Think at sentences, which are plenty in any language, like “Italians do not like spaghetti”, “No vehicle is allowed in any park”, “Tyranny is ever-growing”, etc.

<sup>34</sup> I borrow “signal-driven” from Recanati 2010: 4.

<sup>35</sup> According to the principle of “isomorph correspondence” between the (deep) syntactic structure of a sentence and its semantic interpretation (on this point, see Bianchi 2005: 123).

being made either to the semantic, or to the pragmatic, context of utterance. It is, accordingly, the purely conventional meaning of a sentence. It corresponds to «“what is proffered”»<sup>36</sup>.

*Semantic meaning* is the meaning the identification of which depends on linguistic rules and, in the case of context-dependent sentences, on the semantic context of utterance. In the latter event, its computation involves the (semantic) saturation of indexicals, demonstratives and other contextual expressions. It is, in any case, the truth-apt (or abiding-apt) proposition expressed by the «utterance». It corresponds to «“what is said”»<sup>37</sup>. As we have seen, semantic meaning (proposition) and sentence meaning (conventional meaning, linguistic meaning) coincide when context-independent sentences are at stake.

*Speaker’s-intended meaning*, finally, is the meaning, different from sentence and semantic meaning, the speaker intends to communicate by uttering a sentence in a spatio-temporal frame («“what is communicated”»). It consists in a set of implicit propositions (implicatures) that are identified on the basis of the explicit linguistic proposition (what is said), with the aid of devices like Grice’s conversational principle and maxims<sup>38</sup>.

It must be noticed that the tripartite typology above suits to the so-called traditional semantic theory and Gricean (“literalist”) pragmatics. In their defence of semantic minimalism against contextualism, however, Herman Cappelen and Ernie Lepore set forth a different view. By way of an overt departure from the Gricean picture, they distinguish – in the terminology I am using here – between semantic meaning («the semantically expressed proposition»), speaker’s explicit meaning, and speaker’s implicit meaning. In their view, furthermore, the semantically expressed proposition, the minimal semantic proposition, is not (necessarily) identical to «“what is said”» or «what the speaker said»<sup>39</sup>.

4. *Contextual dependence of speaker’s meaning*. Speaker’s meaning, i.e., the implicit component of the overall meaning of an act of communication, is parasitic upon the semantic meaning of the token sentence at stake. The proposition expressed by the token sentence works as the starting point from which the implicit meaning of the act of communication can be identified, by means of pragmatic interpretation. This takes into account, and always depends on, the pragmatic context of utterance, which, going beyond the semantic context, encompasses such things as speaker’s and interpreter’s (assumedly shared) encyclopaedia, intentions, beliefs, attitudes, etc.

---

<sup>36</sup> Bianchi 2005: 120.

<sup>37</sup> Bianchi 2005: 120.

<sup>38</sup> Bianchi 2005: 116 ff.; Domaneschi 2014: 56-57.

<sup>39</sup> Cappelen, Lepore 2005: 150, 180-181.

5. *Pre-semantic, semantic and post-semantic use of context.* It is worthwhile distinguishing three different uses of context in the interpretation of an act of communication: namely, the pre-semantic, the semantic and the post-semantic use. Sentences in a natural language can prove syntactically or semantically ambiguous. In such events, the very identification of the linguistic meaning of a token sentence depends on an operation of disambiguation. This operation belongs to a pre-semantic use of (the pragmatic) context, since it precedes the semantic interpretation proper of the sentence at stake<sup>40</sup>. Contrariwise, the semantic use concerns the identification of the proposition expressed by a token sentence, whenever the latter is context-dependent (here, accordingly, “context” refers to the semantic context). Finally, the post-semantic use presupposes that the full-fledged proposition has been calculated; context (the pragmatic context) is used therefore to identify the implicit speaker’s meaning, be it figurative (metaphoric, metonymical, hyperbolic, by understatement, ironic), or made of further conversational implicatures<sup>41</sup>.

6. *The self-sufficient contribution of semantics to the overall meaning of any act of communication.* An act of communication consists, as I have said, in uttering a sentence in a certain spatio-temporal frame. The frame identifies the semantic context of utterance, which is embedded, in turn, into a larger context or set of contexts (pragmatic context). On the basis of the previous remarks, the full meaning of any individual act of communication generally corresponds to the combination of two separate components. On the one hand, there is the full-fledged, self-sufficient semantic meaning of the token sentence, which may (or may not) coincide with the linguistic meaning of the type-sentence, and is determined by linguistic rules (the linguistic system). On the other hand, there is the speaker’s intended meaning: be it regarded as being wholly implicit<sup>42</sup>; as by “traditional theory”, or as partly explicit and partly implicit, as by semantic minimalism<sup>43</sup>. In any case, the “semantics” (broadly understood) of the relevant natural language provides a self-sufficient contribution to the overall meaning of any act of communication<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Bianchi 2005: 53; Perry 2002: 241-243. For a different view, rejecting the distinction between pre-semantic and semantic use of context so far as the semantic interpretation of a token sentence is concerned, see Cappelen, Lepore 2005: 144-145.

<sup>41</sup> According to traditional semantic theory, as complemented by Gricean pragmatics, figurative meanings are implicit and identified as a variety of conversational implicatures. See Wilson, Sperber 2012d: 123-145.

<sup>42</sup> See Bianchi 2001: 24 ff.

<sup>43</sup> Cappelen, Lepore 2005: 150, 180-181.

<sup>44</sup> The idea according to which an act of communication usually conveys a plurality of propositions, among which the semantically expressed proposition, is what Cappelen and Lepore call “Speech act pluralism” (Cappelen, Lepore 2005: 4-5, 190-208).

## 2.2. Contextualism

The main ideas composing the core of contextualism can be recounted as follows:

1. Three kinds, and levels, of meaning are worthwhile distinguishing in relation to any act of linguistic communication: namely, the linguistic meaning of the type-sentence (“conventional meaning”, “sentence meaning”), the speaker’s-intended explicit meaning of the token-sentence (“proposition” in a pragmatic sense, pragmatic explicit meaning), and, finally, the speaker’s-intended implicit meaning (pragmatic implicit meaning);

2. The linguistic meaning of token sentences is generally underdetermined;

3. The linguistic meaning of token sentences can change according to the shifting of the contexts of utterance;

4. The full-fledged, truth-apt (or abiding-apt) meaning of token sentences is generally different from their linguistic meaning;

5. The identification of the full-fledged, truth-apt (or abiding-apt) meaning of token sentences is always the output of an activity of pragmatic, context-based, interpretation;

6. The contribution of semantics (the system of language) to the overall meaning of any act of communication is generally not self-sufficient<sup>45</sup>.

1. *General underdeterminacy and possible shifting of linguistic meaning.* The linguistic meaning of token sentences is generally underdetermined: i.e., in a widespread and frequent series of cases, by itself it does not amount to a full-fledged, truth-apt (or abiding-apt) proposition. Furthermore, due to a factor that we shall consider in a moment, it can change across the contexts of utterance.

The general underdeterminacy of linguistic meaning, the fact that the linguistic meaning of a token sentence generally does not amount to a full-fledged, truth-apt

---

<sup>45</sup> In their defence of semantic minimalism, Cappelen and Lepore identify two varieties of contextualism: radical contextualism and moderate contextualism (Cappelen, Lepore 2005: 5-11). Very roughly speaking, they characterize radical contextualism as endorsing what I shall call a *global underdeterminacy thesis*: the linguistic meaning of *any* token sentence *whatsoever* is always underdetermined; it *never* expresses a full-fledged, truth-apt, proposition. Contrariwise, moderate contextualism endorses what I shall call a *widespread underdeterminacy thesis*: the linguistic meaning of token sentences is underdetermined in a much widespread series of cases than literalism concedes. Contextualists are not crystal-clear on the point. Even John Searle, whom Cappelen and Lepore put in the cage of radical contextualism, seems content to claim that the phenomenon of underdeterminacy of linguistic meaning is, notice, «quite general»: that it obtains «for a large number of cases (perhaps not all)» (Searle 1980, 227). In my simplified account, considered the purpose of the present paper, I will identify contextualism *sans phrase* with upholding a *general underdeterminacy thesis*: meaning, by that, that underdeterminacy is a widespread, statistically significant phenomenon, that occurs very often, and goes well beyond the limited borders of literalism’s context-sensitiveness. Furthermore, I will adopt a charitable view, purporting to present its ideas as being as much sensible as possible.

(or abiding-apt) proposition depends – contextualists claim – on three main conspiring factors.

First, the meaning of descriptive terms (concept-words) is not a fixed set of necessary and sufficient conditions of application, as it is assumed by traditional semantic theories. On the contrary, it is a set of past applications of the expression, pointing to different references. These applications, which are recorded and typified in dictionaries, only provide the “semantic potential” of the expression.

Second, the sentences used in ordinary communication are frequently elliptical: some phrases, which are necessary in order to get out of them a full-fledged meaning, are frequently missing<sup>46</sup>.

Third, even when a sentence is formulated in a relatively careful way, it may nonetheless be unable to express a full-fledged proposition, unless, and until, its linguistic meaning is being complemented by some piece of background information necessary to reconstruct the full “literal meaning” of the sentence<sup>47</sup>.

The previous remarks suggest three conclusions.

To begin with, the area of linguistic underdeterminacy is larger than literalists seem willing to concede. Indeed, it goes well beyond the province of the context-sensitive expressions they usually contemplate (pure indexicals, demonstratives, etc.) (§ 2.1, above).

---

<sup>46</sup> An example should convey what different contextualists have in mind when they claim sentences to be generally elliptical (as I put it), from the standpoint of their capacity of expressing a full-fledged “applicable” (truth-apt or satisfaction-apt) meaning. Suppose somebody says: “Judith is ready”. Literalists claim that such a sentence clearly expresses a truth-apt proposition: namely, the proposition *that Judith is ready*, which is true if, and only if, Judith is ready – and the same applies to “Hilary is tall”, “Hannibal dances”, “It rains”, etc. Contextualists reply, however, that in such cases truth-aptness is apparent. If we do not know *what is Judith ready for* (Beheading Holophern? Going to the Great Blue Cheese Exhibition? Becoming Governor General of the country? Marrying Tom?), we are not able to verify it; the linguistic meaning does not amount to a definite truth-apt proposition, but to a “frame”, a “structure”, a “skeleton” allowing for several different and alternative possibilities of enrichment. The sentences, notice, are elliptical for they apparently lack a necessary semantic complement: some further expression without which the linguistic meaning of the sentence appears to be floating in the air. It is elliptical, some contextualist would say, for it requires to be complemented by some «unarticulated constituents» (Perry 2002: 248-251).

<sup>47</sup> Suppose, to rehearse a famous example from John Searle (Searle 1978: 127), somebody enters a diner and says: “Give me a hamburger, medium rare, with ketchup and mustard, but easy on the relish”. By staying with the sole linguistic meaning of the sentence, the waiter could not satisfy the customer. That could only be done by appealing to some set of background information (“background assumptions”) concerning the quantity and quality of the meat, the way of cooking it, the way of packaging and delivering it to the customer, etc. The sentence, notice, is not elliptical in the way the sentence “Judith is ready” is assumed to be. Here, in order for it to express an applicable meaning, the interpreter must refer to information from an on-going social practice, from a “background of meaning” that can never be entirely translated into additional pieces to the proffered sentence, unless at the cost of making verbal communication very burdensome, and perhaps totally impair it. See also Searle 1980: 221-232; Bianchi 2002: 256. I have briefly outlined Searle’s conception of literal meaning as a model for juristic reflection about the literal meaning of legal texts in Chiassoni 2000a: 20 ff.

Furthermore, and consequently, the full-fledged proposition expressed by a token sentence is different from its linguistic meaning in a much wider and frequent range of cases than literalism concedes, up to the point of representing a typical, general, feature in the use of a natural language.

Finally, where the linguistic meaning is elliptical, the meaning of the type sentence (“The car is red”, “Judith is ready”, “It rains”, “Hannibal is tall”) is not constant across contexts: rather, it changes as contexts shift<sup>48</sup>.

2. *Context-dependence of full-fledged propositions.* The identification of the full-fledged, truth-apt (or abiding-apt) meaning of token sentences always depends on an activity of pragmatic, context-based, interpretation.

Pragmatic interpretation is the interpretation of an act of communication as a whole<sup>49</sup>. It interacts systematically with semantic interpretation (the interpretation of token sentences according to linguistic rules) and complements it.

At a closer glance, pragmatic interpretation brings about the identification of the full-fledged, truth-apt (or abiding-apt) meaning of token sentences in six different ways: namely, by disambiguation, precisification, saturation, enrichment, substitution (“transfer”), and, last but not the least, confirmation<sup>50</sup>.

*Disambiguation* occurs, as we have seen (§ 2.1, point 5., above), when the token sentence proves syntactically or semantically ambiguous.

*Precisification* occurs when the token sentence contains vague descriptive terms in relation to the situation of the world at stake.

*Saturation* occurs, as we have seen (§ 2.1, point 2., above), when the token sentence contains context-sensitive expressions (indexicals, demonstratives, etc.) the determinate reference of which must be identified by looking at the context of utterance.

*Enrichment* (completion, expansion) occurs when the token sentence is elliptical, and unarticulated components must be identified and added up to it.

*Substitution* (“transfer”) occurs when the token sentence has been used in a figurative way: to wit, when it contains a metaphor, a metonymy, a hyperbole, an understatement, an over-general or an over-precise expression, or when it has been used out of irony. Pragmatic interpretation substitutes the linguistic meaning, which sounds inappropriate to the context, with the figurative meaning the speaker intended explicitly to convey<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Domaneschi 2014: 134-135. For an articulated reply to this “context-shifting argument” on behalf of semantic minimalism, see Cappelen, Lepore 2005: 155-175.

<sup>49</sup> Recanati 2008: 260.

<sup>50</sup> Bianchi 2005: 121-123; Cappelen, Lepore 2005: 4-5; Recanati 2010, Ch. 1; Wilson, Sperber 2012b; Wilson, Sperber 2012c.

<sup>51</sup> Some contextualist claim, however, that when figurative uses of token sentences are afoot, pragmatic interpretation does not proceed, say, to the metaphorical meaning by passing first through

*Confirmation* occurs, finally, when, on the ground of context, the interpreter establishes that the linguistic meaning of the token sentence is tantamount to a full-fledged, truth-apt (or abiding-apt) proposition, and represents “what is (pragmatically and semantically) said” by its utterance. Confirmation, it must be noticed, is not part of standard accounts of pragmatic interpretation. It is, nonetheless, worthwhile adding it to the list, since it seems presupposed by philosophers of language and linguists when they deal with pragmatic interpretation<sup>52</sup>.

The context on which the identification of full-fledged propositions depends is the full pragmatic context of utterance. Besides the data about the spatio-temporal frame of the utterance, it encompasses such things as the linguistic co-text (previous, related sentences and the interpretation thereof), on the one side, and the extra-linguistic context, where dwell the beliefs, intentions, attitudes, shared encyclopaedia, background assumptions and forms of life of the speakers, hearers and interpreters involved, on the other side<sup>53</sup>.

Literalists – contextualists claim – pretend to draw a line between semantic context and pragmatic context<sup>54</sup>. The line, however, is illusory. For instance, if Geneva says to Lancelot: “Open that window”, and the room where Geneva and Lancelot stay contains two closed windows (one two-lancet window and one three-lancet window), it is not possible to establish *which* window is to be opened, unless by making reference to Geneva’s intention. Indeed, Geneva may well wish to refer to a window that is in another room, or may even use the sentence in a metaphorical way. How can we tell that, without resorting to the (full) pragmatic context of utterance?

The distinction between pre-semantic, semantic, and post-semantic uses of context (see § 2.1, point 5., above) – contextualists claim – is likewise preposterous. There is only one use of the same context: the use of the pragmatic context in order to carry out a pragmatic interpretation of the token sentence and get to the full-fledged, truth-apt (or satisfaction-apt) proposition.

It cannot be ruled out, as we have just seen, that the full-fledged, truth-apt (or satisfaction-apt) proposition may coincide with the linguistic meaning of the token sentence. In such a case too, which I have considered under the heading of *confirmation*, the proposition is not just the output of a purely semantic interpretation of the token sentence, one where only the linguistic competence of the interpreter is required. Rather, it is, again, a pragmatic, context-dependent, entity. Indeed, it

---

the literal meaning, and replacing it, but directly jumps to the metaphorical meaning, on the wings of participants’ shared intuitions. See Domaneschi 2014: 136-137.

<sup>52</sup> Wilson and Sperber, for instance, claim: «the literal meaning of a sentence never coincides with what the speaker explicitly communicates by uttering this sentence (except in the case of genuine “eternal sentences”, if such things exist or are ever used)» (Wilson, Sperber 2012c: 79).

<sup>53</sup> See Bianchi 2002: 259-261, 263; Bianchi 2001: 279 ff.

<sup>54</sup> See, however, Cappelen, Lepore 2005: 150.

is only after the context has been taken into account, after pragmatic interpretation has been performed, that the coincidence between proposition and linguistic meaning can be established. Thus, in any case, the full-fledged proposition is, in the sense I hope I have made clear now, pragmatic and context-dependent «through and through»<sup>55</sup>.

3. *Three varieties of meaning.* A different typology must replace the tripartite typology of meanings endorsed by literalism (§ 2.1, point 3., above), one that is more in tune with the reality of communication through natural languages<sup>56</sup>. It encompasses the following three kinds, and levels, of meaning to any act of communication: the linguistic meaning of the type-sentence (“conventional meaning”, “sentence meaning”), the speaker’s-intended explicit meaning of the token-sentence (“proposition” in a pragmatic sense, pragmatic explicit meaning), and the speaker’s-intended implicit meaning (pragmatic implicit meaning).

*Linguistic meaning* is identified by means of syntactic and semantic rules of the relevant natural language (“semantic interpretation”). It is the output of a *decoding* activity and is, accordingly, thoroughly conventional. It is tantamount to *what is proffered*.

*Pragmatic explicit meaning* is identified by pragmatic interpretation (by way of disambiguation, saturation, precisification, enrichment, etc.) from linguistic meaning and context<sup>57</sup>. It is the output of *inferential* processes and corresponds to a truth-apt (or abiding-apt) “maximal” proposition – as opposed to the “minimal” proposition that, according to traditional semantic theory (and current semantic minimalism), would be the purely semantic, truth-apt, or abiding-apt, meaning of a sentence. It is tantamount to speaker’s-intended explicit meaning or *what is said*.

*Pragmatic implicit meaning*, finally, is the set of implicit propositions (implications) that are identified by means of a pragmatic interpretation performed on the basis of hermeneutical tools like, e.g., Grice’s cooperation principle and conversational maxims, or Relevance Theory principles and heuristic of relevance<sup>58</sup>. It is tantamount to speaker’s-intended implicit meaning or *what is implied*.

4. *The generally not-self-sufficient contribution of semantics to the overall meaning of an act of communication.* The previous claims (points 1. and 2. above) suggest a solution to the semantics/pragmatics puzzle that is different from the one sponsored by traditional semantic theory. Semantics contributes, and cannot but contribute, to the overall meaning of any act of communication often by way of an inchoate

<sup>55</sup> Recanati 2004; Recanati 2010; Wilson, Sperber 2012b.

<sup>56</sup> As I have noticed (§ 2.1. above), however, semantic minimalism sets forth a typology of the meanings of an act of communication that is more on the contextualist side.

<sup>57</sup> Remember, however, the remark I made in footnote 51 about figurative speech.

<sup>58</sup> See, e.g., Wilson, Sperber 2012b: 3-4, 6-7.

linguistic, conventional meaning. This needs supplementing by pragmatic interpretation, in order to get both to a full explicit meaning (the maximal proposition), and to the implicit meaning of the communication act. The “what is said” already situates in the province of pragmatic interpretation.

### 3. What a Jurist Can Learn

It is time to take stock of the preceding, quite long journey through the regions of literalism and contextualism. A question seems in order: Is there any useful instruction that a jurist interested in legal interpretation and legal meaning could derive out of the dispute between literalism and contextualism?

I think the question commands a positive answer. Indeed, literalism and contextualism bring to the fore a few ideas that, though concerning ordinary sentences in a natural language and their interpretation, our jurist would surely consider as ripe with a momentous clarifying impact on legal interpretation and legal meaning. The ideas I have in mind here concern, respectively, *(i)* the multiplicity of meanings, *(ii)* the problematic nature of the notion of explicit meaning, *(iii)* the pervasive character of pragmatic, context-based, interpretation, and, related to the latter, *(iv)* the priority of context over system.

The first idea claims that, in order to understand how the interpretation of ordinary sentences in a natural language works, it is necessary to multiply the notions of meaning associated to any act of communication. Here, a few distinctions seem worthwhile emphasizing.

A first distinction runs between *explicit meaning* and *implicit meaning*. Explicit meaning is any meaning that can be read in a token sentence in the light of the system of language and the context of utterance, by means of semantic and pragmatic interpretation. Implicit meaning is, contrariwise, any meaning that cannot be read in a token sentence, but is identified by means of inferences, using as starting point some previously identified explicit meaning of the sentence, with the aid of some explication tools (assumptions, premises, principles, etc.).

A second distinction brings to the fore the *variety of explicit meaning*. In fact, not fewer than six kinds can be singled out, from the standpoint of the way they are identified: compositional meaning, disambiguated meaning, precisified meaning, saturated meaning, enriched meaning, and substituted meaning. *Compositional meaning* is computed conventional meaning; it is the output of context-independent semantic interpretation. It may amount to the “what is said” meaning of the sentence if confirmed by pragmatic interpretation. The other kinds of explicit meaning are the outputs of pragmatic interpretation. *Disambiguated meaning* is the output of context-dependent disambiguation of compositionally ambiguous token sentences. *Precisified meaning* is the output of

context-dependent precisification of vague expressions contained in token sentences. *Saturated meaning* is the output of context-dependent saturation of context-sensitive expressions contained in token sentences. *Enriched meaning* is the output of context-dependent completion of elliptical token sentences. *Substituted meaning* is the output of context-dependent replacement of the linguistic meaning of a token sentence with the figurative meaning it supposedly conveys in the situation of utterance.

The second idea is about the *problematic nature of the notion of explicit meaning*. As you may recall, some literalists conceive the compositional or saturated meaning of a token sentence as its sole properly explicit meaning: the one amounting to “what is said”. Other literalists, however, maintain a broader notion of explicit meaning to be theoretically proper: one that also encompasses speaker’s meaning, and sever the connection between semantic meaning and “what is said”. Contextualists endorse a pragmatic notion of (the full) explicit meaning, corresponding to the speaker’s-intended explicit meaning and to “what is said”. Now, from an external point of view interested in understanding the “mechanics” of ordinary sentences interpretation, extreme positions look unduly reductionist and idle. The dispute suggests, apparently, that the more reasonable stance consists in adopting a tolerant notion of explicit meaning, according to which is explicit any meaning that can be read into the token sentence: either by way of semantic interpretation, or by way of a pragmatic interpretation along the six forms previously mentioned (§ 2.2., point 2., above).

The third idea is about the *pervasive character of pragmatic, context-based, interpretation*. It is not of a strictly contextualist lineage; as we have seen, it appears to be endorsed also by some literalist<sup>59</sup>. Contextualism, however, combines it with a further idea, the fourth one I mentioned above. This is, in very rough terms, the *priority of context over system*, or, in a perhaps more obscure mood, the *contextual meta-dependence thesis*. The relevance of context in the determination of the meaning of token-expressions and token-sentences, and, furthermore, the value to be ascribed to linguistic rules (“semantic structures”) in such determinations, do not depend on semantic conventions (the system of language), as it is claimed by traditional semantic theory. They depend, on the contrary, on components (normative attitudes, scientific beliefs, etc.) of the very context in which token-expressions and token-sentences are used. It is these components that establish which value the system of language should have. The context, in the way I have just made clear, rules over its own relevance.

I said that the ideas above are ripe with momentous explanatory virtue concerning legal interpretation and legal meaning. I think that property to be evident. Nonetheless, a few remarks are worthwhile making by way of conclusion.

---

<sup>59</sup> See, e.g., Cappelen, Lepore 2005.

1. From the vantage point of the dispute between literalism and contextualism, semantic quasi-cognitivism (§1.1., above) appears to have endorsed the ideas of literalism in its “traditional semantic theory” variety (“traditional literalism”). In so doing, it appears to be committed to a theory of meaning and interpretation that is flawed at least on two related counts.

In the first place, semantic quasi-cognitivism provides a false and misleading picture of the variety of possible explicit meanings of legal provisions. It only considers computational meaning, disambiguated meaning and precisified meaning. In this way, however, it overlooks that legal provisions can also be read to express enriched and substituted meanings. They express enriched meanings, for instance, whenever an exception or a qualifying clause is added to the text of the provision (or, better, to the corresponding isomorphic abstract norm). They express substituted meanings, for instance, when the clear literal (computational) meaning is corrected (modified) in order to make it correspond to what is considered appropriate<sup>60</sup>.

In the second place, semantic-quasi cognitivism endorses a false view about the nature of legal interpretation. It presents it as being essentially a form of semantic interpretation, which usually leads to the identification of full-fledged, abiding-apt, computational legal meanings, and has priority over pragmatic interpretation, which only intervenes in default situations, to repair ambiguous legal provisions or vague abstract norms (§1.1., above). In such a way, however, it misleadingly obscures the pervasive, not merely supplementary, role that pragmatic, context-based, interpretation ordinarily plays – and must play – in the construction of legal provisions.

To recapitulate: due to these flaws, from a theoretical point of view, semantic quasi-cognitivism appears to provide a false, impoverished and misleading theory of legal meaning and legal interpretation.

2. If we adopt the contextualist thesis of the superiority of context over system, what jurists are used to call the “literal meaning” of legal provisions is to be regarded as a *pragmatic entity*. Accordingly, literal meaning is not the white galleon of objective semantic meaning flying its unscathed hull above the muddled and mutinous waters of context-dependent, pragmatic, meanings. On the one hand, the very appeal to “literal meaning” necessarily depends on a methodological option that is not, and cannot be, dictated by words and sentences selves (Which literal meaning? Is it explicit semantic meaning or, rather, explicit pragmatic meaning?). On the other hand, the identification of “the literal meaning” of legal provisions, whichever notion has been selected, requires pragmatic considerations (Which linguistic conventions? Which background assumptions? Which unarticulated components are to be considered, if any?). Both activities clearly belong to the realm of practice:

---

<sup>60</sup> In many cases, correction proceeds by the enrichment of the text of the legal provision /isomorphic abstract norm. There may be cases, however, where correction is performed by subtracting or replacing words in the text of the legal provision /isomorphic abstract norm.

namely, to the realm of actions that must be justified by appealing to rules and principles, which are not *semantic* rules and principles.

3. By endorsing traditional literalism, semantic quasi-cognitivism pretends to provide a general theoretical solution to the delicate problem concerning the way of distinguishing, as regards to any positive legal order whatsoever, between “the law as it is” and “the law as it ought to be”. It pretends to do so by turning the “law as it is v. law as it ought to be” problem into a problem of philosophy of language and linguistics, and claiming that such a problem admits of just *one* solution. The solution makes “the law as it is” to coincide with the clear and univocal computational meaning of legal provisions. Unfortunately, the multiplicity of explicit meanings, the pervasive character of pragmatic interpretation, and the priority of context over system suggest such a solution to be theoretically spurious, and driven, though perhaps unconsciously, by some undercover normative preoccupation (like, for instance, the preoccupation for “having norms at all”: see § 1.1., point 9, above).

4. I said at the outset that one persistent issue in contemporary jurisprudence concerns the notion of “interpretive creativity”. It is often claimed judicial interpretation to be a “law creating” activity. The notion and forms of “interpretive creativity”, however, are far from being clear.

Now, the distinction between semantic and pragmatic interpretation, the distinction between explicit and implicit meaning, and the multiplicity of notions of explicit meaning, seem to bring light on the issue, and provide theoretical support for a realistic theory of interpretive creativity. Let’s make a very short experiment.

Suppose a realistic theory comes up that, out of a careful analysis of judicial practice, claims judicial interpretation to be a “creative undertaking” in not least than five different ways, namely: by selection, repair, correction, methodological innovation, or integration<sup>61</sup>.

Suppose, furthermore, that the theory makes clear that:

a. Judicial interpretation “creates law” *by selection*, when judges choose one meaning out of the several, alternative, determinate, meanings that, for a given legal provision, can be justified on the basis of current interpretive methods and current legal axiologies;

b. Judicial interpretation “creates law” *by repair*, when judges fix up the objective meaning of a legal provision – usually, its literal, customary, or established case-law meaning – that has proven to be defective (i.e., affected by ambiguity or vagueness);

c. Judicial interpretation “creates law” *by correction*, when judges consider the objective meaning of a legal provision as substantially un-correct (wrong): usually, by being either “over”-inclusive, or “under”-inclusive, as to the individual case at hand;

---

<sup>61</sup> On judicial creation of law, the most illuminating essays are, to my knowledge, Carrió 1965, Bulygin 1966, Wroblewski 1992. The account I provide in the text takes a different stance, though.

d. Judicial interpretation “creates law” *by methodological innovation*, when judges provide a new meaning for a legal provision at hand, on the basis of some new, so far never employed, interpretive method, that either exploits some new set of interpretive resources, or permits to use old sets of resources differently;

e. Judicial interpretation “creates law” *by integration*, when judges add to the set of previously identified norms of the system some new implicit norm that is the output of rhetorical forms of reasoning (analogical, *a contrario*, *a fortiori*, from the nature of things, from principles, from juristic concepts, from juristic theories of legal institutes, etc.) from previously identified norms (usually, from norms which are the meanings of legal provisions).

In which way the distinction between semantic and pragmatic interpretation, the distinction between explicit and implicit meaning, and the multiplicity of notions of explicit meaning can bring light on the notion of judicial interpretive creativity? In which way can they provide theoretical support to the realistic account of judicial interpretive creativity above?

The way seems clear. From the a semantics-pragmatics perspective, the five judicial operations the realistic theory considers as instances of interpretive creativity lay all outside of the province of computational, context-independent semantic interpretation. Indeed, they all belong to the province of pragmatic interpretation, and have as outputs context-dependent, explicit or implicit meanings.

## References

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, Wien-New York, Springer.
- (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea [the book represents a revised and enlarged translation of Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971)].
- (1989). *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, in Alchourrón, Carlos E., Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 303-328 [also published as: *Limits of Logic and Legal Reasoning*, in Martino, Antonio (ed.), *Expert Systems in Law*, Amsterdam-London-New York-Tokyo, North-Holland, 1992, 9-27].
- Barberis, M. (2001). *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise*, in Paolo Comanducci / Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 2001, 1-36.
- (2014). *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Bianchi, C. (2001). *La dipendenza contestuale. Per una teoria pragmatica del significato*, Napoli, ESI.
- (2002). *Contestualismo radicale*, in C. Penco (ed.), *La svolta contestuale*, Milano, McGraw-Hill, 2002, pp. 253-265.

- (2005). *Pragmatica del linguaggio*, Roma-Bari, Laterza, second edition.
- (2009). *Pragmatica cognitiva*, Roma-Bari, Laterza.
- Bulygin, E. (1966). *Judicial Decisions and the Creation of Law*, in Id., *Essays in Legal Philosophy*, Edited by C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzaresse, J. J. Moreso, P. E. Navarro, and S. L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2015, 75-87.
- (1991). *On Legal Interpretation*, in Koch, Hans-Joachim, Neumann, Ulfrid (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung / Legal System and Practical Reason*, ARSP-Beiheft 53, Stuttgart, Franz Steiner, 1994, pp. 11-22. [it. tr., *Sull'interpretazione giuridica*, in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 257-277.]
- (1995a). *Cognition and Interpretation of Law*, in L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 11-35.
- (1995b). “Prefazione”. In E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, vii-xiii.
- (1999). *True or False Statements in Normative Discourse*, in R. Egidi (ed), *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1999, 183-191.
- Caffi, C. (2002). *Sei lezioni di pragmatica linguistica*, Genova, Name.
- Cappelen, H., Lepore, E. (2005). *Insensitive Semantics. A Defense of Semantic Minimalism and Speech Act Pluralism*, Oxford, Blackwell.
- Carrió, G.R. (1965). *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Chiassoni, P. (2000a). *Interpretive Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, 2000, 79-99, trad. cast., *Los juegos interpretativos. La interpretación de la ley desde un enfoque griceano*, in Pablo E. Navarro, María Cristina Redondo (eds.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 185-208.
- (2000b). *Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another View of the Cathedral)*. in V. Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, 1-63.
- (2001). *Archimede o Eraclito? Sul primato teorico dello scetticismo*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XXXI, 2001, 365 ff.
- (2004). *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, 55-124.
- (2006). *A Nice Derangement of Literal-Meaning Freaks: Linguistic Contextualism and the Theory of Legal Interpretation*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 115-126.

- (2007). *Le disavventure della teoria dell'interpretazione*, in Bulygin, E. (2007), *Il positivismo giuridico*, a cura di P. Chiassoni, R. Guastini, G.B. Ratti, Milano, Giuffrè, pp. xviii-lxxi.
- (2016a). *Legal Interpretation without Truth*, in «Revus», 29, 93-118.
- (2016b). *The Pragmatics of Scepticism*, in «Analisi e Diritto», 2016, 275-303.
- (2018). *Interpretive Games Revisited*, in P. Comanducci, P. Chiassoni, G. B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Saõ Paulo, Marcial Pons.
- Domaneschi, F. (2014). *Introduzione alla pragmatica*, Roma, Carocci.
- Guastini, R. (2006). *Il diritto come linguaggio*, Second edition, Torino, Giappichelli.
- (2011). *Interpretare e argomentare*. Milano, Giuffrè.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Third edition, with a Postscript edited by P.A. Bulloch and J. Raz, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- (1977). «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 123-143.
- Jori, M. (2016). *Pragmatica giuridica*, Modena, Mucchi.
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and Legal Theory*, Second edition, Oxford and Portland, Hart Publishing.
- (2014). *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Moreso, J. J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [also published as: *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer, 1998].
- Penco, C. (ed.) (2002a). *La svolta contestuale*, Milano, McGraw-Hill.
- (2002b). *Le ragioni di una svolta*, in C. Penco (ed.), *La svolta contestuale*, Milano, McGraw-Hill, 2002, pp. xiii-xxxv.
- Penco, C., Domaneschi F. (eds.) (2013). *What Is Said and What Is Not. The Semantics/Pragmatics Interface*, Stanford, Cal., CSLI Publications.
- Perry, J. (2002). *Indicali, contesti e costituenti inarticolati*, in Penco (ed.) (2002a), 241-252.
- Poggi, F. (2011). *Law and Conversational Implicatures*, in «International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique», 24, 1, 21-40.
- (2013). *The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation*, in «Analisi e Diritto», 2013, pp. 313-335.
- Recanati, F. (2004). *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (2008). *Philosophie du langage (et de l'esprit)*, Paris, Gallimard.

- (2010). *Truth-Conditional Pragmatics*, Oxford, Clarendon Press.
- Searle, J.R. (1978). *Literal Meaning*, in Id., *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 58-75.
- (1980). *The Background of Meaning*, in J.R. Searle, F. Kiefer, M. Bierwisch (eds.), *Speech Acts Theory and Pragmatics*, Dordrecht, Reidel, 221-232.
- Stalnaker, R. (2014). *Context*, Oxford, Oxford University Press.
- Velluzzi, V. (ed.) (2000). *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Villa, V. (2012). *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Wilson, D., Sperber, D. (2012a). *Meaning and Relevance*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (2012b). *Introduction: Pragmatics*, in Wilson, D., Sperber, D. (2012a), 1-27.
- (2012c). *Truthfulness and Relevance*, in Wilson, D., Sperber, D. (2012a), 47-83.
- (2012d). *Explaining Irony*, in Wilson, D., Sperber, D. (2012a), 123-145.
- Wróblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*, Edited by Z. Bankowski and N. MacCormick, Dordrecht-Boston-London, Kluwer.



## *A Methodized Discretion.*

# L'analisi del ragionamento giudiziale negli scritti teorici di Benjamin Nathan Cardozo

Luca Malagoli\*

### **Sommario**

L'articolo si concentra sull'analisi di alcuni dei temi fondamentali oggetto dei maggiori scritti teorici di Benjamin Nathan Cardozo, quali *The Nature of the Judicial Process* (1921), *The Growth of the Law* (1924), *The Paradoxes of Legal Science* (1928) e *Jurisprudence* (1932). In particolare, il primo paragrafo prende in esame proprio quest'ultimo lavoro, tanto rilevante quanto curiosamente trascurato dalla letteratura successiva (con la sola seppur considerevole eccezione di Llewellyn), nel tentativo di mostrare come la concezione ampia di realismo giuridico lì tratteggiata possa tuttora rivelarsi una proficua prospettiva analitica attraverso cui indagare quella composita stagione teorica. Il secondo paragrafo si concentra invece sui quattro metodi di ragionamento giudiziale delineati da Cardozo, nonché sulla loro complessa (e sovente problematica) interazione, in relazione alla cruciale questione della creazione giudiziale di diritto. L'ultimo paragrafo, infine, è dedicato ad alcune interessanti osservazioni di Cardozo circa il rapporto fra legislatore e giudice costituzionale, con lo scopo di mettere in luce come la riflessione sviluppata al riguardo dall'autore di *The Nature of the Judicial Process* sia assai meno *naïf* di quanto talune critiche formulate da Richard A. Posner non paiano disposte a riconoscere.

**Parole chiave:** Cardozo. Ragionamento giudiziale. Realismo giuridico. *Judicial review*.

---

\* Assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova. Ringrazio Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini e Giovanni Battista Ratti per aver letto (e per aver formulato molti suggerimenti utili a migliorare) una prima versione del presente articolo. Ringrazio, inoltre, due recensori anonimi per le puntuali indicazioni critiche che mi hanno fornito. Ringrazio anche Giovanni Tuzet, Damiano Canale, Alessio Sardo, Francesca Poggi e Francesco Ferraro per i numerosi e preziosi suggerimenti formulati in occasione di un seminario tenutosi presso il Dipartimento di Studi Giuridici A. Saffa dell'Università Commerciale Luigi Bocconi il 5 dicembre 2017. Ringrazio, in ultimo ma non ultimi, Persio Tincani, Massimo Cuono, Leonard Mazzone, Nicola Riva e tutti i partecipanti al seminario *Giustizia. Teorie, principi, definizioni*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Bergamo il 22 maggio 2017, per avermi offerto l'occasione di presentare e discutere alcune delle tesi qui sviluppate.

### *Abstract*

The article's aim is the analysis of some of the main themes examined in the most notable writings in legal theory by Benjamin Nathan Cardozo, such as *The Nature of the Judicial Process* (1921), *The Growth of the Law* (1924), *The Paradoxes of Legal Science* (1928) e *Jurisprudence* (1932). Particularly, the first paragraph examines the latter work, as prominent as curiously neglected by the literature (the only and considerable exception being Karl Llewellyn), with the purpose of pointing out how the broad notion of legal realism there presented can still be an useful analytical tool in order to investigate the complexity of that theoretical scenario. The second paragraph, instead, is dedicated to the scrutiny of the four method of judicial reasoning proposed by Cardozo, examining their relation to the crucial topic of judicial creation of law. Finally, the last paragraph focuses on some interesting observation of Cardozo about the relationship among the legislator and the constitutional justice, pointing out as the consideration developed on the matter by the author of *The Nature of the Judicial process* is far less *naïf* than the critical observations of Richard A. Posner are willing to recognize.

**Keywords:** Cardozo. Legal Reasoning. Legal Realism. Judicial Discretion. Judicial Review.

## 0. Presentazione

Obiettivo del presente articolo è ricostruire (quantomeno nei suoi capisaldi) l'analisi del ragionamento giudiziale sviluppata da Benjamin Nathan Cardozo nei suoi principali scritti teorici: *The Nature of the Judicial Process* (1921); *The Growth of the Law* (1924); *The Paradoxes of Legal Science* (1928); *Jurisprudence* (1932).

Procedendo *à la Cronin* dall'"inizio della fine", il primo paragrafo è dedicato ad una (parziale) ricostruzione proprio di quest'ultimo lavoro, tanto significativo quanto curiosamente e ostinatamente trascurato dalla critica (trascuratezza non recente, peraltro: già Llewellyn<sup>1</sup> aveva avuto modo di qualificare come *superb and neglected* il testo in questione).

Sebbene, con l'abituale *understatement*, Cardozo tendesse a presentare *Jurisprudence* alla stregua di mero riepilogo di idee già esposte altrove, esso costituisce semmai l'esito più meditato e consapevole dell'elaborazione teorica di Cardozo, nonché un documento particolarmente rilevante ai fini di una rappresentazione delle differenze e delle analogie teoriche fra la "vecchia" e la "nuova guardia" del

---

<sup>1</sup> Cfr. Llewellyn 1962: 132, n. 90.

realismo giuridico americano<sup>2</sup>, al di fuori di talune convenzioni storiografiche oramai piuttosto obsolete.

La conferenza rappresenta infatti l'intervento di Cardozo nella celebre polemica che aveva opposto Roscoe Pound a Karl Llewellyn e Jerome Frank (disputa in cui Cardozo era peraltro entrato mosso da intenti pacificatori tanto generosi quanto inefficaci) proprio attorno agli elementi teorici caratterizzanti dell'impresa realista. Agli accenti programmaticamente tesi a *épater la bourgeoisie juridique* esibiti dalla generazione emergente, Cardozo oppone un realismo "dal volto umano" che, sia pure tenendo debito conto della strategia retorica conciliatoria che lo informa, si caratterizza per la lucidità con cui, come si diceva, ravvisa gli elementi di continuità e di distacco fra fondatori e diadochi del realismo giuridico americano.

Il secondo paragrafo, invece, concentrandosi soprattutto su *The Nature of the Judicial Process* e *The Growth of the Law*, analizza i quattro metodi di ragionamento giudiziale ivi individuati da Cardozo, esaminandone altresì la reciproca (e sovente problematica) interazione.

Il terzo paragrafo, infine, enucleando uno dei temi centrali della produzione teorica dell'autore di *Jurisprudence*, offre una concisa presentazione della riflessione di Cardozo sul rapporto fra potere legislativo e potere giudiziario nel quadro costituzionale e nel complesso gioco di pesi e contrappesi istituzionali, una riflessione che si rivela assai meno *naïf* di quanto talune critiche (mosse, in particolare, da Richard A. Posner) siano disposte a riconoscere.

## 1. *Brave men before Agamemnon*. Cardozo e la controversia sui "neo-realisti"

Nel 1932, al culmine di una carriera brillante condotta all'insegna di un prudente tatticismo degno di Baltasar Gracián, proprio quando ormai si approssimava, sospinto da un consenso vasto e trasversale, al traguardo della Corte Suprema federale, con sorprendente ingenuità Benjamin Nathan Cardozo si lasciava coinvolgere pubblicamente in una accesa disputa fra dotti, da cui la sua nomina avrebbe potuto

---

<sup>2</sup> Non sorprenda la collocazione, qui proposta, dei "precursori" (quali, ad esempio, Holmes e Pound) a fianco dei realisti propriamente detti (quali, ad esempio, Llewellyn e Frank) all'interno di un'unica categoria storiografica. Mi pare, infatti, che la declinazione più proficua dell'etichetta di *Legal Realism* sia quella, "generosa", suggerita in Fisher, Horwitz e Reed 1993: xiii-xv, in virtù della quale il tratto distintivo del "movimento" andrebbe individuato nella sfida radicale contro i presidi della *classical legal theory and practice*. In tale (lato) senso, dunque, sono realisti tanto gli *antecedents* (i già menzionati O.W. Holmes, R. Pound, ma anche J.C. Gray e i più giovani J. Dewey e B.N. Cardozo) che gli esponenti della "maturità" del movimento, quali K.N.Llewellyn, J. Frank, J.C.Hutcheson, F.S.Cohen, J.W.Bingham, W.O.Douglas, U.Moore, H.Oliphant, M. Radin, H.Yntema. Per una prospettiva storiografica affine a quella qui presentata, nella (sconfinata) bibliografia sul realismo giuridico americano, si rimanda qui al sempre utile Castignone, Faralli e Ripoli 2002.

essere messa abbastanza seriamente a repentaglio<sup>3</sup>.

Il *casus belli* era costituito dal celebre e vivace scambio di articoli che aveva visto contrapporsi Roscoe Pound a Karl Llewellyn (nonché, sia pure solo in veste di riluttante co-autore e “convitato di pietra”, a Jerome Frank), scambio tutto giocato attorno al tema cruciale dell’individuazione del nucleo teorico e metodologico soggiacente all’etichetta “realismo giuridico”<sup>4</sup> e di quali, dunque, dovessero essere i compiti di una filosofia del diritto autenticamente realista.

Com’è noto, vestendo i panni autorevoli e severi del “decano” della *sociological jurisprudence*<sup>5</sup>, Pound rimproverava alle nuove leve un eccesso di zelo e un atteggiamento dogmatico che finivano sovente con il risolversi in un empirismo asfittico e teoricamente gracile, ossessivamente incentrato sulla singolarità del caso individuale e feticisticamente dedito a compulsare statistiche relative alle decisioni giurisprudenziali<sup>6</sup>.

Per una malintesa fedeltà ai presupposti metodologici elaborati da Holmes, nonché dallo stesso Pound, gli autori emergenti del “movimento” avevano, insomma, ridotto l’impresa analitica realista ad un mero e monotono catalogo di dati empirici (sovente relativi ad ambiti estremamente specifici del diritto), privo di un più ambizioso respiro giusfilosofico.

<sup>3</sup> Per una dettagliata ricostruzione della vicenda e dei suoi potenziali effetti sulla nomina alla Corte Suprema, si veda l’imprescindibile Kaufman 2000: 458-461. Al tomo di Kaufman, vera Bibbia (per autorevolezza ed estensione) degli studi cardoziani, si rimanda altresì per una dettagliata disamina della carriera di Cardozo, nell’avvocatura prima e nel giudiziario poi.

<sup>4</sup> Per una presentazione concisa ma efficace del dibattito e delle diverse posizioni in campo, si veda Fisher, Horwitz e Reed 1993: 49-52. Per una traduzione italiana di due dei testi principali della *querelle* (rispettivamente, Pound 1931: 697-711 e Llewellyn 1931: 1222-1264) si veda il già citato Castignone, Faralli e Ripoli 2002: 119-134 e 187-219.

<sup>5</sup> Al riguardo, è interessante ricordare che anche Summers, nell’avanzare la sua (non eccessivamente fortunata) proposta di compendiare pragmatismo, “giurisprudenza sociologica” e “realismo giuridico” sotto l’etichetta di “pragmatic instrumentalism” ai fini di dar meglio conto del carattere unitario di quella stagione teorica, rilevava come la disputa fra Pound e Llewellyn fosse da considerarsi «really an inside affair» (cfr. Summers 1982:23). Peraltro, è curioso che, in quelle stesse pagine, Summers ritenesse di dover espungere Cardozo dal “catalogo” dei *classic american instrumentalists*, adducendo le critiche da lui mosse ad alcuni degli autori che, invece, figurano nel menzionato catalogo. Summers, tuttavia, cita a sostegno di tale esclusione soltanto *The Nature of the Judicial Process*, tralasciando di prendere in considerazione i successivi scritti di Cardozo e, in particolare, *Jurisprudence*. Come tenterò di mostrare nel prosieguo, a ben vedere, quelle opere forniscono semmai numerose ragioni per intendere anche le critiche di Cardozo agli “strumentalisti” menzionate da Summers alla stregua di un *inside affair* più che come la prova di una netta separazione. Il “veto” di Summers nei confronti di Cardozo è tanto più bizzarro se si considera che proprio nell’“ecumenismo” di *Jurisprudence* si potrebbe agevolmente ravvisare una proposta per molti versi analoga a quella propugnata dallo stesso Summers. Più recentemente, su differenze di grado, di tono e di tasso di radicalismo piuttosto che di sostanza fra Holmes e Pound, da un lato, e Llewellyn, Frank, Cook e altri autori coevi dall’altro insiste anche Tamanaha 2006: 65-66.

<sup>6</sup> Cfr., in particolare, Pound 1931: 699-704. Beninteso, quella presa in considerazione ai fini della presente trattazione è solo una delle numerose ed articolate critiche che Pound rivolge a Llewellyn e Frank.

Llewellyn, dal canto suo, aveva replicato enunciando, nei suoi celebri “nove punti”, il programma in cui, pur nella varietà (e, spesso, eterogeneità) delle loro posizioni, i realisti della “nuova guardia” si riconoscevano, avendo al tempo stesso cura di mettere in luce alcuni, importanti elementi di continuità<sup>7</sup> con le tesi formulate dalla prima generazione di realisti, ivi incluso il venerato *founding father* Holmes<sup>8</sup>. Lungi dall’aver smarrito la retta via tracciata dai predecessori, dunque, i realisti emergenti ne stavano al contrario sviluppando coerentemente l’opera.

Il corollario polemico (implicito, ma non per questo meno evidente) estrapolabile dalle pagine di Llewellyn, insomma, era che, se proprio si trattava di revocare qualche tessera del *club*, non era precisamente fra gli iscritti più recenti che andavano ricercati i tiepidi e gli epurandi.

Gli accenti del dibattito, pertanto, si andavano rapidamente inasprendo, e le varie posizioni in campo vieppiù allontanando.

In tale scenario di incipiente “guerra civile”, Cardozo, benché usualmente propenso ad evitare pubbliche controversie (almeno, al di fuori delle aule giudiziarie) e, come si diceva, a dispetto del rischio (concreto) che tale esposizione incrinasse il “profilo istituzionale” che la carica alla quale stava per ascendere richiedeva, intervenne nella disputa, cogliendo l’occasione di un invito alla riunione annuale della New York Bar Association<sup>9</sup>.

L’intento che l’oratore si proponeva in quell’occasione era, come si legge nell’epistolario da lui intrattenuto con Felix Frankfurter, quello, irenico ed ecumenico, di «*reconcile the factions and bring the contending groups together*»<sup>10</sup>.

Più precisamente, gli obiettivi di Cardozo erano due, distinti e tuttavia strettamente correlati<sup>11</sup>: innanzitutto, la possibilità di trovare una riformulazione del problema che permettesse di disinnescare gli aspetti meramente verbali della disputa e consentisse l’emergere dei numerosi elementi di sostanziale accordo che, a suo parere, essi, in realtà, celavano<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Tra i quali la critica dei concetti giuridici fondamentali, la concezione del diritto come fenomeno fluido e in costante movimento, della creazione giudiziale di diritto e del sistema giuridico quale strumento per conseguire fini di utilità sociale.

<sup>8</sup> Cfr. Llewellyn 1962: 55, n. 36: «Note how closely the description fits Holmes’ work as early as 1871-1872».

<sup>9</sup> Cfr. Hall 1947: 7-46.

<sup>10</sup> Citato in Kaufman 2000: 456. Peraltro, Cardozo menzionava contestualmente anche uno scambio intrattenuto con Llewellyn, dal quale aveva tratto la convinzione che molte delle differenze fra le suddette fazioni fossero puramente verbali e che, pertanto, «*the barks of the realists is worse than their bite*». Comunque stessero le cose riguardo al più diplomatico Llewellyn, Cardozo avrebbe quantomeno avuto di che ricredersi, riguardo a quest’ultima asserzione, nei confronti del ben altrimenti pugnace (e mordace) Frank.

<sup>11</sup> Mi rifaccio qui, anche se discostandomene parzialmente, alla lettura proposta da Kaufman 2000: 456.

<sup>12</sup> «Perhaps we may find in the end that here, as so often, the war is chiefly one of words, and

In secondo luogo, anche mediante la menzionata operazione di “terapia linguistica”, Cardozo si riproponeva altresì di mitigare gli estremismi (anche qui, nella sua prospettiva, più verbali che sostanziali) della nuova generazione, soprattutto riguardo alla natura e all’estensione dell’indeterminatezza del diritto.

La strategia retorico-argomentativa mediante la quale tali fini sono perseguiti ricorda in maniera significativa, almeno nelle sue battute iniziali, alcuni momenti di quella dispiegata da Llewellyn nella sua replica a Pound: Cardozo, in effetti, sembra quasi rivolgere contro i “neo-realisti”<sup>13</sup> le loro stesse armi.

Se, infatti, Llewellyn e Frank avevano rivendicato di essere i veri eredi di Holmes, Cardozo, dal canto suo, rilancia ulteriormente e riconduce la loro impresa nell’alveo di una tradizione assai più ampia:

«[...] the lesson which goes back to Henry Sumner Maine, that the law has different meanings at different stages of its history; that none of definitions yet framed by historians or jurists is adequate for every stage; that some have been framed in adaptation to advanced cultures, and others in adaptation to rude beginnings; and that there still is need of the generalization that will bridge the cultures of the ages»<sup>14</sup>.

Certo, è opportuno tenere a mente che, come appena segnalato, si ha qui a che fare con una sofisticata strategia retorica, ma, con ciò, sarebbe sbagliato derubricare tali considerazioni a semplice espediente argomentativo.

A leggerle con attenzione, infatti, è possibile ravvisare in esse una tesi storico-teorica decisamente interessante: quella, cioè, che individua un legame *definitorio* fra realismo giuridico e approccio contestualista, relativista ed evolucionista allo studio del diritto.

Nel momento in cui, insomma, si constata che nessun apparato concettuale, nessun sistema di definizioni e nessuno schema teorico può ambire ad essere valido *semper, ubique et ab omnibus* e a catturare “il diritto” una volta per tutte, ci si collocerebbe *ipso facto* già al di fuori della cornice del formalismo e all’interno delle coordinate del realismo.

Come si diceva, una tesi nient’affatto banale e, soprattutto, di interesse non esclusivamente antiquario: basti, ad esempio, giustapporla alla caratterizzazione del realismo giuridico americano suggerita in anni recenti da Frederick Schauer<sup>15</sup> per

---

that a *rapprochement* between the factions is simpler than we think. Let us not exaggerate unduly the differences that divide the forces of enlightenment and truth when there is need to present a united front to the embattled ranks and outposts of prejudice and error». Cfr. Hall 1947: 11.

<sup>13</sup> Come, non senza un’ironia nelle intenzioni bonaria ma negli esiti (almeno per il suscettibile Frank) alquanto urticante, Cardozo qualifica gli “zeloti” del movimento, attribuendo gli accenti più appassionati e radicali dei loro scritti ad un eccesso di *missionary ecstasy*. Cfr. Hall 1947: 14.

<sup>14</sup> Cfr. Hall 1947: 10.

<sup>15</sup> Cfr. Schauer 2016: 173-176.

rendersi conto che, in effetti, si tratta di una tesi decisamente sottovalutata in letteratura.

Schauer, infatti, (rifacendosi asseritamente a Llewellyn ma, in realtà, riproponendo inconsapevolmente<sup>16</sup> l'estremizzazione in chiave polemica della posizione di Llewellyn reperibile nello scritto di Pound) non ha dubbi nel classificare Holmes, Cardozo e lo stesso Pound come semplici "proto-realisti"<sup>17</sup>, in realtà ancora vincolati al pensiero giuridico tradizionale e che, quantomeno nel caso di Holmes, non facevano mistero di nutrire convincimenti robustamente essenzialisti circa pretese "aspetti necessari" del diritto e delle categorie giuridiche rilevanti.

Pertanto, di realismo si potrebbe propriamente parlare solo a partire dagli anni Venti e Trenta del Novecento.

È però del tutto evidente che se, come suggerisce Cardozo (peraltro, con buona pace di Schauer, riprendendo e sviluppando considerazioni già formulate da Llewellyn medesimo), il realismo è inscindibile, tanto sotto il profilo teorico quanto sotto quello metodologico, da una prospettiva radicalmente relativista, contestualista ed evolucionista, tale frettolosa periodizzazione, nonché l'altrettanto disinvolta attribuzione di tesi ontologiche circa il diritto che invano si ricercerebbero nelle pagine degli autori<sup>18</sup> da cui sarebbero state propugnate, appaiono del tutto ingiustificate.

Tornando a *Jurisprudence*, Maine non è il solo esponente illustre del catalogo di autori che, in un crescendo di enfasi polemica, Cardozo presenta ai neo-realisti allo scopo di mitigarne le pretese di originalità:

«There were brave men before Agamemnon; and before the dawn of the last decade there were those in jurisprudence who strove to see the truth in the workings of the judicial process, to see it steadily and whole, and to report what they had seen with sincerity and candor. In this sense Savigny was a realist, and Jhering, and in our own land Holmes and Pound, and many another too. "Law, says Savigny,

---

<sup>16</sup> Come osservato poco sopra, alla nota 10, infatti, Llewellyn – in un passo che Schauer ha cura di omettere – sottolinea e rivendica la continuità di almeno alcuni dei punti programmatici da lui esposti con l'opera di Holmes, fin dalle fasi germinali. Più in generale, se esaminata nel suo complesso, è peraltro proprio l'opera di Llewellyn a corroborare significativamente la tesi di Cardozo qui esaminata, offrendo un esempio paradigmatico di approccio contestualista, relativista ed evolucionista allo studio teorico del diritto. Basti pensare all'interesse pionieristico per l'antropologia giuridica eloquentemente attestato da opere come *The Cheyenne Way* (cfr. Llewellyn-Hoebel 1941), nonché al peso che tale approccio ha esercitato sull'impianto teorico-metodologico di Llewellyn. Mi limito qui a menzionare a tale riguardo testi come Llewellyn 1940 o il fondamentale Llewellyn 1962: 77-100. Su questi temi, infine, d'obbligo è il rimando all'acuto e illuminante Hoebel 1964.

<sup>17</sup> Ho tentato di analizzare (e confutare) la periodizzazione proposta da Schauer in Malagoli 2018.

<sup>18</sup> Per limitarsi al caso di Holmes, su cui Schauer si concentra, basta una ricognizione anche superficiale di *The Common Law* per riscontare opinioni alquanto differenti da quelle che *Thinking Like a Lawyer* gli attribuisce, in materia di categorie giuridiche fondamentali nonché dei fantomatici "aspetti necessari del diritto".

“takes actual life as its starting point”. “Das Recht geht von der Wirklichkeit des Lebens aus”. In so far as the bond of union among the realists of the hour is the will to extend this motto of Savigny’s to the workings of the judicial process, to view the process as it is, and not as a facile lip service may at times have represented it to be, there will be few so unregenerate as to remain without the fold»<sup>19</sup>.

Naturalmente, collocare Savigny e Pound lungo uno stesso asse ideale potrebbe sembrare un esercizio storiografico alquanto bizzarro e decisamente arbitrario<sup>20</sup>; tuttavia, lo scopo di Cardozo non è qui quello di sovvertire i manuali di filosofia del diritto, bensì, in prima battuta, quello di smorzare gli entusiasmi dei “neo-realisti”, mostrando che certe grida di battaglia fossero assai meno dirompenti e inedite di quanto ai loro reboanti assertori piacesse pensare, e, in secondo e più sostanziale luogo, ribadire la centralità, nel paradigma realista, di un approccio storico-contingente allo studio (teorico) dei fenomeni giuridici, intesi, con Holmes e con Maine, come “grande documento antropologico” e la cui scaturigine andava pertanto ricercata nelle «*felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy*», come aveva insegnato il *Great Dissenter* nella celeberrima introduzione a *The Common Law* (1881).

Tuttavia, la tradizione di studi storico-antropologici non esauriva certo la cornice più ampia di cui anche i più riluttanti “neo-realisti” non potevano non riconoscersi parte:

«one of the most significant signs of the times is the ferment of present-day interest in problems that are bound up with the nature and origin of law, problems of judicial method, problems of judicial teleology, problems of legal philosophy [...]. The lawyers, I say, have been talking philosophy or what they thought was philosophy; but then on the other hand the philosophers have been talking law or what they thought was law, and some of them certainly have learned more about the law than the lawyers or the judges have learned about philosophy. So we have today the heartening spectacle of lectures by John Dewey on the place of logic and ethics in legal science, and lectures by Morris R.Cohen on the meaning of law and the function of the judge, and essays and addresses by others too many to be catalogued [...]»<sup>21</sup>.

Siamo qui al cospetto di un’ulteriore tesi storico-teorica alquanto significativa: non mi riferisco, tanto, all’influenza del pragmatismo sul realismo giuridico ame-

<sup>19</sup> Cfr. Hall 1947: 10-11.

<sup>20</sup> Esercizio, peraltro, alquanto diffuso e non estraneo allo stesso Kelsen: in questa prospettiva, Savigny, riconducendo il diritto alla storia di un popolo, avrebbe esaltato la centralità della “realtà sociale” nella sua genesi. Naturalmente, letture di questo genere tralasciavano del tutto di considerare altri elementi portanti dell’impianto teorico di Savigny, quali l’organicismo, il radicale anti-illuminismo e il culto della tradizione. Devo ringraziare Pierluigi Chiassoni per questa (non trascurabile) precisazione.

<sup>21</sup> Cfr. Hall 1947: 7-8.

ricano<sup>22</sup>, quanto, più in generale, alla compenetrazione e alla *cross-fertilization* tra dibattito giusteorico e dibattito filosofico che caratterizza in misura estremamente significativa quella stagione.

Al pari di quella precedentemente esaminata, anche questa tesi pare non aver goduto, in sede storiografica, di tutta l'attenzione che avrebbe forse meritato.

Per limitarsi ad un esempio illustre, è infatti interessante comparare il passo appena citato con quanto scriveva Tarello, nel suo seminale studio del 1962, a proposito dell'influenza di Dewey sui realisti e, in particolare, dello scritto menzionato da Cardozo<sup>23</sup>, per rendersi conto che, su quelle pagine, per molti versi così sagaci e avvedute, hanno forse esercitato un peso eccessivo la sospettosità e la diffidenza del giurista nei confronti del filosofo, soprattutto in relazione alla concezione e alla pratica della filosofia del diritto<sup>24</sup>.

È come se, insomma, nell'alquanto seccata e sbrigativa liquidazione di Dewey (cultore di cose giuridiche certo benintenzionato, ma maldestro e dilettesco) operata da Tarello risuonasse l'eco di una sorta di corrispettivo giusfilosofico dell'antico *silete, theologi, in munere alieno*, nonché del più recente fastidio (peraltro, con tutta probabilità, più che giustificato) che i fasti dell'idealismo e dello spiritualismo troppo a lungo trionfanti avevano ingenerato nella nascente filosofia del diritto italiana di taglio analitico<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Tesi, com'è noto, largamente maggioritaria in letteratura, anche se non incontrastata: esiste, infatti, uno sparuto ma combattivo gruppo di autorevoli "negazionisti", capitanati da Gerald J. Postema. Più nello specifico, riguardo ad elementi pragmatisti nel pensiero di Cardozo, si veda Posner 1990a, nonché, nel quadro di un'acuta disamina generale dell'opera teorica e della "tecnica giudiziale" di Cardozo, il ragguardevole Posner 1990b.

<sup>23</sup> Tarello 1962: 53 afferma: «Che l'opera di Dewey in generale e questo studio in particolare abbiano costituito lo stimolo principale del realismo giuridico, tanto che il realismo debba essere come strumentalismo deweyano applicato alla problematica giuridica è stato sostenuto autorevolmente [...]. Questa opinione non mi sembra esatta se essa si risolve nell'affermazione secondo cui la problematica dei realisti si identificava con la problematica che si proponeva Dewey quando si occupava del lavoro dei giuristi: i contributi giuridici del Dewey sono infatti piuttosto scarsi e si limitano di solito all'impostazione metodologica della discussione senza andare in profondità del problema giuridico (d'altronde Dewey non era un giurista di mestiere). Peraltro quella opinione ha un certo fondamento se si risolve nell'osservazione che, molto spesso, i realisti prendono le mosse, nella trattazione di problemi giuridici specifici, dalle impostazioni di Dewey: salvo correggere – frequentemente – queste impostazioni nel corso della loro specifica indagine». Abbastanza curiosamente, Tarello sceglie qui di confrontarsi con la fin troppo generosa e "deweyofila" opinione di Edwin W. Patterson, che ha buon gioco nel confutare opponendo però una svalutazione dell'apporto di Dewey al realismo giuridico altrettanto marcata dell'eccesso di entusiasmo pattersoniano.

<sup>24</sup> Com'è noto, in quello stesso 1962, la contrapposizione fra una "filosofia del diritto dei filosofi" e una "filosofia del diritto dei giuristi" veniva esplicitamente tematizzata in una celebre pagina bobbiana: cfr. Bobbio 1962: 1-11, successivamente tradotto e confluito in Bobbio 2011: 29-41.

<sup>25</sup> Per una paradigmatica rappresentazione degli umori polemici che, al riguardo, allignavano nella cultura giusfilosofica italiana di impronta analitica, si veda, nel menzionato testo di Bobbio, la contrapposizione fra l'opera di Giovanni Gentile (plastica incarnazione di una filosofia del diritto "su-

È (anche) per questa ragione che tornare a meditare testi come quello di Cardozo in un clima meno gravato da ipoteche teorico-accademiche permette di cogliere un punto di grande rilievo, ancorché, in larga parte, misconosciuto: il realismo giuridico americano può essere configurato come un fenomeno strutturalmente interdisciplinare, in cui, cioè, non solo gli steccati disciplinari (solitamente, alquanto robusti ed acuminati) fra “giuristi e filosofi” erano estremamente permeabili, ma, elemento di ancor maggior importanza, proprio la filosofia del diritto cessava di essere “la provincia della cultura in cui le notizie dalla capitale arrivano sempre tardi”<sup>26</sup> per farsi, se non a propria volta la capitale, quantomeno il più frequentato crocevia attorno a cui le varie discipline (filosofia politica, teoria dell’agire sociale, sociologia, psicologia sociale, ovviamente, ma anche epistemologia e logica) si scambiavano i rispettivi apporti.

Come acutamente rileva Cardozo, tale (almeno parzialmente inedita<sup>27</sup>) centralità del diritto e, soprattutto, della teoria del diritto nel dibattito culturale può essere intesa come il sintomo di un bisogno profondo:

«It is a response to the agitations and the promptings of a changing civilization demanding outlet and expression in changing forms of law and jurisprudence and philosophy adequate to justify the changes»<sup>28</sup>.

Certo, è chiaro che, qui come altrove, Cardozo mescola nella sua nozione di filosofia del diritto genuina analisi teorica e ideologia prescrittivo-valutativa, ma, in ogni caso, la sua diagnosi permette di comprendere i motivi che spingevano tanti “giuristi non di mestiere” come Dewey ad interloquire con gli specialisti del ramo e mettere alla prova proprio in quello specifico campo del sapere gli strumenti con cui indagavano l’agire sociale e le dinamiche dei cospicui mutamenti socio-economici da cui la società (non solo) statunitense era percorsa.

Beninteso, se, da un lato guarda con favore a così ricchi e variegati contributi esogeni alla riflessione giusteoria, Cardozo esorta tuttavia *lawyers and judges* a non

---

blime, in rapido e altissimo volo sulla nuda e volgare empiria, mirante a dare al diritto una collocazione definitiva, se pure un po’ subalterna, nella vita dello spirito”) e quella di Santi Romano (“apparentemente terra terra, consapevole dei propri limiti, che guarda con un certo sospetto la filosofia dei filosofi”). Cfr. Bobbio 2011: 35.

<sup>26</sup> Per riprendere la (felice, ancorché impietosa) similitudine impiegata da Mauro Barberis 2015.

<sup>27</sup> A rischio di peccare di enfasi, l’unica stagione che, nella storia del pensiero moderno, registra un’altrettanto cospicua attenzione per il diritto è, a ben vedere, quella dell’Illuminismo. E sebbene, rispetto ad esso, il realismo giuridico sia certamente un fenomeno culturale meno cosmopolita e dagli esiti decisamente meno clamorosi, tuttavia il paragone è almeno in parte legittimato dal numero e dalla varietà dei saperi che, in quel momento, guardano al diritto come strumento privilegiato per governare i profondi mutamenti economico-sociali in atto e, segnatamente, alla teoria del diritto come al banco di prova su cui saggiare la bontà dei metodi d’indagine e dei risultati delle scienze sociali.

<sup>28</sup> Cfr. Hall 1947: 8.

lasciarsi marginalizzare nella discussione in corso e, anzi, rivendica una decisa primazia degli “addetti ai lavori” nel mettere ordine nel dibattito e nel tirare, con la sobrietà del professionista, le somme concettuali delle relative proposte teoriche<sup>29</sup>.

Sobrietà tanto più necessaria nei confronti di quei “giuristi accademici” che, perdendo di vista la pratica effettiva del diritto, indulgevano, per insopprimibile propensione alla provocazione, ad estremismi magari divertenti a scriversi (e a leggersi) ma di scarsa utilità esplicativa:

«fundamental in the thoughts of the neo-realists, or of the most of them, is the exaltation of what is done by a judge as contrasted with what is said. They cling to the motto that “action speaks louder than words”. Indeed they go beyond it, for some of them seem to tell us, not only that conduct is the louder, but that words do not speak at all. [...] Law is not found in anything that a judge says in his opinion, but rather in what he does and only in what he does»<sup>30</sup>.

Nel formulare proposizioni di questo tenore, i “neo-realisti” finivano, però, con il cadere in atteggiamenti dogmatici che li portavano a trasgredire alcuni dei punti fondamentali dello statuto metodologico a cui, asseritamente, si richiamavano:

«Generalizations about the ways in which the judicial process works are quite as likely to be incomplete, and to stand in need of supplement of revision, as the generalizations yielded by the process when in action, the output of its workings. The fallibility is strikingly exemplified in the dogma that speech is invariably to be held subordinate to acts. Very often it is, but not by any means invariably. Instead of its being true that what was said in an opinion is *always* controlled by what was done, the fact is that what was done is often controlled by what was said»<sup>31</sup>.

Quello che Cardozo rimproverava ai suoi interlocutori (non tanto, qui, a Llewellyn, quanto soprattutto a Frank<sup>32</sup>) era l'adozione di un riduzionismo decisamente estraneo alla capacità di costruire rappresentazioni complesse e articolate e al cauto scetticismo verso le sintesi troppo drastiche che, pure, avrebbero dovuto costituire l'abito mentale del teorico realista:

«If I consult my own experience, and ask what judges do in building law from day to day, I find that for the average run of cases what our predecessors have *said* is a

---

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Cfr. *ivi*: 11-12.

<sup>31</sup> Cfr. *ivi*: 16-17.

<sup>32</sup> Il quale, peraltro, non reagì con particolare compostezza, bensì ingaggiando, con la consueta pugnacità, un vero e proprio duello epistolare al quale Cardozo, con la consueta diplomazia, si sottrasse adducendo pressanti impegni lavorativi. Al riguardo, si rimanda al sempre dettagliatissimo Kaufman 2000: 458-461. Sulla vicenda, utili considerazioni si leggono anche in Glennon 1985: 50-51.

generative force quite as much as what they have done [...]. I mean what has been said as the professed and declared principle dictating the conclusion. But the average run of cases do not make up the entire body of the law. There are exceptional cases too, the cases where the creative function is at its highest. These are the cases that have a maximum of interest for the student of legal methods. These are the cases in which neo-realism, as I view it, has its maximum of truth and also its maximum of utility»<sup>33</sup>.

Il fatto è che, a parere di Cardozo, i “neo-realisti” coltivano, del diritto, una nozione indebitamente circoscritta e limitata, e, a ben guardare, molto poco “realistica”, perlomeno nel senso che Holmes e gli altri antenati illustri avevano dato all’aggettivo:

«Now, personally I prefer to give the label law to a much larger assembly of social facts [...]. I find lying around loose, and ready to be embodied into a judgment according to some process of selection to be practiced by a judge, a vast conglomeration of principles and rules and customs and usages and moralities. If these are so established as to justify a prediction with reasonable certainty that they will have the backing of the courts in the event that their authority is challenged, I say that they are law»<sup>34</sup>.

Allo studioso dei *legal methods* s’impone dunque di analizzare quel “processo di selezione” in cui consiste il ragionamento del giudice, e ripercorrendo il quale è dunque possibile individuare nel vasto (e, come si è visto nel passo citato, eterogeneo) “conglomerato” dei *social facts* “il diritto”, ovvero gli elementi normativi abbastanza consolidati da costituire una base ragionevole per la predizione delle decisioni dei tribunali.

Nell’accostarsi al ragionamento giudiziale, al teorico cardoziano si richiede dunque un approccio eclettico e non riduzionista, capace di cogliere la complessa articolazione dei metodi attraverso cui esso si dipana, onde poter restituire adeguatamente la (paradossale) combinazione fra stabilità e mutamento<sup>35</sup> che caratterizza il diritto.

## 2. *Into the judicial caldron. I quattro metodi del ragionamento giudiziale*

L’elenco dei *social facts* menzionati nel passo citato in conclusione del paragrafo precedente non è infatti casuale, ma costituisce un preciso richiamo ai metodi di ra-

<sup>33</sup> Cfr. Hall 1947: 19-20.

<sup>34</sup> Ivi: 18.

<sup>35</sup> Ivi: 26. Peraltro, il tema delle istanze antinomiche a cui il diritto deve corrispondere è centrale nei *Paradoxes of Legal Science*.

gionamento giudiziale a cui, in due delle sue opere più note<sup>36</sup>, Cardozo riconduceva l'attività giudiziale: il metodo logico-sistematico (o filosofico); il metodo storico-evolutivo; il metodo del costume o della tradizione; il metodo sociologico. È importante precisare che, seppur distinti ed isolati a fini analitici nella trattazione, tali metodi non si escludono mutuamente, ma sono al contrario prospettive e linee procedurali che si sovrappongono, interagiscono e, spesso, competono fra loro<sup>37</sup>.

Come si è già avuto occasione di rilevare, inoltre, sebbene abbia (quantomeno in prima battuta) intenti descrittivi, il discorso di Cardozo si configura piuttosto come una complessa combinazione di metagiurisprudenza descrittiva, valutazione tecnica, e prescrizione.

Il metodo logico-sistematico è, appunto, il metodo della logica, della deduzione da principi (ricavati da disposizioni normative e precedenti) e della applicazione rigorosa della regola dello *stare decisis*. Occorre però precisare che la denominazione scelta da Cardozo rischia di essere parzialmente fuorviante, per il lettore contemporaneo: infatti, a fianco della logica propriamente intesa, l'autore, seguendo una tradizione all'epoca piuttosto diffusa, colloca nel metodo logico-sistematico anche operazioni (quali l'analogia, l'argomento a *contrario*, quello a *fortiori*, quelli della completezza e della coerenza) che oggi si annoverano semmai fra le tecniche e gli argomenti integrativi<sup>38</sup>.

Il metodo logico-sistematico figura come primo nell'elenco, nota Cardozo, non perché goda di un'indefettibile preminenza sugli altri (come si vedrà a breve, al contrario, si subordina non infrequentemente ad essi), bensì perché è il metodo di ragionamento centrale nella formazione del giurista e, in quanto tale, è tradizionalmente associato all'ordine e, appunto, alla sistematicità e alla certezza del diritto, intesa come prevedibilità delle decisioni giudiziali, uniformità, regolarità, trattamento eguale dei casi eguali.

Perciò, nel caso uno o più degli altri metodi proponano soluzioni contrastanti con gli esiti del metodo logico, tali soluzioni devono essere dotate di ragioni particolarmente poderose per poter prevalere su di essi.

Sebbene, infatti, Cardozo citi ricorrentemente e con fervida approvazione la celeberrima sentenza holmesiana circa il peso da assegnarsi a logica ed esperienza nello sviluppo del diritto, non esita a chiosare che il fatto che la logica non sia il bene supremo nella gerarchia del giurista non significa che essa non sia comunque un bene, e non dei meno rilevanti<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Rispettivamente, *The Nature of the Judicial Process* (1921), in Hall 1947: 107-184 (si fa qui riferimento, in particolare, alle pp. 108-167) e *The Growth of the Law* (1924), in Hall 1947: 185-250 (si fa riferimento, in particolare, alle pp. 211-233).

<sup>37</sup> Una presentazione concisa ma puntuale ed efficace dei quattro metodi di ragionamento giuridico analizzati da Cardozo è rinvenibile in Posner 1990b: 23-32.

<sup>38</sup> Devo ringraziare Pierluigi Chiassoni e Giovanni Tuzet per questa precisazione.

<sup>39</sup> Cfr. Hall 1947: 118: «logical consistency does not cease to be a good because it is not the su-

Da ultimo, è importante notare che il metodo logico-sistematico, a dispetto delle sue generose promesse di completezza ed esaustività, è ben lungi dal poter fornire una risposta univoca a tutte le questioni giuridiche: oltretutto nella competizione con gli altri metodi, esso si trova anzi spesso impegnato in una sorta di “guerra civile” fra “logiche” contrastanti, analogie concorrenti e, insomma, prodotti platealmente contraddittori e tali da rendere necessario – con buona pace delle pretese di purezza ed autosufficienza – il ricorso ad uno degli altri metodi (e si vedrà a breve di quale si tratti) come arbitro della contesa.

Il metodo storico-evolutivo vede il giudice impegnato, anziché in una serie di “calcoli” leibniziani, in uno studio genetico e genealogico di concezioni, principi, ed istituti giuridici allo scopo di ricostruirne lo sviluppo storico.

Tale metodo, peraltro, non necessariamente è alternativo a quello logico: talvolta, infatti, lo sviluppo storico di una dottrina può coincidere con quello logico, nel caso quest’ultimo sia informato al principio della coerenza con il passato.

In altri casi, tuttavia, la tendenza allo sviluppo “logico” (in cui, come si diceva, Cardozo sembra includere anche estensioni analogiche) di un principio può trovare un argine nel metodo storico, che lo confina nei margini assegnatigli, appunto, dalla sua vicenda storica.

Uno degli esempi più immediati e lampanti di ambito privilegiato di impiego del metodo storico è, secondo Cardozo, il diritto della proprietà fondiaria<sup>40</sup>. Nessun legislatore, nessun estensore di codici ha concepito il sistema dei possedimenti feudali, i cui principi e istituti si sono sedimentati nel *common law* in una stratificazione plurisecolare. Nessun processo *ordine geometrico* di deduzione logica dal concetto di proprietà, nota Cardozo, ci permetterebbe mai di distinguere le caratteristiche di un diritto di piena proprietà su di un fondo da quelle di un diritto vitalizio, o da quelle di un diritto vitalizio da quelle di un diritto per un tempo determinato.

Peraltro, neppure il metodo storico-evolutivo sfugge all’ambiguità: lo studio della storia, infatti, lungi dal risolversi in una meccanica ripetizione del diritto presente e passato, con il mettere in luce la pressione esercitata dal passato sul presente, ha al contrario la funzione di alleggerire tale pressione, “disincagliando” il diritto e rendendone manifeste le dinamiche evolutive. Anche il metodo storico, insomma, non si può certo definire auto-sufficiente e, sovente, si configura anzi come prodromico all’azione degli altri metodi.

Il terzo metodo, quello del costume e della tradizione, sembra essere più circoscritto e specifico dei due precedenti. Cardozo appare infatti distaccarsi nettamente dalla ipertrofica nozione di “costume” (in cui usi millenari si mescolano senza solu-

---

preme good. Holmes has told us in a sentence which is now classic that the life of the law has not been logic; it has been experience. But Holmes did not tell us that logic has to be ignored when experience is silent».

<sup>40</sup> Cfr. Hall 1947: 128-129.

zione di continuità a pratiche e consuetudini tecniche dei giuristi) di un Blackstone o da quella vagamente mitologica di un Savigny o, almeno per certi aspetti, di un Maine.

Cardozo non ha in mente polverose reliquie dei secoli ma, semmai, pratiche empiricamente e prosaicamente verificabili, come gli usi commerciali<sup>41</sup>: uno degli esempi a cui fa ricorso è infatti quello delle polizze di carico transoceaniche e dei mutamenti in esse intercorsi a seguito della Prima Guerra Mondiale.

Se, prima del conflitto, una polizza di carico comportava la consegna della merce a bordo di una nave determinata, con lo scoppio della guerra e la conseguente precarietà dei trasporti marittimi (facile preda di U-Boot e cacciatorpediniere), nessuna compagnia di navigazione era in condizioni di predire, sia pure nell'arco di mesi, quando e su quale nave sarebbe stata in grado di trasportare le merci.

I documenti rilasciati dagli speditori, conformandosi a tale nuovo stato di cose, pertanto, non davano più atto della presa in carico su un vascello determinato, ma semplicemente del fatto che le merci erano state prese in carico per la spedizione su una data nave "o su una successiva".

Al termine della guerra, il cambiamento, sorto dalla necessità, era restato in vigore per convenienza (l'incremento del volume dei traffici commerciali con l'Europa rendeva frequenti grandi accumuli di carico sugli imbarcaderi, che rendevano materialmente impossibile sia garantire sia verificare l'effettivo imbarco della merce su un dato naviglio).

La nuova forma del documento soppiantava pertanto la vecchia, omettendo un'attestazione in precedenza ritenuta fondamentale. La questione giuridica era dunque se i tribunali avrebbero o meno dato seguito al nuovo corso: la Corte d'appello di New York pose un'importante precedente, al riguardo, optando per la coerenza con il nuovo uso e con le nuove esigenze del commercio oceanico nel Caso *Vietor v. National City Bank* (N.Y. App. Division, 1922).

Dal punto di vista strutturale, il metodo della sociologia (*last but not least*, nell'elenco di Cardozo) si caratterizza, almeno per certi aspetti, come opposto al metodo logico-sistematico: se quest'ultimo ha una struttura deduttiva (sia pure con le precisazioni e i distinguo sopra menzionati) e si sviluppa dunque a partire da premesse normative "date", il metodo sociologico ha invece una struttura teleologica, è pertanto orientato al perseguimento di determinati fini e, per ricorrere ad una frase di Cardozo di chiara impronta deweyana<sup>42</sup>, "subordina le origini agli scopi".

Mentre il metodo logico-sistematico è, paradigmaticamente, connesso alla stabilità del diritto, il metodo sociologico è invece associato al suo mutamento<sup>43</sup>.

Lo scopo perseguito dal metodo sociologico è identificato da Cardozo nel *social*

<sup>41</sup> Ivi: 258-259.

<sup>42</sup> È di quest'avviso anche Posner 1990a: 1659, e, più estesamente, Posner 1990b.

<sup>43</sup> Al riguardo, si leggono interessanti considerazioni in Posner 1990a: 1655-1657.

*welfare*, il “benessere sociale”, un’etichetta alquanto lata, nella quale l’autore compendia nozioni fra loro correlate: l’“interesse pubblico” (nel qual caso, nota Cardozo, il *social welfare* si identificherà semplicemente con ciò che suggeriscono opportunità e prudenza, proponendo una cauta mediazione fra le varie istanze in gioco), ma anche il “vantaggio sociale” prodotto dalla conformità al modello (*standard*) di condotta corrispondente al “senso sociale di giustizia” proprio di una determinata società in un determinato momento storico<sup>44</sup>.

Non è questa la sede per soffermarsi adeguatamente su quest’ultima e decisamente problematica accezione<sup>45</sup>. Ai fini della presente trattazione, è forse più utile prendere in esame due esempi in cui è possibile cogliere il metodo sociologico in azione: il primo, formulato dallo stesso Cardozo, si concentra sul celeberrimo caso *Riggs v. Palmer* (115 N.Y. 506, 1889), in cui, nella ricostruzione di Cardozo, le ragioni del metodo logico (forza vincolante del testamento; principio secondo cui i tribunali civili non possono aumentare pene e conseguenze penali in genere previste per i delitti) avevano ceduto a quelle del metodo sociologico (inteso nella sua funzione di interprete del “senso sociale di giustizia”) nell’indurre i giudici a decretare che il beneficiario che abbia assassinato il testatore non può essere ammesso a godere dei benefici del testamento<sup>46</sup>.

In questo caso, dunque, il metodo sociologico agisce in funzione che potremmo aristotelicamente<sup>47</sup> chiamare “equitativa”, ovviando alle ricadute inique che l’appli-

---

<sup>44</sup> Nella sua trattazione del metodo sociologico, Cardozo fa largo uso delle opere di teorici europei quali Jhering, Ehrlich, Duguit, Géný, il cui apporto all’opera del giudice newyorkese è tuttavia sorprendentemente trascurato anche da uno studioso attento come Kaufman. Una maggiore attenzione al riguardo è riscontrabile in Pohlenberg 1997: 88, ma la (significativa) relazione di Cardozo con gli autori sopra menzionati meriterebbe di essere oggetto di una indagine assai più estesa ed approfondita che deve di necessità rimandarsi ad altra sede.

<sup>45</sup> L’analisi svolta al riguardo da Cardozo (principalmente, nei *Paradoxes of Legal Science*) è peraltro estremamente sofisticata e si alimenta, ancora una volta, di una cospicua e variegata serie di riferimenti teorici del dibattito europeo, da Stammler a Vaihinger, dal cui *Die Philosophie des Als-Ob* Cardozo mutua la nozione di “finzione”, ad un decennio (è bene ricordarlo) dallo scritto in cui anche Kelsen si misurava, sia pure in chiave decisamente critica, con lo stesso tema e lo stesso autore. Anche per questa ragione, appare sorprendentemente sbrigativo il giudizio con cui Kaufman (cfr. Kaufman 2000: 219-220) ridimensiona l’opera come una sostanziale riproposizione dei temi già presentati nei lavori precedenti, sia pure più sofisticata e impreziosita da vasti (e un po’ manierati) riferimenti filosofici. In questo senso, manca, forse, in letteratura, un bilancio aggiornato ed equanime del percorso teorico di Cardozo capace di dare adeguatamente conto anche delle fasi successive a *The Nature of the Judicial Process*.

<sup>46</sup> Sull’analisi cardoziana di *Riggs v. Palmer* si leggono interessanti considerazioni Posner 1990b: 24-29, in cui, muovendo proprio dall’analisi della sentenza in questione, si delinea tra l’altro un parallelismo fra Cardozo e Dworkin tanto suggestivo quanto controverso, la cui discussione approfondita non può tuttavia essere affrontata in questa sede.

<sup>47</sup> Beninteso, con la (non trascurabile) precisazione che, come rileva opportunamente Posner, la prospettiva aristotelica era, paradigmaticamente, rivolta “agli antecedenti” e al ripristino di equilibri dati e preesistenti, mentre quella pragmatista è, al contrario, orientata alle conseguenze e, dunque, tesa a instaurare ordini inediti e strutturalmente mutevoli. Cfr. Posner 1990a: 1657.

cazione inesorabile del metodo logico-sistematico avrebbe comportato.

Il secondo esempio non è invece tratto dal testo di Cardozo, bensì dalla sua attività giudiziale<sup>48</sup>: sarà infatti lo stesso Cardozo l'estensore della sentenza del celebre caso *Helvering v. Davis* (301 U.S.619 1937) con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti sanciva la costituzionalità del Social Security Act del 1935.

L'argomentazione formulata da Cardozo faceva esplicitamente perno su considerazioni di utilità generale: nel drammatico scenario socio-economico degli anni successivi al 1929, infatti, stanziamenti di fondi federali per provvedimenti di provvidenza sociale e, più in generale, tesi a contrastare gli effetti della disoccupazione su scala nazionale erano una misura i cui benefici apparivano decisamente sopranzare i costi.

Considerato in rapporto ai tre che lo precedono, il metodo della sociologia sembra godere di una collocazione peculiare e, per così dire, ancipite: da un lato, appare dotato di una posizione subordinata e vicaria, intervenendo a modo di "riserva" soltanto qualora gli altri non si dimostrino in grado di fornire una guida per la decisione.

D'altro canto, però, qualora si tenga conto del fatto che è proprio il metodo della sociologia a fungere da arbitro della competizione fra gli altri metodi, soppesando le rispettive, concorrenti esigenze e ponendo limiti alle loro pretese (nonché dirimendo i dissidi intestini del metodo logico), è facile constatare che, in realtà, non c'è aspetto del ragionamento giudiziale in cui tale metodo non eserciti la sua azione.

### 3. *The Gospel that there is no Gospel. Il giudice, il legislatore e la "scienza dei valori"*

Di fatto, anzi, dall'analisi schematicamente riassunta nel paragrafo precedente, emerge con chiarezza che, in definitiva, in virtù del ruolo arbitrale in ultima istanza esercitato dal metodo sociologico, il nucleo stesso del ragionamento giudiziale (soprattutto in materia di diritto costituzionale) consiste nel ponderare tra interessi e valori contrapposti<sup>49</sup>: ed è precisamente in questo aspetto che – sia pure soltanto negli interstizi posti da disposizioni normative, precedenti, consuetudini interpretative, elaborazioni dottrinali – l'operato del giudice si avvicina a quello del legislatore.

Di qui, l'imprescindibile necessità, per il giudice, di elaborare una tecnica di analisi che – abbandonata ogni pretesa formalistica di disporre di una magica "ta-

<sup>48</sup> Per mere ragioni di spazio, non è qui possibile procedere ad una più ampia disamina dell'attività giudiziale di Cardozo, sulla quale si rimanda, oltre ai menzionati Kaufman 2000: spec. 223-435 e 491-565 e Posner 1990b: spec. 92-124), anche a Levy 1938.

<sup>49</sup> Si pensi all'analisi cardoziana (sopra brevemente richiamata) di *Riggs v. Palmer*, in cui la certezza del diritto e la fedeltà allo *stare decisis* si contrapponevano all'equità.

vola logaritmica” da cui estrarre soluzioni dotate di cartesiana certezza – permetta però una stima comparativa dei valori (economici, etici, socio-politici e persino estetici) implicati dai casi con cui si misura: una “assiologia” a cui rifarsi per costruire gerarchie (sempre relative e provvisorie<sup>50</sup>) ed effettuare giudizi di bilanciamento e/o contemperamento.

Non è questa la sede per una ricostruzione dettagliata dell’assiologia che Cardozo delinea in *The Growth of the Law* e, soprattutto, in *The Paradoxes of Legal Science*, né delle molteplici suggestioni disciplinari a cui essa è improntata: basti qui dire che la proposta teorica di Cardozo è comparabile, per ricchezza di motivi e vastità di ambizioni, a quella di un Pound o del Dewey di *The Public and its Problems*<sup>51</sup>.

Quello che, ai fini della presente trattazione, mette conto sottolineare è che il bilanciamento e/o contemperamento fra gli interessi e i valori in gioco effettuato dal “legislatore occasionale” deve in ogni caso essere subordinato a quello effettuato (in altre sedi, con altri strumenti e con altra portata) dal “legislatore a tempo pieno”.

In questo senso, tuttavia, occorre qualche precisazione: quella che troviamo delineata nelle pagine di Cardozo è, infatti, una sofisticata riflessione giusrealista sul rapporto fra legislatore e giudice di ultima istanza, nel quadro della complessa architettura di pesi e contrappesi disposta dalla Costituzione.

Sorprendentemente ingenerose, quindi, appaiono le osservazioni che, al riguardo, ritiene di dover formulare Posner<sup>52</sup>, secondo il quale, tanto la teoria di Holmes del giudice (costituzionale) come “legislatore interstiziale” quanto la versione di essa adottata da Cardozo avrebbero l’implicazione di considerare giudici e legislatori *officials of the same stripe*, mossi dai medesimi fini e valori e soggetti ai medesimi incentivi e vincoli. In questa tanto idilliaca rappresentazione, il ruolo giudiziale sarebbe, semplicemente, quello di coadiuvare, in spirito di fraterna collaborazione, il legislatore a produrre *sound policy*.

Tuttavia, avverte Posner, tale visione è ingannevole: il processo legislativo, infatti, è sottoposto alle pressioni dei gruppi di interesse con un’intensità che, a suo dire, è rara nel processo giudiziale. Ne conseguirebbe una produzione normativa assai meno informata a *sound policy judgments*<sup>53</sup> di quanto non immaginassero, nella loro ingenuità, realisti e pragmatisti *d’antan*, nonché l’impossibilità di concepire il giudice come il fedele “braccio giuridico” della legislazione.

Ora, a prescindere dal fatto che Posner stesso potrebbe a sua volta essere taciato di notevole candore, nella sua ottimistica visione del processo giudiziale come pressoché avulso da pressioni extra-giuridiche, è in ogni caso curioso apprendere

<sup>50</sup> Peraltro, al riguardo, non è del tutto ingiustificata l’osservazione di Michaut 2001: 78, secondo cui «Cardozo est très nuancé sur le problème de cette hiérarchie».

<sup>51</sup> Cfr. Dewey 1927.

<sup>52</sup> Cfr. Posner 1990a: 1658-1660.

<sup>53</sup> Qualunque cosa, di preciso, tale misteriosa espressione significhi.

che Holmes e Cardozo avrebbero nutrito un'opinione tanto favorevole circa la razionalità del corpo legislativo.

Posner, infatti, non produce alcuna prova testuale in tal senso e, in realtà, non sembra che simili considerazioni possano essere rintracciate né nelle opere di Holmes, né in quelle di Cardozo<sup>54</sup>.

In effetti, quello che è possibile reperire nelle pagine dei due autori è, semmai, uno sperimentalismo cauto, mai troppo propenso ai facili entusiasmi né proclive a considerare i *policy judgments* del legislatore qualcosa di diverso dall'esito della combattuta mediazione fra interessi (e gruppi di interesse) divergenti, valori contrapposti e ideologie contrastanti.

In questa prospettiva, il giudice costituzionale, anzi, consapevole com'è dell'intrico di pressioni a cui il procedimento è costitutivamente soggetto, esercita, nei confronti dell'operato del legislatore, una funzione complessa, sfaccettata e nient'affatto meramente ancillare, in cui la fedeltà al *judicial restraint* non comporta né passività né univoca subalternità:

«the utility of an external power restraining the legislative judgment is not to be measured by counting the occasions of its exercise. The great ideal of liberty and equality are preserved against the assaults of opportunism, the expediency of the passing hour, the erosion of small encroachments, the scorn and derision of those who have no patience with general principles, by enshrining them in constitutions, and consecrating to the task of their protection a body of defenders. By conscious or subconscious influence, the presence of the restraining power, aloof in the background, but none the less always in reserve, tends to stabilize and rationalize the legislative judgment, to infuse it with the glove of principle, to hold the standard aloft and visible for those who must run the race and keep the faith»<sup>55</sup>.

Non traggano in inganno i toni enfatici che affiorano qua e là e l'evocazione della statua della libertà nell'immagine dei giudici di ultima istanza come tedorfi dei *principles* della Costituzione: quella che queste righe ci restituiscono è una dinamica istituzionale complessa e nient'affatto idealizzata, un'interazione in cui il legislatore è costretto, non foss'altro che per mera necessità strategica e strumentale, ad adottare i metodi di ragionamento dei giudici e a misurare preventivamente sui criteri da essi fissati i provvedimenti che elabora.

Cardozo tratteggia, insomma, un processo pieno di tensioni, un processo che soltanto *tende* a stabilizzarsi e razionalizzarsi, senza tuttavia mai pervenire alla condizione di equilibrio e semplicistica pacificazione indebitamente evocata da Posner.

<sup>54</sup> E, peraltro, neppure in quelle del più ottimista e baldanzoso Dewey, il quale, dopotutto, circa l'esistenza e l'incidenza dei "gruppi di interesse" qualche nozione l'aveva, in virtù del lavoro pionieristico svolto sul tema sulla scorta degli studi di Arthur F. Bentley.

<sup>55</sup> Cfr. Hall 1947: 143. Citato e analizzato anche in Kaufman 2000: 210.

Il quale, peraltro, non pago di averne stigmatizzata la pretesa ingenuità “istituzionale”, attribuisce altresì a Cardozo e, in generale, ai realisti anche una ulteriore *great weakness*<sup>56</sup>: nonostante tutte le dichiarate buone intenzioni (“pensare cose, non parole”, stimare le conseguenze delle dottrine giuridiche, vagliare politiche concorrenti) essi, infatti, non avevano però a disposizione una metodologia all’altezza delle loro ambizioni, essendo gli strumenti dell’economia, della statistica, e delle altre scienze sociali ancora ad uno stadio troppo primordiale per consentire davvero una realizzazione anche solo parziale del programma poc’anzi menzionato.

Critica, quest’ultima, invero bizzarra: equivarrebbe, infatti, a biasimare l’opera ingegneristica dei fratelli Wright adducendo tutti i limiti tecnici che il loro *Flyer* rivela se paragonato ad un Boeing 777. Fuor di metafora, è indubbiamente vero che negli scritti di Cardozo e persino in quelli del più coriaceo e ancora meno impressionabile Holmes si possono rinvenire accenti di entusiastica aspettativa nelle possibilità della statistica e dell’analisi economica, possibilità che i successivi sviluppi di tali scienze, pur con tutti i loro innegabili conseguimenti, hanno fortemente ridimensionato.

Tuttavia, se da un lato si tratta di entusiasmi facilmente comprensibili, se inquadrati in una stagione pionieristica che vedeva aprirsi nuove prospettive ed affermarsi nuovi strumenti d’indagine nel campo delle scienze sociali, dall’altro essi non sembrano in alcun modo comportare le carenze metodologiche che Posner ritiene di poter ravvisare.

Al contrario, è proprio la consapevolezza della portata limitata degli strumenti a disposizione dell’evocata *axiology* e, conseguentemente, nelle rispettive sfere di competenza, tanto dell’azione del giudice che di quella del legislatore, a rendere necessario il congegno istituzionale sopra richiamato, con le mediazioni e le complesse interazioni che esso comporta.

Inoltre, ancora una volta, è lo stesso Posner che sembra a tratti tradire una cospicua fiducia nelle “magnifiche sorti e progressive” dell’analisi economica, della statistica, e delle altre scienze sociali<sup>57</sup>, quasi che tutto il problema metodologico risiedesse esclusivamente nel maggiore o minore tasso di sviluppo di queste ultime.

Cardozo appare nutrire opinioni decisamente meno ottimistiche, in proposito: in *The Growth of the Law*, concludendo la rassegna dei metodi di ragionamento giudiziale, riteneva opportuno ricordare, citando Powell, che occorreva diffondere *the Gospel that there is no Gospel that will save us from the pain of choosing at every step*<sup>58</sup>.

Al cuore dell’attività giudiziale, come l’analisi del metodo della sociologia aveva

<sup>56</sup> Cfr. Posner 1990a: 1659.

<sup>57</sup> Con la curiosa eccezione, a onor del vero, della sociologia medesima, lapidariamente e poco rispettosamente qualificata come *a failed social science* in Posner 1990b: 26.

<sup>58</sup> Cfr. Hall 1947: 214-215.

dimostrato, c'è, dunque, la discrezionalità del giudice, una discrezionalità *informed by tradition, methodized by analogy, disciplined by system, and subordinated to "the primordial necessity of order in the social life"*<sup>59</sup>. E, del resto, come l'autore si premurava di specificare subito dopo, a beneficio di tutti i "neo-realisti" eventualmente annidati fra i suoi lettori, *wide enough, in all conscience, is the field of discretion that remains*.

## Bibliografia

- Barberis, M. (2015). *Contro il Creazionismo giuridico*, «Quaderni Fiorentini», XLIV, 67-101.
- Bobbio, N. (1962). *Nature et fonction de la philosophie du droit*, «Archives de philosophie du droit», VII, 1-11.
- (2011). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Roma-Bari, Laterza.
- Castignone, S., Faralli, C., Ripoli, M. (2002). *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, Giappichelli.
- Dewey, J. (1927). *The Public and its Problems*, New York, Holt & C.
- Fisher, W.W., Horwitz, M.J., Reed, T. (1993). *American Legal Realism*, Oxford-New York, Oxford University Press.
- Glennon, R.J. (1985). *The Iconoclast As Reformer. Jerome Frank's Impact on American Law*, Ithaca and London, Cornell University Press.
- Hall, M.E. (ed.) (1947). *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo. The Choice of Tycho Brahe*, New York (NY), Fallon Law Book Company.
- Hoebel, E.A. (1964). *Karl Llewellyn: Anthropological Jurisprude*, «Rutgers Law Review», 18, 735-744.
- Kaufman, A.L. (2000). *Cardozo* (1998), Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Levy, B.H. (1938). *Cardozo and Frontiers of Legal Thinking*, Oxford, Oxford University Press.
- Llewellyn, K.N. (1931). *Some Realism about Realism. Responding to dean Pound*, «Harvard Law Review», XXXIV, 1222-1264.
- (1940). *The Normative, the Legal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*, «Yale Law Journal», 49, 1355-1400.
- (1962). *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, The Chicago University Press.
- Llewellyn, K.N., Hoebel, E.A. (1941). *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press.

---

<sup>59</sup> Ivi, p. 165.

- Malagoli, L. (2018). *Mrs. Quickly's feeling for law? Il Giudice di Pace del Vermont e le "categorie giuridiche rilevanti"*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLVIII, 45-64.
- Michaut, F. (1991). *La Recherche d'un Nouveau Paradigme de la Décision Judiciaire à Travers un Siècle de Doctrine Américaine*, Paris, L'Harmattan.
- Pohlenberg, R. (1997). *Benjamin Cardozo. Personal Values and the Judicial Process*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Posner, R.A. (1990a). *What Has Pragmatism to Offer Law?*, «Southern California Law Review», 63, 1653-1670.
- (1990b). *Cardozo. An Essay in Reputation*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Pound, R. (1931). *The Call for a Realistic Jurisprudence*, «Harvard Law Review», vol. 44, n. 5, 697-711.
- Schauer, F. (2016). *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (2009), Roma, Carocci.
- Summers, R.S. (1982). *Instrumentalism and American legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press.
- Tamanaha, B.Z. (2002). *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge (UK), Cambridge University Press.
- Tarello, G. (1962). *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè.

# The Meaning of “Literal Meaning”\*

Lorena Ramírez Ludeña \*\*

## *Abstract*

Although references to literal meaning are frequent in the legal field, it is not easy to determine what “literal meaning” means. In general, it seems to be considered as unproblematic not only by many legal scholars but also by lawyers and other participants in the legal practice. In this paper I will show that this position comes about because an intuitive view of language is assumed according to which words are related by competent speakers to descriptions that determine reference. However, this descriptivist approach is shown to be problematic in reconstructing our linguistic practices. In contrast, New Theories of Reference (NTR) provide a plausible account of our common and legal uses of words. In this paper I will present a version of NTR that avoids the criticisms that are normally addressed to them. I will also show that this version of NTR has advantages when compared to the traditional descriptivist model. In the legal field, this version of NTR allows us a better understanding of how legal interpretation works.

**Keywords:** Literal Meaning. Descriptivism. New Theories of Reference. Legal Interpretation.

---

\* The title of this paper is intentionally similar to Hilary Putnam’s *The Meaning of ‘Meaning’* (Putnam, 1975). Whereas in his work Putnam analyses the impact of New Theories of Reference on the meaning of words, here I analyse the impact of New Theories of Reference on literal meaning. However, it is important to note that my interest is not primarily in literal meaning, but in presenting a plausible version of New Theories of Reference, to show their incidence in legal interpretation. I would like to thank Josep M. Vilajosana, Diego Papayannis, Alberto Carrio, Jose Juan Moreso, Jordi Ferrer, Lucila Fernandez, Pablo Rapetti, Andrej Kristan, Esteban Pereira, Pere Camprubí, Marisa Iglesias and Verónica Rodríguez-Blanco for their comments and suggestions regarding a previous version of this paper. I presented this paper in the University of Milan in May, 2017. I am very grateful to the participants of the seminar for their insightful comments. Special thanks to Genoveva Martí for many valuable discussions on these issues.

\*\* Facultad de derecho, Universidad Pompeu Fabra, c/ Ramon Trias Fargas 25-27, 08005 Barcelona, Spain, lorena.ramirez@upf.edu

## 1. Introduction

References to literal meaning are frequent in the legal field, not only among lawyers but also among jurists and legal philosophers. It is considered to be relevant to preserving the different values that make up the rule of law, such as predictability. In criminal law, literal meaning is commonly used as an important tool to distinguish between (accepted) interpretation and (forbidden) analogy. However, it is not easy to determine what “literal meaning” means. Other expressions such as “ordinary meaning”, “plain meaning” or “grammatical interpretation” are normally used in order to explain what literal meaning is, but these expressions are not very helpful since they may be understood in multiple ways<sup>1</sup>. In general, it can be said that literal meaning is considered to be unproblematic, though<sup>2</sup>. In this paper I will show that this position comes about because we frequently assume that words are related by competent speakers to descriptions that determine reference. However, this descriptivist approach is shown to be problematic in reconstructing our linguistic practices. In contrast, New Theories of Reference (NTR) provide a plausible account of our common and legal uses of words<sup>3</sup>.

NTR have had an impact in recent debates in the philosophy of language. While not without drawbacks, the way in which they reconstruct the relation between our words and the world appeals to many philosophers of language. However, in legal philosophy the possibilities of these theories have not yet been fully exploited. In this paper I will present a version of NTR that avoids the criticisms that are normally addressed to them. I will also show that this version of NTR has advantages when compared to the traditional descriptivist model. In the legal field, this version of NTR allows us a better understanding of how legal interpretation works. I will show that it is useful for making sense of frequent references to literal meaning by judges and legal scholars, and also for reconstructing the relation between literal meaning and interpretative instruments such as legislative intent. In doing so, I will also show that the relevance conceded to literal meaning in order to preserve the different values that make up the rule of law has to be questioned.

---

<sup>1</sup> Regarding the use of other expressions (such as “formal”, “grammatical”, “direct”, “linguistic”, “obvious” or “plain”) that are not clear enough, see Mazzarese 2000.

<sup>2</sup> This is just a generalization. Among legal philosophers, see for example Poggi 2007, who emphasizes the problematic character of literal meaning because of the incidence of contextual elements. This view is broadly accepted among philosophers outside the legal domain, who agree on the incidence of context but disagree about when it matters and which contextual elements are relevant. See for example Searle 1970 and Recanati 2004.

<sup>3</sup> In order to reconstruct the basic tenets of NTR, I will mainly take into account Donnellan 1970, Putnam 1975, and Kripke 1980. Donnellan and Kripke basically focused on proper names, while Putnam explored natural kind terms.

## 2. Descriptivism and its problems

An intuitive conception about language is generally accepted: we associate words with descriptions and then these words refer to the objects that have the properties contained in our descriptions. For example, we *decide* – as a community – that the general term “fruit” has a meaning which points towards the description (according to the Oxford English dictionary) “edible product of a plant or tree, consisting of the seed and its envelope”. As a consequence, the world is divided in two parts: the objects that are fruits, and the objects that are not, depending on whether they have, or do not have, the characteristics included in the description. And when, in the legal sphere, it is established that fruits are subject to a particular tax, this means that objects that have certain characteristics are subject to that tax. In this way, both in general and in the legal context, we decide to group together, in a particular manner, objects, which are similar but at the same time different in many aspects. We take some characteristics into account, while leaving others aside. Words refer to those objects that have the properties we have considered relevant, and speakers are competent inasmuch as they know the descriptions that constitute the meaning of those words<sup>4</sup>.

This is an intuitive conception of language because it easily explains the way we learn and show how to use words: by using descriptions. It is also intuitive because it provides a clear explanation of the relation of reference: the objects we refer to have certain properties that we have considered relevant. This conception is assumed, with greater or lesser sophistication, in a more or less conscious way, by many individuals. Moreover, it has had a strong impact on philosophers of language<sup>5</sup>, legal philosophers<sup>6</sup>, and legal scholars in general. For example, in criminal law, references to literal meaning are frequent, and the relevance of ordinary language – and the descriptions we normally associate with words – has been defended<sup>7</sup>. It is not surprising that in the legal field descriptivism is assumed: we decide what situations we want to regulate in a particular way, and this seems to imply that we decide which properties are relevant for the law to be applied.

To adopt such a conception does not imply assuming that language in general,

---

<sup>4</sup> In philosophy of language, Frege 1998a, 1998b and Russell 1905, 1910-11 are considered to be the two most representative authors of this conception, which we could call “traditional”. Nevertheless, this may be debatable if one takes into account their writings. In any case, I am not interested here in describing the position of particular authors. Rather, I want to reconstruct what may be considered the traditional conception, which is intuitive and generally accepted, in order to understand the point of departure for those who defend NTR.

<sup>5</sup> Searle 1958.

<sup>6</sup> Many scholars have understood Hart 1994 in this way.

<sup>7</sup> That is to say, literal and ordinary meaning are frequently regarded as interchangeable. See Montiel and Ramírez Ludeña 2010.

and legal language in particular, is unproblematic. In the legal field, it is generally assumed that legal language is not formal, even if it is technical. In this sense, although on some occasions new terms are introduced, or day-to-day terms are redefined, this does not prevent problems of ambiguity and vagueness from occurring<sup>8</sup>. This understanding of language gets around the implausibility of the most radical forms of semantic and legal formalism. But merely to say that the language of the law is expressed through ordinary language, that descriptions which we commonly associate with words determine what we refer to, and that problems of ambiguity and vagueness may arise, seems to be totally insufficient to provide a plausible account of our linguistic and interpretative practices.

Amongst other considerations<sup>9</sup>, it is important to note that it is difficult to determine what properties are relevant in ordinary language, even in the case of words we use every day and with respect to which we seem to be competent. It seems thus debatable to assume that all our uses are underpinned by shared properties that we have to know in order to be competent speakers. Even if it seems that we have a *practical* knowledge of our language, that is, we use it in an unproblematic way, it is excessively demanding to assume that we have a *theoretical* knowledge, in the sense that we know the descriptions that determine the reference and in virtue of which we are competent.

Moreover, as I will show later, sometimes different uses with many kinds of relations among them coexist in a more complex way than is shown when we normally talk about vagueness and ambiguity. In some cases, we doubt whether an ordinary use – distinct from a more technical or expert use – has been created, or if that use is wrong. Sometimes there are several uses and doubts arise with respect to which one is legally relevant. Other times it is controversial whether a new use has been generated in the legal field.

Both points – the difficulty of determining the relevant properties and the existence of multiple uses with intricate relations – show the complexities we face when we want to determine the meaning of the words we use, an issue that is especially relevant and challenging in the legal sphere. Problems with regard to literal meaning become especially important in criminal law, where the greater infringements of the most important legal interests are regulated, and legal consequences are more serious. In fact, in criminal law the distinction between (permitted) interpretation and (forbidden) analogy is made through recourse to literal interpretation, which

---

<sup>8</sup> Some terms are ambiguous because we associate them with more than one description and we have doubts about which meaning is relevant in a particular context; and there are also problems of vagueness because, despite only one meaning being relevant, there are cases that lead us to doubt whether or not they are covered by that meaning. Even if problems of ambiguity are generally seen as residual, qualitatively and quantitatively, it is understood that problems of vagueness are constant and more difficult to resolve. See, for example, Nino 1997; Moreso, and Vilajosana 2004.

<sup>9</sup> See Ramírez Ludeña 2018.

is related to ordinary language. It is assumed that *analogies* amount to an act of creation, by going beyond the limits of the wording. But, at the same time, *broad interpretations* – that are said to be plausible extensions of literal meaning – tend to be accepted. But what is a plausible extension of literal meaning? Does it operate as a genuine limit? If the interpreter does not have an articulated theory for identifying literal meaning<sup>10</sup>, extending that meaning in a plausible way, and then differentiating broad interpretation from analogy, in the end her practical preferences will become determinant.

Furthermore, in the legal sphere there are multiple methods that increase the interpretative possibilities the judge can choose from<sup>11</sup>. There is no clear consensus on whether the interpreter is free to choose between the techniques or if there is some hierarchy and this has an impact on the role of literal meaning in legal interpretation<sup>12</sup>.

Let us have a look at the problem by taking into account a well-known example. In Spanish criminal law, the interpretation of the term “violence” used in the legal definition of coercion (art. 172 of the Spanish Criminal Code) has been the subject of deep controversy<sup>13</sup>. In particular, there has been discussion as to whether the provision includes psychological coercion or assault on objects that in other criminal offences are considered as covered by the terms “intimidation” and “use of force”. The problem comes from the fact that the legislator has not included those other expressions in the definition of coercion, while it has done in other definitions like, for example, sexual assault (in this regard, the art. 178 of the Spanish Criminal Code distinguishes violence from intimidation). When interpreting the term “vio-

---

<sup>10</sup> In fact, several underdeveloped views about literal meaning coexist, making reference to controversial elements such as its obvious and restrictive character.

<sup>11</sup> On the problems of ambiguity raised by the existence of multiple interpretative instruments, see Guastini 2012.

<sup>12</sup> In this context, the limited attention that these questions have received by the Spanish legal scholarship on criminal law has to be pointed out. In 2005 I conducted a research project, together with Marisa Iglesias and Íñigo Ortiz de Urbina, from the philosophy of law and the criminal law groups of the University Pompeu Fabra. We analysed the position of various authors in 15 manuals, monographs about methodology in criminal law and commentaries on the criminal code and showed that in more than a third of the cases there was not a single reference to the existence of these instruments. In those publications where the instruments were mentioned there was no proposal of a hierarchy. When a hierarchy of interpretative instruments was included it tended to lack clarity because, for example, the relevance of both literal and teleological interpretation was emphasised. It could even be said that, generally, for the authors all canons can be used with varied intensity and hierarchy, individually or combined, to reach the interpretative result pursued by the interpreter. In some cases, this freedom to choose is clearly advocated, like in Cobo del Rosal and Vives Antón 1999: 122, where the authors claim that all interpretative *dirigisme* has an authoritarian source, and goes against the liberty inherent in any scientific research as well as against open discussion about the values that characterise a democratic country. The texts are analysed and cited in detail in Ortiz de Urbina 2012.

<sup>13</sup> On this example, see Ragués i Valles 2003.

lence” in the same way as in other provisions, and so excluding intimidation and use of force, seemed to be unjust, jurisprudence has proceeded to what has been called a “spiritualization” of the term “violence” for coercion. But this seems to go against a systematic interpretation, given that, if the legislator had wanted, it could have used the term “intimidation” or the expression “use of force” also in the definition of the offence of coercion. Leaving aside the different considerations at stake, it is important to note that both interpretations have been defended by making reference to different understandings of literal meaning<sup>14</sup>.

The preceding example allows us to explore further the problems of delimitation between interpretation and creation of law that are related to literal meaning. Analogy involves broadening the scope of a term’s application to cases that are not included, but are similar. Therefore, it already starts from a specific interpretation. For example, if we consider that a systematic (restrictive) interpretation is relevant for the interpretation of the criminal code, what has happened with the term “violence” involves an extension by analogy that exceeds the limits of the allowed interpretation. However, if one appeals to considerations related to the ordinary use of the word or to the protected legal good, it is possible to claim that the solution proposed by the courts is a plausible extension of literal meaning, and that it cannot be seen as a case of forbidden analogy. In any case, reflecting on the problems brought up by literal meaning and interpretative instruments such as the one that seeks the legislative intent enriches the debate about interpretative matters and avoids clear-cut distinctions that cannot be sustained. This is so, even if reflection could lead to recognizing that all the instruments (without a hierarchy) are to be accepted<sup>15</sup>.

In conclusion, literal meaning (or ordinary meaning understood in the same way) is frequently seen as unproblematic. This is so because the traditional conception of meaning is assumed. However, I have shown that the traditional descriptivist way of understanding language is questionable. In the legal field, this means that it is problematic to associate literal meaning with the values underlying the rule of law, and that it is not useful to distinguish between interpretation and analogy.

---

<sup>14</sup> See Ragués i Vallès 2003.

<sup>15</sup> The issue of interpretative methods and their hierarchy is normally addressed at a descriptive and a normative level. At a descriptive level, the instruments used by courts and doctrine are described. At a normative level, a stand is taken as to which one is better, by taking into consideration elements such as predictability or separation of powers. I am also interested in what can be called the *conceptual* level in connection to the concept of law. Can we make reference to legal correctness or point out that judges are wrong, when they invoke and apply interpretative instruments? Are all the available instruments equally admissible from a legal perspective? It should be noted that these discussions are related to the question of what counts as law and if, from a legal point of view, different instruments can be used. From another perspective and with a different aim, Greenberg 2017: 106 has also defended the relevance of analysing interpretative issues by taking into account more fundamental questions: “answers to questions about legal interpretation depend on how the content of the law is determined at a more fundamental level than legal standards”. I will come back to this issue later in the article.

### 3. NTR and chains of communication

The traditional conception, in its many versions<sup>16</sup>, as outlined above, has been widely criticised by supporters of NTR, who have also proposed an alternative model. In what follows, I will briefly present the criticisms raised by NTR against the traditional model and I will describe what I consider to be the central tenets of NTR.

Although supporters of NTR emphasise different aspects, it can be argued that they all share a negative thesis: it is not necessary that speakers associate words with a set of descriptions in order to refer to objects. Individuals, but also the community as a whole, often have a poor and/or wrong knowledge of those descriptions and yet are able to refer to objects. This does not seem too controversial if we think about proper names such as "Aristotle". We refer to Aristotle without needing a description that selects a single individual, and the descriptions we associate with the name may be wrong or fit a different individual. In this sense, although it is difficult to deny that we associate certain descriptions, positive and negative connotations, and other elements with the words we use, they do not explain what we refer to or how.

However, if not through descriptions, how is it that we are able to refer to objects often distant in time and space? According to supporters of NTR, reference is normally established by an act of ostension in which a name is bestowed by a declaration such as "let us call this individual 'Aristotle'". Subsequently, users of "Aristotle" refer to the bearer of the name by virtue of being part of a network of users, a chain of communication in which each link has received "Aristotle" from a previous link (and uses it with the intention of referring to the bearer at the origin of the chain). Therefore, according to NTR, subjects refer to an object in virtue of their objective position in the chain of communication, without descriptions being necessary to refer to the object<sup>17</sup>.

How can this model be extended to general terms? Following Putnam (1975), let us imagine that the term "water" was introduced by indicating a certain sample of the substance in a lake. This initial sample counts as a paradigmatic instance and thereafter other samples are classified by their similarity to the paradigmatic case.

According to supporters of NTR, what makes a particular sample water, and

---

<sup>16</sup> In contrast to less plausible positions which focus on speakers considered individually, there are versions of the traditional view that assume a socialised conception and focus on clusters of descriptions that are associated with the terms at the level of the whole community. Searle 1958 argues that the referent of a name is the object that satisfies a sufficient (albeit vague) level of descriptive information socially connected with the name. Despite the fact that they do not analyse in detail the nature of the relevant descriptions, legal scholars in general, and legal theorists in particular, seem to assume a position close to that of Searle. See Raz 2001: 14 ff., for an excellent analysis of the problems that individualistic conceptions have to face.

<sup>17</sup> Regarding the notion of chains of communication, see Almog 1984.

what determines the correct application of the term “water”, may not be accessible to the speakers. Having the molecular structure  $H_2O$  is what determines that something is or is not water, and therefore the domain of application of the term “water”. But the discovery of the scientific nature of water occurred long after the term started to be used. Individuals lacking that scientific information were nonetheless able to refer and were considered competent<sup>18</sup>.

Frequently, it is assumed that NTR are committed *always* to essentialism, and *in an implausible way*. Those who defend NTR are understood as postulating the existence of shared underlying natures which are not immediately visible or observable, and which can be discovered only through scientific research and theoretical reflection. From this perspective, according to NTR hidden natures are always relevant; and they are relevant independently of our linguistic practices. However, in the version I defend, commitment to hidden natures is not inherent to NTR. Some samples are treated as paradigms, and others are classified as members of the same class because of their similarity to the paradigms. But the similarity may be superficial or focus on the function. Then, the model *does not require* that the relevant criterion is related to hidden natures. Which criterion is ultimately relevant depends on complex factors that are not semantic, *deeply related to our interests and concerns*. The novelty of the version of NTR that I am presenting here is that it leaves the door open to the idea that the criterion is related to elements which subjects do not know and which can transcend the entire community<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Obviously, before the discovery people had descriptions corresponding to “water” even though not in chemical terms. But those descriptions did not explain reference: they were able to refer to water even if their descriptions were inaccurate. Moreover, the discovery of the molecular structure of water has not been understood as giving rise to a change in the meaning of “water”.

<sup>19</sup> Emphasizing this point, see Martí and Ramírez Ludeña 2016. Although I do not dwell on these issues here, often, especially during the first half of the twentieth century, analytical philosophers have assumed that the only admissible (if any) kind of necessity is conceptual necessity. Therefore, it is understood that a proposition is contingent if its truth or falsity depends on how the world is, and necessary if it depends on our concepts and the relationship between them. Contingent propositions can be known *a posteriori*, and necessary *a priori*. The proposal of the supporters of NTR radically confronts the classic position. In fact, Kripke and his followers have rejected the link between the necessary and the *a priori* and have argued that there are truths that are necessary and *a posteriori*, as well as contingent *a priori* truths. The way some analytical philosophers understand necessity has also had a strong impact with regard to how they think about other possible worlds and essences. From their point of view, necessity, linked to our arbitrary conceptual decisions, determines our reflections about other possible situations. Thus, if we have chosen that “water” means a colourless, odourless and tasteless substance that quenches thirst, there is no possible world in which water is not exactly that substance, since that is what being water consists in. And this also determines the question of essences (in those cases in which they accept the discourse about them): it is essential for water to be a colourless, odourless and tasteless substance that quenches thirst, precisely because of our linguistic decision. All other features not integrated into our definition are incidental. Instead, to assume that we do not require descriptions that determine reference allows the recovery of the debate on essentialism. Since the issue of which descriptions are relevant is not fixed in advance but depends on empirical research and theo-

It is important to note that in classifying the natural world we tend to assume that our classifications and our use of words reflect the nature of things. We trust science to discover the elements of reality that are responsible for the surface behaviour of objects, outward appearances and causal interactions. In fact, given our past experiences, it seems reasonable to rely on scientific classifications since they account for important features of the world, helping us to predict and explain what happens in a better way than classifications based on superficial aspects. Although NTR emerged largely to account for scientific progress and the semantic practices of scientists, it can be said that something similar to what has been described happens with experts in the legal field. It is often assumed that terms such as “causality”, “psychological disorders” or even “mens rea” have an underlying nature with respect to which different experts develop theories, and deferring to these experts helps us to solve cases in a better way<sup>20</sup>.

The version of NTR that I am presenting here is compatible with the fact that different chains of communication may arise in connection to the same word, or that, by the use speakers make of the words, a chain of communication that was anchored in certain objects changes, thus changing the reference, too. It is also compatible with accepting that there are certain periods in which reference is indeterminate. These facts do not go against the characterization offered here, but rather show that it is plausible<sup>21</sup>.

To show this, let us think of different groups of cases, all with a legal impact. Regarding the term “death”, speakers generally understand that there is an underlying nature that has been gradually discovered by experts<sup>22</sup>. Although occasionally a loose use of the term is made, when relevant things are at stake such uses are understood by the speakers themselves as wrong. It is assumed that the term refers to a precise phenomenon that goes beyond the descriptions associated with it, with scientific discoveries constituting a better understanding of death. Therefore, there is a single chain of communication in which the nature of the phenomenon, largely opaque to speakers, is relevant.

In contrast to the previous example, there are cases in which two chains of communication are consolidated. In Spanish, for example, the word “vacío” is used to make reference both to places that are empty and also with the same (technical)

---

rizing, it makes sense to reflect on the essential properties of objects and kinds. This then explains the revitalization of the debate about hidden natures and essences, by avoiding the prejudice arising from the assumption of the traditional model. However, by itself, the semantic conception of the supporters of NTR cannot substantiate a metaphysical question such as whether there are essences or not. What I argue is that our linguistic practices have essentialist assumptions and that this makes sense because our language does not put obstacles in its way.

<sup>20</sup> On the term “causality”, see Ramírez Ludeña 2014.

<sup>21</sup> Martí and Ramírez Ludeña 2016.

<sup>22</sup> For an analysis of this example and its legal consequences, see Moore 1985.

meaning as “vacuum”. Therefore, regarding the word “vacío” there are two uses, and two consolidated chains. Neither of them is seen as wrong and, depending on contextual elements and various non-semantic considerations, one or the other is relevant. In cases such as “vacío” it is difficult, if not impossible, that indeterminacy arise, in the sense of particular uses that raise doubts about which chain of communication comes into play. For example, it would be absurd to invoke the expert’s use if it is made explicit in a contract that the apartment has to be left *vacío*<sup>23</sup>.

Something similar happens in the case of the term “tomato”, in which there is a botanical use, relating tomatoes with fruit, but also a culinary use, which includes them among vegetables. Nevertheless, unlike what happens with “vacío”, in certain particular cases doubts may arise as to which chain of communication is relevant. This happened in *Nix v. Hedden* (149 US.304, 1893), in which there was a disagreement about whether tomatoes were subject to the payment of taxes on vegetables. In that case, traders in tomatoes (Nix and others) claimed that Hedden (the tax collector) had to return the taxes already paid, arguing that tomatoes were not vegetables subject to the tax, but fruit that was exempt. The court decided in favour of Hedden, but not because it decided to ignore the *true nature* of tomatoes; the question was not whether tomatoes were fruits or vegetables, but what was the relevant use for the purposes of the regulation<sup>24</sup>.

A different problem is posed by cases like Madagascar. Originally, the name “Madagascar” was used for a part of the continent but finally, by a widespread misconception, the term was anchored in the island today known as “Madagascar”<sup>25</sup>. This involved a time period in which reference was not clearly determined. The example shows that sometimes it is very difficult to determine when a new chain of communication takes place, and when one that was previously consolidated disappears.

The example of Madagascar helps us to understand the role of intentions and practices in the version of NTR that I am presenting here. Typically, a use is part of a chain of communication when the speaker intends to use the word with the same semantic function as the people she acquired it from. That is to recognise that I may use “Madagascar” to name my dog. But the intention of the speaker does not determine reference: at most, it may contribute to her joining a practice of usage in which

---

<sup>23</sup> I think that the existence of two different words in English precisely shows that it is plausible to say that – regarding “vacío” – there are two different uses (ordinary and expert), two chains of communication, that have to be differentiated. In English, vacuum is a space from which most or all of the matter has been removed, or where there is little or no matter; in contrast, “empty” is used in a looser way to mean, for example, not containing any things or people.

<sup>24</sup> Regarding this example, see Moreso 2010.

<sup>25</sup> Concerning what happened in the case of Madagascar and the problems it could pose for NTR, see Evans, 1973.

the referent has already been determined<sup>26</sup>. What is required is that a practice be established. Proper names such as “Madagascar” are part of a language, and they have to be embedded in a pattern of systematic use. This implies that there may be grey areas, that is, there may be uses of “Madagascar” for which it makes no sense to insist on determining whether it refers to the island or the mainland, since there was a period of time in which there was not a consolidated practice<sup>27</sup>. In any case, the existence of grey areas does not mean that we can deny that *now* “Madagascar” refers to the island.

Regarding indeterminacy, similar difficulties to “Madagascar” are present in the case decided by the German courts as to whether certain types of mushrooms were included or not in the regulations referred to hallucinogenic plants. In this case, it was not clear whether the best characterization of the situation was that the inclusion of fungi as plants constituted a different use of the word “plant” or a deviant one<sup>28</sup>. In other words, it was controversial whether legal language referred to the expert’s use, or if a new chain of communication had been generated by the legislator.

A case that allows us to test NTR and the notion of chains of communication is the whale oil case. Mark Sainsbury (2014) and Ian Phillips (2014) refer to a case from 1818, in which a fish oil inspector, James Maurice, demanded from Samuel Judd, an oil trader, fees derived from the inspection of whale oil barrels. Judd was of the opinion that no payment was due since the legislation referred to fish oil, and not to whale oil. After listening to experts and traders, the jury decided in favour of Maurice, forcing Judd to pay. At the time of the dispute, it seems that there were various uses (and various chains of communication) consolidated in the community. On the one hand, according to commercial use, whale oil was clearly differentiated from fish oil. On the other hand, according to the ordinary use, whales were sea creatures and, as such, were considered fish. And there was no consolidated scientific use that excluded whales from the category of fish. This case thus appears to be similar to *Nix v. Hedden*, in the sense that when the problem arises there were two consolidated chains of communication and the doubts were precisely about which chain was relevant when the regulation made reference to fish. Precisely because the way we use words is relevant it can be recognised that over a period of time both chains

---

<sup>26</sup> Here I follow Martí 2015. In this regard, she claims that «[w]hen a speaker intends to follow a practice, to abide by the rule, it is the rule, and not his intention, that does the semantic work. The referential intentions of a speaker do not determine the reference of particular uses of expressions, and so they fall outside of the realm of semantics» (Martí 2015: 82, n. 11).

<sup>27</sup> Establishing the practice requires success in making people use a name to refer to a thing, which in the case of Madagascar depended on a combination of errors and power (Martí 2015: 86). Martí argues that «we should not think that bestowing a name is an act; it is a process. It requires success in launching a practice, and launching practices is not something that occurs instantly» (Martí 2015: 87).

<sup>28</sup> This case was discussed by German doctrine and jurisprudence and concluded with a decision by the BGH (25.10.2006), which established that fungi were included in the regulation that refers to plants. Analysing this case, Montiel and Ramírez Ludeña 2010.

existed in the community. But, unlike the case of tomatoes, in which there is still today a differentiated culinary use that includes them among vegetables, in the case of the whales, their inclusion in the category of fish is now considered to be wrong. Thus, because of the consolidation of a particular scientific taxonomy that had a strong impact on the ordinary use of the terms (because of the weight we confer on experts and their findings, as I noted earlier), the chain of communication including whales among fish has disappeared<sup>29</sup>.

In conclusion, none of these groups of cases undermines NTR. On the contrary, the notion of chains of communication allows us to offer a plausible characterization of what happens in each situation. And, contrary to what might be assumed, in none of the cases can we conclude that the way we use the terms is irrelevant (which would make these conceptions largely implausible). Our uses, complex and changeable as they are, are decisive. So, even in those cases in which the relevant similarity is related to the nature of objects, and so opaque to users, it is that similarity that matters (and not, for example, external features) because we use the words in a certain way.

NTR, as reconstructed here, have obvious advantages over the traditional model. As I have shown, since they do not assume that we need to know identifying descriptions in order to refer, they do not present a simplified image of the language of the law. The recognition of the existence of different uses, some of them eminently legal, allows us to offer a more complete image of interpretative changes, indeterminacies and disagreements<sup>30</sup>. But then it cannot be taken for granted that ordinary (and literal) meaning is unproblematic, as frequently happens in criminal law.

We have already seen that, according to the NTR model, it is important to distinguish between existing and accepted uses, which give rise to different chains of communication, and uses which are seen as deviant, but which may be allowed in certain contexts. Therefore, the difficulties we face in accommodating the complexity of ordinary language are recognised. It is also recognised that sometimes, since important issues are at stake, the taxonomies of experts are considered determi-

---

<sup>29</sup> Other interests and concerns have also been important contributors. For example, it is important not to underestimate the impact of documentaries and movies about whales, which have made it highly unusual, and for large segments of the population unacceptable, to refer to whales as fish.

<sup>30</sup> If my analysis is right, it can be said that ambiguity plays a more prominent role in the legal sphere than is generally believed. As the examples given here show, ambiguity has some impact, not only from the quantitative point of view but also from the qualitative point of view, in cases analysed and discussed by courts, legal doctrine and legal theorists. Ambiguity is widespread and relevant and its existence does not merely depend on the existence of different interpretative tools or dogmatic constructions. If we understand ambiguity in accordance with the above analysis, as derived primarily from the existence of various chains of communication in our use of terms, it is to be considered as a general phenomenon, which is caused by how our language works. That is, it is not an exclusively legal problem. It takes place in law because legal systems make use of words and expressions that are ordinarily used in different ways, and thus there are doubts about what the relevant use for legal purposes is.

nant, even if, in general, we have a poor or defective knowledge of them.

As we have seen, the notion of chains of communication does not require the rejection of descriptions, which may allow us to provide a clear characterization of what happens in certain cases. Neither does it force us to assume that hidden natures are always relevant, but only to admit that the notion of chains of communication is compatible with them<sup>31</sup>.

Moreover, the reconstruction offered here provides us with an explanation of why we have difficulties differentiating between *interpretation*, which is allowed and *analogy*, which is not (so far as criminal law is concerned). If language operates through different and complex relations of similarity, which may not be entirely transparent to competent speakers, it is not true that we (normally) have a clear meaning, which we then decide to extend or not. Let us return to the case of the tomatoes. When the question of whether tomatoes are fruits for the purposes of tax legislation arises, it may be pointed out, according to the traditional scheme, that the term "fruit" has a meaning in accordance with ordinary use, which does not cover tomatoes. Therefore, to include them would involve recourse to analogy, which is forbidden in criminal law. But another possibility would be to point out that legislative intention is relevant and that the legislator wanted to regulate them as fruits, understanding that it is not a case of analogy but of (the best) interpretation. What this example shows is that it all depends on the criterion of interpretation that we take into account in the first place. That is, interpretative instruments are often invoked, but their content is not entirely clear, and they may be used in different ways, leading to different decisions. I think that NTR offer a more plausible picture of what happens. It seems more appropriate to note that in these cases there are two uses, one expert and another ordinary, and that the debate revolves around what is relevant for legal purposes<sup>32</sup>. In this context, the tomato case is more similar to the "vacío" case, in which there are two accepted uses, than to the "death" case, in which there is a scientific use and other uses that come to be considered as deviant.

---

<sup>31</sup> My claim is not that some terms work as descriptivists say, and some others according to NTR. I think that, understood in the broad sense I am presenting here, *almost all* terms work according to NTR, and only a few as descriptivism describes. Only in a few cases we, from the very beginning, associate words with descriptions that play a mediating role in reference (it may happen, for example, in the case of technical words such as "triangle"). According to the version of NTR that I am defending here, we refer without mediating descriptions being necessary to do so and the relation of similarity to exemplars plays a fundamental role. External features that can be part of a description may then become relevant, as may hidden natures. Therefore, since descriptivists argue that descriptions always play a mediating role, the version of NTR that I am presenting here is in opposition to them, denying that very thesis. But, as I have shown, this version of NTR can accommodate those cases in which descriptions become relevant.

<sup>32</sup> It can be said that this is clear to many jurists, independently of NTR. However, I think the version of NTR presented here allows us to provide an explanation of how the different uses arise and about what kind of disagreement is taking place.

What role do the different interpretative instruments play in this reconstruction? They serve as a mechanism to determine whether a new chain of communication has emerged or disappeared, and which chain is relevant when doubts arise. The question of whether these interpretative instruments can be organised hierarchically is re-examined in the next section.

#### 4. Interpretative methods, considerations of justice and right answers

The next question to be addressed, and which I left open ended in the previous section, is how to understand the various interpretative techniques<sup>33</sup>. To this end, I have already pointed out that there is no clear consensus on the content of these instruments and their possible hierarchies. However, courts rely on them on a daily basis to justify their decisions. Therefore, it is difficult to deny the impact of interpretative methods on the interpretation and application of the law. As I noted earlier, according to the version of NTR that I am presenting here, when doubts arise these instruments may be relevant in determining whether a new chain of communication has emerged or disappeared, and which chain is relevant when doubts arise. Can we then understand that in such cases the interpreters are free to choose which of these interpretative methods to employ? Or, should we conclude that, despite appearances, there is only one *legally* right answer? Are considerations of justice relevant to the decision? Criminal legal doctrine takes different stands on the issue. And these are very controversial issues among philosophers who work on legal interpretation.

With regard to legal philosophy, the existing competing theories are not radical theories that could be thought of as simplifying the issue, but rather highly articulated conceptions that emphasise different aspects of legal practice<sup>34</sup>. The Genoese realists, for example, argue that the existence of multiple interpretative instruments and dogmatic constructions, among other considerations, implies that the judge has a framework of possibilities to choose from, *out of which* she creates new law<sup>35</sup>. For Dworkin, however, there is a single correct answer, which is the interpretation resulting from the best balance of all the values at stake, such as predictability, separation of powers, equality, etc<sup>36</sup>. Also frequent is the defence of an intermediate position in which it is assumed that there are some clear-cut cases but also hard cases where there is no single correct answer, and where the judge has discretion

<sup>33</sup> I have already addressed this question in some of my works, such as Ramírez Ludeña 2012.

<sup>34</sup> However, since I just want to present several positions in order to show where the relevant dispute lies, I oversimplify many complex issues in my explanation.

<sup>35</sup> See, for example, Guastini 2012.

<sup>36</sup> Dworkin 1986.

to choose from several options. In this context, although interpretative instruments play a role, there are sometimes interpretations which are consolidated and which do not raise questions. There are also cases where different instruments lead to the same solution. But in other cases doubts may arise and the judge is said to have discretion to decide<sup>37</sup>.

The position one takes up on legal interpretation is connected with which conception of law in general is understood to be most plausible. In this sense, and continuing with the same examples, the Genoese realists aim to provide an accurate description of legal practices, leaving aside normative considerations. Taking this methodology into account, they understand that law depends on the actual practices of judges, which in their conception entails the rejection of the discourse on legal correctness. For Dworkin, however, law is an argumentative practice in which participants try to present the law and its requirements in its best light. This means, according to Dworkin, that what the law establishes depends on the best balance between the different values at stake (which means assuming a sophisticated necessary connection with morality). And this position leads to the existence of a correct answer. Finally, according to the Hartian model, law is dependent upon a convergence in certain individuals' conduct and attitudes. In particular, officials share the same criteria to identify the law of their legal system, and they are committed to them<sup>38</sup>. His emphasis on convergence seems to involve the position on interpretation that I have previously pointed out: when disagreement takes place, there is no legal solution to appeal to, leaving discretion to the judge. To decide those cases, judges normally invoke socially accepted interpretative canons such as the purpose of the rule or the intentions of the legislator, but Hart acknowledges that they are in fact creating new law. So, while the realists are sceptical about interpretation, and understand that (apparent) considerations of justice, among other motivations, may be relevant for the judge to decide, for Dworkin, normative considerations always play a role. For Hart, conventions are the determining factor, and when these are exhausted, there is discretion: in cases of semantic indeterminacy a right answer is lacking and the judge therefore has to make a choice in a justified way from the different possibilities that are admissible<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> See Hart 1994. An important point to note is the difficulty of drawing a single classification in this area, since the various authors do not seem to refer to interpretation in the same way. Not all of them agree on what the object of legal interpretation is; it could be for example a written code, linguistic entities in a broader sense, or, as in the case of Dworkin, social practices. Other controversial aspects include *when* it is necessary to interpret (always, or only in difficult cases) or if the interpretation itself takes place abstractly or in relation to concrete cases. In fact, it has even been questioned whether some forms of scepticism are at odds with the other views, precisely because it is debatable whether they refer to a genuine *interpretation* of legal texts.

<sup>38</sup> In this sense, Hart emphasises the conventional nature of law. Regarding the conventionality of law, see Marmor 2009 and Vilajosana 2010.

<sup>39</sup> Again, this may be seen, and in fact is, an oversimplification of the different views. However

In the previous section I argued that chains of communication are a useful instrument to understand how language works with respect to conventional meaning. Doubts and disagreements may arise regarding the generation or extinction of a chain, or regarding which chain is relevant in a particular context. But, as I have shown, those issues do not belong to semantics, in the sense that they cannot be decided by semantic considerations. In the legal field, those doubts and disagreements are related to debates regarding legal interpretation and, ultimately, the nature of law. So, it is crucial to decide which considerations should be taken into account in different cases where doubts and disagreements arise. As I have explained, different theories of law have different conceptions of the nature of the relevant considerations. The dispute between Dworkinians and Hartians can be seen as a dispute over this very issue: for a Hartian the relevant considerations are conventional and for a Dworkinian they always depend ultimately on moral factors. Anyway, this particular dispute is not one whose resolution lies within the domain of semantics<sup>40</sup>.

## 5. Conclusions

Literal meaning is frequently associated with important distinctions and with the preservation of values related to the rule of law. It is generally understood as unproblematic because a descriptivist conception about meaning tends to be assumed. But I have shown that descriptivism does not provide a plausible account of the complexity of our language, and therefore the association between descriptivism, literal meaning, and the preservation of values such as predictability has to be rejected. I think this has important implications for legal practice.

In this paper I have also shown that there is a plausible version of NTR that has great explanatory power and that overcomes the problems of the descriptivist view. In the approach I have presented, NTR are not committed to the existence of hidden essences, but rather the complexity of our language and its multiple uses are recognised. As we have seen, when doubts and disagreements arise NTR do not and cannot provide an answer, but merely allow us to reconstruct the different kinds of disagreement. This leads us to reflect on an important methodological issue that has implications for jurisprudence. When doubts and disagreements arise non-semantic considerations become relevant. In the legal field, this means taking into account methods and other instruments of interpretation that are normally invoked by legal interpreters. But then, both the existence of a right answer and what kind of considerations are relevant when making a decision depend on the theory of law that is

---

I think it is useful to show the relations among conventional meaning, theories of interpretation and theories of law.

<sup>40</sup> See Martí–Ramírez Ludeña 2016.

assumed or adopted. This implies that conceptions such as Hart's are not problematic because they assume an implausible conception about meaning. The relevant debate is not semantic but about what kind of considerations are ultimately relevant (whether social or normative): the province of jurisprudential theories.

## References

- Almog, J. (1984). *Semantic Anthropology*, «Midwest studies in philosophy», 9, 479-489.
- Cobo del Rosal, M., Vives Antón, T. (1999). *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, V ed.
- Donnellan, K. (1970). *Proper Names and Identifying Descriptions*, «Synthese», 21, 335-358.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing.
- Evans, G. (1973). *The Causal Theory of Names*, «Proceedings of the Aristotelian Society», 47, 187-208.
- Frege, G. (1998a). *El pensamiento*, in Id., *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*. Madrid, Tecnos. Trans. Valdés Villanueva from *Der Gedanke. Eine logische Untersuchung*, in «Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus», n. I, 1918, 58-77.
- Frege G. (1998b): *Sobre el sentido y la referencia*, in Id., *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*. Madrid, Tecnos. Trans. Valdés Villanueva from *Über Sinn und Bedeutung*, in «Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik», 1892, C, 25-50.
- Greenberg, M. (2017). *What Makes a Method of Legal Interpretation Correct? Legal Standards vs. Fundamental Determinants*, «Harvard Law Review Forum», 130, 105-124.
- Guastini, R. (2012). *El escepticismo ante las reglas replanteado*, «Discusiones», XI, 27-57.
- Hart, H. (1994). *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, II ed.
- Kripke S. (1980). *Naming and Necessity*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Marmor, A. (2009). *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press.
- Martí, G. (2015). *Reference without Cognition*, in Bianchi, A. (ed.), *On Reference*, Oxford, Oxford University Press.
- Martí, G., Ramírez Ludeña, L. (2016). *Legal Disagreements and Theories of Reference*, in Capone, A. and Poggi, F. (eds.), *Pragmatics and Law*, Holland, Springer.

- Mazzarese, T. (2000). *Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 23, 597-631.
- Montiel, J., Ramírez Ludeña, L. (2010). *De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal*, «Indret», 1: <http://www.indret.com/pdf/691.pdf>
- Moore, M. (1985). *A Natural Law Theory of Interpretation*, «Southern California Law Review», 58, 277-398.
- Moreso, J.J. (2010). *Tomates, hongos y significado jurídico*, in Moreso, J.J., Prieto Sanchís, L. and Ferrer Beltrán, J. (2010). *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid Fundación coloquio jurídico europeo.
- Moreso, J.J., Vilajosana, J.M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Nino, S. (1997). *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, VIII ed.
- Ortiz de Urbina, I. (2012). ¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal, in Montiel, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons.
- Philips, I. (2014). *Cetacean Semantics: A Reply to Sainsbury*, «Analysis», 74, 379-382.
- Poggi, F. (2005). *Significado literal: Una noción problemática*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 30, 617-634.
- Putnam, H. (1975). *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*, Vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press.
- Ragués i Vallès, R. (2003). ¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del derecho penal, in Id., *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Ludeña, L. (2018). *Carrió y los desacuerdos en el derecho*, in Roldán, S. (comp.), *Homenaje a Genaro Carrió*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Ludeña, L. (2014). *La causalità nelle nuove teorie del riferimento e le nuove teorie del riferimento nella dogmatica giuridica penale relativa alla causalità*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLIV, 429-453.
- Ramírez Ludeña, L. (2012). *El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a 'El escepticismo ante las reglas replanteado', de Riccardo Guastini*, «Discusiones», 87-116.
- Raz, J. (2001). *Two Views of the Nature of the Theory of Law*, in Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press.
- Recanati, F. (2004). *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Russell, B. (1905). *On Denoting*, «Mind», 14, 479-493.

- Russell, B. (1910-11). *Knowledge by Acquaintance and Knowledge by Description*, «Proceedings of the Aristotelian Society», 11, 108-128.
- Searle, J. (1970). *Literal Meaning*, «Erkenntnis», 13, 207-224.
- Searle, J. (1958). *Proper Names*, «Mind», 67, 166-73.
- Vilajosana, J.M. (2010). *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Barcelona, Marcial Pons.



# **Kelsen vs. Ferrajoli**



# Teoria e politica della dottrina pura del diritto. Su alcune critiche di Ferrajoli a Kelsen

Giulio Itzcovich \*

## **Sommario**

Allo scopo di difendere Kelsen dalle critiche avanzate da Ferrajoli nel libro *La logica del diritto*, il saggio si propone di chiarire la “politica del diritto” alla base di alcune caratteristiche scelte epistemologiche e teoriche di Kelsen: il postulato dell’unità della conoscenza giuridica, la teoria della norma giuridica come condizionale ipotetico avente a oggetto l’uso della forza, la teoria della clausola alternativa tacita, lo scetticismo interpretativo. Queste tesi della dottrina pura permettono a Kelsen di argomentare alcune conclusioni interessanti sul compito della scienza giuridica, sulle opportunità e i rischi della giustizia costituzionale e sul ruolo del potere giudiziario. A differenza di quanto sostenuto da Ferrajoli, nessun di queste tesi è auto-contraddittoria o incompatibile con il positivismo giuridico.

**Parole chiave:** Kelsen. Ferrajoli. Politica del diritto. Unità della conoscenza giuridica. Giustizia costituzionale.

## **Abstract**

In order to defend Kelsen from the criticisms advanced by Ferrajoli in his book *La logica del diritto*, the essay intends to clarify the “politics of law” underlying some basic epistemological and theoretical choices of Kelsen: the postulate of the unity of the legal knowledge, the theory of legal norms as hypothetical-conditional prescriptions on the use of force, the “tacit alternative clause” theory, and interpretive scepticism. These theses of the pure theory of law allow Kelsen to argue for some interesting conclusions on the mission of legal science, on the opportunities and risks of constitutionality review, and on the role of the judiciary. Contrary to what Ferrajoli maintains, none of these theses is either self-contradictory or incompatible with legal positivism.

**Keywords:** Kelsen. Ferrajoli. Legal policy. Unity of legal knowledge. Constitutional review.

---

\* Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia, Via San Faustino, 41, 25121, Brescia, Italia, giulio.itzcovich@unibs.it

## 1. Kelsen e Ferrajoli

Chiunque conosca l'opera di Ferrajoli sa quanto forte sia il suo legame con Kelsen. Di Kelsen Ferrajoli condivide il positivismo giuridico (non esiste il diritto naturale, tutto il diritto è creato dagli uomini), lo scetticismo etico (non esiste una morale oggettivamente valida), il normativismo (il diritto si compone di norme la cui validità dipende solo dal fatto di essere poste dalle autorità competenti nel rispetto delle norme sulla produzione). Temi centrali della teoria di Ferrajoli sono in rapporto con le tesi kelseniane, come l'idea del passaggio dallo stato legislativo allo stato costituzionale – in cui, mediante la costituzione rigida, il diritto regola il proprio “dover essere” conforme a costituzione – e come la distinzione tra validità formale e validità sostanziale delle leggi, con conseguente possibilità di un “diritto illegittimo”; come sottolinea Ferrajoli, queste idee, pur non attribuibili a Kelsen, recepiscono la sua concezione nomodinamica della produzione del diritto (la tesi secondo cui il diritto regola la propria trasformazione) e la teoria della struttura a gradi dell'ordinamento. Esse riflettono, inoltre, l'esistenza in molti ordinamenti di un sistema di controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi, che a sua volta è il grande contributo di Kelsen alla nascita dello stato costituzionale di diritto, la sua più importante realizzazione di politica del diritto e ingegneria istituzionale.

Anche dal punto di vista del metodo e degli intendimenti generali della teoria, la vicinanza con Kelsen è notevole. C'è anzitutto il fatto, importante ma ovvio, che Ferrajoli è impegnato nel progetto kelseniano di una teoria “pura” del diritto, cioè di una teoria formale o strutturale: una teoria che «si limita all'analisi dei concetti teorico-giuridici e delle loro relazioni sintattiche», nettamente distinta dalla dottrina giuridica, dalla filosofia politica normativa e dalla sociologia del diritto; una teoria che non dice «nulla intorno ai contingenti contenuti del diritto», alla sua giustizia ed effettività, e le cui tesi pretendono perciò di essere «ideologicamente neutrali»<sup>1</sup>. Ma la vicinanza con Kelsen risulta anche dal fatto – meno ovvio e anzi a prima vista paradossale – che la pretesa di neutralità della teoria convive con, o addirittura sembra implicata da, una comune ispirazione politica e culturale di fondo: una presa di posizione “neo-illuminista”, liberale (nel senso di garantista), democratica (in particolare favorevole alla democrazia rappresentativa), promotrice delle realizzazioni dello stato sociale e del rafforzamento del diritto internazionale.

Questi orientamenti politico-culturali si esprimono in circostanze sociali e isti-

---

<sup>1</sup> Ferrajoli 2007: 19. Cfr. ad es. Kelsen 1952a: 47: «La dottrina pura è una teoria del diritto positivo. Del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico. È teoria generale del diritto, non interpretazione di norme giuridiche particolari, statali o internazionali [...]. Essa, come teoria, vuole conoscere esclusivamente ed unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa è e come è il diritto; non però alla domanda: come deve essere o come si deve produrre il diritto. È scienza del diritto, non già politica del diritto»; passo riprodotto senza modificazioni in Kelsen 1966a: 9.

tuzionali differenti e hanno quindi conseguenze diverse sul modo in cui i due autori costruiscono la propria teoria del diritto. Prendiamo, ad esempio, il compito assegnato alla scienza giuridica<sup>2</sup>. In Kelsen una presa di posizione a favore del costituzionalismo liberaldemocratico è alla base dell'ostilità verso la dottrina tradizionale della monarchia costituzionale, le cui distinzioni concettuali mal fondate, ipostatizzazioni e metafore organiciste, gli appaiono solidali con una concezione autoritaria dello stato. Secondo Kelsen, la dottrina giuridica (la "giurisprudenza normativa") dovrebbe evitare di perseguire obiettivi politici travestiti da verità scientifiche e limitarsi a descrivere il contenuto di norme giuridiche valide<sup>3</sup>. In Ferrajoli la medesima ispirazione di fondo si traduce nell'idea opposta secondo cui, soprattutto dopo l'avvento dello stato costituzionale di diritto, la dottrina giuridica deve assumere un ruolo «critico e progettuale»<sup>4</sup>: deve essere fedele alla costituzione e denunciare la violazione e la mancata attuazione delle sue norme. Per Ferrajoli la dottrina giuridica – a differenza della teoria del diritto – non deve e non può essere neutrale, né tantomeno puramente descrittiva<sup>5</sup>.

Insomma, le conclusioni dei due autori sul ruolo della dottrina giuridica sono opposte, ma nascono da una comune presa di posizione a favore del costituzionalismo liberaldemocratico, espressa in contesti politici e istituzionali differenti<sup>6</sup>.

Dico questo perché, se non si ha chiaro quanto stretto sia il rapporto tra le teorie di Ferrajoli e Kelsen, si rischia di non capire che genere di libro sia *La logica del diritto* di Ferrajoli. Non un libro contro Kelsen, anche se la sua critica a Kelsen può sembrare, più che serrata, annichilente e globale: a prima vista, poco o niente resta in piedi della teoria kelseniana<sup>7</sup>. Il sottotitolo del libro, *Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, è persino impreciso, perché le aporie che Ferrajoli ritrova in Kelsen sono molto più numerose: ogni aporia ha conseguenze ulteriormente aporetiche, dando origine a una molteplicità di proposizioni teoriche false, contraddittorie,

<sup>2</sup> Sulla teoria kelseniana della scienza giuridica, vedi Chiassoni 2012, che sottolinea la vicinanza di Kelsen al realismo giuridico già a partire dai *Lineamenti* del 1934.

<sup>3</sup> Kelsen 1928: vii: «la scienza giuridica non può né deve – né direttamente, né indirettamente – creare diritto; deve limitarsi a conoscere il diritto creato dai legislatori, dagli amministratori, e dai giudici. Questa rinuncia, incontestabilmente dolorosa per il giurista, perché contraria al comprensibile interesse del suo ceto, è un postulato essenziale del positivismo giuridico, che, opponendosi consapevolmente ad ogni dottrina del diritto naturale, esplicita o inconfessata, respinge risolutamente il dogma che la dottrina sia una fonte del diritto»; Kelsen 2000: 5: il «punto di vista della scienza» è «libero da qualsiasi giudizio di valore morale o politico»; Kelsen 1966a: 90: «la scienza del diritto può soltanto descrivere il diritto, senza poter prescrivere alcunché». Per il concetto di «giurisprudenza normativa» vedi Kelsen 1952b: 180 ss. e 2000: 166 s. (la giurisprudenza normativa come «scienza empirica»).

<sup>4</sup> Ferrajoli 2016: 206.

<sup>5</sup> Su questo vedi le critiche di Ferrajoli a Kelsen nel capitolo sulla «illusione [kelseniana] di una scienza giuridica puramente descrittiva» (Ferrajoli 2016: 179 ss.).

<sup>6</sup> Sull'importanza del contesto istituzionale, Itzcovich 2017.

<sup>7</sup> Come nota Barberis 2017.

semplificistiche e poco utili<sup>8</sup>. Ma la critica non è liquidatoria, perché proviene da un teorico del diritto kelseniano che vuole perfezionare Kelsen, correggerne gli errori per conservarne e svilupparne la teoria. Non è una critica estrinseca, quale potrebbe essere – immagino – una critica di Ferrajoli a Carl Schmitt, Santi Romano o Ronald Dworkin. È condotta a partire da presupposti teorici, metodologici ed etico-politici in larga parte comuni ed è dettagliata, puntuale, basata su una lettura ravvicinata e conoscenza eccellente dell'opera di Kelsen. Inoltre, si tratta di una critica che vuole mantenere alcune idee di Kelsen – il progetto di una teoria formale del diritto, la teoria della struttura a gradi dell'ordinamento – e confutarne altre, allo scopo di difendere la sua più importante realizzazione istituzionale: la creazione di un controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi.

In fondo, il vero avversario di Ferrajoli non è tanto Kelsen quanto il neocostituzionalismo<sup>9</sup> e – ne *La logica del diritto* soprattutto – il realismo giuridico. Quest'ultimo per Ferrajoli è incapace di pensare la novità rappresentata dalla costituzione rigida e garantita, se non addirittura pericoloso per la tenuta dello stato costituzionale. Con una battuta: *La logica del diritto* non è un libro contro Kelsen ma, almeno nelle intenzioni dell'autore, un libro che, attraverso Kelsen, va oltre Kelsen, rivendicando i risultati teorici e pratici più importanti dell'opera kelseniana e correggendone le “aporie”.

## 2. Ossessione per l'unità della conoscenza giuridica e critica dei dualismi

Le aporie rintracciate da Ferrajoli in buona sostanza consistono nelle tendenze al realismo giuridico del Kelsen americano e dell'ultimo Kelsen scettico e “irrazionalista”<sup>10</sup>. Ma non è chiaro se si tratti di vere “aporie”, cioè, secondo la definizione di Ferrajoli, di tesi erronee, incoerenti, imprecise e poco utili per la teoria del diritto<sup>11</sup>. Nelle pagine che seguono vorrei mostrare che alcune delle pretese

<sup>8</sup> Vedi ad es. il cap. V, «Ambivalenze sintattiche: atti e norme, persone e ordinamenti», in cui molte teorie kelseniane sono sottoposte a critica, o il cap. X sulla concezione solo formale della democrazia, che secondo Ferrajoli è affetta da tre aporie.

<sup>9</sup> Che Ferrajoli chiama “costituzionalismo principalista” (Ferrajoli 2000 e 2013: 95 ss.).

<sup>10</sup> Per una critica, in larga misura coincidente con quella di Ferrajoli, agli esiti “irrazionalistici” dell'ultimo Kelsen, vedi Weinberger 1986. Per la periodizzazione della teoria del diritto di Kelsen, vedi Losano 1985; Chiassoni 2009: 306 ss.; Paulson 1990; vedi poi il dibattito tra Paulson e Heidemann (Paulson 1998; Heidemann 1999; Paulson 1999). Una presentazione chiara e sintetica in Barberis 1993: 156 ss.

<sup>11</sup> Per “aporia” Ferrajoli intende «proposizioni ellittiche, o tesi inconsistenti, o contraddizioni, o incongruenze, o difetti di analisi concettuale, o tesi inadeguate rispetto alle finalità esplicative della teoria» (Ferrajoli 2016: vi). Le dieci aporie, che corrispondono ai capitoli del libro, sono le seguenti: 1) l'idea che tutte le norme abbiano una forma logica ipotetica; 2) la centralità della sanzione; 3) l'estraneità di Kelsen alla teoria dei diritti fondamentali; 4) la confusione fra validità ed esistenza;

aporie non sono interne alla teoria di Kelsen, ma risultano da scelte consapevoli, di natura metodologica, teorica e normativa, che distinguono Kelsen da Ferrajoli e che mi paiono difendibili. Inoltre, mi sembra che la critica di Ferrajoli fraintenda alcune motivazioni di fondo della teoria pura – in particolare, il ruolo dell'unità della conoscenza giuridica nella teoria di Kelsen – e sia quindi, sotto questo aspetto, poco generosa con Kelsen. Mi interessa spiegare subito questo punto, a mio parere essenziale quantomeno in prospettiva meta-teorica, di storia della cultura giuridica.

Iniziamo dal dire che le dieci aporie individuate da *La logica del diritto*, sebbene più numerose – come già accennato – perché ognuna ne produce ulteriori, sono anche fra loro strettamente collegate, al punto da sembrare tutte o quasi riconducibili a un errore di fondo: la «ossessione kelseniana per l'idea di unità del sistema»<sup>12</sup>. Secondo Ferrajoli, una scelta meta-teorica a favore dell'unità del sistema avrebbe prodotto una teoria del diritto fortemente riduzionista, dagli esiti scettici; il desiderio di ridurre tutto a unità avrebbe spinto Kelsen a rinunciare a distinzioni concettuali che per Ferrajoli sono indispensabili per pensare lo stato costituzionale di diritto.

In particolare, secondo Ferrajoli la teoria kelseniana della norma giuridica sarebbe troppo semplice e avrebbe impedito a Kelsen di capire ciò che oggi è evidente a tutti: l'importanza dei diritti fondamentali nella prassi giuridica dello stato costituzionale. Come riassume Barberis, Kelsen sarebbe rimasto un teorico dello stato legislativo di diritto, uno stato senza una costituzione rigida, garantita e contenente una dichiarazione dei diritti<sup>13</sup>. Inoltre Kelsen, sviluppando la sua teoria verso esiti sempre più scettici e irrazionalisti, fino a una forma radicale di realismo giuridico, si sarebbe reso incapace di cogliere la specificità della funzione giurisdizionale rispetto a quella legislativa e, quindi, di comprendere la natura della giustizia costituzionale. La tesi della clausola alternativa tacita e lo scetticismo interpretativo – di cui dirò più avanti – e, nell'opera più tarda, la tesi della inapplicabilità della logica al diritto e la sostanziale identificazione di validità ed efficacia, equivalgono a una «inadeguata valorizzazione» di quel «paradigma costituzionale» che pure Kelsen

---

5) l'ambivalenza fra norma-atto e norma-significato; 6) l'abbandono, nell'ultimo Kelsen, della dimensione statica degli ordinamenti; 7) sempre nell'ultimo Kelsen, la tesi dell'inapplicabilità della logica al diritto; 8) l'illusione dell'avalutatività; 9) la concezione della giurisdizione come fonte del diritto, incompatibile con il primato democratico assegnato alla legislazione; 10) la visione solo formale della democrazia.

<sup>12</sup> Ferrajoli 2016: 110: «ossessione kelseniana per l'unità del sistema, anche a costo di continue forzature concettuali e della rinuncia anti-analitica a fondamentali distinzioni: non solo a quella fra persone fisiche e persone giuridiche, ma anche alle distinzioni fra diritto oggettivo e soggettivo, tra diritto privato e pubblico, tra creazione e applicazione del diritto, tra produzione e interpretazione di norme, tra diritto statale e diritto internazionale, tra diritto e stato, e soprattutto alle diverse forme logiche dei diversi tipi di norme, forzatamente ricondotte all'unica forma di una relazione ipotetica tra un antecedente e una sanzione».

<sup>13</sup> Barberis 2017.

aveva «teorizzato e più di ogni altro [...] contribuito a promuovere»<sup>14</sup>.

Nei prossimi paragrafi dirò qualcosa nel merito di queste critiche. Ora importa un'altra questione: davvero queste supposte o reali criticità della teoria kelseniana – l'incapacità di comprendere i diritti fondamentali e la giustizia costituzionale – dipendono dal suo postulato di unità della conoscenza giuridica? Questa conclusione mi sembra basata, se non su un fraintendimento, su una lettura poco caritatevole dell'opera di Kelsen e delle sue motivazioni. Ma per chiarire il punto è necessario capire che cosa sia e come funzioni questa ossessione kelseniana per l'unità.

Effettivamente, come tutti sanno, Kelsen è un critico formidabile dei “dualismi” della scienza giuridica tradizionale, di cui rifiuta le distinzioni tra diritto positivo e diritto naturale, tra diritto e stato, tra diritto interno e internazionale, tra diritto pubblico e privato, tra diritto soggettivo e oggettivo, tra diritti personali e reali, tra persona fisica e giuridica, tra legislazione ed esecuzione, tra giurisdizione e amministrazione, tra nullità e annullabilità, nonché tra norme imperative e permissive<sup>15</sup> – e sicuramente ne dimentico qualcuna. E nella sua opera non si contano le affermazioni circa la categorica necessità di unità della conoscenza giuridica.

Di tali affermazioni voglio riportarne qui una, solenne e quasi mistica, eppure proveniente dal Kelsen della *Dottrina pura* del 1960, quindi da un autore già in parte allontanatosi della matrice neo-kantiana e “continentale” della sua prima produzione. La riporto perché mi sembra offrire una chiave di lettura interessante di questa misteriosa esigenza di unità alla base della teoria kelseniana.

La dottrina pura del diritto elimina questo dualismo [tra diritto in senso oggettivo e diritto soggettivo] [...] Con ciò si elimina ogni atteggiamento soggettivistico nei riguardi del diritto, al cui servizio è il concetto di diritto in senso soggettivo: concezione avvocatesca, che considera il diritto solamente dal punto di vista degli interessi di parte, cioè soltanto riguardo a ciò che esso significa per il singolo, in qual misura gli giova (cioè può servire ai suoi interessi) ovvero gli nuoce (cioè gli minaccia un male). È l'atteggiamento tipico della giurisprudenza romanistica [...]. L'atteggiamento della dottrina pura del diritto è invece del tutto oggettivistico e universalistico. Essa considera fundamentalmente l'intero diritto nella sua validità oggettiva e cerca di concepire ogni singolo fenomeno soltanto in collegamento sistematico con tutti gli altri: cerca di afferrare, in ogni parte del diritto, la funzione della totalità. In questo senso è una concezione veramente organica<sup>16</sup>.

Il passo è interessante perché sollecita a chiedersi come mai l'atteggiamento del-

<sup>14</sup> Ferrajoli 2016: 227.

<sup>15</sup> Su quest'ultimo punto, vedi Kelsen 2000: 77. Kelsen in seguito sembra cambiare opinione e ammettere l'esistenza di norme permissive, che comunque considera “non autonome”, frammenti di norma (Kelsen 1966a: 69 s., 77). Su questo vedi Poggi 2004: 17 ss.

<sup>16</sup> Kelsen 1966a: 215 s.

la dottrina tradizionale sia, agli occhi di Kelsen, «soggettivistico» e «avvocatesc[o]». Kelsen non lo spiega e si limita a un riferimento, un po' enigmatico, al fatto che la dottrina tradizionale sarebbe affezionata al concetto di diritto soggettivo perché adotta il «punto di vista degli interessi di parte». Certo Kelsen non si sta riferendo alla prospettiva del *bad man* di Holmes, come pure a prima vista potrebbe sembrare<sup>17</sup>. Visto che parla di «giurisprudenza romanistica», è chiaro che sta pensando agli autori su cui aveva lavorato e con cui aveva polemizzato nei suoi anni europei: la giurisprudenza “tradizionale”, appunto, spesso evocata e attaccata nella sua opera, degli importatori del metodo pandettistico e della giurisprudenza dei concetti negli studi di diritto pubblico e di teoria generale dello stato<sup>18</sup>.

Che cosa rimprovera Kelsen a quella dottrina, anzi, che cosa le ha sempre rimproverato? Il suo atteggiamento “avvocatesco”, soggettivistico, opportunistico; il fatto che essa contrabbandi scelte politiche per verità scientifiche, costruendo distinzioni arbitrarie, “primitive”, frutto di ingenuo sincretismo metodologico: distinzioni sofistiche che servono solo a far avanzare gli interessi di una parte, generalmente la parte del più forte. Per Kelsen, infatti, la dottrina tradizionale guarda allo stato come a una entità distinta dal diritto per difendere posizioni di potere politico in buona sostanza incompatibili con lo stato di diritto e con l'ideale democratico. Questo, mi sembra, è il nocciolo etico-politico, la fondamentale “relazione al valore”, della critica kelseniana ai numerosi dualismi della scienza giuridica.

Naturalmente si tratta di una conclusione che non può essere sostenuta solo a partire dall'esegesi di un passo, peraltro oscuro, della *Dottrina pura*. È necessario guardare all'intera opera di Kelsen per cogliere come la sua supposta “ossessione” per l'unità del sistema sia la premessa (epistemologica) della critica (teorica) ai dualismi della giurisprudenza tradizionale, la quale a sua volta coincide con la fondamentale prestazione in senso lato politica, demistificatoria, della dottrina pura in rapporto alla cultura giuridico-istituzionale dell'epoca.

Ricordiamo allora che Kelsen critica la distinzione fra diritto e stato quale «superstizione animistica» di cui denuncia la funzione ideologica<sup>19</sup>: rappresentare lo stato come persona diversa dal diritto «affinché il diritto possa giustificare lo stato che produce il diritto e gli si sottopone»<sup>20</sup>, celebrare la finzione di una volontà generale o di un interesse collettivo distinti dalla volontà e dagli interessi degli individui, confermare l'autorità degli organi dello stato e accrescere l'obbedienza degli indi-

<sup>17</sup> Holmes 1897: 459: «Se vuoi conoscere il diritto e nient'altro, devi considerarlo come l'uomo cattivo, interessato solo alle conseguenze concrete che tale conoscenza gli consente di prevedere».

<sup>18</sup> Vedi Losano 1981: 37: Kelsen «abbandona la concezione di diritto soggettivo ereditata dalla dottrina romanistica (che, a causa della sua origine pratica, vedeva il diritto soprattutto del punto di vista dell'azione processuale, cioè come pretesa) e [...] considera il fondamento della pretesa stessa, cioè il dovere giuridico dell'altra parte, sanzionato dall'ordinamento giuridico».

<sup>19</sup> Kelsen 2000: 195.

<sup>20</sup> Kelsen 1952a: 139.

vidui, spingerli a «vivere e se necessario morire per il tutto»<sup>21</sup>. Oltre a essere «una contraddizione in senso logico-sistematico», incompatibile con l'esigenza di unità della conoscenza giuridica, agli occhi di Kelsen il dualismo fra diritto e stato ha una evidente utilità politico-opportunistica: è alla base dell'«abuso politico-giuridico» che consiste nel giustificare la violazione del diritto positivo mediante «postulati puramente politici» quali la ragion di stato, l'interesse o la volontà dello stato, il benessere collettivo e simili<sup>22</sup>.

Ricordiamo, ancora, che Kelsen critica la distinzione fra diritto statale e diritto internazionale perché logicamente contraddittoria sebbene utile da un punto di vista pratico: grazie a tale distinzione, la dottrina tradizionale può, alla bisogna, negare l'obbligatorietà del diritto internazionale e assumere una posizione del tutto coincidente con il monismo statalista<sup>23</sup>. Il dualismo traveste da proposizione scientifica la scelta, in ultima istanza etico-politica, di adottare la prospettiva dell'ordinamento statale per la soluzione delle questioni giuridiche di volta in volta controverse. Come sostenuto da Josef Kunz, allievo di Kelsen e autorevole esponente della Scuola di Vienna, «il motto di molti giusinternazionalisti non [è] la questione giuridica *Quid iuris?*, ma la massima puramente etica o politica *Right or wrong, my country*»<sup>24</sup>. Per Kelsen e la sua scuola, la dottrina tradizionale, oscillando opportunisticamente tra punto di vista internazionale e punto di vista statale, ma di fatto propendendo per quest'ultimo, vuole mascherare la propria scelta etico-politica a favore della prospettiva statale e con ciò si mostra inadeguata all'ideale di obiettività della conoscenza giuridica.

Ricordiamo, poi, che Kelsen critica la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato considerandoli solo due modi diversi di produzione del diritto, mediante legislazione o mediante contratto: «la dottrina pura del diritto, dal suo punto di vista universalistico, sempre rivolto alla totalità dell'ordinamento giuridico inteso nel senso della cosiddetta volontà dello stato, vede un atto dello stato tanto nel negozio giuridico privato quanto nell'ordine dell'autorità»<sup>25</sup>. Ma si tratta solo di una ossessione per l'unità del sistema? A ben vedere – e Kelsen su questo è esplicito – questa proposizione significa che c'è politica, c'è potere, anche nei contratti e nei matrimoni, nel diritto commerciale e nel diritto di famiglia: «il diritto privato, prodotto per mezzo del contratto, non è meno teatro del potere politico di quanto lo sia il diritto

<sup>21</sup> Otto von Gierke, citato da Kelsen 2000: 190.

<sup>22</sup> Kelsen 1973: 75.

<sup>23</sup> Kelsen 1989: 202, 220, *passim*: Triepel accoglie la teoria del riconoscimento («il diritto internazionale deve essere riconosciuto da uno Stato perché possa valere per esso»), e ciò suggerisce che l'accettazione del diritto statale come sistema di norme supremo «costituisce il motivo – pur inconsapevole – dei tentativi certo falliti di una costruzione dualistica». Su queste critiche kelseniane al dualismo tra diritto interno e diritto internazionale vedi Von Bernstorff 2010: 54 ss., 70 ss.

<sup>24</sup> J.L. Kunz, citato da Von Bernstorff 2010: 54.

<sup>25</sup> Kelsen 1966a: 314.

pubblico prodotto dalla legislazione e dall'amministrazione»<sup>26</sup>. Per la stessa ragione Kelsen critica la distinzione tra diritti personali e diritti reali, ricordando che anche il diritto a una cosa è, a ben vedere, un diritto rivolto verso altre persone. Con buona pace di Locke, il potere che abbiamo sui frutti del nostro lavoro è una relazione sociale: contenuti e limiti del diritto di proprietà sono una questione politica.

Nella critica kelseniana alla distinzione tra diritto e stato e tra diritto pubblico e diritto privato è evidente che la questione non è solo teorica, un portato della misteriosa esigenza di unità della conoscenza giuridica, ma anche pratica.

Si tratta, anzitutto, di rifiutare ogni tentativo di naturalizzare, sottraendole alla storia e alla politica, relazioni sociali che sono il prodotto di decisioni e comportamenti umani. Non a caso il primo fondamentale dualismo rifiutato da Kelsen è la distinzione tra diritto positivo e diritto naturale, che concepisce come distinzione tra l'unico diritto esistente – il diritto positivo – e i giudizi di valore soggettivi, gli ideali di giustizia, le ideologie politiche, aventi a oggetto il diritto e volti a modificarlo o a conservarlo in modo surrettizio e opportunistico<sup>27</sup>. Il diritto, tutto il diritto, è prodotto dagli uomini e perciò è illusoria la pretesa del giusnaturalismo di trovare norme di giustizia assolutamente valide, perché provenienti da Dio, dalla natura o dalla ragione<sup>28</sup>.

Nella critica kelseniana ai dualismi tra diritto e stato e tra diritto pubblico e privato si tratta, inoltre, di ostacolare un illegalismo di gruppi dirigenti che, condividendo una certa concezione dello stato e degli interessi dello stato, sono inclini a porre tale concezione al di sopra del diritto positivo, in ciò trovando un comodo alleato nella dottrina tradizionale. Di nuovo Kelsen è del tutto esplicito: se una decisione del capo dello stato o del governo è incompatibile con il diritto positivo, allora la dottrina giuridica e la giurisprudenza non potranno considerarla come un "atto dello stato", giustificato dalla natura dello stato, dall'interesse dello stato, ecc.;

<sup>26</sup> Kelsen 1966a: 315. Come il diritto privato non è il regno della libertà, il diritto pubblico può non essere solo il regno dell'autorità: come c'è potere nel contratto, così può esserci libertà nella legislazione, laddove gli individui partecipino mediante procedure democratiche alla formazione delle regole cui sono sottoposti: Kelsen 1966b e 1966c.

<sup>27</sup> Kelsen 1975: 67 ss., 105 ss. Secondo Kelsen, storicamente il giusnaturalismo ha avuto una valenza soprattutto conservatrice degli «ordinamenti giuridici vigenti» e delle loro «fondamentali istituzioni politiche ed economiche» (Kelsen 1975: 133), e tuttavia la teoria del diritto naturale di per sé è del tutto indeterminata e può essere, a seconda degli interessi e delle circostanze, conservatrice o riformatrice: «applicando i metodi della teoria giusnaturalistica al problema della giustizia, si può dimostrare tutto, e quindi nulla» (Kelsen 1975: 106). Il giusnaturalismo presenta uno spiccato «carattere dualistico» perché, a differenza del positivismo giuridico, conosce un «diritto ideale» accanto al «diritto reale, statuito dagli uomini» (Kelsen 1975: 69).

<sup>28</sup> L'indeterminatezza e l'opportunismo della teoria del diritto naturale convive con la pretesa di giustificare in modo obiettivo giudizi di validità assoluta; per contro, il relativismo proprio del positivismo giuridico «ci abbandona a noi stessi» e così «ci rende consapevoli che sta a noi risolvere il quesito» sulla giustizia (Kelsen 1975: 122).

«l'origine di quel dualismo logicamente impossibile che oppone il diritto pubblico al cosiddetto diritto privato» consiste nel «gioco di prestigio di costruire il diritto a partire dal non-diritto e un atto giuridico a partire da un atto di nudo potere»<sup>29</sup>.

Gli esempi forse potrebbero continuare, ma il punto è chiaro. Nell'opera di Kelsen, la scelta a favore dell'unità del sistema non è una opzione meta-teorica difficilmente spiegabile – una ossessione – ma uno strumento di lotta politica e culturale. “Lotta politica e culturale” va inteso in senso conforme alla teoria kelseniana, cioè non come presa di posizione politica determinata, di per sé incompatibile con la pretesa purezza della teoria, ma come progetto di una grammatica giuridica purificata, libera dai miti dell'autoritarismo, del nazionalismo, del liberalismo economico e del bolscevismo, travestiti da verità scientifiche; elaborazione di un sistema di concetti che consenta di rendere esplicite e trasparenti le prese di posizione politiche della legislazione e della giurisprudenza<sup>30</sup>.

Prese di posizione politiche della legislazione, della giurisprudenza, dei pratici del diritto, giudici e avvocati, sono inevitabili. Al di là del rapporto più o meno importante con l'epistemologia neo-kantiana e dell'enfasi, ispirata da positivismo filosofico, sull'obiettività della conoscenza scientifica, a me sembra che la pretesa apoliticità della dottrina pura del diritto, la sua pretesa di essere scienza del diritto libera da pregiudizi e agende politiche, voglia dire soprattutto questo: la politica è inevitabile, ma non può pretendere di essere scienza; la politica non deve travestirsi da scienza e non deve essere occultata dalla scienza giuridica, il cui compito è se mai svelarla, renderla pubblica e controllabile.

### 3. Struttura delle norme giuridiche e positivismo giuridico

La vocazione politica e culturale della teoria kelseniana può essere colta anche con riguardo ad alcuni suoi aspetti più tecnici, come la concezione della norma giuridica, al centro di molte critiche di Ferrajoli.

Ricordo brevemente di che si tratta. Per Kelsen il diritto si compone di norme generali e particolari, e le norme giuridiche generali hanno tutte la medesima struttura “Se I (illecito), allora deve essere S (sanzione)”: sono proposizioni ipotetiche aventi a oggetto l'uso della coercizione da parte degli organi dell'applicazione del diritto, che ricollegano al compimento di una determinata azione il dovere (o l'autorizzazione) di eseguire la sanzione<sup>31</sup>. Non esistono obblighi giuridici non sanzio-

<sup>29</sup> Kelsen 1973: 77.

<sup>30</sup> Per Kelsen si tratta di una “politica della verità” intollerabile per le dittature: «una teoria pura del diritto è inopportuna oggi, quando in paesi grandi e importanti, sotto il dominio di dittature di partito, i rappresentanti più autorevoli della scienza giuridica non conoscono altro scopo che servire il potere politico del momento» (Kelsen 1937: 240).

<sup>31</sup> Kelsen 2000: 18 ss., 45 ss.; Kelsen 1966a: 45 ss., 63 ss. Per evitare il regresso all'infinito (il

nati, *leges minus quam perfectae*, “obbligazioni naturali”<sup>32</sup>. Di fronte a enunciati del discorso del legislatore che non prevedano sanzioni, delle due l’una: o si tratta di formulazioni giuridicamente irrilevanti («la frase che il diritto viene da Dio, o che la legge è giusta o che realizza l’interesse di tutto il popolo»<sup>33</sup>), o si tratta di norme “non autonome”, cioè di norme che «hanno vigore solo se in rapporto con una norma che statuisca un atto coercitivo»<sup>34</sup>. Le definizioni legislative, le norme abrogatrici, le norme che attribuiscono diritti e poteri, le norme sui procedimenti, ecc., non sono che frammenti di norme i quali, combinati con altri frammenti, vanno a comporre norme propriamente dette, che prevedono l’applicazione della coercizione in caso di compimento di un illecito.

I primi tre capitoli di *La logica del diritto* sono dedicati a confutare queste tesi. Secondo Ferrajoli, esse sono alla base di numerose aporie della dottrina pura, perché fanno venir meno la normatività della costituzione e dei diritti fondamentali. In base ad esse, se non vi è un obbligo corrispondente a un diritto costituzionale o se non è possibile sanzionare la violazione di tale obbligo, se cioè mancano garanzie sostanziali e procedurali dei diritti costituzionali<sup>35</sup>, allora la costituzione non esprime autentiche norme giuridiche e i diritti costituzionali non sono veri diritti. Ma secondo Ferrajoli non c’è ragione di credere che tutte le norme giuridiche abbiano la medesima forma logica, che tale forma sia quella di un imperativo ipotetico e che tale imperativo preveda l’obbligo di eseguire una sanzione: la concezione kelseniana della norma giuridica è vittima della sua ossessione per l’unità, del suo spiccato riduzionismo. Per Ferrajoli le norme hanno non una ma quattro differenti forme logiche: oltre alle norme ipotetiche ci sono le norme tetiche (“È vietato fumare”, “Tutti hanno diritto a x”), oltre alle deontiche ci sono le costitutive (“La capacità giuridica si acquista al momento della nascita”). Quindi un’azione può essere vietata anche quando il diritto non la punisce – ad esempio, in diritto internazionale,

---

dovere di applicare una sanzione è a sua volta un dovere giuridico? è sanzionato?), Kelsen deve ammettere che «la definizione di diritto come ordinamento coercitivo può essere conservata anche se la norma stessa che statuisce un atto coercitivo non è a sua volta in stretto rapporto con una norma che ricollegli una sanzione al non comminare o al non eseguire l’atto coercitivo in un caso concreto; cioè anche se l’atto, il cui senso soggettivo è la statuizione generale dell’atto coercitivo, è da considerarsi giuridicamente (cioè oggettivamente) non come prescritto, ma soltanto come autorizzato o positivamente permesso» (Kelsen 1966a: 64). Sulla struttura della norma giuridica in Kelsen, vedi in generale Celano 1999: 166 ss.; Paulson 1988.

<sup>32</sup> Vedi Kelsen 1966a: 65, sulla dottrina civilistica delle “obbligazioni naturali” – doveri morali e sociali, il cui adempimento spontaneo non può essere considerato come ingiusto arricchimento o pagamento di indebito.

<sup>33</sup> Kelsen 1966a: 66.

<sup>34</sup> Kelsen 1966a: 68 ss., 71: le norme non autonome «hanno vigore solo se in rapporto con una norma che statuisca un atto coercitivo».

<sup>35</sup> Vedi le definizioni di “garanzie primarie” (o sostanziali) e “secondarie” (o strumentali, processuali, giurisdizionali) di Ferrajoli 2007: 668 ss.

muovere guerra – e i diritti soggettivi possono esistere anche se non sono attuati e mancano obblighi corrispondenti. Affinché un diritto esista è sufficiente che il legislatore lo proclami: per Ferrajoli questa affermazione è l'unica compatibile con il positivismo giuridico, e la sua negazione da parte di Kelsen implica – scrive – che «intere classi di diritti» vengono «espulse dall'ordinamento ad opera della teoria». La teoria kelseniana della norma giuridica equivarrebbe alla «vanificazione di una parte rilevante del diritto positivo perché non garantito da sanzioni»<sup>36</sup>.

A me sembra che le critiche di Ferrajoli non siano convincenti. La concezione kelseniana della norma giuridica ha meriti e difetti, può essere accolta o rifiutata, ma in ogni caso è importante comprenderne le ragioni, che non si riducono all'ossessione kelseniana per l'unità, e le conseguenze, che non consistono né nell'espulsione dall'ordinamento di norme giuridiche valide, né nella creazione di una teoria troppo semplificata e riduzionista, incapace di dar conto del funzionamento dei diritti fondamentali e della giustizia costituzionale.

Iniziamo da quest'ultimo punto. Anzitutto, è ovvio che la concezione kelseniana della norma giuridica non impedisce a giuristi inclini all'analisi dei concetti di distinguere vari tipi di norme non autonome: definirle, classificarle, chiarirne i rapporti. L'affermazione secondo cui tutte le norme giuridiche hanno la medesima struttura non significa certo che il diritto sia un insieme semplice e indifferenziato, e che non sia possibile o utile analizzare i suoi componenti atomici (frammenti di norme) oltre che molecolari (norme); né significa che le norme non autonome siano irrilevanti per la prassi e inesistenti per la teoria. Che le norme giuridiche generali siano imperativi ipotetici aventi a oggetto l'esecuzione della sanzione significa solo che il diritto è un ordinamento normativo coercitivo e che in ciò si distingue dalla morale e dalla religione: per Kelsen, il diritto è una «specifica tecnica di organizzazione sociale» che «cerca di produrre il comportamento desiderato da parte degli individui mediante la previsione di misure di coercizione»<sup>37</sup>.

Naturalmente è possibile obiettare che il diritto fa altre cose oltre a motivare comportamenti mediante la previsione di sanzioni. Risolve le controversie tra i privati, offre loro gli strumenti per cooperare e regolare i propri affari, organizza servizi e distribuisce beni<sup>38</sup>; distingue tra lecito e illecito per comunicare aspettative stabili, resistenti alla delusione<sup>39</sup>. A volte il diritto sembra adempiere queste o altre

<sup>36</sup> Ferrajoli 2016: 40. Vedi anche Ferrajoli 2016: 29: «In contraddizione con il postulato del positivismo giuridico secondo cui sono norme giuridiche tutte e solo le norme prodotte da chi è abilitato a produrle, secondo Kelsen le norme che vietano comportamenti senza che di questi siano previste sanzioni sarebbero, benché poste, irrilevanti o peggio inesistenti».

<sup>37</sup> Kelsen 2000: 5 e 40; vedi anche Kelsen 2000: 45: «Se la "coercizione" [...] è un elemento essenziale del diritto, in tal caso le norme che costituiscono un ordinamento giuridico devono essere norme che stabiliscono un atto coercitivo, cioè una sanzione».

<sup>38</sup> Raz 2009.

<sup>39</sup> Luhmann 1977: 35 ss.; 2012: 109 ss.

funzioni senza prevedere l'esercizio della forza in caso di violazione. Ma per Kelsen la sanzione è indispensabile per distinguere il diritto da ordinamenti della condotta umana, come la morale sociale, che non prevedono sanzioni socialmente organizzate. Se ammettessimo l'esistenza di norme senza sanzioni socialmente organizzate, cioè diverse dalla mera disapprovazione o violenza privata, e perciò definissimo il diritto solo come ordinamento conforme alla norma fondamentale, anziché come ordinamento coercitivo, allora – sostiene Kelsen – verrebbe meno la possibilità di distinguere il diritto dalla morale sociale: «Se la consuetudine è una fattispecie che produce norme giuridiche in base alla costituzione, allora l'intera morale, in quanto le sue norme sorgano effettivamente per consuetudine, costituisce parte integrante dell'ordinamento giuridico»<sup>40</sup>. Per Kelsen il criterio di appartenenza delle norme al diritto non può essere solo dinamico – essere prodotte in conformità alle norme sulla produzione – ma deve essere anche contenutistico – prevedere l'applicazione della sanzione in caso di violazione – perché altrimenti, laddove la consuetudine fosse prevista come fonte del diritto, anche l'obbligo di salutare i conoscenti per strada sarebbe giuridico; ogni consuetudine sarebbe giuridicamente obbligatoria, anche se non sanzionata, quale pratica generalmente seguita da individui che si sentono vincolati da una norma.

La critica di Ferrajoli a Kelsen dovrebbe replicare a questo argomento, che invece non è preso in considerazione. Ferrajoli individua la sola ragione alla base della teoria kelseniana nella sua ossessione per l'unità, ma il punto, almeno per Kelsen, è un altro: è la natura coercitiva dell'ordinamento giuridico, non la sua unità.

Inoltre, la critica di Ferrajoli si appunta su alcune conseguenze indesiderabili della concezione kelseniana delle norme: l'espulsione dal diritto degli obblighi privi di sanzione, nonché dei diritti privi di obblighi, che sarebbe incompatibile – sostiene – con il “principio di positività”, cioè con il postulato del positivismo giuridico secondo cui «sono norme giuridiche tutte e solo le norme prodotte da chi è abilitato a produrle»<sup>41</sup>.

Ma questa critica non può essere accolta. Non è possibile sostenere – e neanche Ferrajoli, a ben vedere, lo sostiene – che l'elaborazione dei concetti di una teoria generale del diritto sia sottoposta a un “principio di positività” in virtù del quale il lessico della teoria dovrebbe essere immediatamente sovrapponibile, come un calco, a quello del legislatore. Bisogna infatti distinguere i contenuti del diritto po-

<sup>40</sup> Kelsen 1966a: 67.

<sup>41</sup> Ferrajoli 2016: 28. Vedi anche Ferrajoli 2007: 914: «Questo fuorviante appiattimento dei diritti sulle garanzie è il prezzo pagato da Kelsen alla sua concezione imperativistica del diritto, basata sulla centralità della sanzione. Si tratta tuttavia di un prezzo [...] che contraddice le premesse normativistiche e giuspositivistiche della stessa teoria. Ne deriva infatti che diritti formalmente posti [...] sarebbero non-diritti, non-norme, solo perché privi di garanzie [...]; che insomma la teoria [...] finirebbe per condizionare la positività (ovvero l'esistenza) delle norme alla soddisfazione di un arbitrario principio teorico».

sitivo dai concetti di cui ci serviamo per descriverlo o, detto diversamente, bisogna distinguere il diritto dalla scienza giuridica. Quest'ultima non è nella diretta disponibilità del legislatore. È compito della scienza giuridica (dottrina e teoria) elaborare gli strumenti migliori per la conoscenza del diritto. Non a caso i giuristi a volte affermano che il legislatore “si è espresso male”, senza che ciò di per sé implichi l'abbandono del giuspositivismo.

La teoria del diritto, come Kelsen afferma ripetutamente, non legifera – «la scienza del diritto può soltanto *descrivere* il diritto, senza poter *prescrivere* alcunché»<sup>42</sup> – e quindi non può espellere norme dall'ordinamento giuridico<sup>43</sup>. Analogamente, come la teoria del diritto non legifera, il legislatore non teorizza e non può confutare o dimostrare una teoria del diritto qualsivoglia: «una norma è espressione di volontà, non di conoscenza»<sup>44</sup>. Il diritto non può rendere giuridicamente obbligatoria una determinata teoria del diritto o definizione teorica: «*Caesar non supra grammaticos*»<sup>45</sup>.

Ecco perché non può essere accolta l'affermazione di Ferrajoli secondo cui la teoria della norma giuridica di Kelsen eliminerebbe dall'ordinamento intere classi di norme. Le tesi kelseniane non sono in contraddizione con il positivismo giuridico perché risultano da una definizione stipulativa di “norma”; sono verità analitiche, che riguardano il modo in cui decidiamo di descrivere il diritto positivo, la terminologia e l'apparato concettuale che impieghiamo, non i suoi contenuti.

Lo stesso Ferrajoli, del resto, ammette che le definizioni stipulative della teoria sono svincolate dal “principio di positività”<sup>46</sup>. Ma che cos'è la teoria kelseniana della norma giuridica se non una definizione stipulativa di “norma”? Ferrajoli non può difendere una tesi diversa – e il suo richiamo alle presunte conseguenze illiberali della teoria kelseniana perciò non si giustifica – perché la sua definizione formale di “diritti fondamentali” sarebbe incompatibile con un principio di positività strettamente inteso. Secondo tale definizione, molto nota e discussa<sup>47</sup>, sono fondamentali quei diritti, di qualsiasi contenuto e rango, che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, cittadini o capaci di agire. Ma è evidente che nel diritto italiano vi sono diritti che nessuno qualificherebbe come fondamentali e che pure rientrano in questa definizione (il diritto-dovere di guidare

<sup>42</sup> Kelsen 1966a: 90.

<sup>43</sup> La stessa scelta tra monismo internazionalista e monismo statalista è, secondo Kelsen, priva di conseguenze sul contenuto del diritto internazionale: Kelsen 1966a: 375.

<sup>44</sup> Kelsen 1939: 20.

<sup>45</sup> Il motto latino (derivato da Svetonio, *De grammaticis*, 22) è richiamato da Kelsen 1939: 21.

<sup>46</sup> Ferrajoli 2016: 200: le «assunzioni primitive» e le «definizioni stipulative dei concetti teorici» non sono «ancorati [...] al diritto positivo vigente quale è formulato dalle norme prodotte dagli organi abilitato a produrlo».

<sup>47</sup> Vedi Ferrajoli 2001.

sulla parte destra della carreggiata)<sup>48</sup> e vi sono diritti generalmente considerati fondamentali che non vi rientrano (come il diritto dei rifugiati al non respingimento).

Ogni teoria del diritto esercita un certo grado di violenza sul linguaggio giuridico corrente, se vuole formulare osservazioni sul diritto diverse da quelle prodotte dalla dottrina giuridica e dalla giurisprudenza: mostrare aspetti del diritto che non possono essere apprezzati entro i confini delle discipline positive, attraverso la stipulazione di un insieme di concetti in parte autonomo dalle definizioni legislative e dottrinali circolanti<sup>49</sup>. Anche la dottrina pura, del resto, non rinuncia e non può rinunciare a tutti i “dualismi”. Fondamentali sono quelli tra essere e dover essere, tra causalità e imputazione, tra diritto e natura, tra diritto e morale, tra scienza giuridica e politica, tra scienze della natura e scienze dello spirito (o scienze sociali), nonché, almeno sino all’opera più tarda, tra validità ed efficacia delle norme<sup>50</sup>. Come ogni teoria, la dottrina pura di Kelsen deve produrre concetti, tracciare distinzioni, senza i quali non potrebbe produrre alcuna descrizione del diritto, e nella formulazione di tali concetti essa si mantiene in parte autonoma dal discorso del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina giuridica.

#### 4. Politiche kelseniane del diritto

Torniamo a Kelsen e alla sua definizione di norma giuridica, criticata da Ferrajoli. Quali aspetti della pratica giuridica essa ci consente di apprezzare, quali osservazioni ci consente di formulare? Molto semplicemente si tratta di questo, credo: se in una costituzione è riconosciuto – poniamo – il diritto alla felicità, al lavoro, a una retribuzione sufficiente, o anche il diritto alla libera manifestazione del pensiero, e questo diritto non è in alcun modo attuato e protetto dal legislatore e dalla giurisprudenza – non è utilizzato, come frammento di norma, per giustificare o per criticare l’esercizio dei poteri coercitivi dello stato – allora in “kelsenese” diremo che tale diritto semplicemente non esiste: si tratta di una mera dichiarazione politica, priva di qualsiasi rilevanza giuridica. Oppure, detto altrimenti e sempre in “kelsenese” stretto, diremo che il diritto esiste, ma come contenuto di una norma costituzionale assurda (la c.d. clausola alternativa tacita),

<sup>48</sup> Pino 2018.

<sup>49</sup> Nel caso della definizione ferrajoliana di diritti fondamentali, ad esempio, si tratta di istituire un nesso tra protezione dei diritti e realizzazione dell’uguaglianza: poiché necessariamente (per definizione) sono attribuiti “a tutti”, i diritti fondamentali costituiscono la base, inalienabile per gli individui e intangibile per il legislatore, dell’uguaglianza giuridica e della dimensione “sostanziale” della democrazia. Vedi Ferrajoli 2001: 5 ss.; 2007: 786; 2013: 77, *passim*.

<sup>50</sup> Nella *Teoria generale delle norme* la distinzione tra validità ed efficacia è mantenuta, ma l’efficacia diventa condizione di validità non solo dell’ordinamento nel suo complesso, ma anche delle singole norme: Kelsen 1985: 7, 174 s., 217.

che implicitamente autorizza la propria violazione: “Tutti hanno diritto alla libertà di espressione, a meno che le autorità non decidano diversamente”<sup>51</sup>. Per Kelsen una scienza del diritto che voglia limitarsi a conoscere il proprio oggetto potrà scegliere tra queste formulazioni differenti ma tutto sommato coincidenti: ciò che esse intendono dire è che si tratta, in buona sostanza, di un diritto “di carta”<sup>52</sup>, di mera retorica politica. Concluderemo perciò che la teoria del diritto di Kelsen ha “espulso” il diritto in questione, violando il principio di positività? Certamente no: il diritto, semmai, è stato espulso dal legislatore, che non l’ha attuato, e dalla giurisprudenza, che non l’ha protetto. La scienza giuridica kelseniana si limita a descrivere questo stato di cose, senza preoccuparsi di nascondere le responsabilità delle autorità politiche e giurisdizionali.

Si vede quindi come la teoria kelseniana della norma giuridica esprima appieno gli intenti demistificatori della dottrina pura, il suo rifiuto di abbellire il diritto esistente e di occultare le responsabilità degli organi della produzione e applicazione del diritto. Inoltre, la teoria kelseniana della norma giuridica offre un terreno ospitale ad almeno due politiche del diritto perseguite da Kelsen – due politiche del diritto ulteriori rispetto a quelle che ho individuato a proposito della misteriosa esigenza di unità del sistema, alla base della sua critica dei concetti della dottrina tradizionale (*supra*, § 2.). Non intendo sostenere che la teoria della norma giuridica di Kelsen di per sé produca determinate conseguenze normative, essendo perciò incompatibile con il postulato della purezza, ma che essa offre un lessico utilizzabile per perseguire in modo esplicito e consapevole almeno due politiche del diritto, e che queste politiche del diritto furono di fatto perseguite da Kelsen.

La prima consiste nell’offrire argomenti a favore dell’istituzione di un controllo sulla costituzionalità delle leggi. Ciò emerge chiaramente dai saggi sulla giustizia costituzionale e sul federalismo degli anni ’20 e ’30 del Novecento. In essi Kelsen scrive che, se ai giudici non è attribuita la competenza a controllare la conformità della legge a costituzione, ciò «ha come conseguenza che le disposizioni costituzionali sulla formazione delle leggi non solo perdono una importante garanzia di efficacia ma perdono addirittura di significato»; le norme costituzionali – in particolare quelle che disciplinano il procedimento legislativo e stabiliscono le materie di competenza della federazione e dei *Länder* – sono allora ridotte a «*leges imperfectae*, hanno cioè un contenuto giuridicamente non vincolante»<sup>53</sup>. Non è la teoria del di-

<sup>51</sup> La teoria della clausola alternativa tacita, molto criticata in teoria del diritto, è ovviamente respinta da Ferrajoli: «la ben nota e bizzarra tesi» (Ferrajoli 2016: 75). Per una formulazione, vedi Kelsen 1952a: 113 e 115: «La costituzione non solo ammette la validità della legge conforme alla costituzione, ma anche, in un certo senso, la validità della legge incostituzionale»; «la regolamentazione della norma più bassa a mezzo della più alta [...] ha con ciò il carattere di una prescrizione alternativa»; analogamente, Kelsen 1966a: 304.

<sup>52</sup> Guastini 1994.

<sup>53</sup> Kelsen 1981a: 20 s.

ritto a espellere queste norme, ma le autorità politiche, che non hanno previsto un procedimento per l'annullamento delle leggi incostituzionali. La teoria del diritto può solo descrivere questo fatto, richiamando ognuno alle proprie responsabilità.

A questa argomentazione Ferrajoli potrebbe ribattere che le norme costituzionali contro la cui violazione non sia offerto rimedio sono giuridicamente vincolanti: sono, nel suo lessico, norme “tetico-regolative” (ad es., la libertà personale è inviolabile) e “tetico-costitutive” (ad es., il *Land* è competente a legiferare nella tale materia), che dispongono direttamente lo status normativo su cui vertono anche se non sono assistite da “garanzie primarie” (obblighi corrispondenti) e “secondarie” (annullabilità degli atti incompatibili, responsabilità dell'autore dell'illecito)<sup>54</sup>. La sanzione non è necessaria affinché esse siano norme giuridiche; la mancanza di garanzie primarie e secondarie è forse spiacevole, per Ferrajoli configura una violazione per inottemperanza della costituzione, ma si tratta nondimeno di norme costituzionali giuridicamente obbligatorie.

E tuttavia Kelsen, come ogni giusrealista, rimarrebbe perplesso di fronte a questa costruzione: in che senso queste norme costituzionali sarebbero giuridicamente vincolanti pur non producendo alcun effetto giuridico, a parte la formazione di un supposto dovere di adempiere ad esse che però è identico al dovere morale di rispettare la costituzione, perché privo di conseguenze giuridiche? In che senso sarebbero vincolanti se sono di fatto violate e contro la loro violazione non è dato alcun rimedio, al punto da non poter essere utilizzate nemmeno come frammenti di norma? Forse – viene da dire – sono vincolanti in senso morale: vincolano, cioè, perché vogliamo credere che siano vincolanti, perché sarebbe giusto che esse fossero vincolanti. Ma a Kelsen e ai giusrealisti questo genere di considerazioni non interessa, almeno non come ambito di esercizio di una teoria che abbia la pretesa di essere scienza. Essi preferiscono dire: si tratta di norme prive di sanzione, quindi non giuridiche; belle parole su un pezzo di carta. Se si vuole che siano giuridicamente vincolanti, allora è necessario istituire un tribunale costituzionale che funzioni come “legislatore negativo” e rimuova dall'ordinamento le leggi con esse incompatibili. Senza un giudice costituzionale, il progetto del costituzionalismo è realizzato solo a parole; di fatto, non ci sono limiti giuridici a ciò che il potere politico può fare. Non c'è alcuna costituzione, se per costituzione si intende un insieme di vincoli alla discrezionalità del legislatore<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Semplifico leggermente il lessico di Ferrajoli per non appesantire l'esposizione (a rigore, solo le regole deontiche possono essere osservate o violate; le regole costitutive sono concettualmente inviolabili). Per definizioni dettagliate vedi Ferrajoli 2007: 236 ss., 419 ss. (sulle norme tetiche/ipotetiche, deontiche/costitutive), 622 ss. (sulle norme di competenza come tetico-costitutive o ipotetico-costitutive), nonché la presentazione più sintetica in Ferrajoli 2016: 21 ss.

<sup>55</sup> Vedi Guastini 2009: 221 con la teoria della clausola alternativa tacita «Kelsen – l'inventore del controllo di legittimità costituzionale in forma accentrata – forse sta cercando di dire, sia pure in modo infelice, una cosa alquanto semplice e assolutamente vera: le clausole costituzionali che pretendono

Ecco allora che la teoria kelseniana della norma giuridica appare meno contro-intuitiva di quanto a prima vista potrebbe sembrare. Un enunciato del discorso del legislatore che sia del tutto inutilizzabile per giustificare l'applicazione di una sanzione, o per rendere non dovuta una sanzione altrimenti applicabile, che cioè non possa funzionare come frammento di norma, è, in effetti, giuridicamente irrilevante. Se il legislatore crea una costituzione, proclama che la costituzione è suprema, che è imm modificabile o è modificabile solo secondo procedure aggravate, e tuttavia non prevede alcuno strumento per rimuovere le norme legislative incompatibili con la costituzione, allora questa costituzione è pressoché priva di capacità normativa nei confronti del legislatore: la sua efficacia dipende solo dalla buona volontà. La teoria della clausola alternativa tacita può descrivere questo stato di cose, ma non lo produce. E, d'altra parte, se il legislatore proclama un diritto senza prevedere alcun soggetto obbligato, o si tratta di mera retorica politica, giuridicamente irrilevante, o sta delegando il potere giudiziario e amministrativo alla creazione degli obblighi corrispondenti.

Quest'ultimo punto mi sembra importante e ci introduce alla seconda politica del diritto che è possibile scorgere nella teoria kelseniana della norma giuridica. Se il legislatore non concretizza le norme di principio mediante disposizioni dettagliate e leggi di attuazione, le norme di principio possono essere rilevanti solo se gli organi dell'applicazione – giudici e funzionari –, dando ad esse attuazione, utilizzandole come frammento di norma, esercitano rilevanti funzioni politiche di completamento e sviluppo del diritto positivo. Kelsen vede una cosa che a Ferrajoli non sembra interessare molto: applicare una norma giuridica, soprattutto quando vaga e generica, come spesso sono le norme attributive di diritti fondamentali, implica discrezionalità<sup>56</sup>.

Nel contesto politico e istituzionale in cui scrive, Kelsen è interessato a contenere tale discrezionalità entro limiti a suo giudizio accettabili, compatibili con l'ordine sociale e con la democrazia. Per questa ragione, negli scritti sulla giustizia costituzionale egli si dice contrario a che la costituzione incorpori generici rinvii agli «ideali di equità, di giustizia, di libertà, di eguaglianza, di moralità, etc., senza minimamente precisare di che cosa si tratti»<sup>57</sup>; una costituzione «lunga», contenente ampie dichiarazioni di principio, produrrebbe uno «spostamento di potere» dal parlamento alla corte costituzionale, che per Kelsen sarebbe «pericoloso» e «intollerabile»<sup>58</sup>.

---

di vincolare il contenuto della legislazione futura sono prive di effetti, ove i costituenti omettano di instaurare un controllo di legittimità costituzionale [...] sulle leggi».

<sup>56</sup> La stessa «bizzarra» teoria della clausola alternativa tacita serve, oltre che a stimolare la creazione di un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, a mostrare quanto ampia sia la discrezionalità di cui necessariamente godono gli organi dell'applicazione: come scrive Kelsen 1966a: 301 s., essa «rivela quanto considerevolmente sia limitata la possibilità di predeterminare, in norme generali prodotte dalla legislazione o dalla consuetudine, le norme individuali che i tribunali devono produrre».

<sup>57</sup> Kelsen 1981b: 189; vedi anche Kelsen 1981c: 253 s.

<sup>58</sup> Kelsen 1981b: 189 s.

Naturalmente ciò può voler dire che Kelsen è rimasto legato allo stato legislativo e non ha capito che cosa era destinata a diventare la sua creazione, la giustizia costituzionale; oppure Kelsen lo ha capito bene, o quantomeno lo ha intuito, e ha ritenuto opportuno limitare l'impatto della giustizia costituzionale sul ruolo del parlamento. Su questa alternativa non può esserci discussione scientifica: ognuno è libero di scegliere l'ipotesi che preferisce e di rivolgersi a Kelsen come a un precursore oppure come a un critico dello stato costituzionale. Ciò che sembra più interessante, almeno dal punto di vista della ricostruzione delle idee kelseniane, è che questi elementi di una critica ai diritti fondamentali costituzionalizzati nella sua opera sono, come sempre, del tutto espliciti, non occultati dalla teoria. Kelsen, nel contesto politico e istituzionale della sua epoca, mette in guardia dai rischi di una eccessiva discrezionalità giudiziale; non dice che i diritti fondamentali, perché troppo vaghi, non sono autentiche norme giuridiche. Se sono utilizzati per decidere se l'uso della forza da parte dello stato sia legittimo, sono frammenti di norme e quindi sono, a tutti gli effetti, giuridici. Nonostante la critica di Ferrajoli, la teoria kelseniana non intende espellere dall'ordinamento norme ritenute incompatibili con un misterioso postulato dell'unità del diritto o con una agenda politica surrettiziamente perseguita.

Infatti Kelsen respinge l'idea che una disposizione, solo perché vaga e generica, abbia natura strettamente "politica" e non sia giuridicamente vincolante. Il legislatore può scegliere di «lasciare molta libertà agli organi esecutivi intenzionalmente formulando le norme in modo vago, indefinito, equivoco»<sup>59</sup>, come avviene spesso soprattutto nel diritto costituzionale e amministrativo. È una tecnica di redazione dei testi normativi che ha vantaggi – «permette una più duttile adattamento a una situazione fattuale in evoluzione» – ma anche costi: il potere si trasferisce agli organi dell'applicazione e «il legislatore rischia di creare disordine e persino caos»<sup>60</sup>.

## 5. Conclusioni

A me sembra, in fin dei conti, che la differenza fondamentale tra Kelsen e Ferrajoli, da cui derivano a cascata molte delle aporie individuate da Ferrajoli, sia nel modo di concepire il ruolo della giurisdizione<sup>61</sup>. Per Kelsen l'interpretazione del diritto da parte degli organi che devono applicarlo è un'attività volitiva, discrezionale, in grande misura libera, sebbene meno libera dell'attività del legislatore – e per Kelsen in una democrazia è doveroso che la giurisdizione sia meno libera della legislazione; ma al pari della legislazione, la giurisdizione crea diritto e può talvolta

---

<sup>59</sup> Kelsen 1939: 10.

<sup>60</sup> Kelsen 1939: 11.

<sup>61</sup> Per considerazioni simili, vedi Bisogni 2018.

produrre norme totalmente al di fuori dello schema costituito dalla norma da applicare<sup>62</sup>. Per contro, Ferrajoli ritiene che legislazione e giurisdizione siano funzioni diverse – rispettivamente, di governo e di garanzia – cui corrispondono diverse legittimazioni: la giurisdizione è tanto più legittima quanto più si avvicina a essere un'attività cognitiva, non politica. Nel saggio *Giurisdizione e consenso*, la distinzione tra legislazione e giurisdizione è ricondotta alle «due grandi dimensioni dell'esperienza: volontà e conoscenza, potere e sapere, disposizione e accertamento, consenso e verità, produzione e applicazione del diritto, *legis-latio* e *ius-dictio*, l'una legata a quella che ho chiamato la "sfera del decidibile", l'altra a quella che ho chiamato la "sfera dell'indecidibile"»<sup>63</sup>.

Ma se riteniamo, d'accordo con Kelsen, che la giurisdizione abbia molto a che vedere con la volontà, il potere, la creazione del diritto, la determinazione autoritativa dei confini dell'"indecidibile", allora la diffidenza kelseniana verso la positivizzazione dei diritti fondamentali diventa comprensibile. La diffidenza può non essere condivisa, certo, ma le sue ragioni, per chi interpreti caritatevolmente l'opera di Kelsen, sono chiare e hanno poco a che vedere con l'esigenza di unità del sistema, alla base della critica kelseniana alla scienza giuridica tradizionale; tantomeno hanno a che vedere con l'intento, estraneo a Kelsen, di espellere dall'ordinamento classi di norme non gradite.

Le ragioni dell'ostilità sono da rintracciare – ho sostenuto – nella volontà di promuovere la creazione di un sistema di controllo di legittimità delle leggi e nella conseguente opportunità di contenere gli spazi di discrezionalità giudiziale che tale controllo inevitabilmente apre. Che queste siano le ragioni di Kelsen mi sembra così chiaro che, forse, la relazione tra le sue pretese "aporie" e l'ostilità ai diritti fondamentali come concetto giuridico dovrebbe essere corretta rispetto all'analisi di Ferrajoli. Kelsen non è ostile ai diritti fondamentali a causa della sua concezione delle norme giuridiche, ma al contrario la sua concezione delle norme giuridiche, insegnandoci che ogni norma ha a che fare, direttamente o indirettamente, con l'applicazione della forza, contiene in sé un implicito avvertimento contro la positivizzazione di diritti che – si può sostenere – rischiano di rendere imprevedibile l'uso della coercizione da parte dello stato.

Questo avvertimento può essere respinto; la sua forza persuasiva dipende inevitabilmente dal contesto politico-istituzionale di riferimento e dalla posizione che occupiamo all'interno di tale contesto, che possono renderci più o meno preoccupati nei confronti della discrezionalità giudiziale. Ma anche se non condividiamo qui e oggi la preoccupazione di Kelsen, possiamo comunque riconoscere che è ragionevole e sensata. Non ha niente a che vedere con il postulato dell'unità della conoscenza giuridica, che semmai è in rapporto, oltre che con le premesse epistemologiche

<sup>62</sup> Kelsen 1966a: 386 ss.; 1952a: 120 ss.

<sup>63</sup> Ferrajoli 2009: 10 s.

neo-kantiane, con la critica ai dualismi della dottrina tradizionale. La diffidenza di Kelsen nei confronti della positivizzazione dei diritti fondamentali dipende dal modo in cui considera la produzione di diritto da parte dei giudici: da un lato come un fatto innegabile, dall'altro come un potere che il diritto dovrebbe sforzarsi di limitare.

## Bibliografia

- Barberis, M. (1993). *Filosofia del diritto*, Bologna, il Mulino.
- (2017). *Ferrajoli successore di Kelsen o Kelsen precursore di Ferrajoli?*, «Ragion pratica», 48, 1, 225-230.
- Bisogni, G. (2018). *Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli: «auctoritas» o «veritas facit iudicium?»*, «Diritto e questioni pubbliche», in corso di pubblicazione.
- Celano, B. (1999). *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Bologna, il Mulino, 1999.
- Chiassoni, P. (2009). *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Torino, Giappichelli.
- (2012). *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 42, 1, 237-261.
- Ferrajoli, L. (2000). *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2881-2816.
- (2001). *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza.
- (2007). *Principia iuris*, Vol. I, Roma-Bari, Laterza.
- (2009). *Giurisdizione e consenso*, «Questione giustizia», 4, 9-22.
- (2013). *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- (2016). *La logica del diritto: dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza.
- Guastini, R. (1994). *Diritti*, in Comanducci, P., Guastini, R. (a cura di), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 163-174
- (2009). *Garantismo e dottrina pura a confronto*, «Analisi e diritto», 213-223.
- Heidemann, C. (1999). *Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S.L. Paulson*, «Oxford Journal of Legal Studies», 19, 2, 345-350.
- Holmes, O.W. (1897). *The Path of the Law*, «Harvard Law Review», 10, 8, 457-478.
- Itzcovich, G. (2017). *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, «Rivista di filosofia del diritto», 6, 1, 97-117.

- Kelsen, H. (1928). *Préface*, in Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, v-xi.
- (1937). *Die Ziele der Reinen Rechtslehre* (1936), Engl. transl. *The Function of the Pure Theory of Law*, in Reppy, A. (ed.), *Law, a Century of Progress 1835-1935*, Vol. II, New York-London, New York University Press-Oxford University Press, 231-241.
  - (1939). *Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant*, «Geneva Studies», 10, 6.
  - (1952a). *Reine Rechtslehre* (1934), tr. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi.
  - (1952b). *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence* (1941), tr. it. *La dottrina pura e la giurisprudenza analitica*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 173-206.
  - (1966a). *Reine Rechtslehre*, II ed. (1960), tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi.
  - (1966b). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, II ed. (1929), tr. it. *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, il Mulino, 3-112.
  - (1966c). *Foundations of Democracy* (1955-1956), tr. it. *I fondamenti della democrazia*, in Id., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, il Mulino, 113-314.
  - (1973). *Gott und Staat* (1922-1923), Eng. transl. *God and the State*, in Id., *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Springer, 61-82.
  - (1975). *Das Problem der Gerechtigkeit* (1960), tr. it. *Il problema della giustizia*, Torino, Einaudi.
  - (1981a). *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen Österreichischen Bundesverfassung vom 1 Oktober 1920* (1923-1924), tr. it. *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 3-45.
  - (1981b). *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)* (1928), tr. it. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 143-206.
  - (1981c). *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931), tr. it. *Chi dev'essere il custode della Costituzione*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 229-291.
  - (1985). *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), tr. it. *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi.
  - (1989). *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920), tr. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè.

- (2000). *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas.
- Losano, M.G. (1981). *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Comunità.
- (1985). *La dottrina pura dal logicismo all'irrazionalismo*, in Kelsen, H., *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi.
- Luhmann, N. (1977). *Rechtssoziologie* (1972), tr. it. *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- (2012). *Das Recht der Gesellschaft* (1993), tr. it. *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli.
- Paulson, S.L. (1988). *An Empowerment Theory of Legal Norms*, «Ratio Juris», 1, 1, 58-72.
- (1990). *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, in Gianformaggio, L. (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A diachronic Point of View*, Torino, Giappichelli, 11-47.
- (1998). *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory. Reflections on a Periodization*, «Oxford Journal of Legal Studies», 18, 1, 153-166.
- (1999). *Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory*, «Oxford Journal of Legal Studies», 19, 2, 351-364.
- Pino, G. (2018). *Tre aporie (e qualche altra perplessità) nell'opera di Luigi Ferrajoli*, «Analisi e diritto», in questo fascicolo.
- Poggi, F. (2004). *Le norme permissive*, Torino, Giappichelli.
- Raz, J. (2009). *The Functions of Law* (1973), in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 163-179.
- Von Bernstorff, J. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Weinberger, O. (1986). *Logic and the Pure Theory of Law*, in Tur, R., Twining, W. (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 187-199.



# Tre aporie (e qualche altra perplessità) nell'opera di Luigi Ferrajoli

Giorgio Pino \*

## *Sommario*

In un recente lavoro, Luigi Ferrajoli ha offerto una critica dettagliata della filosofia del diritto di Hans Kelsen. In tal modo Ferrajoli fa emergere con particolare risalto, per contrasto, le proprie tesi teoriche e filosofiche. In questo mio intervento, proverò a mia volta a discutere criticamente alcune tesi di Ferrajoli. Il mio obiettivo non è di difendere Kelsen da Ferrajoli, ma piuttosto di mettere alla prova alcune delle tesi portanti della filosofia del diritto di Ferrajoli: in particolare, in relazione al modo in cui Ferrajoli definisce la democrazia, la validità sostanziale, e i diritti fondamentali.

**Parole chiave:** Luigi Ferrajoli, Hans Kelsen, democrazia, validità, diritti fondamentali

## *Abstract*

Luigi Ferrajoli has recently engaged in a comprehensive critical assessment of Hans Kelsen's legal philosophy, and in the process he uses Kelsen's (allegedly) mistaken ideas as a sort of springboard to make his own jurisprudential stance more compelling. In the present occasion I try, in turn, to put to test some key ideas from Ferrajoli's legal philosophy, in particular Ferrajoli's concepts of democracy, validity, and fundamental rights.

**Keywords:** Luigi Ferrajoli, Hans Kelsen, democracy, validity, fundamental rights

---

\* Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre, Via Ostiense, 161, 00154, Roma, Italia, giorgio.pino@uniroma3.it. Ringrazio due referees anonimi per i loro utili suggerimenti su una versione precedente di questo saggio.

## 1. Premessa

Il recente lavoro che Luigi Ferrajoli ha dedicato all'opera di Kelsen<sup>1</sup> è doppiamente interessante e importante: per un verso per la precisione analitica con cui Ferrajoli ricostruisce e critica numerose tesi kelseniane (e si tratta nella maggior parte dei casi di tesi affatto centrali nell'impianto giusfilosofico di Kelsen); e per altro verso perché Ferrajoli usa abilmente i limiti delle (o di alcune) tesi kelseniane, così come portati allo scoperto nella *pars destruens*, per far emergere le proprie tesi teoriche e filosofiche. Inoltre, questo libro è anche un'autorevole testimonianza della perdurante presenza e influenza dell'opera di Hans Kelsen nel dibattito filosofico-giuridico contemporaneo (quantomeno europeo-continentale): presenza e influenza a mio modo di vedere ampiamente positive, perché l'opera di Kelsen rappresenta tuttora un bagagliaio di concetti semplicemente imprescindibile per la formazione e il lavoro del giurista. Certo, è vero che alcune (o forse molte) tesi kelseniane sono bizzarre o semplicemente indifendibili; ma la mia opinione è che da Kelsen, in definitiva, ci sia da imparare anche quando sbaglia<sup>2</sup>. E questo stesso libro di Ferrajoli, dietro lo schermo di una serie di critiche molto puntuali e nient'affatto marginali, può tranquillamente essere letto come il consuntivo di un lungo e mai interrotto dialogo con un grande maestro.

In questo mio intervento non mi occuperò di difendere Kelsen dalle critiche di Ferrajoli. Non perché non reputi queste ultime importanti, o interessanti. Ma perché, come ho detto, questo è non solo un libro *su Kelsen*, ma anche – e direi soprattutto – un libro *di Ferrajoli*: un libro in cui Ferrajoli espone e difende proprie tesi, oltre a criticare quelle di Kelsen e anzi facendole emergere da esse. E dunque delle tesi di Ferrajoli mi voglio occupare, per quello che posso e nei limiti di brevità consentiti da questa occasione. In altre parole, sfrutterò questa occasione per proseguire a mia volta un dialogo con un grande maestro<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ferrajoli 2016.

<sup>2</sup> Ad esempio, una delle tesi kelseniane notoriamente più indifendibili è l'idea della "clausola alternativa tacita"; secondo questa tesi, una legge in contrasto con la costituzione deve essere considerata valida fino a che non venga effettivamente dichiarata incostituzionale da un'autorità competente, e questo per effetto di una clausola, tacitamente presente in ogni costituzione, in base alla quale la legge è valida se è conforme a costituzione ma anche, alternativamente, se non lo è (fino al momento della eventuale dichiarazione di costituzionalità). Si tratta di una tesi effettivamente curiosa, che per un verso è un coerente sviluppo del carattere dinamico dell'ordinamento giuridico, ma per altro verso pone sostanzialmente nel nulla un'altra idea forte di Kelsen, e cioè l'idea che gli ordinamenti giuridici abbiano una struttura gerarchica. E tuttavia, questa (discutibile) tesi mette comunque in evidenza un aspetto importante degli ordinamenti giuridici, e cioè la necessità di organi, di poteri, di autorità che implementino le decisioni giuridiche: detto brutalmente, una costituzione non garantita da controllo di costituzionalità delle leggi non è realmente (o meglio: non è affatto) superiore alla legge, e quest'ultima può liberamente derogarvi.

<sup>3</sup> Ho già avuto modo in altre occasioni di discutere alcuni aspetti della filosofia del diritto di

Procederò nel modo seguente. Innanzitutto, prima di esporre i miei punti di dissenso teorico rispetto ad alcune tesi sostenute da Ferrajoli in *La logica del diritto*, proverò a segnalare alcuni punti sui quali invece mi trovo d'accordo con la critica di Ferrajoli a Kelsen – anche se in alcuni casi si tratterà di un accordo solo precario (§ 2). Passerò poi ad esaminare alcune tesi di Ferrajoli sulle quali ritengo si possano sollevare alcune, non marginali, perplessità (§ 3). Concluderò infine con una notazione blandamente provocatoria sul ruolo che Ferrajoli assegna alla scienza giuridica (§ 4).

## 2. Accordi (precari)

Inizio dunque da due punti su cui mi trovo totalmente d'accordo con Ferrajoli, per poi passare ad altri due punti su cui il mio accordo è solo parziale.

1) Un primo punto di accordo con Ferrajoli riguarda la sua critica alla attenzione eccessiva (che poi diventerà addirittura esclusiva) che Kelsen dedica all'aspetto dinamico dell'ordinamento giuridico: cosa che porta Kelsen a trascurare, e infine a pretermettere del tutto, l'aspetto statico dell'ordinamento giuridico<sup>4</sup>. Ora, è evidente che gli ordinamenti giuridici hanno una importante (e talvolta perfino predominante) dimensione dinamica<sup>5</sup>; ma è altrettanto evidente che il diritto, nella misura in cui ha una strutturazione gerarchica, include anche una dimensione statica; questo è vero per qualunque diritto, mi pare, ma è ancora più vero e visibile per il diritto dello Stato costituzionale, in cui anche la validità della legge ha una dimensione non più solo dinamica (cioè formale-procedurale) ma anche statica (cioè contenutistica).

I sistemi giuridici sono dunque sistemi normativi misti, statici e dinamici, in cui queste due dimensioni si intersecano e si sovrappongono in modi niente affatto banali<sup>6</sup>. L'accordo su questo punto, tuttavia, pone le basi per una critica che muoverò a Ferrajoli in conclusione di questo saggio (§ 4).

---

Luigi Ferrajoli. Rinvio in particolare a Pino 2010a; Pino 2011; Pino 2014. Alcuni degli argomenti che espongo qui di seguito hanno già fatto capolino in alcuni di questi lavori, *ratione materiae*.

<sup>4</sup> Ferrajoli 2016: cap. VI. Kelsen, a dire il vero, non esclude che i sistemi giuridici possano avere anche una componente statica, ma considera questo aspetto come del tutto secondario rispetto a quello dinamico, e nell'ultima fase della sua produzione scientifica lo elide del tutto.

<sup>5</sup> Alcuni aspetti anche paradossali della natura dinamica del diritto sono stati magistralmente portati alla luce da Bruno Celano: v. in particolare Celano 2002; Celano 2006.

<sup>6</sup> Nella teoria del diritto più recente questa tematica è stata riformulata come riflessione sui diversi tipi di gerarchie normative (in particolare le gerarchie "strutturali", "materiali" e "assiologiche"): gerarchie che operano contemporaneamente all'interno degli ordinamenti giuridici, e si intersecano in vari modi. In proposito, tra gli studi più recenti, Guastini 2010: 241-254; Ferrer, Rodríguez 2011; Pino 2016a: cap. VII.

2) Un secondo punto di accordo riguarda la critica, che Ferrajoli muove a Kelsen, di indentificare e confondere la “norma” e l’“atto normativo”<sup>7</sup>: due nozioni che invece sono ontologicamente distinte (confonderli è un vero e proprio errore categoriale), e alle quali corrispondono due diverse nozioni di validità – rispettivamente, la validità “materiale”, o “sostanziale”, e la validità “formale”. Su questo punto sembrerebbe esserci poco da aggiungere, visto che la distinzione tra atto normativo e norma è ormai definitivamente acquisita quantomeno alla teoria del diritto di indirizzo analitico, ed è normalmente utilizzata anche dai giuristi dotati di una purché minima consapevolezza metodologica<sup>8</sup>. Anche in questo caso, tuttavia, il mio accordo con Ferrajoli è la base per un successivo dissenso. Si può infatti obiettare a Ferrajoli di non aver sfruttato appieno, e neanche in maniera del tutto lineare, le implicazioni dello schema teorico norma-atto normativo (§ 3.3).

3) Un terzo punto di accordo (e qui in verità l’accordo diventa meno netto rispetto a quello di cui ai punti precedenti) riguarda la critica di Ferrajoli al modo in cui Kelsen concepisce i diritti soggettivi<sup>9</sup>. Quella di Kelsen è, come è noto, una concezione doppiamente riduzionista dei diritti soggettivi: Kelsen lega il diritto soggettivo per un verso al concetto di obbligo (il diritto soggettivo sarebbe semplicemente il riflesso di un obbligo altrui), e per altro verso alla possibilità di agire in giudizio (il diritto soggettivo consisterebbe nella possibilità di attivare un meccanismo giudiziario che porta all’applicazione di una sanzione: diritto soggettivo “in senso tecnico”)<sup>10</sup>. Con la conseguenza che i diritti per i quali non siano chiaramente previsti obblighi corrispondenti, e/o che non siano tutelabili in sede giudiziaria, semplicemente non esistono come diritti. Ferrajoli, per parte sua, ha superato questo duplice riduzionismo scindendo il diritto sia dalla sua garanzia “primaria” (l’obbligo corrispondente al diritto), sia dalla sua garanzia “secondaria” (la possibilità di attivare una tutela giudiziaria del diritto)<sup>11</sup>.

Tuttavia, almeno per quanto riguarda la nozione di garanzia primaria, ci si può domandare quanto Ferrajoli si sia realmente allontanato dal modello kelseniano. Anche Ferrajoli, infatti, insiste sul fatto che tra il diritto soggettivo e la sua garanzia primaria (cioè, come abbiamo appena visto, l’obbligo corrispondente al diritto) vi sia una «relazione logica»<sup>12</sup>; e se con ciò si intende dire che si tratta di una relazione concettuale, necessaria, allora si torna esattamente a Kelsen, e all’idea che a ogni diritto deve corrispondere un obbligo (e che dunque, in mancanza

<sup>7</sup> Ferrajoli 2016: 89-96.

<sup>8</sup> Per una introduzione elementare a queste nozioni, cfr. quantomeno Pino 2016a: capp. I e V.

<sup>9</sup> Ferrajoli 2016: 36 ss.

<sup>10</sup> Cfr. ad es. Kelsen 1966: 150-153.

<sup>11</sup> Ferrajoli 2016: cap. III. Si tratta di una distinzione che Ferrajoli ha articolato a partire quantomeno a partire da Ferrajoli 2001.

<sup>12</sup> Ferrajoli 2016: 54.

di obbligo, semplicemente *non c'è il diritto*<sup>13</sup>). Si noti peraltro che qui non è utile richiamare la natura nomodinamica del diritto, come fa Ferrajoli, per affermare che mentre il diritto è già esistente in virtù di una norma che lo proclama, può contingentemente non essere stata ancora prodotta la norma che contiene l'obbligo corrispondente; questo perché, se tra diritto e obbligo (o garanzia primaria) sussiste una relazione logico-definitoria, allora diritto e obbligo non vengono istituiti da due norme distinte (una delle quali potrebbe, in ipotesi, mancare a causa della natura nomodinamica del diritto); piuttosto, diritto e obbligo sono istituiti *da una stessa e unica norma*: se una norma mi attribuisce il diritto di non essere torturato, *quella stessa norma* crea anche l'obbligo di non torturarmi. Altra e (concettualmente) separata questione è se poi tale obbligo sia sanzionato penalmente, o se esistano strumenti giuridici per prevenire gli atti di tortura, per risarcire le vittime, ecc. (le garanzie secondarie del diritto): queste cose dovranno effettivamente essere istituite da norme ulteriori rispetto a quella che istituisce il diritto a non essere torturati (e il correlativo obbligo di non torturare). Quindi non si può sostenere che ad ogni diritto corrisponde concettualmente un obbligo (la garanzia primaria), e allo stesso tempo sostenere che la garanzia primaria può anche non essere stata istituita.

Ferrajoli si è certamente accorto di questa difficoltà, perché ad un certo punto afferma (modificando il modo in cui in precedenza aveva trattato questo punto)<sup>14</sup> che nel caso dei diritti fondamentali la garanzia primaria è un obbligo *del legislatore*: obbligo che esiste *ab origine* come riflesso logico della proclamazione costituzionale di un diritto fondamentale, e il cui contenuto è di provvedere alla produzione di una disciplina legislativa che renda esercitabile il diritto (ivi inclusa l'introduzione delle garanzie secondarie). Questo salva la coerenza logico-concettuale della costruzione di Ferrajoli, appunto perché così si ribadisce che almeno un obbligo segue automaticamente, logicamente, dal diritto; ma palesemente così si finisce per degradare i diritti fondamentali a mere "norme programmatiche", la cui attuazione è interamente rimessa al legislatore<sup>15</sup>. Di contro, negli Stati costituzionali è prassi del tutto comune che i diritti fondamentali siano usati direttamente dalle corti, anche senza una apposita *interpositio legislatoris*: questa pratica, che può essere perfino considerata come uno dei tratti distintivi del costituzionalismo contemporaneo<sup>16</sup>,

<sup>13</sup> Uno dei primi a notare questa difficoltà nella costruzione di Ferrajoli è stato, mi pare, Guastini 2001.

<sup>14</sup> Ferrajoli 2016: 55-57. Per quanto è a mia conoscenza, Ferrajoli ha emendato in tal senso la propria posizione a partire da Ferrajoli 2013: 69.

<sup>15</sup> Cfr. Ferrajoli 2010: 2793: «Nel modello del costituzionalismo giuspositivista, la riparazione delle lacune e delle antinomie nelle quali esse si manifestano non è affidata all'attivismo interpretativo dei giudici, *ma solo alla legislazione*, e perciò alla politica per quanto riguarda le lacune» (corsivo aggiunto); v. anche Ferrajoli 2016: 149.

<sup>16</sup> V. in proposito Guastini 1998; Pino 2017: cap. I.

resta sostanzialmente inspiegata nel modello di Ferrajoli – se non come un abuso di potere da parte della giurisdizione.

4) Un quarto punto di accordo, anche questo solo parziale, riguarda la critica che Ferrajoli muove alla tesi di Kelsen secondo cui ogni norma giuridica (quantomeno se formulata in forma completa) include una sanzione, o meglio l'obbligo di applicare una sanzione (e questo è lo specifico “dover essere” che secondo Kelsen è contenuto dalle norme giuridiche)<sup>17</sup>. Ferrajoli qui ha buon gioco a mostrare che le norme sanzionatrici rappresentano solo un tipo di norme giuridiche, accanto al quale si possono trovare tipi di norme con caratteristiche diverse (ad esempio le norme costitutive, o le norme permissive), e il cui ruolo all'interno degli ordinamenti giuridici è ormai pacificamente riconosciuto in sede teorico-giuridica, quantomeno da Hart in poi. Quello che non trovo condivisibile, però, è che Ferrajoli sembra identificare completamente il modello (kelseniano) della norma sanzionatrice con l'idea della struttura condizionale della norma giuridica<sup>18</sup>: ossia con l'idea, quest'ultima non specificamente kelseniana, che è possibile riformulare ogni norma giuridica (con poche marginali eccezioni<sup>19</sup>) nella forma standard di un enunciato ipotetico o condizionale, per cui se si danno certi fatti (fattispecie) allora segue una certa conseguenza giuridica<sup>20</sup>. In particolare, Ferrajoli sembra qui sostenere per un verso che in base al modello dello schema condizionale la conseguenza giuridica sia *sempre* una sanzione, e per altro verso che ci sono norme giuridiche che non sono riducibili allo schema condizionale (in particolare quelle che Ferrajoli chiama norme “tetiche”: tetico-deontiche e tetico-costitutive).

Credo che entrambe queste tesi siano sbagliate. Lo schema condizionale non implica affatto che la conseguenza giuridica sia esclusivamente una sanzione: la conseguenza giuridica può tranquillamente consistere nella produzione di effetti giuridici, nell'attribuzione di uno status, nel conferimento di un diritto, o in altre cose ancora. E ogni norma (tranne poche marginali eccezioni) è riformulabile nello schema condizionale, anche quelle che Ferrajoli indica come esempi di norme tetico-deontiche e tetico-costitutive: si pensi al caso dei «divieti penali» (che Ferrajoli indica come esempi di norme tetico-deontiche), in cui lo schema condizionale che lega una fattispecie a una conseguenza giuridica spesso è agevolmente visibile nella formulazione testuale stessa delle relative disposizioni<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Ferrajoli 2016: capp. I e II.

<sup>18</sup> Ferrajoli 2016: 13 ss.

<sup>19</sup> Le eccezioni consistono essenzialmente nelle norme individuali in senso ampio, ossia le norme destinate ad applicarsi ad un singolo caso: così intesa, questa categoria include anche, ad esempio, le norme di abrogazione espressa e le norme che istituiscono organi.

<sup>20</sup> Rinvio in proposito a Pino 2016a: cap. II.

<sup>21</sup> Sui “divieti penali” come esempi di norme tetico-deontiche v. Ferrajoli 2016: 23. Ma si veda, ad esempio, la formulazione testuale dell'art. 575 del codice penale: «Chiunque cagiona la morte di un uomo [fattispecie, ndr] è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno [conseguenza, ndr]».

### 3. Disaccordi

Passo ora alle tesi *di Ferrajoli* sulle quali il mio disaccordo è più radicale. La prima è, forse, solo una questione di parole, e come tale ha un rilievo piuttosto modesto (§ 3.1). Seguono tre aporie che mi pare di poter individuare nella teoria di Ferrajoli (§§ 3.2-3.4); userò “aporia”, qui, nello stesso senso in cui lo usa Ferrajoli, vale a dire ad includere contraddizioni, incongruenze, tesi inadeguate rispetto alle finalità esplicative della teoria, ecc.<sup>22</sup>.

#### 3.1. «Democrazia»

La prima questione riguarda la nozione di democrazia. Nell'opera di Luigi Ferrajoli, e ovviamente anche in questo libro<sup>23</sup>, la nozione di democrazia riceve un trattamento decisamente inflazionistico. Ferrajoli elabora infatti una definizione “quadridimensionale” di democrazia, che include la democrazia politica, la democrazia civile, la democrazia sociale e la democrazia liberale. Queste quattro dimensioni (le prime due attinenti alla “forma” della democrazia, le altre due alla sua “sostanza”) corrispondono poi ad altrettante categorie di diritti fondamentali: diritti politici, diritti civili, diritti sociali e diritti di libertà. La costruzione è perfettamente simmetrica, e dotata di notevole eleganza. Resta tuttavia la sensazione che in questo caso *l'esprit de géométrie* dell'autore<sup>24</sup> faccia premio sull'accuratezza dell'uso delle categorie concettuali coinvolte. Provo a spiegarvi.

In primo luogo non è molto chiaro, per lo meno a me, se nell'economia del *concetto* di democrazia qualcuna delle quattro dimensioni individuate da Ferrajoli debba essere considerata come prioritaria rispetto alle altre. A me pare di sì: in particolare, mi sembra che le componenti formali, e in particolare quelle attinenti ai diritti politici, siano del tutto necessarie per definire un sistema come democratico. Un sistema del tutto privo di diritti sociali potrebbe essere, forse, *poco* democratico, ma un sistema del tutto privo di diritti politici non è *per nulla* democratico (e per converso, molti sistemi politici assai poco democratici hanno, o hanno avuto, eccellenti sistemi di welfare). Se questo è vero, allora la definizione di democrazia dovrebbe essere liberata dalla costruzione perfettamente simmetrica delineata da Ferrajoli, per tenere conto del diverso peso (e del diverso ruolo) che le diverse componenti hanno al fine di definire un sistema come democratico: forse ne risulterebbe un quadro meno “pulito” ed elegante, ma certamente dotato di maggiore capacità esplicativa.

<sup>22</sup> Ferrajoli 2016: vi.

<sup>23</sup> Ferrajoli 2016: 230 ss.

<sup>24</sup> Per Ferrajoli, l'eleganza estetica è uno dei criteri alla luce dei quali elaborare e valutare una costruzione teorica: v. Ferrajoli 2016: 193-194.

In secondo luogo, oltre ad essere quadridimensionale la nozione di democrazia elaborata da Ferrajoli è anche onnicomprensiva: incorpora in sé tutti i diritti fondamentali. Anche questo aspetto della definizione di Ferrajoli genera qualche perplessità. È certamente vero che molti diritti sono strettamente connessi alla democrazia: oltre al caso ovvio dei diritti politici in senso stretto (diritto di voto, diritto di formare partiti politici, e di aderirvi, ecc.), vari diritti di libertà sono (anche) funzionali alla qualità della democrazia: si pensi ad esempio alla libertà di espressione, o alle libertà di associazione e di riunione, a certe forme di protezione della riservatezza (che in senso ampio si possono ricondurre alla segretezza del voto), e di protezione contro certe discriminazioni (in particolare le discriminazioni sulla base di opinioni politiche)<sup>25</sup>; inoltre, vari diritti sociali contribuiscono (anche) al miglior esercizio dei diritti democratici: individui istruiti, in buona salute, dotati di un lavoro e di una casa, verosimilmente eserciteranno i propri diritti democratici in maniera più libera e consapevole di quanto non farebbero individui privi di una adeguata garanzia per questi bisogni vitali.

Tuttavia, suona un po' forzato ricondurre *interamente* alla nozione di democrazia i diritti sopra menzionati, almeno se intendiamo la nozione di democrazia come un particolare modo di adottare decisioni che attengono alla sfera collettiva<sup>26</sup>. Intanto, molte modalità di esercizio dei diritti di libertà possono non avere nulla a che vedere con la democrazia (scrivere una poesia, fondare un circolo degli scacchi...). Anche i diritti sociali, nonostante la loro connessione con la democrazia sopra indicata, non sembrano tutelare *direttamente* la democrazia: l'interesse direttamente tutelato da questi diritti è qualcosa di diverso (la salute, l'istruzione, ecc.), e se è vero che la tutela di questi interessi può avere importanti ricadute sulla democrazia, è anche vero che può avere importanti ricadute anche su altri beni, come l'ordine pubblico (in una società mediamente istruita e con una buona redistribuzione della ricchezza è probabile che certe forme di criminalità siano meno presenti) e magari anche l'efficienza del mercato (l'esercizio dei diritti legati all'iniziativa economica privata o il godimento della proprietà risentono certamente del grado di istruzione e dello stato di salute del titolare del diritto). Per non dire, ovviamente, che gli interessi protetti dai diritti sociali (salute, casa, lavoro) hanno normalmente un preponderante valore *intrinseco*, e non solo un valore *strumentale*. E infine, i diritti attinenti all'esercizio di poteri di autonomia privata (diritti civili, che per Ferrajoli

<sup>25</sup> Si veda Pintore 2013, sulla distinzione tra diritti *costitutivi* del metodo democratico (i diritti politici in senso stretto), diritti *presupposti* da esso (alcuni diritti di libertà, che contribuiscono alla qualità di una democrazia connotata in senso liberale), e diritti *irrelati* ad esso (come alcuni diritti sociali, che rappresentano il presupposto fattuale di una democrazia).

<sup>26</sup> Non è necessario che la "collettività" alla quale fa riferimento questa definizione coincida con la comunità statale: si può certamente riferire la democrazia ad altri soggetti collettivi, come la fabbrica, la scuola, o una associazione. Ma qui il discorso di Ferrajoli si riferisce chiaramente ad una dimensione statale e ordinamentale.

caratterizzano la “dimensione civile” della democrazia) non sembrano in realtà avere molto a che fare con la democrazia come solitamente intesa.

Certo, “democrazia” è termine dotato di elevata connotazione positiva; dunque per un verso può sembrare naturale convogliare all'interno di questo concetto altre cose che sono anch'esse dotate di valore positivo, fino al punto da far apparire tutte queste cose (diritti, procedure, eguaglianza...) come diverse dimensioni di uno stesso valore unitario; e per altro verso può essere attraente, e retoricamente efficace, sfruttare la carica legittimante di questo concetto per mettere al riparo di esso le cose più svariate, presentandole appunto come aspetti della democrazia. Per parte mia, però, riterrèi preferibile riconoscere che il nostro universo etico-politico, così come il “contenuto etico sostanziale” degli Stati costituzionali, ha una caratterizzazione spiccatamente pluralistica<sup>27</sup>: ciò vuol dire che i valori etico-politici, così come i valori incorporati dagli Stati costituzionali contemporanei, possono ben essere molteplici e differenziati; e che questi valori talvolta intrattengono complessi rapporti di intersezione e di rafforzamento reciproco, e talvolta semplicemente confliggono. Così, democrazia e diritti fanno parte entrambi del nostro pantheon costituzionale: talvolta integrandosi, e talvolta limitandosi reciprocamente.

Si noti peraltro che Ferrajoli sembra pensare che una concezione solo formale della democrazia equivalga all'idea dell'onnipotenza del legislatore<sup>28</sup>. Ma questo è un *non sequitur*: come ho appena cercato di mostrare, si può tranquillamente adottare una concezione formale della democrazia, e ritenere che le decisioni adottate democraticamente siano limitate dal necessario rispetto di altri beni (estranei a, o non perfettamente coincidenti con, il valore della democrazia). Una cosa è affermare che le decisioni vadano prese a maggioranza da organi elettivi ecc., altra cosa è affermare che in tal modo si possa prendere *qualunque* decisione.

Fin qui ne ho fatto una questione di parole, o poco più. L'espansione ipertrofica del concetto di democrazia solleva però almeno due aspetti più sostanziali, che sono i seguenti: 1) la gerarchizzazione e funzionalizzazione dei diritti fondamentali, e 2) l'irenisimo costituzionale.

1) I diritti fondamentali hanno di solito un contenuto molto ampio e indeterminato, possono essere esercitati in modi molto diversi, e possono essere rilevanti nei contesti più diversi: si pensi all'estrema varietà di contesti e di condotte riconducibili alla libertà di manifestazione del pensiero, alla libertà religiosa, al diritto alla salute, e così via. Ora, se i diritti fondamentali vengono tutti ricondotti al valore della democrazia, da ciò deriva una sorta di gerarchizzazione *all'interno* di ciascun diritto fondamentale: nel senso che di ciascun diritto fondamentale dovranno es-

<sup>27</sup> L'espressione “contenuto etico sostanziale”, per denotare l'insieme dei valori, principi, diritti, incorporati dagli Stati costituzionali contemporanei, è ripresa da Celano 2013. Sul pluralismo dei valori costituzionali, Bin 2007; Barberis 2017: cap. II.

<sup>28</sup> Ferrajoli 2016: 228-229.

sere privilegiate le modalità di esercizio che rimandano al valore della democrazia, mentre le altre modalità di esercizio, non direttamente ricollegate al valore della democrazia, saranno tutt'al più di valore secondario. Così, ad esempio, a fronte della pluralità di condotte sussumibili sotto la libertà di manifestazione del pensiero, quelle non ricollegabili al valore della democrazia (scrivere poesie d'amore, girare film comici, partecipare a dibattiti letterari...) dovrebbero essere considerate quantomeno recessive e secondarie, meno "fondamentali", rispetto a quelle collegabili alla democrazia (propaganda politica, comizi, diffusione di opinioni politiche, ecc.). Inoltre, questo quadro richiede che i diritti siano esercitati in modi compatibili con la, se non addirittura utili alla, democrazia (e questa è forse la ragione per cui Ferrajoli include anche i diritti di autonomia civile, cioè principalmente i diritti di iniziativa economica, nel concetto di democrazia).

2) Ricondere all'unico valore della democrazia tutti i diritti fondamentali veicola un'immagine secondo cui il contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale è in definitiva un quadro armonico, irenico, le cui varie componenti si integrano tutte perfettamente: formano semplicemente diverse "dimensioni" dell'unico valore fondante (la democrazia). Questa immagine rischia di essere fuorviante. È vero che, per molti versi, diritti e democrazia si integrano e si rafforzano reciprocamente; ma è anche vero che per altri versi entrano in conflitto e si limitano reciprocamente. Si può anzi ipotizzare che la scommessa dello Stato costituzionale contemporaneo consista proprio nell'incorporare plurimi valori, e diluire il potere (la sovranità) in molteplici centri e circuiti, che talvolta collaboreranno, e talvolta entreranno in reciproca tensione: penso in particolare al potere legislativo, la cui fonte di legittimazione proviene dalla democrazia, e al potere giudiziario (giudici comuni e giustizia costituzionale, nelle loro diverse competenze), la cui fonte di legittimazione proviene dal ruolo di garanzia dei diritti *anche nei confronti del legislatore*.

Dunque, nella misura in cui la costruzione della democrazia elaborata da Ferrajoli porta a configurare il panorama normativo dello Stato costituzionale come armonicamente gerarchizzato, e funzionalizzato, al meta-valore della democrazia, sembra non rendere giustizia della natura profondamente pluralistica, e potenzialmente conflittuale, del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale<sup>29</sup>.

### 3.2. *Diritti fondamentali*

Un po' più serie sono alcune perplessità che derivano dalla teoria dei diritti fondamentali di Ferrajoli. Come è noto, Ferrajoli definisce i diritti fondamentali

---

<sup>29</sup> L'alternativa a quanto rilevato nel testo è di considerare "democrazia" semplicemente come la somma dei diritti fondamentali. Questo eviterebbe il rischio di gerarchizzare e funzionalizzare i diritti fondamentali in relazione al valore della democrazia, ma al costo di privare "democrazia" di un autonomo significato: sarebbe solo una sorta di concetto-contenitore (la somma dei diritti fondamentali).

come «tutti quei diritti che spettano universalmente a “tutti” o in quanto “persone naturali”, o in quanto “cittadini”, o in quanto persone naturali “capaci d’agire” o in quanto “cittadini capaci d’agire”»<sup>30</sup>. Ferrajoli afferma che questa è una definizione puramente teorica (nel senso di: appartenente al discorso della teoria del diritto, e non invece a quello della filosofia politica, della dogmatica giuridica, o della sociologia del diritto), e in quanto tale è una definizione formale e non assiologicamente connotata<sup>31</sup>. Ora, a me pare che questa definizione non sia né formale né assiologicamente adiafora. Non è formale perché, in base a questa definizione, per stabilire se un diritto è fondamentale occorre guardare al contenuto del diritto stesso, e più precisamente a quell’aspetto del contenuto che consiste nell’individuazione del titolare del diritto (solo diritti che spettano a certe categorie di titolari possono essere diritti fondamentali). E non è assiologicamente adiafora perché in base a questa definizione il concetto stesso di diritto fondamentale rinvia palesemente al valore dell’eguaglianza: il carattere fondamentale di un diritto dipende dal fatto di spettare “a tutti” (quantomeno all’interno delle categorie di titolari sopra indicate).

Come che sia, a mio parere una definizione teorica e formale di diritto fondamentale non può non includere un riferimento al tipo di fonte da cui promana il diritto, e ovviamente al rango gerarchico di essa: così, un diritto è fondamentale se è attribuito da una norma appartenente ai livelli più elevati delle fonti del diritto (tipicamente una costituzione)<sup>32</sup>. Questo dato mi pare ovvio: sia perché è del tutto congruente con la struttura gerarchica dell’ordinamento, alla quale sono collegati numerosi effetti rilevanti (tipicamente, le norme “superiori” sono più importanti e più “protette” rispetto alle norme inferiori); sia perché si sposa bene con il senso comune dei giuristi, e forse anche con il senso comune *tout court*, in base al quale i diritti fondamentali sono innanzitutto i diritti costituzionali<sup>33</sup>.

Di contro, nella definizione di diritto fondamentale offerta da Ferrajoli manca qualunque riferimento al rango gerarchico della fonte del diritto. Come abbiamo visto, per Ferrajoli lo status di “fondamentale” dipende dal contenuto del diritto (con specifico riferimento alle categorie dei titolari), non dalla fonte che lo proclama. E questo produce conseguenze paradossali, aporetiche appunto.

Infatti, è del tutto compatibile con la definizione di Ferrajoli che un diritto fon-

<sup>30</sup> Ferrajoli 2007: 726.

<sup>31</sup> Ferrajoli 2016: 60-61.

<sup>32</sup> Ho sviluppato una definizione di diritto fondamentale lungo le linee indicate nel testo in Pino 2010, e in Pino 2017.

<sup>33</sup> Non intendo dire che il senso comune dei giuristi, o anche il senso comune *tout court*, non possano essere afflitti da qualche crampo concettuale: è ovvio che la teoria del diritto può ben svolgere un ruolo correttivo e terapeutico nei confronti dei discorsi dei giuristi. Tuttavia, se una costruzione teorica fa giustizia del senso comune, questo è un suo punto di forza e *coeteris paribus* sarà preferibile alle alternative. Inoltre il senso comune è solo un punto di partenza per un’indagine teorica: quest’ultima spesso si dovrà incaricare di spiegare perché certe cose fanno parte del senso comune, di analizzarle e smontarle.

damentale sia attribuito (esclusivamente) da una legge, semplicemente a condizione che questa legge attribuisca diritti a “tutti” (persone, o cittadini ecc.); ma di fatto moltissime leggi attribuiscono diritti a “tutti”, e dunque questi diritti dovrebbero essere automaticamente considerati diritti fondamentali: si pensi al diritto di precedenza che il codice della strada attribuisce a chi si trova ad un incrocio provenendo da destra, o al diritto del pedone di passare sulle strisce; ma faremmo davvero un po’ di fatica a considerare questi come diritti fondamentali. E peraltro si tratterebbe di diritti fondamentali ben strani, visto che – in quanto di fonte legislativa – sono pienamente nella disponibilità del legislatore.

Per converso, stando alla definizione di Ferrajoli, molti diritti contenuti in costituzione non dovrebbero essere considerati come diritti fondamentali, perché non sono attribuiti a “tutti”, ma a sottoclassi di soggetti rispetto alle classi concentriche di titolari individuate dalla definizione di Ferrajoli: si pensi ad esempio ai diritti che la costituzione attribuisce ai lavoratori (art. 36), o alle lavoratrici, o alle lavoratrici madri (art. 37), o agli studenti capaci e meritevoli (art. 34), o ai genitori (art. 30), o al cittadino inabile (art. 38); si pensi ai diritti di elettorato attivo e passivo che, non essendo riconosciuti a “tutti”, e nemmeno a tutti i capaci di agire<sup>34</sup>, non dovrebbero essere considerati diritti fondamentali. E peraltro la titolarità di alcuni diritti pacificamente considerati come fondamentali è più circoscritta di quanto appaia dalla definizione di Ferrajoli: tipicamente, i detenuti sono privati di molti diritti fondamentali (innanzitutto la libertà di circolazione), pur rientrando in tutte le categorie di possibili titolari di diritti fondamentali indicate da Ferrajoli<sup>35</sup>.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, e forse Ferrajoli potrebbe emendare la sua definizione inserendo via via apposite qualificazioni alla categoria dei titolari. Ma a mio parere questa sarebbe una strada sbagliata, infruttuosa: la definizione di diritto fondamentale sarebbe solo resa più macchinosa, e sempre più lontana da quell’afflato di “universalità” che Ferrajoli vorrebbe associare all’idea di diritto fondamentale<sup>36</sup>: una volta tenute in debito conto tutte le necessarie qualificazioni, sarebbe davvero difficile continuare a dire che i diritti fondamentali sono i diritti “di tutti”. Il vero problema, invece, è che la definizione di Ferrajoli appoggia tutto il peso della “fondamentalità” sul punto sbagliato: sui titolari anziché sulla fonte del diritto.

<sup>34</sup> In Italia, come è noto, l’elettorato attivo per il Senato è attribuito solo ai cittadini che abbiano compiuto venticinque anni di età; l’elettorato passivo è attribuito solo ai cittadini che abbiano compiuto venticinque anni (per la Camera) o quaranta anni (per il Senato).

<sup>35</sup> In Italia, solo i detenuti per condanne superiori a cinque anni di reclusione perdono la capacità di agire.

<sup>36</sup> Ferrajoli 2016: 228: i diritti fondamentali, «consistendo, in forza della loro forma universale, in altrettanti poteri o contro-poteri *di tutti*, consentono di parlare di “potere del popolo”...» (corsivo nell’originale).

### 3.3. *Validità sostanziale*

Una seconda possibile fonte di aporie riguarda la nozione di validità sostanziale stipulata da Ferrajoli. In base a tale nozione, un atto normativo è valido in senso sostanziale se esiste «*almeno un significato* associato all'enunciato espresso dall'atto normativo che sia coerente con *tutte* le norme sostanziali ad esso sopraordinate»; specularmente, l'atto normativo sarà invalido in senso sostanziale «*se nessun* significato normativo associabile all'atto è compatibile con le norme sostanziali sulla sua produzione»<sup>37</sup>.

Purtroppo, impostare in questi termini la nozione di validità sostanziale mette capo ad alcuni esiti davvero incongrui<sup>38</sup>. Infatti, un singolo atto normativo di solito contiene centinaia se non migliaia di enunciati: si pensi al codice civile, che è un singolo atto normativo composto da circa 3.000 articoli, ciascuno dei quali composto normalmente da più enunciati; ebbene, in base alla definizione di Ferrajoli è sufficiente che *ad almeno uno* di questi enunciati sia possibile attribuire *almeno un significato* conforme alle norme superiori, per attribuire validità sostanziale *all'intero* codice civile. Portando il ragionamento all'estremo, in base alla definizione di Ferrajoli un atto normativo stipato di norme invalide, ma contenente un'unica norma valida, dovrebbe essere considerato valido. È evidente che qualcosa non va. Dove sta il problema? A mio modo di vedere, nella definizione di validità sostanziale offerta da Ferrajoli di problemi ce ne sono principalmente tre.

Un primo problema consiste nel fatto che, nel costruire il suo quadro concettuale, Ferrajoli include le nozioni di “atto normativo” e “norma” (e giustamente rimprovera a Kelsen di non aver accuratamente distinto tra queste nozioni, come abbiamo visto); ma non include un'altra nozione cruciale, la nozione di “disposizione”: vale a dire un enunciato, una stringa di segni dotata di unità sintattico-grammaticale, presente in un atto normativo<sup>39</sup>. Nelle ipotesi più semplici, la disposizione è un frammento linguistico interno all'atto normativo nel suo complesso, ed è l'unità-base del procedimento interpretativo; interpretando una disposizione (contenuta in un atto normativo), gli interpreti le ascrivono significato e così individuano la norma in essa contenuta. Nelle ipotesi meno semplici, il passaggio dalla disposizione alla

<sup>37</sup> Ferrajoli 2016: 70 (corsivi nell'originale). Questa nozione è articolata in maggior dettaglio in Ferrajoli 2007: 530 ss.

<sup>38</sup> Si noti che in Ferrajoli 1989: 349-356, 915-922, la nozione di validità sostanziale era costruita in maniera lievemente diversa e a mio parere più corretta. Più in generale, comunque, resta un grande merito di Ferrajoli, e un enorme debito di tutti noi nei suoi confronti, l'aver insistito su questa dimensione sostanziale che la validità assume specialmente nel contesto dello Stato costituzionale.

<sup>39</sup> A dire il vero, si ha spesso l'impressione che Ferrajoli usi “atto normativo” per designare indifferentemente sia l'atto nel suo complesso, ad esempio una legge, sia gli enunciati che lo compongono (v. ad es. Ferrajoli 2016: 92-93). Se così fosse, però, Ferrajoli commetterebbe una violazione della “regola di designazione” – la regola che impone di non chiamare cose diverse con lo stesso nome – analoga a quella che ripetutamente rimprovera a Kelsen (Ferrajoli 2016: 90).

norma può richiedere attività più “costruttive”, come ad esempio “cucire insieme” più disposizioni (il c.d. combinato disposto), o al contrario “spacchettare” una disposizione che è formulata in maniera assai articolata e che dunque a ben vedere contiene più norme cumulativamente<sup>40</sup>.

Bene. Una volta tenuta in considerazione la nozione di disposizione, emerge un secondo problema, e cioè che Ferrajoli riferisce la nozione di validità sostanziale all'*atto normativo*: nella definizione di Ferrajoli, se all'atto normativo sono riconducibili significati conformi alle norme superiori, allora tale atto è valido (in senso sostanziale); una volta che si sia appurato che un enunciato contenuto nell'atto è conforme alle norme superiori, allora la validità sostanziale si estende a tutto l'atto. Tuttavia, se l'unità-base del processo interpretativo sono le disposizioni (gli enunciati), e se una norma è il significato di una o più disposizioni, allora sembrerebbe più corretto riferire la validità sostanziale (non all'atto normativo nella sua interezza, né alle singole disposizioni di cui si compone, ma) alle *norme* ricavabili dall'interpretazione dell'atto (*rectius*: delle disposizioni di cui si compone), e delle quali si sia appurata la conformità con le norme superiori. Di conseguenza, sembra più corretto affermare che *uno stesso atto normativo* può esprimere *contemporaneamente* norme valide e norme invalide: ciò accade esattamente quando, all'interno dello stesso atto normativo, le disposizioni  $D_1$ ,  $D_2$ , e  $D_3$  contengono norme valide mentre la disposizione  $D_4$  contiene una norma invalida. L'invalidità delle singole norme potrà eventualmente ripercuotersi sulle specifiche porzioni dell'atto normativo che esprimono quelle norme, ma non necessariamente sull'atto normativo nel suo complesso. Ferrajoli invece fa slittare la nozione di validità sostanziale sull'intero atto normativo, e questo produce gli esiti aporetici visti in apertura di questo paragrafo. Di contro, che l'approccio più corretto sia quello indicato nel testo emerge anche dalla prassi (direi condivisibile, nel metodo e nel merito) delle sentenze di annullamento della Corte costituzionale, che colpiscono solo le parti dell'atto normativo che esprimono norme incostituzionali (cioè solo  $D_4$ , nell'esempio fatto poco sopra), e non necessariamente l'atto normativo nel suo complesso.

Il terzo problema è il seguente. Ho detto poco sopra che *uno stesso atto normativo* può esprimere contemporaneamente norme valide e norme invalide. Ma in realtà anche *una stessa disposizione* può esprimere *contemporaneamente*, e *alternativamente*, norme valide e norme invalide: se la norma è il significato di una disposizione, allora – data la pluralità di tecniche interpretative disponibili, e i margini inevitabili di indeterminatezza del linguaggio giuridico – ad una stessa disposizione sarà talvolta possibile attribuire qualche significato che è conforme alle norme superiori, e contemporaneamente (e alternativamente) qualche altro significato che è in contrasto con le norme superiori. Ora, si ricordi che secondo Ferrajoli la validità sostanziale dipende dalla possibilità di attribuire all'atto normativo (*rectius*: alle

<sup>40</sup> In proposito, rinvio a Pino 2016a: 24-26.

singole disposizioni di cui si compone) almeno un significato conforme alle norme superiori. Il terzo problema dunque è: perché mai si dovrebbe considerare come valida una disposizione che in ipotesi esprime *sia* norme valide *sia* norme invalide? Da un punto di vista teorico, ne viene fuori una costruzione un po' incongrua. Già suona un po' forzato affermare che una disposizione (o un atto normativo) è valida se contiene norme valide in senso sostanziale: perché come ho detto la categoria concettuale che si conviene agli atti normativi è la validità formale e non la validità sostanziale. Ma è ancora più strano affermare che una disposizione (o un atto normativo) è valida se esprime *almeno una* norma valida in senso sostanziale, potendo in ipotesi esprimere contemporaneamente anche norme invalide.

Credo dunque che sarebbe più lineare distinguere attentamente le categorie concettuali rilevanti, e conseguentemente riservare la categoria della validità formale agli atti normativi (e per estensione alle disposizioni in essi contenute), e la categoria della validità sostanziale alle norme<sup>41</sup>. Queste due dimensioni della validità sono concettualmente indipendenti: una norma valida (in senso sostanziale) può essere contenuta in un atto invalido (in senso formale), e viceversa una norma invalida (in senso sostanziale) può essere contenuta in un atto valido (in senso formale). E ovviamente la distinzione concettuale tra queste due dimensioni della validità non impedisce che nel diritto positivo esse interagiscano in vari modi (il modo più ovvio: l'invalidità sostanziale di una norma di solito – anche se non necessariamente – “travolge” la porzione di atto normativo in cui è contenuta, determinandone l'annullamento).

Il punto è, a ben vedere, che la definizione di validità sostanziale offerta da Ferrajoli è costruita in modo da incorporare una direttiva metodologica dell'interpretazione: essa infatti implica che il giurista debba sempre interpretare gli atti normativi in modo da renderli conformi alle norme superiori; se l'interprete ha a disposizione un significato conforme a costituzione, questo “sana” la disposizione, e forse l'intero atto normativo, che così potranno essere considerati senz'altro validi<sup>42</sup>.

Se questa direttiva metodologica sia condivisibile o no, è questione che secondo me non può essere decisa in astratto, come invece inevitabilmente accade se la si incorpora dentro una definizione di “validità”: in alcuni casi l'interpretazione conforme è opportuna, in altri meno (ad esempio, a mio parere, in diritto pena-

<sup>41</sup> Un equivoco analogo mi pare essere presente anche in Guastini 2010: 255-256; Guastini 2011: 254, dove si legge: «Una norma, disposizione, o fonte [...] si dice *materialmente valida* quando non sia incompatibile con le norme – ad essa materialmente sovraordinate – che ne limitano o predeterminano il possibile contenuto» (corsivo nell'originale).

<sup>42</sup> Per una chiara presa di posizione in questo senso, v. Ferrajoli 2007: 540, dove, dopo aver dato la propria definizione di validità sostanziale, Ferrajoli aggiunge: «Che è come dire che l'interprete è tenuto da un ovvio *principium iuris tantum*, se non vuole riconoscere l'invalidità della decisione, a ricercarne e a fornirne interpretazioni corrette: coerenti con i principi stabiliti dalla costituzione ove si tratti di leggi, e con le leggi sostanziali ove si tratti di decisioni di altro tipo».

le)<sup>43</sup>; in alcuni casi è certamente più “economico” salvare l’atto normativo tramite l’interpretazione conforme, mentre in altri l’interpretazione conforme può creare incertezza del diritto e mantenere in vigore un atto che può comunque esprimere norme invalide. Ma quello che mi interessa sottolineare in questo momento è che costruire in questo modo la definizione di validità sostanziale genera, nuovamente, effetti aporetici: ad esempio, come si potrebbe spiegare la situazione in cui la Corte costituzionale annulla una legge, o perfino una singola disposizione, che può esprimere sia norme valide sia norme invalide?<sup>44</sup> Utilizzando le categorie concettuali di Ferrajoli si dovrebbe dire che la Corte ha annullato un atto valido, ma questo non sembra rendere conto in maniera molto perspicua di ciò che accade in questi casi.

### 3.4. *Diritto, logica, verità*

Ferrajoli sottolinea ripetutamente, e non solo in questo libro, il ruolo della logica nel diritto: sia con riguardo ai processi di produzione del diritto, nei quali la logica fa emergere la necessità che i livelli normativi inferiori siano conformi ai livelli normativi superiori (e l’eventuale incompatibilità logica può essere fatta valere in sede di giudizio di costituzionalità); sia con riguardo ai processi di applicazione del diritto, che possono essere ricondotti allo schema logico della sussunzione. In entrambi i casi, la logica alla quale Ferrajoli sembra far riferimento è essenzialmente quella deduttiva, che da premesse assunte come vere<sup>45</sup> permette di derivare una conclusione necessariamente vera (e inoltre include i principi di non contraddizione e del terzo escluso).

A mio modo di vedere, l’aspetto aporetico di questa impostazione è che nel ragionamento giuridico la logica deduttiva è una specie di mosca cocchiera: svolge quel ruolo tutto sommato marginale che i teorici dell’argomentazione giuridica denominano “giustificazione interna”, e che consiste nel guidare il passaggio dalle premesse alla conclusione del ragionamento giuridico. Questo non vuol dire che il controllo della correttezza logica della giustificazione interna non sia importante: errori logici possono certamente annidarsi pure in quel passaggio. Ma il grosso del lavoro, come Ferrajoli sa perfettamente<sup>46</sup>, viene fatto in un’altra

<sup>43</sup> Per un approfondimento di questa tesi, v. Pino 2016b.

<sup>44</sup> Nel diritto positivo italiano, questo accade tipicamente quando una disposizione è passibile di un’interpretazione compatibile con la Costituzione e allo stesso tempo di un’interpretazione in contrasto con essa (quantomeno agli occhi della Corte costituzionale), e si è sviluppata una giurisprudenza consolidata che utilizza la norma in contrasto con la Costituzione. In questi casi la Corte costituzionale, preso atto di un “diritto vivente” contrario a Costituzione, risolve la situazione dichiarando *tout court* l’incostituzionalità della relativa disposizione, che pure avrebbe potuto esprimere una norma valida.

<sup>45</sup> Si ricordi che Ferrajoli qualifica con valori di verità non solo la premessa “fattuale” del ragionamento giuridico, ma anche quella normativa: v. *infra*, nt. 49.

<sup>46</sup> Ferrajoli 2016: 205.

fase, cioè nella costruzione della premessa normativa e della premessa fattuale del ragionamento giuridico (la giustificazione “esterna”). Questo è il campo dell’interpretazione e dell’argomentazione giuridica, oltre che del ragionamento probatorio: campo che può anche essere ricostruito alla luce di una “logica”, ma non certo nel senso della logica deduttiva. La maggior parte dei ragionamenti che vengono messi in campo nella costruzione delle premesse non sono logicamente stringenti, ma solo probabili: appartengono alla grande famiglia delle inferenze induttive (analogia, abduzione, generalizzazione, ecc.). Quindi, enfatizzare il ruolo della logica (deduttiva) nel ragionamento giuridico sembra un po’ come puntare il faro in una direzione sbagliata: qualcosa illuminerà, ma non quello che vorremmo veramente vedere.

Stessa enfasi a mio parere eccessiva sul ruolo della logica (deduttiva) la ritroviamo a proposito dei giudizi di legittimità/validità sostanziale; qui Ferrajoli dice che tutto si riduce ad un «semplice accertamento»<sup>47</sup> della coerenza logica tra norma costituzionale e norma legislativa. Ma nella realtà raramente le cose sono così semplici: molto spesso il controllo di costituzionalità richiede una complicata ricostruzione delle premesse (spesso la norma-parametro risulta dall’intersezione e combinazione di più norme costituzionali), e una valutazione del rapporto tra la norma-parametro e la norma-oggetto che va ben oltre l’accertamento della compatibilità logica; più spesso si tratterà di fare valutazioni di congruenza, o di ragionevolezza, o di rapporti mezzi-fini; spesso, una norma di legge non entra direttamente in conflitto con un diritto costituzionale, ma piuttosto ne ostacola l’esercizio<sup>48</sup>. E queste valutazioni non sembrano riconducibili puramente e semplicemente al criterio logico di non contraddizione. Ad esempio, l’art. 21 cost., che tra le altre cose contiene un divieto di censura, sarebbe direttamente violato da una legge che introducesse qualche forma di censura; e questo contrasto sarebbe chiaramente mostrato dalla logica deduttiva. Ma che dire di una legge che consentisse forme di monopolio dei mezzi di comunicazione di massa? L’incompatibilità tra questa legge e la libertà di manifestazione del pensiero non può essere portata alla luce, mi pare, con un ragionamento puramente logico-deduttivo – se non inserendo nelle premesse valutazioni probabilistiche, valutazioni teleologiche e quant’altro, ma così allontanandosi un bel po’ dal ragionamento puramente deduttivo.

In sintesi, non intendo negare che la logica deduttiva abbia un ruolo da giocare nel ragionamento giuridico (ampiamente inteso). Ma mi sembra importante sottolineare che i rapporti contenutistici, “statici”, tra i diversi livelli normativi dell’ordinamento non si riducono solo a rapporti di pura derivazione deduttiva né a rapporti di semplice non contraddizione logica. Far coincidere l’invalidità sostanziale con la

<sup>47</sup> Ferrajoli 2016: 153.

<sup>48</sup> Sulle nozioni di “impedimento” e “ostacolo” all’esercizio di un diritto v. Alexy 2012: 216 ss.; Pintore 2016; Pino 2017: 161-162.

pura contraddizione logica significa ridurre, e non di poco, la normatività dei diritti costituzionali.

Osservazioni non del tutto dissimili possono essere fatte a proposito di un altro concetto che Ferrajoli usa generosamente, che è quello di “verità”<sup>49</sup>. Secondo Ferrajoli, sia la premessa maggiore (normativa) sia la premessa minore (fattuale) del ragionamento giuridico possono essere valutate in termini di verità: verità giuridica nel primo caso, verità fattuale nel secondo.

Ora, so bene che per Ferrajoli si tratta comunque, in entrambi i casi, di una verità “opinabile”, che lascia spazio al dubbio e alla controversia, e non certo una verità assoluta. Tuttavia non capisco cosa si guadagni ad usare qui il concetto di verità, e specialmente con riferimento alla premessa maggiore (la verità giuridica). Due brevi osservazioni al riguardo.

1) Parlare di verità nel contesto della premessa maggiore (“verità giuridica”) genera effetti contro-intuitivi (aporetici): infatti, non essendoci un criterio oggettivo e definitivo in base al quale giudicare della verità delle interpretazioni proposte dai giuristi, in molti casi si dovrebbe dire che più tesi interpretative sono tutte vere, oppure che alcune sono più vere di altre. Forse sarebbe più opportuno impiegare, in questo contesto, altri criteri di valutazione meno ingombranti della verità (correttezza, plausibilità, accettabilità, ecc.).

2) Parlare di verità giuridica ha un effetto di legittimazione dell’attività interpretativa, restituisce un’immagine del giurista come spassionato ricercatore del vero, dà un’aura di oggettività ad una materia (l’interpretazione giuridica) che è invece intensamente valutativa e decisoria. Forse sarebbe più opportuno adottare un armamentario concettuale e terminologico più idoneo a far emergere questa componente – e la responsabilità “politica” che ne deriva – anziché uno che la nasconde dietro un’apparenza di oggettività. Ferrajoli, ovviamente, è del tutto consapevole del carattere inevitabilmente valutativo e decisorio dell’attività interpretativa. Credo che il suo insistere sulla “verità”, qui, abbia (nuovamente) il significato di una direttiva metodologica: il significato, cioè, di richiamare il giurista (e soprattutto il giudice) ad una specie di ideale etico regolativo. Come dire: visto che tu giudice eserciti un potere in fin dei conti discrezionale, cerca di utilizzarlo nella maniera più oggettiva possibile, “come se” cercassi la verità. Ma questa, nobile, aspirazione contrasta con il carattere valutativo che lo stesso Ferrajoli riconosce espressamente all’attività interpretativa.

---

<sup>49</sup> Ferrajoli 2016: 162-163, 202-203.

#### 4. Una postilla sulla scienza giuridica

Concludo con una breve nota sulla questione della scienza giuridica (intesa come dottrina). Su questo punto le critiche di Ferrajoli a Kelsen sono forse un po' ingenerose: Ferrajoli infatti rimprovera a Kelsen di proporre un ideale di scienza giuridica puramente descrittiva, che è del tutto avulso dalla realtà, ed è peraltro irrealizzabile. Di contro, secondo Ferrajoli la scienza giuridica è intrinsecamente valutativa: sia perché il suo lavoro è interpretare (e l'interpretazione è attività valutativa, come abbiamo appena visto), sia perché la struttura a gradi dell'ordinamento richiede che il giurista faccia delle valutazioni, alla luce dei valori interni all'ordinamento, sulla coerenza e completezza dei gradi normativi inferiori rispetto ai gradi superiori<sup>50</sup>.

La critica di Ferrajoli mi sembra ingenerosa perché mi sembra imputare a Kelsen l'idea che il giurista debba fare *solo* descrizione scientifica (per come la intende Kelsen) del diritto. Ma Kelsen non dice questo. Kelsen dice che i giuristi fanno tante cose, una delle quali è contribuire al processo di applicazione del diritto indicando possibili interpretazioni delle norme da applicare (esattamente come accade a proposito del "ruolo progettuale" della scienza giuridica di cui parla Ferrajoli<sup>51</sup>); ma – secondo Kelsen – se i giuristi vogliono fare *scienza*, se vogliono produrre *una conoscenza genuinamente scientifica* del diritto positivo, allora devono semplicemente descrivere i significati potenzialmente attribuibili a un atto normativo, senza sceglierne alcuno. Personalmente credo che anche questa impresa scientifica sia destinata all'insuccesso<sup>52</sup>. Ma sarebbe poco caritatevole attribuire a Kelsen l'idea che il giurista debba *solo* descrivere il diritto, per la semplice ragione che per Kelsen il giurista non è *solo* uno scienziato, ed è del tutto legittimo che non lo sia<sup>53</sup>.

Ciò detto torniamo brevemente, e conclusivamente, a Ferrajoli. Abbiamo visto che la struttura gerarchica ("multilivello") e parzialmente statica dell'ordinamento giuridico richiede, secondo Ferrajoli, che il giurista svolga un ruolo critico e progettuale nei confronti del diritto positivo: il giurista deve denunciare antinomie e lacune del diritto inferiore rispetto alle norme superiori, e forse anche indicare linee di sviluppo del diritto inferiore che siano coerenti con il diritto superiore. Applicato allo Stato costituzionale, questo porta a fare del giurista una sorta di "partigiano della costituzione", pronto a denunciare le leggi incostituzionali e le inadempienze legislative rispetto ai principi costituzionali.

<sup>50</sup> Ferrajoli 2016: 200 ss.

<sup>51</sup> Ferrajoli 2016: 207.

<sup>52</sup> Rinvio in proposito a Pino 2013, dove critico l'analoga idea di "interpretazione cognitiva" difesa da Riccardo Guastini.

<sup>53</sup> Cfr. Kelsen 1966: 389: «uno scrittore che, annotando una sentenza, definisce come l'unica "giusta" (*richtig*) una ben precisa interpretazione tra le molte possibili, non esercita una funzione giuridico-scientifica, bensì giuridico-politica. Cerca di influire sulla produzione del diritto, il che non può naturalmente essergli rimproverato: tuttavia non gli è lecito far ciò in nome della scienza».

Tutto questo suona molto bene, almeno quando le norme superiori sono i principi costituzionali degli stati costituzionali contemporanei, principi ai quali siamo tutti molto affezionati. Ma che ne è del giurista (della sua etica del ruolo, della sua deontologia) se le norme superiori sono, o sono ispirate a, principi moralmente aberranti? Già, perché non solo lo Stato costituzionale ma *tutti* gli ordinamenti giuridici hanno una struttura gerarchica parzialmente statica, come lo stesso Ferrajoli riconosce<sup>54</sup>; e come abbiamo visto per Ferrajoli è proprio questa struttura gerarchica a richiedere che il giurista adotti un punto di vista critico e progettuale. Lo Stato costituzionale ha introdotto un livello normativo superiore alla legge, ma a parte il fatto che anche un regime totalitario potrebbe dotarsi di una costituzione superiore alla legge, resta il fatto che anche l'ordinamento giuridico dello stato legislativo è parzialmente statico: sotto la legge, e subordinati ad essa, ci sono infatti quantomeno gli strati normativi degli atti amministrativi e dei provvedimenti giurisdizionali<sup>55</sup>. Dunque, secondo il modello di scienza giuridica di Ferrajoli, il giurista dello stato legislativo (eventualmente anche dello stato fascista) dovrebbe mettere in campo il proprio ruolo critico e progettuale al fine di vigilare sulla puntuale e completa attuazione della legislazione (fascista, in ipotesi) sul piano amministrativo e giudiziario; e ciò sarebbe richiesto dalla struttura logica (multilivello) dell'ordinamento giuridico in quanto sistema normativo in parte statico. Il giurista ferrajoliano diventa così (e non può non diventare, per motivi logici ed epistemologici) una sorta di quinta colonna del regime politico che pone le norme che contingentemente si trovano ai livelli superiori dell'ordinamento giuridico.

Se queste mie osservazioni sono fondate, allora la teoria della scienza giuridica di Ferrajoli si risolve, in definitiva, in una sorta di positivismo ideologico preterintenzionale. E in questo Ferrajoli finisce per ritrovarsi, suo malgrado, a fianco a Kelsen<sup>56</sup>.

## Bibliografia

- Alexy, R. (2012). *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Bologna, il Mulino.  
 Barberis, M. (2017). *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche anti-terrorismo*, Bologna, il Mulino.  
 Bin, R. (2007). *Che cos'è la Costituzione?*, «Quaderni costituzionali», 1, 11-52.

<sup>54</sup> Ferrajoli 2016: 128: «è anche difficile concepire un sistema di diritto positivo solamente dinamico»; p. 129: «la distinzione tra dimensione dinamica (e formale) e dimensione statica (e sostanziale) è rintracciabile, come loro tratto distintivo, in tutti i sistemi di diritto positivo».

<sup>55</sup> Ferrajoli 2016: 131: «la prima, elementare articolazione multilivello si produce, nello stato legislativo di diritto, nel rapporto tra legislazione da un lato e giurisdizione e amministrazione dall'altro».

<sup>56</sup> Sul positivismo ideologico, o quasi-positivismo, di Kelsen, v. quantomeno Ross 2009; Celano 1999: cap. VI.

- Celano, B. (1999). *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, il Mulino.
- (2002). *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Milano, Giuffrè, 101-142.
- (2006). *Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa (non) può fare la filosofia al riguardo*, «Diritto & Questioni pubbliche», 6, 83-96.
- (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza.
- (2001). *Diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 3-40.
- (2007). *Principia iuris*, vol. 1, Roma-Bari, Laterza.
- (2010). *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2771-2816.
- (2013). *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- (2016). *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrer, J. Rodríguez, J.L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Guastini, R. (1998). *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, «Ragion pratica», 11, 185-206.
- (2001). *Tre problemi di definizione*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 43-48.
- (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- (2011). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Kelsen, H. (1966). *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi.
- Pino, G. (2010a). *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, «Filosofia politica», 2, 287-306.
- (2010b). *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- (2011). *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, «Giurisprudenza costituzionale», 56, 1, 965-997.
- (2013). *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, «Rivista di filosofia del diritto», 1, 77-102.
- (2014). *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, «Diritto & Questioni pubbliche», 14, 56-110.
- (2016a). *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, Edizioni ETS.

- (2016b). *Legalità penale e Rule of Law*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 177-233.
- (2017). *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino.
- Pintore, A. (2013). *Democrazia e diritto*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 464 ss.
- (2016). *Note intorno all'attuazione dei diritti*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 21, 1-22.
- Ross, A. (2009). *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (1961), in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 80-95.

**Logica e diritto**  
**(Logic and Law)**



# Normative Propositions Reconsidered

*Riccardo Guastini\**

## ***Abstract***

The author discusses and criticizes the idea that normative propositions (i.e., propositions about norms) can be expressed by means of deontic sentences echoing the norms they claim to describe. He argues that such sentences do not contribute in any way to legal cognition, since they do not express normative propositions – rather, they repeat norms and/or apply them. If this is true, the logic of deontic sentences is a logic of norms, not of normative propositions.

**Keywords:** Norms. Normative Propositions. Deontic Sentences. Deontic Logic.

1. Normative propositions are propositions about norms (von Wright 1963: 106; Bulygin 2015: 188-189) such as, for example,

- (1) The norm N exists (whatever the sense of “existence” may be<sup>1</sup>)
- (2) The norm N was actually issued by a given authority
- (3) The norm N belongs to the normative system S
- (4) The norm N is valid within the normative system S
- (5) The norm N is effective
- (6) The norm N is in force
- (7) The norm N was actually applied in case C

and so forth. All the mentioned sentences give expression to genuine normative propositions.

According to Bulygin, however, a normative proposition can also be expressed

---

\* 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

<sup>1</sup> See, e.g., Bulygin 2015: 243 ff.

by stating «that something is obligatory or forbidden according to a given norm or set of norms»<sup>2</sup>.

This idea can be traced back to von Wright, according to whom «the deontic sentences of ordinary language [...] exhibit a characteristic ambiguity. Tokens of the same sentence [e.g., “Murder ought to be punished with imprisonment”] are used, sometimes to enunciate a prescription [...], sometimes again to express a proposition to the effect that *there is* a prescription» (von Wright 1963: viii; see also von Wright 1965).

Bulygin (2015: 193) states the same point by saying: «normative propositions are usually expressed by elliptical sentences stating that a given state of affairs *p* has a certain normative status (is prohibited, permitted or obligatory) according to some unspecified normative order. This means that in this order there is a norm to the effect that *p* is prohibited (permitted, obligatory)».

Remark that in Kelsen’s view the only proper way of stating the existence of a norm is precisely by means of a deontic sentence echoing the norm itself (Kelsen 1967: § 16; see Hart 1963, Guastini 1998).

According to this view, normative propositions look quite different from the examples suggested above. For example:

(8) According to the normative system S, *p* is forbidden (or *p* is forbidden in S)

(9) According to the normative system S, *q* is permitted (or *p* is permitted in S)

and so on.

The normative proposition (8) is supposed to be true if, and only if, within the system S there is a norm prohibiting *p*. The normative proposition (9), in turn, is supposed to be true if, and only if, within the system S either there is a norm permitting *q* (positive or strong permission) or there is no norm prohibiting *q* (negative or weak permission).

2. Now, a simple question can be raised – how do normative propositions, *conceived in this way*, as claimed by Kelsen, von Wright, and Bulygin, contribute to “legal science”, i.e., to the cognition of the normative (namely, legal) system concerned?

Imagine a legal system including the statutory provision: «Murder is [ought to be] punished with imprisonment». According to the view mentioned, a normative proposition concerning this norm could assume one of the following forms:

---

<sup>2</sup> Bulygin 2015: 188.

- (i) Murder ought to be punished with imprisonment
- (ii) Mr. Smith, the murderer, ought to be punished with imprisonment

The normative status of classes of actions (such as murder), however, is (already) determined by the lawgivers. The normative status of individual actions (such as the murder committed by Mr. Smith) is determined by law applying organs, namely judges. How do sentences like (i) or (ii) increase legal cognition?

It seems to me that:

(a) in the first place, sentence (i), at least *prima facie*, does not bear upon any norm whatever – it is about the punishment of murderers, not about the norm commanding to punish them;

(b) in the second place, and this is of great significance, sentence (i) does not give any kind of new information about the normative content of the legal system at hand, since the obligation to punish murderers is already stated by a legal provision, and the sentence at hand adds nothing to it. The legal scholar (or the lawyer) stating (i) just «reproduces the command [issued by the legislator], conserving its prescriptive force», which stems, however, not from the jurist himself, but from the legislator<sup>3</sup>.

Is sentence (i) a genuine normative proposition? It does not seem so. Rather, it looks like a mere iteration of the norm at stake (Scarpelli 1967), that does not contribute in any way to the cognition of the legal system at hand.

As to sentence (ii), it is clearly an instance of application of the norm at issue to a particular case – not a proposition, but some sort of “internal” statement, that is, a «disguised prescription» (Bulygin 2015: 198) that lacks any truth-value. It could be argued that it is but a directive *de sententia ferenda* addressed to judges (Ross 1958: 47).

3. There is, however, a third possibility. Suppose the word “murder” is ambiguous in such a way that it can be interpreted either as (a) the premeditated killing of a human being or (b) any killing of a human being although unintentional. Such a (real or imaginary) ambiguity could give rise to a couple of sentences like these:

- (iii) (Only) Premeditated killing ought to be punished with imprisonment
- (iv) Unintentional killing (too) ought to be punished with imprisonment

Both of these sentences are interpretive sentences that ascribe two competing meanings – hence two different norms – to one and the same statutory provision.

---

<sup>3</sup> Bulygin 2015: 195; see Hart 1963.

But neither of them looks like a normative proposition.

First, neither of them is a proposition since it can be argued that interpretive sentences resemble (have the same logical form as) stipulations – and that amounts to say that they have no truth-value (Guastini 1997).

Second, and most important, neither of them bears upon a norm – both bear upon a sentence enacted by the legislature, and each of them gives rise to a different norm (strictly understood as the meaning content of a normative sentence).

4. If the preceding reasoning is correct, the only possible conclusion is that deontic sentences *do not* express normative propositions (Guastini 2000) – they repeat norms like an echo, they apply norms, and the like.

By the way, if this is true, then there is no need of (maybe, no sense in) constructing a special logic of deontic sentences considered not as norms, but as normative propositions<sup>4</sup>.

We do not need a logic of normative propositions to discover that the non-issuance of a prohibition does not entail the issuance of a permission and that the issuance of any norm whatsoever does not entail the issuance of another norm. This is so since issuance is a fact and no logical relationships exist among facts.

Suppose the sentence “*Op*”, as claimed by Kelsen, von Wright, and Bulygin, is not an iterated norm, but a genuine proposition whose meaning is “‘*Op*’ exists in the legal system *S*”. Well, it seems a matter of course that such a proposition does not entail any further proposition stating the existence of another norm.

To be sure, one can claim that, on the contrary, “*Op*” entails “*Pp*”, understood in the sense that “‘*Pp*’ (too) exists in the legal system *S*”. But this conclusion presupposes a logic of norms (namely, of deontic modalities: “obligatory” entails “permitted”; see Ratti 2017: ch. 3), not of normative propositions. It is the norm *Op* which entails – provided it does – the norm *Pp*, while there is no relation of entailment between the corresponding normative propositions, “‘*Op*’ exists in the legal system *S*” and “‘*Pp*’ exists in the legal system *S*”, respectively.

Suppose further that “*Op*” exists within the legal system and *p* entails *q*. One could argue that the system at hand also includes the norm “*Oq*”. But, once more, if this is true, it depends on the logic of norms, not of normative propositions – indeed, the actual existence of any norm whatsoever, if existence is understood as a matter of fact (e.g., actual enactment), does not entail the existence of any other norm.

---

<sup>4</sup> See, e.g., Alchourrón 1969; Bulygin 2015: ch. 15; Rodríguez 2003; Navarro and Rodríguez 2014: ch. 3.

## References

- Alchourrón, C.E. (1969). *Logic of Norms and Logic of Normative Propositions*, «Logique et analyse», XII, 242-268.
- Bulygin, E. (2015). *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1963). *Kelsen Visited*, reprinted in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 286-308.
- Guastini, R. (1997). *Interpretive Statements*, in Ernesto Garzón Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlin, 279-292.
- Guastini, R. (1998). *Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems*, in S. L. Paulson, B. Litchewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives in Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 317-330.
- Guastini, R. (2000). *Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism*, «Rechtstheorie», XXI, 185-196.
- Kelsen, H. (1967). *The Pure Theory of Law* (1960), trans. Max Knight, Berkeley, University of California Press.
- Navarro, P.E., Rodríguez, J.L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Ratti, G.B. (2017). *Lógica de las normas, coherencia, y metodología jurídica*, Santiago (Chile), Ediciones Olejnik.
- Rodríguez, J. (2003). *Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G.H. von Wright*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 26, 87-108.
- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London.
- Scarpelli, U. (1967). *Le proposizioni giuridiche come precetti reiterati*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XLIV, 465-482.
- Wright, G.H. von (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul.
- Wright, G.H. von (1965). *The Foundation of Norms and Normative Statements*, reprinted in Id., *Practical Reason*, Oxford, Blackwell, 1983, 67-82.



# Los principios fundamentales de la lógica en el derecho

Giovanni Battista Ratti\*

Jorge L. Rodríguez\*\*

## Resumen

Para algunos teóricos (a quienes podríamos denominar *Creyentes*), ciertos principios fundamentales de la lógica, tales como el principio de no contradicción y el de tercero excluido, valen también en su transposición normativa en el derecho. Sobre tales bases, se ha sostenido que la lógica permitiría justificar la tesis de que los sistemas jurídicos satisfacen necesariamente ciertas propiedades formales como la consistencia y la completitud. Si en cambio se considera que los sistemas jurídicos habitualmente presentan contradicciones normativas y acciones sin regulación jurídica, ello parecería forzarnos a rechazar que puedan verificarse relaciones lógicas entre las normas y que, en general, la lógica pueda desempeñar un papel significativo para el análisis del derecho, tal como otros autores (los *Escépticos*) han postulado. En el trabajo se intenta mostrar que este es un falso dilema. Lejos de ser intrínseca al derecho, la lógica no puede justificar que los sistemas jurídicos carezcan de defectos tales como las contradicciones o lagunas. Pero, por otra parte, es precisamente la lógica la que nos brinda un poderoso y necesario arsenal teórico para desmitificar la idea de que el derecho constituya un todo completo y consistente.

**Palabras clave:** Derecho. Lógica. Principio de identidad. Consistencia. Completitud.

## Abstract

According to some authors (that we can dub “Believers”), some fundamental principles of logic, such as the principle of non-contradiction and the law of excluded middle, are also valid in their normative transposition into the legal domain.

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

\*\* Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, c/ Misiones 55, 7600, Mar del Plata, Argentina, jorgerodriguez64@yahoo.com

Based on such a view, they maintain that logic allows one to justify that legal systems are necessarily complete and consistent. Contrariwise, some authors (dubbed “Skeptics”) argue that legal systems are commonly affected by inconsistencies and gaps, and this is a reason to maintain that we have to deny that norms have logical relations. According to these authors, this also implies that, in general, logic cannot play any significant role in analyzing the law. In this paper, we show that this is a false dilemma. Far from being intrinsic to law, logic cannot justify that legal systems lack defects such as gaps or inconsistencies. However, it is logic what provides us with an unavoidable and powerful toolbox, which allows us to demystify the idea that law is a complete and consistent whole.

**Keywords:** Law. Logic. Principle of Identity. Consistency. Completeness.

## 1. Creyentes vs. Escépticos

En lo que concierne a las relaciones entre el derecho y la lógica, tradicionalmente se han asumido dos posiciones extremas. Por un lado, ciertos teóricos, a los que podríamos denominar *Creyentes*, consideran que el derecho posee una estructura lógica interna que garantiza la necesaria satisfacción de ciertas propiedades formales, tales como su consistencia, esto es, la imposibilidad de que se presenten contradicciones entre normas, y su completitud, es decir, la imposibilidad de que existan acciones que carecen de regulación jurídica. De este modo, las contradicciones entre las normas jurídicas serían siempre solo aparentes y el derecho siempre suministraría una solución normativa para cualquier acción, dado que se considera que el derecho – como cualquier otro discurso – está sujeto a un cierto conjunto de principios racionales y, de hecho, lógicos<sup>1</sup>.

Por otro lado, y en franco contraste con los primeros, hay teóricos, a los que podríamos denominar *Escépticos*, que consideran que entre el derecho y la lógica no existen relaciones significativas puesto que ocupan dominios independientes y separados. Desde este punto de vista, se rechaza la idea de que el derecho presente una estructura lógicamente ordenada y, por ello, que el análisis lógico pueda ofrecer herramientas útiles para la explicación del funcionamiento de los sistemas jurídicos<sup>2</sup>.

La oposición entre estos dos puntos de vista podría presentarse en la forma de un dilema en los siguientes términos. Tradicionalmente, la *Sagrada Trinidad* de prin-

<sup>1</sup> Véase, paradigmáticamente, Kelsen 1945: 347 y ss., 402 y ss. Cfr. también Radbruch 1959: 184 y Bonnacase 1924: 73. Sobre Kelsen, ver Bulygin 2015: capítulo 22 y Paulson 2017: 865-875.

<sup>2</sup> Véase, paradigmáticamente, Holmes 1881: 1. Cfr. también Frank 1930: 70 y Laski 1917: 201. Conclusiones parecidas se encuentran también en Stone 1946: capítulos VI y VII. Sobre Stone, cfr. Rheinstein 1949: 756-758.

principios lógicos se compone de los principios de *identidad*, *no contradicción* y *tercero excluido*. En lógica proposicional, estos tres principios equivalen (o son reducibles) a una y la misma proposición, dado que las siguientes oraciones, que respectivamente los representan, son solo tres diferentes formas de formular la misma relación<sup>3</sup>:

(1)	$p \rightarrow p$	Identidad
(2)	$\sim(p \wedge \sim p)$	No contradicción
(3)	$p \vee \sim p$	Tercero excluido

En efecto: la formulación condicional de (1) puede transformarse en términos de una conjunción diciendo que no puede darse el caso de que el antecedente de tal condicional sea verdadero y su consecuente falso, que es precisamente lo que expresa (2). Y, a su vez, por De Morgan, una conjunción negada equivale a la disyunción de la negación de cada uno de los conjuntos, que es lo que expresa (3).

Pero pese a ser equivalentes, las proposiciones expresadas por estas tres oraciones contienen información diversa. La primera de ellas afirma que toda proposición se implica a sí misma. La segunda afirma que no puede ser el caso que una cierta proposición  $p$  sea, a la vez, verdadera y falsa. Y la tercera afirma que, dada una cierta proposición  $p$ , ella debe ser o bien verdadera o bien falsa.

Proyectando al dominio normativo estos tres principios respecto del operador deóntico obligatorio ( $O$ ), obtendríamos los siguientes análogos o trasposiciones normativas, que resultan también lógicamente equivalentes entre sí:

(1')	$Op \rightarrow Op$	Identidad normativa
(2')	$\sim(Op \wedge \sim Op)$	No contradicción normativa
(3')	$Op \vee \sim Op$	Tercero excluido normativo

De acuerdo con (1'), toda norma se implica a sí misma (principio de identidad normativa); (2') establece que no puede ser el caso que una cierta norma y su negación sean ambas válidas (principio de no contradicción normativa), y de conformidad con (3'), o bien es válida una cierta norma o es válida su negación (principio de tercero excluido normativo). Con fundamento en los dos últimos se podrían intentar justificar las tesis de que todos los sistemas normativos y, por ende, también todos los sistemas jurídicos, serían necesariamente (por razones lógicas) consistentes y completos. Así, (2') parece excluir la posibilidad de que en un cierto sistema normativo coexistan normas contradictorias. Por otra parte, el famoso principio de clausura, según el cual "Todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurí-

<sup>3</sup> Siguiendo la notación estándar,  $\rightarrow$  representa el condicional material,  $\vee$  la disyunción,  $\wedge$  la conjunción, y  $\sim$  la negación. La variable  $p$  representa cualquier proposición, y  $O$  el operador deóntico obligatorio.

dicamente permitido”, parece simplemente una reformulación de (3’). En efecto: si sustituimos  $Op$  por  $O\sim p$  en (3’) obtenemos:

$$(4) \quad O\sim p \vee \sim O\sim p$$

Ahora bien,  $O\sim p$  equivale a decir que es obligatorio abstenerse de  $p$ , es decir, que  $p$  está prohibido, en tanto que  $\sim O\sim p$  equivale a decir que la omisión de  $p$  no es obligatoria, esto es, que  $p$  está permitido<sup>4</sup>:

$$(5) \quad PHp \vee Pp$$

Y por silogismo disyuntivo se concluye entonces que, si  $p$  no está prohibido, entonces está permitido:

$$(6) \quad \sim PHp \rightarrow Pp$$

De modo que esta simple trasposición al dominio de las normas de la *Sagrada Trinidad* de principios lógicos parece enfrentarnos a un dilema: si estamos dispuestos a admitir que la lógica se aplica a las normas, entonces deberíamos aceptar algo tan elemental como (1’), esto es, que es una verdad lógica que toda norma se implica a sí misma. Y si admitimos esto, entonces deberíamos igualmente aceptar (2’) y (3’), dado que se trata de expresiones proposicionalmente equivalentes a (1’). Pero si (2’) y (3’) representan, respectivamente, la necesaria consistencia y completitud de los sistemas normativos, la mera observación de las características que presentan los sistemas normativos realmente existentes, como los sistemas jurídicos, donde ordinariamente encontramos contradicciones y lagunas normativas, nos brinda buenas razones para descartar su validez. Claro que, en tal caso, deberíamos igualmente rechazar (1’). Pero si se rechaza que constituya una ley lógica que toda norma se implica a sí misma, no se advierte qué relación lógica podría aceptarse como válida entre las normas. En consecuencia, o bien aceptamos con los *Creyentes* que la lógica se aplica a las normas y, por ello, que todo sistema normativo es necesariamente consistente y completo, lo cual resulta contrario a la evidencia empírica, o bien rechazamos con los *Escépticos* que la lógica se aplique a las normas y, con ello, que los sistemas normativos satisfagan necesariamente ciertas propiedades formales como la consistencia y la completitud, pero entonces deberíamos descartar que la lógica resulte de utilidad para el análisis de los sistemas normativos<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Asumiremos aquí sin discusión la interdefinición usual entre los operadores deónticos ( $Op \leftrightarrow PH\sim p \leftrightarrow \sim P\sim p$ ).

<sup>5</sup> Como bien señala Guest 1961: 180, los autores que aquí llamamos *Escépticos* parecen derivar erróneamente el rechazo de la lógica como instrumento de análisis de la existencia de defectos sistemáticos en los sistemas jurídicos reales.

## 2. El rechazo del dilema

A pesar de su apariencia persuasiva, existe algo fundamentalmente desviado en la postulación del dilema expuesto. Por una parte, en lo que atañe a su primer cuerno, incluso aceptando la posibilidad de relaciones lógicas entre normas y, consiguientemente, la validez de (1'), ello no puede traer aparejado como consecuencia que los sistemas normativos en general, y los sistemas jurídicos en particular, posean necesariamente propiedades ideales como la consistencia y la completitud. La lógica no tiene nada para decir sobre el contenido de los sistemas normativos reales, ni puede excluir la posibilidad de que las autoridades normativas actúen irracionalmente produciendo sistemas defectuosos.

Por otra parte, en lo que respecta al segundo cuerno, si se acepta que los sistemas jurídicos presentan habitualmente deficiencias tales como contradicciones normativas y lagunas, incluso rechazando la existencia de relaciones lógicas entre las normas, de ello no es posible concluir que la lógica resulte inservible para el análisis de los sistemas normativos. De hecho, al señalar que los sistemas jurídicos presentan habitualmente contradicciones y lagunas normativas se están utilizando nociones lógicas, de manera tal que resultaría contradictorio emplear la lógica para denunciar deficiencias en los sistemas jurídicos y, al propio tiempo, rechazarla para el análisis del derecho precisamente debido a la existencia de tales defectos.

La cuestión de la posibilidad o no de admitir relaciones lógicas entre normas constituye un tópico fuertemente controvertido debido a que, de acuerdo con un enfoque ampliamente extendido entre los teóricos, la lógica investiga la noción de consecuencia lógica (o de implicación entre oraciones) dentro del campo de los discursos veritativo-funcionales. Así, la noción de consecuencia lógica ha sido tradicionalmente definida en términos de preservación de la verdad: una oración es consecuencia lógica de otra siempre que la primera se derive de la segunda mediante un procedimiento que respete estrictamente la preservación de la verdad<sup>6</sup>, esto es, cuando la verdad de la segunda nos garantiza que la primera no puede ser falsa. Pero las normas no son entidades de las que tenga sentido en términos generales predicar verdad o falsedad, de lo que se sigue que existe una dificultad básica para delinear una noción correlativa de consecuencia lógica en el dominio normativo<sup>7</sup>.

Esta es una cuestión que, no obstante, no examinaremos aquí puesto que, tal como se señaló, ni la aceptación de relaciones lógicas entre normas debería forzar-

<sup>6</sup> Véase Agazzi 2011.

<sup>7</sup> Este problema también ha sido planteado en la forma de un dilema, conocido como el *dilema de Jørgensen*: dado que las normas no son entidades semejantes a las proposiciones y, consiguientemente, carecen de valores de verdad, o bien las nociones lógicas fundamentales se definen en términos de verdad, en cuyo caso una lógica de normas es imposible, o bien es posible una lógica de normas, pero en ese caso debería justificarse que la lógica tiene un alcance más amplio que el de la verdad. Véase Jørgensen 1937 y, sobre este, Rodríguez 2006: 248.

nos a ser *Creyentes*, ni su rechazo debería forzarnos a ser *Escépticos*. Sin embargo, ¿cómo sería posible bloquear el argumento expuesto en el punto precedente que conduce al dilema?

Una posible respuesta podría consistir en sostener que, debido precisamente a las deficiencias lingüísticas y lógicas que suelen presentar los sistemas jurídicos, su análisis requiere de la aplicación de lógicas especiales o divergentes. Desde este punto de vista, la lógica constituiría una herramienta teórica que, para dar cuenta en forma adecuada de la estructura y funcionamiento del derecho, debería ajustarse a sus características<sup>8</sup>. En otras palabras, las contingentes propiedades que presente el derecho obligarían a una variación consiguiente en la lógica adecuada para su estudio: si el derecho posee lagunas, la lógica aplicable a su análisis debería admitir la posibilidad de lagunas; si el derecho es “borroso”, la lógica aplicable a él debería ser una lógica borrosa; si el derecho es inconsistente, deberíamos emplear para su estudio alguna forma de lógica paraconsistente; si el derecho es “derrotable”, habría que valerse de una lógica para condicionales normativos derrotables<sup>9</sup>, etc.

Aunque desde luego no hay nada objetable de por sí en el desarrollo de lógicas especiales para el análisis de cualquier dominio discursivo, y existen muy atractivos emprendimientos en tal sentido respecto del campo jurídico, la idea geneal de que la lógica debe imitar su objeto de estudio no sirve para superar esta alternativa entre el extremo que representa la postura de los *Creyentes* y el extremo que representa la postura de los *Escépticos*. Porque si frente al desafío de los *Escépticos* se responde que la lógica es aplicable al derecho, pero no cualquier lógica sino solo aquellas que eviten consecuencias aparentemente contraintuitivas como (2') y (3'), ello tendría toda la apariencia de una solución puramente *ad hoc* y carente de justificación<sup>10</sup>.

Por otro lado, constuir lógicas triádicas o paraconsistentes a los efectos de examinar sistemas incompletos o inconsistentes no resulta muy prometedor. No se ve, en efecto, por qué razón describir un sistema normativo incompleto requeriría la incompletitud del sistema de aserciones mediante el cual se describe y la consecuente introducción de “lagunas” acerca del valor de verdad de una cierta aserción, o por qué razón describir un sistema normativo inconsistente necesitaría recurrir a un sistema lógico en el que se admiten contradicciones. Esta confusión deriva de la falta de distinción entre lenguaje objeto y metalenguaje, tal como examinaremos a continuación.

---

<sup>8</sup> Sobre este punto de vista, véase Haack 2007. Una posición semejante puede hallarse en la tesis kelseniana de que la lógica se aplica indirectamente al derecho a través de su aplicación a los enunciados que lo describen. Véase Kelsen 1989: 74 y, sobre Kelsen, Guastini 1996: 101-113 y Navarro y Rodríguez 2014: 58-61.

<sup>9</sup> Para una visión crítica de las lógicas derrotables aplicadas al ámbito normativo, cfr. Ratti 2013.

<sup>10</sup> Sobre la inviabilidad cognoscitiva de las asunciones *ad hoc*, véase el clásico Thagard 1978.

### 3. Una solución alternativa

La salida que propiciamos se orienta exactamente en el sentido inverso a la propuesta de introducir lógicas *ad hoc* para el manejo inferencial de las normas (en particular, de las jurídicas). En lugar de postular que la lógica debe imitar las características del lenguaje objeto al que se aplica, el modo de advertir por qué ha de rechazarse esta opción de hierro entre *Creyentes* y *Escépticos* es que las (posibles) relaciones lógicas entre oraciones del lenguaje objeto, esto es, las *normas*, no deben confundirse con las relaciones lógicas entre los enunciados del metalenguaje que utilizamos para referirnos a ese lenguaje objeto, esto es, las proposiciones acerca de normas o *proposiciones normativas*<sup>11</sup>.

Las normas son expresadas por formulaciones normativas; podríamos decir que constituyen el significado de oraciones usadas para prescribir, esto es, para ordenar, prohibir o permitir ciertas conductas. Las proposiciones normativas, en cambio, son proposiciones relativas a la existencia de una norma. Mientras que las proposiciones normativas son susceptibles de verdad o falsedad, dependiendo de que las normas referidas en ellas existan o no, no parece tener mayor sentido predicar tal cosa de las propias normas (al menos no de todas ellas). La dificultad para distinguir estas dos nociones deviene de que una misma oración (por ejemplo, “Está prohibido fumar”) puede a veces ser utilizada para formular una norma y otras para referirse a la existencia de una norma, esto es, puede a veces expresar una norma y otras una proposición normativa.

Mientras las normas buscan orientar la acción humana, las proposiciones normativas nos informan o describen el estatus normativo de ciertas acciones de acuerdo con cierto sistema normativo. De manera tal que, mientras las normas tienen una estructura lógica como, por ejemplo,  $Op$  ( $p$  es obligatorio), las proposiciones normativas tienen una estructura lógica más compleja, como  $Op \in S$ , esto es, la norma  $Op$  pertenece al sistema normativo  $S$ , lo cual equivale a decir que  $p$  es obligatorio de acuerdo con el sistema  $S$ .

En el lenguaje de las normas, si se acepta que puedan verificarse relaciones lógicas entre ellas, deberían admitirse como válidos los principios expresados por (1'), (2') y (3'), esto es, los principios de identidad normativa, no contradicción normativa y tercero excluido normativo. Ellos serían principios válidos en una genuina lógica de normas, si tal cosa es posible. Pero el principio de no contradicción normativa ( $\sim(Op \wedge \sim Op)$ ) se limita a sostener que la norma  $Op$  es lógicamente incompatible con la norma  $\sim Op$  (o, lo que es equivalente, con la norma  $P\sim p$ ), dado que ningún agen-

---

<sup>11</sup> Para los fundamentos de esta distinción, véase von Wright 1963: 119, Alchourrón 1969, 1993, Alchourrón y Bulygin 1975: 173-177, Rodríguez 2003. La interpretación de las proposiciones normativas como proposiciones acerca de la pertenencia de normas a un sistema normativo se corresponde con la desarrollada a partir de Alchourrón y Bulygin 1975.

te puede satisfacer conjuntamente ambas normas. El principio de tercero excluido normativo ( $Op \vee \sim Op$ ), por su parte, se limita a sostener que, si se regula normativamente la acción  $p$ , entonces o bien se la califica como obligatoria o bien como no obligatoria, es decir, se permite su abstención, no hay otra posibilidad. En otras palabras, ni el primero excluye por razones lógicas la posibilidad de que en un sistema normativo coexistan normas incompatibles, ni el segundo excluye por razones lógicas la posibilidad de que en un sistema normativo existan acciones sin regulación normativa.

Cuando pasamos en cambio al discurso acerca de las normas, esto es, cuando formulamos proposiciones normativas relativas al contenido de un cierto sistema normativo, resultan igualmente válidas en el marco de una lógica de proposiciones normativas las siguientes traducciones de los tres principios que conforman la *Sagrada Trinidad*:

- (1'')  $(Op \in S) \rightarrow (Op \in S)$   
 (2'')  $\sim((Op \in S) \wedge (Op \notin S))$   
 (3'')  $(Op \in S) \vee (Op \notin S)$

El primero de estos principios sostiene, trivialmente, que si el sistema normativo  $S$  contiene la norma  $Op$ , entonces contiene la norma  $Op$ . El segundo afirma que no puede ser verdad que la norma  $Op$  pertenezca y no pertenezca al sistema  $S$ , lo cual es, como cabría esperar, igualmente trivial. Y lo mismo cabe decir del tercero, el cual afirma que la norma  $Op$  o bien pertenece o bien no pertenece al sistema  $S$ . La validez de estos tres principios no depende de admitir relaciones lógicas entre las normas, ni tampoco requiere comprometerse con la admisión de ninguna ley lógica especial para las proposiciones normativas: se trata simplemente de una aplicación directa de (1), (2) y (3), es decir, de los principios que conforman la *Sagrada Trinidad* en lógica proposicional, pero especificados para proposiciones que versan sobre normas.

En cambio, en una lógica de proposiciones normativas no resultan válidos:

- (2''')  $\sim((Op \in S) \wedge (\sim Op \in S))$   
 (3''')  $(Op \in S) \vee (\sim Op \in S)$

El enunciado (2''') expresa que no puede ser el caso que el sistema  $S$  contenga tanto la norma  $Op$  como la norma  $\sim Op$  (o, lo que es lo mismo,  $P \sim p$ ). Siendo  $S$  cualquier sistema normativo y  $p$  cualquier acción, admitir la validez de este principio garantizaría que todo sistema normativo sea necesariamente consistente. El enunciado (3''') expresa que o bien la norma  $Op$  pertenece al sistema  $S$ , o bien pertenece a  $S$  la norma  $\sim Op$  (o  $P \sim p$ ). Siendo  $S$  cualquier sistema normativo y  $p$  cualquier acción, admitir la validez de este principio garantizaría que todo sistema normativo nece-

sariamente regule cualquier acción, es decir, sea completo. Ninguno de estos dos principios resulta sin embargo válido en una lógica de proposiciones normativas, puesto que ninguno de ellos se deriva de la admisión de (1'')  $(Op \in S) \rightarrow (Op \in S)$ . Para que fuesen válidos, debería ser válida la siguiente traducción de (1'):

$$(1''') \quad (Op \in S) \rightarrow (\sim Op \notin S)$$

El enunciado (1''') no afirma una verdad trivial como (1''); lo que sostiene es que, si la norma  $Op$  pertenece al sistema normativo  $S$ , entonces  $S$  no puede contener a la vez la norma  $\sim Op$  ( $P \sim p$ ), lo que lejos de ser trivial, no puede asegurarse por razones puramente lógicas puesto que se trata de una cuestión meramente contingente. De ahí que la verdad de (2''') y (3''') resulte también contingente<sup>12</sup>.

En consecuencia, discriminando el lenguaje de las normas y el de las proposiciones referidas a normas se puede advertir que la aceptación de la traducción normativa de la *Sagrada Trinidad* no conlleva en absoluto la contraintuitiva consecuencia de que todo sistema normativo existente resulte necesariamente consistente y completo, tal como pretenden los *Creyentes*. Pero, contrariamente a lo que parecen sugerir los *Escépticos*, la existencia de deficiencias lógicas en los sistemas jurídicos como las lagunas o contradicciones no prueba que la lógica resulte inservible para el análisis del derecho.

#### 4. Conclusiones

Las principales conclusiones que cabe derivar de lo argumentado hasta aquí son las siguientes:

1) Contrariamente a los enfoques comentados, la lógica es fundamental para poner en evidencia las situaciones en las que el derecho tiene problemas estructurales<sup>13</sup>. En este sentido, la lógica no permite afirmar que el derecho sea lógicamente determinado. Tampoco es posible afirmar que, como el derecho está a menudo plagado de defectos lógicos, tenemos que renunciar a la lógica "tradicional" como fundamental instrumento de análisis. La tesis que defendemos se halla claramente en conflicto con la visión tradicional según la cual el derecho es globalmente determinado a causa de la lógica, pero también con la idea más reciente de que la lógica, para ser útil, debería imitar, por así decirlo, la estructura lógica "peculiar" que caracterizaría a las normas jurídicas y su funcionamiento inferencial.

<sup>12</sup> Cfr. Alchourrón y Bulygin 1975: 40-42; 100-102; 115-118 y, particularmente respecto de la completitud, capítulo VII.

<sup>13</sup> Esta manera de concebir a la lógica, por así decirlo, como un "aliada" del jurista que trata de detectar las formas de indeterminación del derecho ha sido abiertamente defendida por Ross 1969.

2) Los enunciados (2') y (3'), cuando son considerados de manera conjunta, pueden ser leídos como definiciones de sistemas normativos completos y consistentes, esto es, sistemas normativos ideales. Sin embargo, esto no excluye que pueda haber –como nuestra experiencia nos sugiere– sistemas normativos y, en particular jurídicos, que contengan normas incompatibles respecto de un cierto caso o que dejen un determinado supuesto de hecho sin regular. En otras palabras, las definiciones de completitud y consistencia en el ámbito normativo *no excluyen en absoluto* las eventuales inconsistencias y lagunas de los sistemas normativos reales, así como los principios de tercero excluido y de no contradicción no excluyen “lagunas cognitivas” ni contradicciones en el lenguaje ordinario.

3) Para poder dar cuenta de los defectos sistemáticos de los sistemas normativos y, por ende, de los sistemas jurídicos, es necesario valerse de una lógica de proposiciones normativas (i.e., proposiciones descriptivas de normas). Esto permite advertir que, interpretados descriptivamente, los enunciados (2') y (3') no se corresponden a leyes de clausura y de consistencia de los sistemas normativos, sino a simples proposiciones que afirman, respectivamente, que no se puede, a la vez, negar y afirmar que una cierta norma pertenece a un determinado sistema normativo y que una determinada norma o bien pertenece o bien no pertenece a un cierto sistema normativo: *tertium non datur*.

## Referencias

- Agazzi, E. (2011). *Consistency, Truth, and Ontology*, «Studia Logica», 97, 7-29.
- Alchourrón, C.E. (1969). *Logic of Norms and Logic of Normative Propositions*, «Logique et Analyse», 12, 242-268.
- Alchourrón, C.E. (1993). *Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals*, en J. Meyer, R. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, New York, Wiley and Sons, 43-84.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- Bonnetcase, J. (1924). *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, De Boccard, 1924.
- Bulygin, E. (2015). *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- Frank, J. (1931). *Law and the Modern Mind*, New Brunswick (NJ), Transactions Publishers, 2009.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Guest, A.C. (1961). *Logic in the Law*, en Id. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 176-197.

- Haack, S. (2007). *On Logic in the Law: 'Something but not All'*, «Ratio Juris», 20, 1-31.
- Holmes, O.W. (1881). *The Common Law*, Boston (Mass.), Little, Brown & Co.
- Jørgensen, J. (1937). *Imperatives and Logic*, «Erkenntnis», 7, 288-296.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Kelsen, H. (1989). *Pure Theory of Law* (1960), II ed., Gloucester (Mass.), Peter Smith.
- Laski, H.J. (1917). *Studies in the Problem of Sovereignty*, New Haven (Conn.), Yale University Press.
- Navarro, P.E., Rodríguez, J.L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Paulson, S.L. (2017). *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, «Modern Law Review», 80, 864-894.
- Radbruch, G. (1959). *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Ratti, G.B. (2013). *Normative Inconsistency and Logical Theories: A First Critique of Defeasibilism*, en M. Araszkievicz, J. Šavelka (eds.), *Coherence: Insights from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence*, Dordrecht, Springer, 123-135.
- Rheinstein, M. (1949). *Review of 'The Province and Function of Jurisprudence'*, «University of Chicago Law Review», 16, 754-761.
- Rodríguez, J.L. (2003). *Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G. H. von Wright*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 26, 87-108.
- Rodríguez, J. L. (2006). *La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos*, «Análisis filosófico», 26, 242-276.
- Ross, A. (1969). *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*, «Mind», 78, 1-24.
- Stone, J. (1946). *The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice and Social Control*, Sidney, Associated General Publications.
- Thagard, P.R. (1978). *The Best Explanation: Criteria for Theory Choice*, «The Journal of Philosophy», 75, 76-92.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul.



# INFORMAZIONE PER GLI AUTORI

## Regole per l'invio degli originali

### 1. TEMI DI INTERESSE

“Analisi e diritto” pubblica articoli di ricerca che si inseriscono, da un lato, nella tradizione della *analytical jurisprudence* di ascendenza austriaca e kelseniana, e, dall'altro, nella *philosophical analysis* del linguaggio giuridico, praticata dai realisti scandinavi, da Herbert Hart, e – in Italia – dalla scuola che prende avvio dall'insegnamento di Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli e Giovanni Tarello.

Gli articoli sono pubblicati nella rivista o su invito, nel caso delle parti monografiche, o per essere stati accettati previa valutazione.

I lavori inviati alla rivista devono essere originali, ossia non devono essere stati pubblicati altrove.

### 2. TEMPI DI PUBBLICAZIONE E PROCESSO DI VALUTAZIONE

“Analisi e diritto” pubblica due numeri all'anno che usciranno, rispettivamente, a luglio e a dicembre. La rivista si propone di essere rigorosa e trasparente nel processo di valutazione, adempiendo al relativo protocollo dall'avviso di ricezione del lavoro fino alla sua accettazione finale e successiva pubblicazione nel più breve tempo possibile.

### 3. INVIO

Gli originali si invieranno in italiano, spagnolo, francese, inglese o portoghese, per posta elettronica al seguente indirizzo:

*analisiediritto@istitutotarello.org*

### 4. FORMATO

La prima pagina includerà il titolo, il nome dell'autore o degli autori, la posizione accademica o professionale e l'istituzione di appartenenza, l'indirizzo di posta elettronica. Nella seconda pagina si presenteranno due riassunti, uno nella stessa lingua del testo e l'altro in inglese, di circa 800 caratteri ciascuno. Si aggiungeranno anche fino a cinque parole chiave in entrambe le lingue.

## 5. NORME EDITORIALI

In genere le virgolette sono ad apice doppio: “...”. Le citazioni vanno racchiuse tra virgolette a sergente: «.....», ma quelle all’interno di una citazione già compresa fra virgolette a sergente vanno ad apice doppio «...“...”...». I segni di interpunzione, in fine di paragrafo, vanno posti dopo virgolette e parentesi. Es.: ». ”. ). Negli incisi il trattino è lungo. Es.: C. afferma – in uno scritto di gioventù – che B. abitualmente non rispetta la legge di Hume. I passi omessi all’interno di una citazione vanno sostituiti con tre puntini entro una parentesi quadra [...].

Note: i numeri di riferimento nel testo sono posti in apice separati con uno spazio dalla parola precedente.

I riferimenti ai testi della letteratura vanno indicati *in nota*, secondo il metodo autore-data (Harvard style), seguito eventualmente dai due punti e il numero della pagina citata. Esempio: <sup>1</sup> Kelsen 1945: 121.

La bibliografia deve essere costruita secondo i seguenti modelli:

- Monografie: Bobbio, N. (1979). *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, il Mulino; se si cita da una traduzione: Mill, J.S. (1981). *On Liberty* (1858), tr. it. *Saggio sulla libertà*, Milano, Il Saggiatore.
- Articoli in rivista: Rawls, J. (1985). *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, «Philosophy & Public Affairs», 14, 3, 223-251.
- Articoli in volume: nel caso in cui l’articolo faccia parte di una raccolta dello stesso autore: Feinberg, J. (1980). *The Idea of a Free Man*, in Id., *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 3-29; nel caso in cui l’articolo faccia parte di una raccolta di diversi autori o di un’enciclopedia: MacCallum, G.C. (1972). *Negative and Positive Liberty*, in Laslett, P., Runciman, W.G., Skinner, Q. (eds.), *Philosophy, Politics and Society. Fourth Series*, Oxford, Basil Blackwell, 174-193.

## 6. CORREZIONE DI BOZZE

Agli autori degli articoli accettati per la pubblicazione potrà essere richiesto di correggere le bozze, che dovranno essere restituite entro dieci giorni al massimo. Non è consentita l’introduzione di cambiamenti sostanziali nelle bozze. Si dovranno solo correggere gli errori rispetto alla versione accettata.

# PROTOCOLLO DI VALUTAZIONE E REVISIONE DEGLI ORIGINALI

## **Avviso di ricezione**

“Analisi e diritto” si impegna ad accusare ricevuta all’autore del manoscritto originale in un termine massimo di dieci giorni.

## **Valutazione iniziale**

Tutti gli originali pubblicati in “Analisi e diritto” saranno sottoposti ad un processo di doppia valutazione esterna da parte di pari, salvo che si tratti di autori invitati dalla Direzione. Previamente, i manoscritti ricevuti dovranno superare una valutazione da parte della Redazione. Tale valutazione verterà sull’originalità, la rilevanza, e l’interesse scientifico dell’articolo. Se verrà superato positivamente tale giudizio, si passerà alla valutazione esterna, cosa che verrà notificata agli autori in un termine massimo di trenta giorni a partire dall’avviso di ricezione del manoscritto.

## **Valutazione completa**

Se la valutazione iniziale è positiva, “Analisi e diritto” invierà il manoscritto a due specialisti esterni, seguendo il sistema del *double-blind peer review*. Solo dopo aver ricevuto i giudizi richiesti “Analisi e diritto” prenderà una decisione sul manoscritto. La rivista chiede agli specialisti di valutare i manoscritti rapidamente (un mese), cosa che permetterà di avere una decisione finale in meno di tre mesi dall’avviso di ricezione dell’originale agli autori.

## **Accettazione**

Se i giudizi degli specialisti anonimi sono favorevoli, il manoscritto sarà di norma accettato, a patto che l’autore prenda in considerazione i commenti ed i dubbi eventualmente proposti dai revisori.

### **Revisione e nuovo invio**

Se i giudizi degli specialisti sono favorevoli ma al tempo stesso suggeriscono revisioni e cambiamenti, il manoscritto sarà rimesso all'autore con l'invito di prendere in considerazione i commenti e a rinviarlo dopo averlo modificato seguendo i suggerimenti formulatigli. Quando riceverà il manoscritto con le correzioni la Redazione esaminerà se sono state tenute in considerazione le osservazioni formulate e in caso positivo provvederà alla sua successiva approvazione. Se al contrario si renderà conto che non sono state tenute in considerazione le osservazioni formulate procederà al rifiuto definitivo dell'articolo.

# SUBMISSION INFORMATION

## 1. TOPICS OF INTEREST

“Analisi e diritto” publishes original research papers which are inspired by, on the one hand, the tradition of analytical jurisprudence founded by John Austin and Hans Kelsen, and, on the other hand, the philosophical analysis of legal language propounded by Scandinavian Realists, Herbert Hart and – in Italy – by the Italian analytical school brought into being by Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli, and Giovanni Tarello.

Papers are published on “Analisi e diritto” either on invitation (in case of monographic collections of papers) or on being accepted after a peer-review process.

Papers should be original and should be neither published nor be under consideration for publication elsewhere.

## 2. PUBLICATION TIMES AND REVIEW PROCESS

“Analisi e diritto” publishes two issues per year, which will be available respectively in July and December. The editors will make every attempt to be rigorous and transparent throughout the evaluation process from the initial receipt of the manuscript to its final acceptance (see **Review Process**); we also make a commitment to reduce the time between acceptance of an article and its publication as far as possible.

## 3. SUBMISSION OF MANUSCRIPTS

The manuscripts – in Italian, Spanish, French, English or Portuguese – should be sent by e-mail to the following email address:

*analisiediritto@istitutotarello.org*

## 4. FORMAT OF SUBMISSION

The first page of the paper should include the title, name of author(s), affiliation, and e-mail addresses. Abstracts in the same language as the one used in the text and in English of about 800 characters, and three to five keywords in both languages will be included in a second page.

## 5. EDITING GUIDELINES

In general, the marks that authors should use are quotation marks: "...". Textual quotations, though, should be made by using angle brackets: «.....». However, quotations which are within another quotation must be included in quotation marks: «...“...”...». Full stops and other punctuation marks should be placed after quotations marks and brackets. *E.g.*: ». ”. ). When making a digression from the main argument, authors should use the long dot (e.g.: C. maintains that – in an early essay – B. seldom complies with Hume’s principle). Within quotations, eliminated passages should be substituted with the following signs: [...].

All notes are to be included as footnotes and numbered in ascending order of appearance in Arabic numbers as superscript before the full stop at the end of the sentence.

References should be added in the footnotes following the author-date style, possibly followed by colon and page numbers, e.g. <sup>1</sup> Kelsen 1945: 121.

All cited works should be included in the references list, following these guidelines:

- Monographs: Bobbio, N. (1979). *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, il Mulino; if references are made to a translation: Mill, J.S. (1981). *On Liberty* (1858), ital. trans. *Saggio sulla libertà*, Milano, Il Saggiatore.
- Articles published in reviews: Rawls, J. (1985). *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, «Philosophy & Public Affairs», 14, 3, 223-251.
- Articles published in books: If the article appears in a collection of essays by the same author: Feinberg, J. (1980). *The Idea of a Free Man*, in Id., *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 3-29. If the article appears in a collection by different authors or an encyclopaedia: MacCallum, G.C. (1972). *Negative and Positive Liberty*, in Laslett, P., Runciman, W.G., Skinner, Q. (eds.), *Philosophy, Politics and Society. Fourth Series*, Oxford, Basil Blackwell, 174-193.

## 6. GALLEY PROOFS

Once the manuscript has been finally accepted for publication, the author(s) may receive galley proofs which are to be returned no later than within 10 days. Substantial changes to these proofs are not allowed and changes should be limited to lay-out corrections of the accepted manuscript.

# Review Process

## **Evaluation and review process for original documents and research notes**

In the interests of making the evaluation process for articles more transparent and more streamlined, “Analisi e diritto” provides the following information for authors and evaluators regarding the evaluation and revision process from the arrival of the original through to publication of the article.

## **Acknowledgment of receipt**

“Analisi e diritto” promises to acknowledge receipt of an original manuscript within 10 days when the manuscript is received in electronic format.

## **Initial Evaluation**

Every manuscript published in this review will be subjected of an external double blind peer review process unless manuscripts are written by invited authors. Manuscripts will be subjected to a «rapid review» by the editors or other specialists in the particular area who are members of the Editorial Board. This review will focus on originality, relevance and scientific interest in order to decide whether the text is to be submitted to an external review. This decision will be communicated to authors within a maximum of 30 days from the acknowledgment of receipt of the manuscript.

## **Full Evaluation**

If the initial evaluation is positive, “Analisi e diritto” will send the manuscript to two external experts, following the peer review system, with the double-blind format. This does not imply that the article will be accepted. “Analisi e diritto” will only take a decision after receiving at least two of the referees’ reports. “Analisi e diritto” encourages specialists to review manuscripts quickly (within a month) to allow a final decision within three months from the acknowledgment of receipt.

## **Acceptance**

If the reviews made by the anonymous specialists are favourable, the manuscript will usually be accepted on the condition that the author considers the comments and doubts expressed in the reviews.

## **Revise and resubmit**

If the majority of the above reviews is favourable but suggests revision and changes in the manuscript, the text will be rejected and the author will be invited to consider the specialists' comments and resubmit a revised document. When the Editorial Board receives the corrected manuscript, it will determine whether the author has incorporated the suggested changes. If it is case, the paper will be accepted. Otherwise, the paper will be definitively rejected.



Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di luglio 2018

## ● Saggi (Essays)

M. Barberis

*L'insicurezza e lo stato costituzionale. Per una teoria del diritto impura*

(Insecurity and Constitutional State. For an Impure Theory of Law)

9

P. Chiassoni

*Taking Context Seriously*

31

L. Malagoli

*A Methodized Discretion. L'analisi del ragionamento giudiziale negli scritti teorici di Benjamin Nathán Cardozo*

(A Methodized Discretion. The Analysis of Legal Reasoning in the Theoretical Writings of Benjamin Nathan Cardozo)

61

L. Ramírez Ludeña

*The Meaning of "Literal Meaning"*

83

## ● Kelsen vs. Ferrajoli

G. Itzcovich

*Teoria e politica della dottrina pura del diritto.*

*Su alcune critiche di Ferrajoli a Kelsen*

(Theory and Politics in the Pure Theory of Law. On Some Critiques of Ferrajoli to Kelsen)

105

G. Pino

*Tre aporie (e qualche altra perplessità) nell'opera di Luigi Ferrajoli*

(Three Difficulties – and Some Other Perplexities – in the Work of Luigi Ferrajoli)

129

## ● Logica e diritto (Logic and Law)

R. Guastini

*Normative Propositions Reconsidered*

153

G.B. Ratti, J.L. Rodríguez

*Los principios fundamentales de la lógica en el derecho*

(The Basic Principles of Logic in Law)

159